



Rivista N°: 1/2022
DATA PUBBLICAZIONE: 10/01/2022

AUTORE: Antonio Morelli*

LA LIBERTÀ DI ASSOCIAZIONE PARTITICA DEI MAGISTRATI: ANALISI COMPARATA DEL RISCHIO DI POLITICIZZAZIONE DEL POTERE GIUDIZIARIO NEI SISTEMI DI *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il modello italiano. – 3. Il modello spagnolo. – 4. Il modello francese. – 5. Il modello tedesco. – 6. Il modello dei sistemi giudiziari statali negli Stati Uniti d'America. – 7. Considerazioni finali.

1. Introduzione

Che i valori fondamentali di autonomia e indipendenza della magistratura si estrinsechino attraverso i principi di eguaglianza e libertà del magistrato,¹ al pari di qualsiasi altro cittadino, è un dato di fatto generalmente sancito da ogni costituzione ed ordinamento, ma quanto il bilanciamento fra diritti di libertà e tutela dell'indipendenza possa essere problematico e differenziato nei vari ordinamenti è costante argomento di riflessione. Se è vero che l'indipendenza del giudice è indispensabile per l'esercizio di una giustizia imparziale,² è altrettanto indiscutibile che i problemi di rigore sul piano dell'efficienza professionale e dei comportamenti di alcuni rappresentanti dell'ordine possono sollevare questioni delicate di equilibri e prerogative costituzionali.

* Dottore di ricerca in diritto internazionale, American University College of Law.

¹ Il termine magistrato trae origine dall'antica locuzione latina *magisterium*, la quale stava ad indicare il titolare di un ufficio pubblico. Esso ha una doppia accezione, potendo riferirsi sia alla magistratura giudicante, sia alla magistratura requirente. Colui che esercita la funzione dello *iusdicere* è qualificabile sotto l'accezione di giudice, il quale ha dunque la potestà di applicare il diritto, mediante un'attività interpretativa volta all'applicazione delle norme giuridiche ai singoli casi concreti. L'organo giudicante può generalmente essere monocratico o collegiale, a seconda dei gradi e delle funzioni, ma in ogni caso è soggetto soltanto alla legge, secondo quanto sancito a livello costituzionale nei singoli ordinamenti. Il pubblico ministero è invece la figura di *dominus* e il promotore dell'azione penale. Esso è organo per sua natura collegiale, ma organizzato gerarchicamente ed operante nell'interesse nazionale.

² L'indipendenza del potere giudiziario rappresenta uno dei capisaldi della magistratura. Detto principio è codificato, a livello internazionale, nello Statuto della *International Association of Judges (IAJ)*, art.1.

In tema di deontologia giudiziaria, i requisiti di neutralità ed indipendenza della magistratura molto spesso costituiscono fonte di possibili restrizioni nel godimento di diritti e libertà, normalmente garantite a tutti i consociati. Essi devono accompagnare tutta l'attività giurisdizionale, presupponendo di fatto una condizione di assoluta indipendenza dagli altri poteri, con conseguenze sulla possibilità lasciata ai singoli magistrati di costituire o partecipare ad associazioni, in particolare di natura partitica, che per loro essenza non possono essere neutrali. Si impone pertanto il più delle volte una riflessione sul rilievo politico-sociale dell'azione giudiziaria esercitata dal magistrato e quindi sull'equilibrio fra limiti all'associazione e principio di eguaglianza. Da questi presupposti origina il dilemma di matrice calamandreiana sullo *status* della magistratura che, da un lato, mira a salvaguardarne l'indipendenza e l'imparzialità, mentre, dall'altro, a favorirne il suo coinvolgimento nella vita della Nazione.³

La libertà di associazione costituisce una delle prime garanzie ai diritti fondamentali nella sua forma aggregata, espressione collettiva di uno *status libertatis*,⁴ che prevede uno spazio privo da costrizioni legali.⁵ Essa può essere, tuttavia, soggetta a limiti ovvero ad un bilanciamento nel rispetto dei principi di ordine pubblico, dei diritti di terzi in gioco e di altri valori costituzionali. Su questo sfondo, analizzare la libertà di associazione, con particolare riferimento alla capacità di affiliazione partitica dei magistrati permette di vagliare il grado di imparzialità e di indipendenza nei rispettivi Paesi di riferimento, in un costante e delicato bilanciamento tra prerogative del potere giudiziario e garanzie alla partecipazione politica del singolo magistrato.

Il potenziale conflitto fra la condizione di magistrato e l'affiliazione a partiti politici può determinare limitazioni al diritto di associazione, in deroga ai principi universali di eguaglianza e libertà, che vorrebbero il magistrato cittadino fra i cittadini, con pari diritti anche in merito alla propria capacità associativa. Pertanto, sotto questo aspetto, c'è da chiedersi quale sia il reale condizionamento di una funzione pubblica svolta in forma vincolata, alla luce dei rapporti fra magistratura e potere politico.⁶

Nella gran parte dei casi, i vari modelli istituzionali presi in esame nel presente articolo esprimono differenti declinazioni dell'opportunità di delimitare la libertà di associazione e, in particolare, di associazione partitica dei magistrati. A livello comparato, le modalità in cui i vari poteri si combinano tra di loro risente fortemente del contesto storico-culturale in cui gli

³ Per un approfondimento del contributo di Piero Calamandrei in sede costituente, si vedano i lavori preparatori della Costituzione della Repubblica italiana, Resoconto della seduta di giovedì 5 dicembre 1946, Seconda Sottocommissione (Seconda Sezione), Assemblea Costituente.

⁴ Cfr. G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, Società Editrice Libreria, 1912

⁵ Secondo la definizione di Benjamin Constant, essa «[è], per ognuno, il diritto di unirsi con altri individui, sia per ragione dei propri interessi, sia per professare il culto che egli e i suoi associati preferiscono, sia semplicemente per occupare il proprio tempo nel modo più conforme alle proprie inclinazioni e fantasie.» Cit. B. CONSTANT, *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni*, Pronunciata all'Athénée Royale, Parigi, 1819, ristampata a Bologna, Il Mulino, 1962.

⁶ Da un lato, il singolo magistrato deve essere tutelato dall'influenza politica, dall'altro deve mantenersi estraneo agli interessi partitici, al fine di non condizionare le scelte politiche con l'esercizio delle funzioni giudiziarie. Cfr. G. FREDDI, *Tensioni e conflitto nella magistratura: un'analisi istituzionale dal dopoguerra al 1968*, Roma-Bari, Laterza, 1978, pp. 52-54.

stessi si inseriscono e si caratterizza per una costante ricerca di equilibrio nella gestione delle proprie funzioni. Ne derivano sistemi diversi, ma sempre contraddistinti da una scrupolosa ricerca di parametri volti a garantire, da un lato, l'autonomia dei poteri, dall'altro la necessaria interconnessione delle forze istituzionali. La tradizionale dicotomia tra Paesi di *civil Law* e di *common Law* si riflette anche sul piano dell'organizzazione della magistratura, ponendo in essere due differenti sistemi: uno di tipo amministrativo, frutto della tradizione romano-germanica, l'altro di tipo elettivo, frutto invece della tradizione statunitense. I distinti sistemi di accesso alla magistratura, oltre ad influire sulla legittimazione della categoria, definiscono in termini diversi il perimetro della libertà di associazione partitica del singolo magistrato.⁷

Nei sistemi di tipo amministrativo, la legittimazione del giudice si produce di una forma democratica indiretta in quanto la sovranità popolare, attraverso la Costituzione, ripone la propria fiducia in un modello di giustizia tecnica non soggetta al suffragio universale, ma ad un concorso di natura statale. Questo modello è particolarmente utilizzato negli ordinamenti di *civil law*, frutto del retaggio napoleonico, volto ad inquadrare la magistratura in un senso gerarchizzato. Il magistrato è un tecnico del diritto, caratterizzato da imparzialità professionale, neutralità politica ed autosufficienza economica, al servizio della società.⁸ L'indipendenza della magistratura viene a configurarsi come una garanzia del cittadino e non come un privilegio del singolo, sulla base del principio per cui il giudice è soggetto unicamente alla legge e all'ordinamento giuridico.

Attraverso un'analisi dell'esperienza italiana, spagnola, francese e tedesca, vengono delineate le principali caratteristiche della disciplina costituzionale in materia di libertà di associazione partitica dei magistrati, tra similitudini e differenze a livello comparato. Se da un lato, è consentito ai giudici il godimento dei diritti e delle libertà, dall'altro lo stesso deve essere bilanciato con le prerogative della funzione giudiziaria. In particolare, per quanto attiene al diritto di associazione, esso è garantito nella misura in cui sia frutto della libertà di espressione e di opinione, ma a condizione che resti scevro da ogni forma di associazionismo partitico. A tutela di questo sistema, i Consigli Superiori di Giustizia rappresentano una garanzia contro ogni tipo di intromissione nella decisione finale del giudice, momento ultimo dell'*iter* processuale.

Nei sistemi su base elettiva, invece, in virtù della sovranità popolare, è al popolo stesso che compete, direttamente o indirettamente, l'elezione dei magistrati.⁹ Questo model-

⁷ Cfr. C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La Democrazia Giudiziaria*, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 54.

⁸ In un sistema di natura amministrativa, quale il sistema europeo continentale, la selezione del personale avviene su base tecnica, che si concretizza nell'espletamento di un concorso pubblico, al quale partecipano soggetti desiderosi di intraprendere tale carriera. L'*iter* professionale inizia poi in seno al *corpus* giudiziario, che ordina gerarchicamente i propri membri in base a meccanismi fondati sulla progressione di carriera.

⁹ Nell'ideologia di Montesquieu, essendo il popolo sovrano, ad esso spetta la nomina dei giudici, eletti con il compito di amministrare la Giustizia in proprio nome: «Il potere giudiziario non dev'essere affidato a un senato permanente, ma dev'essere esercitato da persone tratte dal grosso del popolo, in dati tempi dell'anno, nella maniera prescritta dalla legge, per formare un tribunale che duri soltanto quanto lo richiede la necessità. In tal modo il potere giudiziario, così terribile fra gli uomini, non essendo legato né a un certo stato né a una certa professione, diventa, per così dire, invisibile e nullo. Non si hanno continuamente dei giudici davanti agli occhi, e si teme la magistratura e non i magistrati.» *Cit.* C. L. de MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Libro XI, Amsterdam, Chatelain, 1748, ristampato a Milano, Utet, 2005.

lo è il frutto del retaggio della rivoluzione francese del 1789, che ambiva a creare un ordinamento giuridico fondato interamente sulla volontà popolare.¹⁰ In questo modello, i magistrati sono chiamati ad esercitare la propria funzione esclusivamente per un periodo di tempo limitato, in modo da dare al popolo la possibilità di esprimere con una certa cadenza le proprie preferenze.¹¹

Sul piano comparato, tale sistema è statisticamente il meno utilizzato, trovando la sua principale espressione nell'ordinamento statunitense. Nonostante esso rappresenti il sistema che maggiormente riesca coinvolgere i singoli magistrati nel contesto sociale in cui operano, è per rovescio quello che più rischia di generare un'esposizione della categoria ad un'influenza esterna.

2. Il modello italiano

L'ordinamento italiano concepisce la magistratura come un ordine autonomo e indipendente.¹² Questo modello è il risultato della progressiva evoluzione della figura del magistrato, che soltanto nel processo costituente repubblicano ha assunto i caratteri odierni, quale autorità statale soggetta unicamente alla legge.

In epoca liberale, infatti, il potere giudiziario era solo formalmente libero e indipendente, essendo influenzato, da un lato, dal legislativo nel suo *modus iudicandi* e, dall'altro, dall'esecutivo nei procedimenti di selezione, promozione e direzione amministrativa.¹³ Rilevano, al riguardo, le eccezioni sollevate dal Ministro della Giustizia del tempo, Pasquale Stanislao Mancini, sull'opportunità di un miglioramento delle condizioni della magistratura, anche al fine di una tutela dalle pressioni ed influenze politiche, per una corretta ed imparziale applicazione della legge.¹⁴

¹⁰ L'articolo 2 della Carta costituzionale francese del 1791 statuiva che: «La giustizia sarà resa gratuitamente da giudici eletti a tempo dal popolo, e istituiti con lettere patenti del Re, che non potrà rifiutarle. – Essi non potranno essere né destituiti se non per violazione dei doveri pubblici debitamente giudicata, né sospesi se non per un'accusa ammessa. – L'Accusatore pubblico sarà nominato dal popolo». Secondo la teoria illuminista, l'ordinamento giuridico doveva essere fondato sul principio per cui «la libertà consiste nell'obbedire alle leggi che ci si è date e la servitù nell'essere costretti a sottomettersi ad una volontà estranea.» *Cit.* D. LOSURDO, *Controstoria del Liberalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 135.

¹¹ *Cfr.* M. T. CATHALA, *Le magistrature dans le système judiciaire français*, in *Poder Judicial*, edizione speciale, 1986, pp. 13-31.

¹² In Italia il canale di accesso alla magistratura togata è unico e si basa tradizionalmente sul modello per concorso, come statuito dall'articolo 106 della Costituzione. Le radici di questo modello partono già all'indomani dell'unificazione, quando venne esteso all'intera penisola il modello burocratico del Regno sabauda, di matrice napoleonica. *Cfr.* P. SARACENO, *Giudici*, in B. BONGIOVANNI, N. TRANFAGLIA (a cura di), *Dizionario Storico dell'Italia Unita*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 390-399.

¹³ Il Re, sommo capo dello Stato era l'incaricato della nomina dei giudici, che da lui stesso potevano essere promossi o meno. Questi era il fulcro attorno al quale ruotava il grande asse dello Stato, non solo immune da ogni giurisdizione penale, ma anche intestatario del potere di concedere la "grazia regia". Questa presenza era talmente dominante da indurre parte della dottrina a individuare un ulteriore potere: il potere regio. *Cfr.* V. E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo del diritto amministrativo italiano*, Vol. I, Milano, S.E.L., 1900, pp. 25-31.

¹⁴ Per un approfondimento delle posizioni di Mancini a censura della vicinanza della magistratura alla sfera politica, si rimanda, in particolare, alle interpellanze parlamentari del 19 aprile 1877, in risposta ai deputati Pasquale Antonibon, Angelo Muratori e Giuseppe Toscanelli. *Cfr.* CAMERA DEI DEPUTATI, *Discorso del Ministro di Grazia e Giustizia (P. S. Mancini)*, Roma, Tipografia Eredi Botta, 1877, pp. 15-17.

Successivamente, durante il periodo fascista, l'azione della magistratura fu fortemente condizionata dal mutato contesto politico, in cui le libertà civili e politiche furono limitate in nome di un accentramento autoritario.¹⁵ Su questo sfondo, con l'introduzione, nel 1932, dell'obbligo di iscrizione al partito per tutti i magistrati ai fini dell'iscrizione al ruolo, fu rafforzata l'azione di controllo governativo sul potere giudiziario, a scapito dell'indipendenza di quest'ultimo.¹⁶

Nel 1948, con la promulgazione della Costituzione repubblicana, vennero gettati i presupposti per un rinnovamento del sistema giudiziario, *in primis* attraverso lo smantellamento dei vincoli sulla magistratura. All'articolo 101, venne introdotto il principio di indipendenza, secondo cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge. Detto principio, da una dimensione eminentemente esterna, volta a garantire l'indipendenza del potere giudiziario a fronte degli altri poteri dello Stato, andò ad estendersi ad una dimensione altresì interna, al fine di garantire l'autonomia decisionale del singolo magistrato.¹⁷ Nell'ordinamento italiano, da un lato, venne introdotto un nuovo modello di magistratura volto a creare un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere, ex articolo 104 della Costituzione. Dall'altro, a garanzia dei principi di autonomia e indipendenza interna, all'articolo 105 della Costituzione, venne disciplinato un rinnovato Consiglio Superiore della Magistratura (CSM), competente su assegnazioni, trasferimenti, promozioni e provvedimenti disciplinari, tanto di giudici quanto di pubblici ministeri.¹⁸

La necessità di una magistratura espressione di un potere autonomo, neutro ed imparziale, indusse il legislatore costituzionale a prevedere possibili limiti al normale godimento dei diritti e delle libertà normalmente garantite ai cittadini. In particolare, in deroga a quanto disposto negli articoli 18¹⁹ e 49²⁰ della Costituzione, rispettivamente in materia di libertà di associazione e libertà di associazione partitica, venne introdotta una disciplina restrittiva con riferimento al diritto di iscrizione a partiti politici. L'*iter* in sede costituente fu particolarmente complesso, dal momento che un esplicito divieto sarebbe potuto risultare pregiudizievole

¹⁵ All'interno del movimento nazionalista, Alfredo Rocco aveva maturato un'idea per cui i diritti individuali fossero meri riflessi azionati in funzione dell'interesse sociale. Pertanto, in antitesi all'ideologia liberale, il godimento dei diritti non poteva che avvenire subordinatamente alle prerogative sovrane. Cfr. Alfredo Rocco, *Il Nazionalismo e i partiti*, in *L'idea nazionale (1914)* (testo riprodotto in Emilio Gentile, *Il moto dello Stato nuovo*, Roma-Bari, 1999, 177 ss.).

¹⁶ Cfr. G. F. FERRARI, *Le Libertà, Profili comparatistici*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 203-205.

¹⁷ Questa nuova impostazione voleva dunque un'indipendenza della magistratura non solo dagli altri poteri dello Stato, ma anche internamente, al fine di evitare o quantomeno limitare il controllo degli alti gradi sulla carriera dei singoli. Cfr. S. SHETREET, J. DESCHENES, *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Dordrecht, Nijhoff Publishers, 1985, p. 6.

¹⁸ Cfr. C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 125-126; cfr. G. DI FEDERICO, *La professione giudiziaria ed il suo contesto burocratico*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XXVII, 1978, pp. 279-297.

¹⁹ Secondo l'articolo 18, c. 1 della Costituzione italiana: «I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale.»

²⁰ Secondo l'articolo 49 della Costituzione italiana: «Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale.»

all'opera dei partiti, in quanto foriero di una visione negativa della politica a livello sociale.²¹ Si decise, pertanto, di introdurre una norma *ad hoc* che demandasse alla legge ordinaria la scelta in merito alle possibili restrizioni al diritto di associazione politica dei magistrati, soprassedendo all'immediato inserimento del divieto *de quo* nel testo costituzionale. L'articolo 98 c. 3 della Costituzione introdusse un limite espresso alla libertà di associazione partitica per determinate categorie professionali, tra cui quella dei magistrati, così codificato:

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

In questo caso, attraverso il ricorso ad una norma programmatica, si volle delimitare un perimetro a salvaguardia dell'imparzialità e dell'indipendenza della funzione giudiziaria, rinviando al legislatore ordinario il compito di adottare prescrizioni specifiche sul punto. Il tema in esame ha conosciuto nel tempo molteplici interpretazioni ed è stato oggetto di confronto, sia in dottrina che in giurisprudenza, tra quanti hanno supportato la possibilità anche per i magistrati di esercitare i diritti costituzionali riconosciuti indistintamente a tutti i cittadini, e quanti hanno invece sostenuto che la peculiarità della funzione richiederebbe un restringimento ed una definizione di tali diritti proprio a sostegno della indispensabile condizione di indipendenza ed imparzialità che si richiede all'ordine giudiziario ed ai suoi appartenenti.²² Al riguardo, secondo quanto stabilito dalla Corte Costituzionale italiana, nella sentenza n. 145 del 22 giugno 1976, «l'assommarsi nello stesso soggetto della qualità di cittadino e di quella di magistrato fa emergere la necessità di procedere, nel valutare il comportamento di quel soggetto, all'equilibrato bilanciamento tra ciò che attiene al suo diritto di libertà in quanto cittadino e ciò che riguarda il prestigio dell'ordine giudiziario, coinvolto dalla sua coesistente qualità di magistrato».²³

Nelle interpretazioni successive e nei dibattiti parlamentari conseguenti alla costituzione risultò prevalente la tesi secondo cui la Costituzione consente, ma non impone misure limitative alla libertà di iscriversi in partiti per la categoria in questione. Per lungo tempo, infatti, sulla base di questa tesi, la materia è stata semplicemente ispirata al codice etico della magistratura ordinaria e gli interventi legislativi sono stati limitati a sporadici casi circa: (a) il divieto di svolgere attività inerente ad un'associazione o partito politico per magistrati appartenenti alla Corte Costituzionale, ex articolo 8 della Legge n. 87/1953; (b) la preclusione vi-

²¹ In sede di costituente, Giovanni Leone credeva che sarebbe stato sufficiente affidarsi alla coscienza dei singoli per il funzionamento del sistema.

²² Già nel 1946 un *referendum* indetto dall'Associazione Nazionale Magistrati fra i propri associati dimostrò come la grande maggioranza degli interpellati si fosse pronunciata nel senso della incompatibilità tra le funzioni di magistrato e l'iscrizione ad un partito politico. Cfr. G. BORRÈ, *Commento al 3° comma dell'art. 98*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1994, p. 444; Cfr. G. VOLPE, *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 420.

²³ Sentenza della Corte costituzionale 22 giugno 1976 n. 145.

gente per i componenti del Consiglio Superiore della Magistratura di svolgere attività proprie degli iscritti ad un partito politico, ex articolo 12 della Legge n.74/1990.

Nella reiterata difficoltà di stabilire un punto di equilibrio tra libertà universali e limiti particolari per la magistratura, dopo anni di dibattito e di sostanziale vuoto normativo, l'originaria previsione programmatica costituzionale è stata disciplinata in forma specifica con il Decreto legislativo n. 109/2006 – Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati – trasformato in Legge n. 269 del 2006, attuativo della delega contenuta nella Legge n. 150 del 2005, di riforma dell'ordinamento giudiziario. La nuova normativa considera illecito disciplinare l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici, ovvero il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico e finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato.²⁴ In questo modo, il legislatore ha inciso complessivamente sulla definizione della natura della responsabilità disciplinare, su quelli che ne sono i presupposti e su aspetti procedurali, andando a sviluppare il quadro costituzionale di riferimento circa i rapporti tra la magistratura e gli altri poteri dello Stato.

La nuova disciplina, tuttavia, è stata oggetto di opinioni contrastanti. Al riguardo, la Sezione disciplinare del CSM, con ordinanza dell' 11 novembre 2008, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 1, lettera h), del decreto legislativo 25 febbraio 2006, n. 109.²⁵ Detta disposizione, introducendo un divieto formale ed assoluto all'associazionismo politico dei magistrati, andrebbe ben oltre la previsione costituzionale di regolamentazione della materia, ledendo, in ultimo, quanto disposto dalla Costituzione stessa, circa la garanzia dei diritti inviolabili, riconosciuti ad ogni individuo sia singolarmente sia nelle varie formazioni sociali. Con sentenza n. 224 del 2009, la Corte ha deliberato nel senso della non fondatezza della questione, argomentando che: «non è ravvisabile alcuna violazione dei parametri evocati in quanto, nel disegno costituzionale, l'estraneità del magistrato alla politica dei partiti è un valore di particolare rilievo, che mira a salvaguardare l'indipendente esercizio delle funzioni giudiziarie».²⁶ Con questa decisione, la Corte ha ribadito il principio per cui il magistrato deve essere soggetto unicamente alla legge, rimanendo scevro da commistioni con le dinamiche partitiche.²⁷ Il fulcro del ragionamento della Corte va ricondotto alla necessità di trovare un corretto equilibrio tra due prerogative fondamentali inerenti la figura del magistrato: da un lato, quello di poter apertamente manifestare la propria affiliazione politica; dall'altro, quello di imparzialità, la quale si esplicita non solo nello svolgimento delle proprie funzioni, ma anche in maniera ancillare, andando a limitare anche determinate pre-

²⁴ L'articolo 3 c. 1 del Decreto legislativo n. 109 del 2006, alle lettere (g) e (h), regola, rispettivamente, l'appartenenza ad associazioni i cui vincoli siano incompatibili con l'esercizio delle funzioni giudiziarie e l'iscrizione ai partiti politici.

²⁵ Secondo l'articolo 3, comma 1, lettera h), del decreto legislativo 25 febbraio 2006, n. 109: *"l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato"*.

²⁶ Sentenza della Corte Costituzionale 24 luglio 2009 n. 224.

²⁷ La decisione in disamina è, infatti, ideologicamente il prosieguo della sentenza n.100 del 1981.

rogative che rientrano nella sfera personale. In questo modo, la Corte ha voluto garantire la tutela di una particolare categoria, anche a scapito dell'esercizio dei diritti, pur fondamentali, dei singoli magistrati.²⁸

Nonostante il garantismo circa le limitazioni alla libertà di associazione previste per i magistrati, l'ordinamento italiano lascia un vuoto normativo in tema di militanza politica al di fuori dei partiti.²⁹ Infatti, non si riscontra una norma che preveda una limitazione alla eleggibilità e candidabilità dei magistrati. La possibilità di accedere alle cariche elettive è, infatti, generalmente garantita dall'articolo 51 della Costituzione a tutti i cittadini in condizioni di eguaglianza, esclusi unicamente i casi di ineleggibilità assoluta previsti dall' articolo 7 del d.p.r. 361/57, in cui rientrano per la categoria in esame esclusivamente i giudici della Corte Costituzionale.³⁰ Pertanto, le limitazioni inerenti al diritto di iscrizione ad associazioni partitiche potrebbero rivelarsi evanescenti se sprovviste di una esplicita disciplina in tema di candidabilità. Infatti, nell'ordinamento italiano, la candidatura alle elezioni politiche ed amministrative non può né deve essere necessariamente correlata al fenomeno della militanza politica, essendovi la possibilità di presentarsi alle urne in maniera indipendente, all'interno delle liste elettorali. In questo modo il divieto di libertà di associazione, a tutela dell'imparzialità e dell'indipendenza della magistratura, rischia potenzialmente di essere aggirato, diventando di conseguenza un velo facilmente sollevabile, che mette a nudo le debolezze del sistema.

3. Il modello spagnolo

Nell'ordinamento spagnolo, il potere giudiziario è l'unico dei poteri statali ad aver ricevuto dal legislatore costituente del 1978 la qualifica effettiva di "poder".³¹ Secondo l'articolo 117 c. 1 della Costituzione spagnola:

La giustizia emana dal popolo ed è amministrata nel nome del Re dai Giudici e Magistrati che fanno parte del potere giudiziario, indipendenti, inamovibili, responsabili e sottoposti unicamente all'imperio della legge.

I principi espressi dal legislatore spagnolo del 1978 vengono tramandati dal testo della pregressa Costituzione di Cadice del 1812, la quale istituì per la prima volta la soppressione del pluralismo giurisdizionale, concependo l'unità come rimedio atto a superare privilegi e particolarismi, nonché come presupposto per l'indipendenza del potere giudiziario.³²

²⁸ Cfr. S. PRISCO, *Una nuova sentenza della Corte Costituzionale sull'esercizio delle libertà politiche da parte del magistrato*, in *Federalismi, Rivista di diritto Pubblico Italiano, comunitario e comparato*, n. 16, 2009.

²⁹ Cfr. F. RIGANO, *L'elezione dei magistrati in Parlamento*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 4, 1985.

³⁰ La dottrina ha sostenuto come una vera indipendenza non può essere raggiunta con il mero divieto di iscrizione partitica, restando ferme le ideologie e le convinzioni politiche che un magistrato può avere. Cfr. P. ZAMPETTI, *Magistrati e partiti*, in *Quaderni della Giustizia*, n. 11, 1982.

³¹ Cfr. R. SERRA CRISTOBAL, *La Libertad Ideológica del Juez*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 32-33.

³² Il quadro programmatico dettato dalla Costituzione di Cadice fu poi sviluppato sul piano normativo dalla *Ley Organica del Poder Judicial* del 1870, rimasta in vigore fino al 1985. Cfr. G. ROSADO IGLESIAS, *Independencia del Poder Judicial en España y Consejo General del Poder Judicial*, in *Rivista di Diritto Pubblico comparato ed europeo (DPCE)*, n. 2, 2009, pp. 1645 – 1646.

In Spagna la necessità di definire un perimetro entro cui circoscrivere le libertà della magistratura può essere fatta risalire alla *Ley Orgánica del Poder Judicial* del 1870. Dai lavori preparatori dell'epoca, infatti, è possibile rilevare le prime preoccupazioni espresse dal legislatore spagnolo sulla rischiosità insita nella vicinanza dei giudici al correntismo politico. In questa sede, fu evidenziato come fosse opportuno per i magistrati mantenere una distanza tanto dalla sfera politica quanto dalle passioni partitiche. Un giudice politicamente schierato non può spogliarsi di tale condizione, divenendo un candidato non più credibile ad amministrare correttamente la giustizia, soprattutto nel caso di interessi confliggenti all'interno di un processo.³³

La necessità di mantenere una separazione tra la sfera politica e giudiziaria fu recepita dalla Costituzione del 1978, con il chiaro obiettivo di restituire un'immagine di indipendenza e imparzialità al potere giudiziario dopo il periodo franchista, in cui anche l'operato della magistratura venne asservito alle prerogative del regime.³⁴ Tale consapevolezza si tradusse nella necessità di codificare espressamente il principio di indipendenza del potere giudiziario, che ha trovato la sua collocazione nel Titolo VI della carta costituzionale.³⁵ Parallelamente, a fondamento della legittimazione del potere giudiziario, la Costituzione spagnola optò per un sistema concorsuale di accesso alla carriera, disciplinato dal combinato disposto degli articoli 23, c.2 e 103, c.3, che potesse fungere da barometro per il grado di indipendenza del sistema giudiziario.³⁶

Il costituente spagnolo, come nel caso italiano, ha affrontato apertamente il tema dell'opportunità di introdurre limiti alla libertà di associazione partitica dei magistrati. Durante i lavori preparatori del testo costituzionale, in seno alla Commissione per le questioni costituzionali e le libertà pubbliche (*Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas*) del Congresso, emersero pareri contrastanti all'introduzione di una norma *ad hoc*. Sia il Partito Socialista (*Partido Socialista*) sia l'Unione di Centro Democratico (*Unión de Centro De-*

³³ Apartado IV de "Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial" del 15 settembre 1870.

³⁴ La vaghezza della struttura legale vigente nell'ordinamento spagnolo coadiuvò alla crisi dello stato di diritto. Tutto ciò che semplicemente non fosse autorizzato dal regime era quindi non solo contrario ad esso, ma anche contrario alla legge dello Stato. Cfr. F. J. BASTIDA, *Jueces y Franquismo: el pensamiento político del Tribunal Supremo en la dictadura*, Barcelona, Ariel Derecho, 1986, pp. 135-150. Nel periodo franchista, il Tribunale Supremo fu fautore di una giurisprudenza completamente asservita al potere durante la decade dal 1964 al 1974. Il Tribunale operò seguendo parametri non già giuridici, ma metagiuridici, incardinati in un giusnaturalismo etico-ideologico, che permisero di aggirare lo scudo normativo del sistema in virtù dell'applicazione dei principi di unità nazionale, sociale, sindacale e politica, alla base dei principi unitari dello Stato autoritario. Sentenze del (*Histórico*) *Tribunal Supremo* del: 25 marzo 1965; 28 febbraio 1967; 13 febbraio 1971.

³⁵ Cfr. S. R. MARTIN RETORTILLO BAQUER, *Materiales para una Constitución: los trabajos de un profesor en la comisión constitucional del Senado*, Madrid, Akal Editor, 1984, p. 306.

³⁶ In Spagna l'organo giudicante è separato dall'organo requirente. Infatti solo nel primo caso sono previsti tre stadi di avanzamento professionale: vi è il grado di giudice, operante fino al livello distrettuale; il grado di magistrato, operante almeno a livello provinciale; e infine il grado di magistrato del Tribunale Supremo, apice della giurisdizione spagnola. Per accedere alla carriera in magistratura è necessario superare un concorso pubblico e, al superamento dello stesso, i vincitori possono scegliere tra l'una e l'altra carriera. Cfr. V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 31-32.

mocrático)³⁷ sollevarono obiezioni alla disciplina in esame, trattandosi non tanto di un limite quanto della soppressione di una libertà normalmente garantita ai cittadini.³⁸ Per contro, sia i partiti di centro sia di centro-destra si fecero portatori di istanze di imparzialità del potere giudiziario, affinché si potesse recuperare fiducia nella giustizia da parte dei consociati. In questo contesto si colloca la redazione dell'articolo 127, c.1 della Costituzione, il quale prevede che:

I Pretori e Magistrati, come pure gli addetti alla Pubblica Accusa, nel tempo in cui svolgono le loro funzioni non potranno disimpegnare altri pubblici incarichi né appartenere a partiti politici o sindacati. La legge stabilirà il sistema e le modalità di associazione professionale dei Pretori, Magistrati e addetti alla Pubblica Accusa.

La disciplina introdotta dal costituente spagnolo prevede un limite più stringente alla partecipazione attiva alla politica da parte dei magistrati rispetto all'ordinamento italiano. Essa non solo vieta l'affiliazione partitica, ma impone altresì un divieto alle candidature, fermo restando il diritto di esprimere il proprio voto.³⁹

Nonostante il quadro costituzionale delineato limitasse l'esercizio simultaneo della funzione giudiziaria e politica, lo stesso lasciava aperta la possibilità che i rispettivi incarichi potessero essere svolti in momenti differenti. Secondo l'articolo 352 della *Ley Orgánica del Poder Judicial* del 1985⁴⁰ era possibile richiedere una c.d. "*condición de servicio especial*" dalla carica giudiziaria per poter ricoprire le seguenti cariche: Presidente del Governo; Ministro o altre funzioni ministeriali; deputato o senatore dello Stato o membro delle Assemblee legislative delle Comunità Autonome. Terminato l'incarico politico o rappresentativo, il magistrato aveva poi a disposizione venti giorni per la reintegrazione nel proprio ruolo in seno al potere giudiziario.⁴¹ Questa disciplina fu particolare fonte di dibattito, anche alla luce di candidature di magistrati di alto profilo, quale quella di Baltasar Garzón che, nella funzione di

³⁷ I rispettivi portatori delle istanze contrarie all'introduzione di una norma *ad hoc* per la limitazione della libertà di associazione partitica dei magistrati furono Castellano Cardalliaquet per il Partito Socialista, mentre Gilbert Velarde per l'Unione di Centro Democratico.

³⁸ Constitución Española. Trabajos parlamentarios, t. II, Madrid, Cortes Generales, 1980, pp. 1410-1413.

³⁹ L'imparzialità del giudice sarebbe tanto più compromessa in base al grado di partecipazione nella sfera politica, in particolare qualora implichi anche lo svolgimento di incarichi rappresentativi o di direzione, oltre che dalla mera esternalizzazione formalizzata dell'adesione di ciascun membro ad una specifica ideologia. Cfr. F. FLORES GIMENEZ, *La democracia interna de los partidos políticos*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1998, p. 171.

⁴⁰ Nell'ordinamento spagnolo, la *Ley Organica del Poder Judicial* (LOPJ), del 1985, riformò il modello precedente, regolato dalla LOPJ del 1870, introducendo alcune importanti novità, soprattutto in tema di legittimazione della magistratura, delineandone il quadro normativo attuale.

⁴¹ Sul piano dottrinale, è stato rilevato che non possono esistere giudici indipendenti se questi accettano di intervenire nell'azione politica dello Stato attraverso i partiti politici ed è il momento stesso dell'affiliazione a coincidere con la perdita dell'indipendenza. Cfr. F. TOMAS VALIENTE, *A orillas del Estado*, Madrid, Taurus, 1996, pp. 63-65.

giudice della *Audiencia Nacional*,⁴² si presentò alle elezioni generali del 1993 come candidato del Partito Socialista.⁴³

Una riforma normativa, ritenuta opportuna da più parti, arrivò con la *Legge 5/1997* del 4 dicembre 1997, a modifica del testo della *Ley Orgánica del Poder Judicial*. Secondo la nuova disciplina, ogni giudice o magistrato che intenda ricoprire incarichi politici ha l'obbligo di comunicarlo al *Consejo General del Poder Judicial*, che, ex articolo 358, dispone una cessazione forzosa dell'attività giudiziaria per un arco temporale di tre anni. Ugualmente, anche coloro i quali decidano di intraprendere la carriera giudiziaria successivamente allo svolgimento di incarichi politici sono soggetti ad un analogo periodo di cessazione forzosa ex articolo 357.6 *LOPJ*. Il periodo triennale di astensione dall'esercizio di attività giudiziaria vuole fungere non solo da deterrente allo svolgimento dell'attività politica da parte dei giudici, ma mira anche a creare una sorta di "decompressione" del fenomeno della politicizzazione. In questo modo, pertanto, l'ordinamento cerca di preservare l'indipendenza e l'imparzialità dell'autorità giudiziaria a fronte del potere politico.

4. Il modello francese

In Francia, con il sorgere della V Repubblica, si è provveduto a una ridefinizione dei poteri dello Stato, che hanno visto un rafforzamento delle figure del Primo Ministro e del Presidente della Repubblica. La Costituzione del 1958 affida proprio a quest'ultimo, infatti, il ruolo di garante dell'indipendenza del potere giudiziario, relegando, al contempo, le competenze del Consiglio Superiore della Magistratura francese ad un livello suppletivo.⁴⁴ Sullo sfondo di un rinnovato assetto costituzionale, taluna dottrina ha sostenuto che in Francia la magistratura non rientrasse nel novero dei poteri dello Stato.⁴⁵ Secondo questa tesi, un'interpretazione letterale del Titolo VIII del dettato costituzionale, metterebbe, infatti, in evidenza l'utilizzo dell'espressione "autorità giudiziaria" ("*autorité judiciaire*"), da parte del costituente, e non, invece, quella di "potere" ("*pouvoir*") nella definizione delle competenze della magistratura. Tuttavia, il Consiglio Costituzionale ha rilevato l'infondatezza di questo approccio, dal momento che la sovranità nazionale non può prescindere dalla funzione giudiziaria dello Stato.⁴⁶

La Costituzione francese disciplina all'articolo 64 il principio di indipendenza della magistratura. Come nell'esperienza italiana e spagnola, anche in Francia, data la natura programmatica della norma, è prevista la necessità di una legge *ad hoc* che disciplini lo stato

⁴² La *Audiencia Nacional* è un Tribunale di Appello di Madrid, con giurisdizione su tutto il territorio spagnolo, competente su specifiche materie indicate nella *Ley Orgánica del Poder Judicial*.

⁴³ Il magistrato Baltasar Garzón prestò servizio presso l'*Audiencia Nacional* dal 1988 al 2012, quando fu inabilitato per undici anni dal ruolo, con una decisione del Tribunale Supremo spagnolo, 79/2012, a causa di una condotta *ultra vires*, per utilizzo indebito di intercettazioni telefoniche, durante la fase istruttoria del caso Gurtel. Cfr. S. ALCAIDE, *Siete razones para inhabilitar al juez Garzón*, in *El País*, 9 febbraio 2012.

⁴⁴ Cfr. A. MARTIN, *Le Conseil Supérieur de la Magistrature et l'indépendance des juges*, in *Revue de Droit Public et de la Science politique en France et à l'étranger*, n. 3, 1997, p. 741.

⁴⁵ Cfr. N. MERLEY, *Le Chef de l'Etat et l'autorité judiciaire sous le V République*, in *Revue de Droit Public*, n. 3, 1997, p. 701.

⁴⁶ Decisione del *Conseil Constitutionnel*, 5-5-1998, Décision n. 98-399 DC.

giuridico dei magistrati. Il testo di riferimento è costituito dall'ordinanza n. 58-1270, del 22 dicembre 1958, Legge organica sullo statuto della magistratura (*Loi organique relative au statut de la magistrature*), a cui ha fatto seguito il Decreto 2001-1099, del 22 novembre 2001, relativo nello specifico alle modalità di selezione del magistrato.⁴⁷ Detta legge organica regola l'incompatibilità tra la funzione giudiziaria e lo svolgimento della funzione politica.⁴⁸ Tuttavia, essa non sancisce un limite espresso alla libertà di associazione partitica o sindacale dei magistrati, come nel caso italiano e spagnolo, ma esclusivamente impedisce che la stessa possa divenire fonte di una militanza attiva o ancora che possa sfociare in manifestazioni pubbliche.⁴⁹

L'articolo 8, modificato con Legge 2001-539 del 26 giugno 2001, prevede che l'esercizio delle funzioni giurisdizionali sia incompatibile non solo con l'esercizio di qualsiasi altra funzione pubblica, ma anche con qualsiasi altra attività professionale.⁵⁰ A completare il quadro giuridico di riferimento, l'articolo 9 del medesimo testo, modificato con Legge organica n. 504-2010 del 28 giugno del 2010, definisce nello specifico i singoli casi di incompatibilità per la figura del magistrato. Essa non solo deve prescindere dall'esercizio di cariche di natura politica, quale quella parlamentare,⁵¹ ma anche da cariche ancillari in seno al *Conseil Economique et Social*, organo consultivo in materie economiche, sociali e culturali, con potere di intervento durante il procedimento legislativo.⁵² Inoltre, ai sensi del medesimo articolo, è fatta esclusione che un magistrato possa essere chiamato a svolgere servizio presso un tribunale, nella cui giurisdizione sia stata esercitata da meno di cinque anni una carica elettiva pubbli-

⁴⁷ In Francia, la formazione dei magistrati è affidata alla *École Nationale de Magistrature* di Bordeaux, un centro nazionale di studi giudiziari, creato agli inizi della V Repubblica, nel dicembre 1958. Si tratta di un metodo che ha garantito alla Francia dell'ultimo cinquantennio di avere una buona funzione pubblica e di preservare sempre una forma di competenza dei magistrati.

⁴⁸ Al fine di sviluppare il quadro programmatico dell'articolo 64 della Costituzione del 1958, circa lo stato giuridico dei magistrati, con la *Ordonnance n. 58-1270* del 22 dicembre 1958 è stata introdotta la *Loi Organique relative au statut de la magistrature*. Cfr. A. POUILLE, *Le Pouvoir judiciaire et les Tribunaux*, Paris, Masson, 1985.

⁴⁹ Nel Primo Capitolo (*Dispositions générales*) dalla *Loi Organique relative au statut de la magistrature* viene definito il perimetro delle libertà garantite a questi particolari cittadini. L'ordinamento francese vuole dare ai magistrati le stesse libertà pubbliche garantite alla generalità dei cittadini, seppur con determinati limiti, a garanzia dell'imparzialità della carica che ricoprono.

⁵⁰ In base all'articolo 8 della Legge organica sullo statuto della magistratura, vi sono eccezioni individuali che possono essere concesse ai singoli magistrati per svolgere funzioni o attività che non sarebbero suscettibili di compromettere la dignità e l'indipendenza degli stessi. Inoltre, anche senza previa autorizzazione, ogni magistrato può impegnarsi nella ricerca scientifica, letteraria o artistica. Cfr. R. SERRA CRISTOBAL, *La Libertad Ideológica del Juez*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 176.

⁵¹ La disciplina dell'Articolo 9 della *Loi Organique relative au statut de la magistrature* prevede che le limitazioni alla candidatura dei magistrati siano vigenti sia con riferimento al Parlamento nazionale che a quello europeo.

⁵² L'Articolo 9 della *Loi Organique relative au statut de la magistrature* prevede che, a livello territoriale, l'esercizio delle funzioni giudiziarie sia incompatibile con lo svolgimento di un mandato da consigliere regionale, consigliere generale, consigliere comunale o assessore di quartiere, nonché consigliere di Parigi o un membro dell'Assemblea della Corsica. A livello extra-territoriale, invece, un magistrato non può essere membro del Congresso o della Provincia della Nuova Caledonia, rappresentante nell'Assemblea della Polinesia francese, membro dell'Assemblea territoriale di Isole Wallis e Futuna, consigliere territoriale di Saint Barthelemy e di Saint Martin, consigliere generale di Mayotte e di Saint Pierre e Miquelon, o ancora non può ricoprire la posizione di membro del Governo della Nuova Caledonia della Polinesia francese.

ca.⁵³ Infine, a chiudere lo specchio dei limiti previsti dal sistema francese, l'articolo 10 della legge organica in esame proibisce ai magistrati di prendere parte diretta alle deliberazioni politiche.⁵⁴

In caso di violazione di uno dei divieti prescritti, è prevista un'azione disciplinare nei confronti del magistrato, secondo quanto disposto dal Capitolo VII della medesima legge organica.⁵⁵ Al riguardo, un'attività di monitoraggio sull'intero potere giudiziario è svolta dal Ministro della Giustizia, il quale può opporsi a determinate attività svolte da un magistrato, quando ritiene che, per la natura o per le condizioni di esercizio, siano in contrasto con l'integrità della funzione giudiziaria, col rischio di creare nocimento al normale e corretto funzionamento della giustizia.

5. Il modello tedesco

Nell'ordinamento tedesco, a differenza di quelli degli altri Paesi finora analizzati, le istanze di separazione tra magistratura e politica non si sono tradotte in espresse garanzie costituzionali, con limiti alla libertà di associazione politica dei magistrati. Il modello tedesco, frutto di un'evoluzione storica che trae origine dall'esperienza di Weimar, fonda il principio dell'indipendenza dei giudici sul parametro dell'inamovibilità, al fine di evitare passaggi tra la magistratura giudicante ed inquirente.⁵⁶

Nel contesto europeo la Germania rappresenta un vero caso d'eccezione, non essendo dotata di un Consiglio superiore di Giustizia. La magistratura tedesca è organizzata secondo una struttura piramidale, al vertice della quale vi sono i superiori gerarchici, ed in ultimo fa capo ai Ministeri di Giustizia dei singoli Land.⁵⁷ Gli unici organismi che possono es-

⁵³ Oltre ai limiti personali, l'articolo 9 della *Loi Organique relative au statut de la magistrature* pone limiti anche circa i coniugi. Infatti un soggetto non può essere nominato magistrato all'interno di una giurisdizione che coincida in tutto o in parte con l'ambito territoriale in cui il compagno sia eletto deputato o senatore dello Stato.

⁵⁴ Cfr. *Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature*.

⁵⁵ *Ordonnance n. 58-1270* del 22 dicembre 1958, *Portant Loi Organique relative au Statut de la Magistrature*, versione aggiornata al 15 febbraio 2012.

⁵⁶ La mobilità all'interno del corpo giudiziario, ossia il passaggio da una carriera giudicante a inquirente e viceversa, resta limitata a casi sporadici, in modo da garantire l'inamovibilità del giudice. Nel modello tedesco di accesso alla magistratura, l'aspirante magistrato intraprende un percorso di preparazione che consta di due fasi, al termine di ciascuna delle quali si richiede il superamento di un esame di Stato gestito dai ministeri di giustizia dei Länder. La prima fase, puramente teorica, corrisponde a un momento di formazione accademica presso una facoltà di legge, al termine della quale vi è il primo esame di Stato, vertente su prove scritte e orali sulle materie oggetto del percorso di studio. Il superamento di questo esame permette di ottenere uno *status* analogo a quello di dipendente pubblico e, al contempo, di intraprendere nel corso del successivo biennio un tirocinio gestito dai Ministeri di Giustizia: il cosiddetto "*refendariato*". Il secondo esame di Stato ha luogo invece al termine di questo percorso, di fatto decennale, e il suo superamento conferisce ai candidati l'abilitazione all'ufficio di giudice. Solo a questo punto vi è una separazione tra carriera giudicante e carriera requirente. Inizia così un periodo di prova di durata tra i tre e i cinque anni, durante i quali i neo – magistrati sono sottoposti a una valutazione semestrale da parte dei propri superiori gerarchici. Cfr. P. PEDERZOLI, *Selezione e formazione delle professioni legali in Germania*, Padova, Cedam, 1992, pp. 40-53.

⁵⁷ Ai Ministeri di Giustizia dei singoli Land compete il sistema di promozioni, che si basa su un parere previo, ma non vincolante, da parte dei Consigli di Presidio. Questi ultimi sono organi istituiti *ad hoc* in ogni giurisdizione, formati completamente da magistrati, la metà dei quali è eletta dai colleghi della categoria. Cfr. R. CAPONI, *La Formazione del giurista in Germania*, in V. CERULLI, O. ROSELLI (a cura di), *La Riforma degli studi giuridici*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2005, pp. 330-338.

sere assimilabili ai Consigli nell'ordinamento tedesco sono le Commissioni per la scelta dei giudici, presenti solo in alcuni Lander, con composizione e modalità diverse di funzionamento. Esse tendenzialmente si pronunciano sulle proposte di promozione effettuate dal Ministro, ma si dimostrano essere organi fortemente esposti alla politica, essendo formati, oltre che da magistrati o avvocati, da una maggioranza di parlamentari.⁵⁸ Sul piano disciplinare, invece, la competenza è attribuita al Consiglio di disciplina dei magistrati, organo composto per intero da giudici, istituito con Legge 1/07/1962, costituito dal Presidente della Corte Federale di Giustizia, da altri due magistrati della medesima Corte e da altri due membri della magistratura ordinaria. Quest'organo è il principale conoscitore della materia disciplinare, oltre ad essere garante dell'indipendenza dei singoli giudici da fenomeni di controllo gerarchico.

Inizialmente, con la *Legge Fondamentale della Repubblica Federale di Germania*, del 23 maggio 1949, era prevista all'articolo 137, c.1 la possibilità di limitare, con Legge dello Stato, il diritto di associazione politica di funzionari e impiegati pubblici, di soldati volontari e di carriera, ed infine dei giudici. Tuttavia, con l'approvazione della *Legge Giudiziaria (Gesetzlich Vorgesehen)* del 1961, venne introdotta una nuova disciplina, tuttora vigente, che ha aperto a un approccio maggiormente permissivo. L'articolo 39 prescrive, infatti, per i magistrati la necessità di attenersi a una condotta tale da non ledere l'indipendenza o la fiducia che la società vi ripone, anche nello svolgimento di attività o funzioni politiche. E' evidente, pertanto, che il sistema non proibisce *a priori* la militanza di un giudice in politica, ma ne limita esclusivamente la portata.⁵⁹

In Germania vige una distinzione delle modalità di partecipazione di un giudice ai partiti politici, a seconda che svolga un ruolo di semplice affiliazione, prettamente passivo, o che svolga un ruolo di militanza attiva.⁶⁰ All'interno della sfera giudiziaria, si stima una partecipazione del 20% dei giudici alla vita politica e partitica del Paese, che si realizza perlopiù come un fenomeno di mero associazionismo passivo, scevro dall'assunzione di incarichi attivi.⁶¹

Nonostante la marginalità del fenomeno, la dottrina tedesca non ha mancato di rilevare come fosse il concetto stesso di associazione partitica *per se* a minare le basi di neutralità, separatezza e obiettività del potere giudiziario.⁶² La questione, pur nascendo come motivo di reazione al rischio di limitazione della libertà di pensiero dei magistrati, particolarmente presente durante il periodo autoritario, si è spostata in chiave moderna sul piano delle ga-

⁵⁸ Cfr. C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 89-91.

⁵⁹ Cfr. D. SIMON, *La independencia del Juez*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 88.

⁶⁰ Repubblica Federale tedesca è considerata come un "*Parteienstaat*", ossia uno stato partitico, dato il suo grande numero di affiliazione ai tre principali partiti politici: l'*Unione Cristiano Democratica*, attuale partito al Governo (*Christlich Demokratische Union Deutschlands: CDU*); il *Partito Socialdemocratico (Sozialdemokratische Partei Deutschlands: SPD)*; il *Partito Liberale Democratico (Freie Demokratische Partei: FDP)*; il *Partito de La Sinistra (Die Linke: DE)*.

⁶¹ In seno al *Partito Socialdemocratico*, attualmente il secondo partito tedesco, si è costituita la *Associazione Socialdemocratica dei Giuristi (Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen: ASJ)*, fondata nel 1947, che conta più di diecimila membri.

⁶² Cfr. G. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma - Bari, Laterza, 2002, pp. 88-93.

ranzie del potere giudiziario. Questa tendenza, tuttavia, rischia di determinare un'inevitabile politicizzazione del potere giudiziario tedesco, a scapito delle garanzie a tutela della società nel suo insieme, in qualità di beneficiaria ultima dell'attività giudiziaria.⁶³

Nel modello costituzionale tedesco, pertanto, viene meno il garantismo giuridico che caratterizza gli altri Paesi europei finora esaminati, in quanto le relazioni tra potere giudiziario e politico si atteggiavano in una maniera del tutto inedita. La protezione maggiormente efficace contro un'invasione reciproca delle due diverse sfere deve ricercarsi in un'auto-restrizione da parte del giudice, attraverso una piena consapevolezza del proprio ruolo e delle proprie funzioni. Egli è infatti un amministratore neutrale, c.d. *sachwalter*, del diritto, al servizio della società, soggetto unicamente alla legge. Al riguardo, il potere giudiziario tedesco si è sempre opposto unanimemente alla manipolazione politica a danno dei magistrati, rappresentando un *vulnus* al principio di indipendenza della categoria.⁶⁴

L'indipendenza dei magistrati resta, infatti, un principio costituzionale, cardine della *Legge Fondamentale* tedesca, la quale all'articolo 97.1 ne garantisce la soggezione unicamente alla legge.⁶⁵ In questo senso, nel 2008 vi è stata la rimozione di un giudice onorario facente parte di un gruppo musicale di estrema destra, filo-nazional-socialista. Nella sua decisione, la Corte costituzionale tedesca ha rimarcato come le condizioni di onorabilità e di fedeltà alla Costituzione rappresentino due requisiti imprescindibili allo *status* di magistrato, sia che esso sia togato, sia che esso sia onorario.⁶⁶

6. Il modello dei sistemi giudiziari statali negli Stati Uniti d'America

Il modello di selezione dei giudici attraverso elezione popolare è statisticamente il meno utilizzato nei singoli ordinamenti giuridici. Infatti, pur essendo il sistema che maggiormente riesce ad integrare i giudici nel contesto socio-politico in cui operano, è per rovescio quello che più rischia di esporne l'indipendenza alla sfera politica. Il meccanismo di selezione popolare dei giudici nacque con la rivoluzione francese, al fine di collegare l'esercizio della giurisdizione alla sovranità popolare, attraverso un sistema elettivo. Oggigiorno, questo sistema è adoperato in un numero limitato di Paesi, tra cui, principalmente, gli Stati Uniti, la Russia e il Giappone.

Sul piano giuridico comparato, gli Stati Uniti d'America costituiscono il principale esempio di magistratura selezionata attraverso voto popolare. Il modello statunitense ha radici molto antiche, da ricercare nella Costituzione e nelle dinamiche interne all'ordinamento

⁶³ Durante il periodo del Terzo *Reich*, la magistratura era costretta ad un'adesione coatta ai principi nazional-socialisti.

⁶⁴ Cfr. P. GILLES, *Judicial Independence and the involvement of judges in party politics and trade union activities*, in S. SHETREET, J. DESCHENES (Eds.), *Judicial Independence: the contemporary debate*, Dordrecht, Nijhoff Publishers, 1985, p. 98.

⁶⁵ Cfr. P. GILLES, *Judicial Independence and the involvement of judges in party politics and trade union activities*, in S. SHETREET, J. DESCHENES (a cura di), *Judicial Independence: the contemporary debate*, Dordrecht, Nijhoff Publishers, 1985, pp. 96-107.

⁶⁶ Decisione della Corte Costituzionale Federale tedesca, *BverfG*, 1. Camera, 2. Senato. Ord. 6. 5. 2008. Cfr. F. PALERMO, *La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 2007-2008*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 5, 2009, pp. 4206-4207.

giudiziario. Esso prevede la coesistenza del sistema giudiziario federale con quello di cinquanta Stati federati. Anche se ogni sistema è organizzato in maniera indipendente, tutti sono organizzati su tre gradi di giudizio, al cui vertice vi è la Corte Suprema federale.⁶⁷

I giudici statali possono essere nominati in base a differenti criteri, a seconda del singolo Stato, ma i modelli principali sono due: (a) la nomina da parte del Governatore, istituto che riprende la modalità di selezione federale, che prevede un criterio di selezione ad appannaggio dell'Esecutivo; e (b) l'elezione popolare, ad oggi il più utilizzato. Trentanove Stati federati, infatti, eleggono i giudici del proprio *corpus* giudiziario. Secondo un criterio statistico il fenomeno del voto popolare nel criterio di selezione dei magistrati cresce soprattutto negli Stati dell'ovest del Paese. Nell'alveo di questo modello, un istituto di partecipazione diretta più sfumata è quello del *merit plan*, che ha acquisito con gli anni un notevole riscontro positivo nell'ordinamento interno statunitense.⁶⁸

La scelta di optare per un sistema di nomina dei giudici su base elettiva risale al XIX secolo, durante la presidenza Jackson (1829-1837), che non solo aspirava ad un potere giudiziario in linea con la volontà del popolo, ma che fosse altresì responsabile nei suoi confronti. Tuttavia, sin dall'epoca, tale meccanismo fu messo in discussione non solo a causa delle forti pressioni sui singoli giudici, legate perlopiù al peso dell'associazionismo partitico in sede di campagna elettorale, ma anche in relazione ai rischi legati alla mancanza di requisiti professionali necessari da parte dei candidati alle singole cariche. Al riguardo, secondo quanto asserito da Bertrand Russell: «[q]uando ai tempi di Jackson, in America, la gente si rese conto di questo pericolo dei giudici che contrastavano la volontà popolare, si decise che bisognava designare i giudici statali per elezione. Il rimedio, però, si dimostrò peggiore della malattia».⁶⁹

L'esposizione del giudice alla sfera politica suscita due principali criticità. Da un lato, sussiste il rischio di condizionamento delle decisioni del singolo giudice, pressato dalla necessità di mantenere un appiglio sull'elettorato; dall'altro quello che l'elettorato venga influenzato nelle proprie scelte, portato a scegliere in base a criteri di convenienza. In questo modo, il sistema di selezione elettorale dei magistrati andrebbe a creare a una giustizia organizzata unicamente in funzione delle tornate elettorali.⁷⁰

Il sistema coinvolge circa l'87% dei giudici delle Corti federate dell'ordinamento statunitense. Il successo del modello in questione risiede nel fatto che esso crea una relazione biunivoca tra il popolo sovrano e il potere giudiziario. Pertanto, attraverso un sistema fondato

⁶⁷ La tripartizione dei gradi di giudizio vige anche a livello statale, dove vige la competenza di tre diversi organi, gerarchicamente suddivisi in *Trial Court*, *Appellate Court* e *Supreme Court*. Le decisioni di quest'ultimo Tribunale possono essere impugnate davanti alla Corte Suprema Federale per questioni inerenti il diritto federale.

⁶⁸ Cfr. M. COMBA, *Gli Stati Uniti d'America*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVANE, G. F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Roma - Bari, Laterza, 2009, p. 150.

⁶⁹ Cit. BERTRAND RUSSELL, *Fact and Fiction*, Londra George Allen & Unwin Ltd., 1961, ristampato a Londra, da Routledge, 2010, p. 72. Citazione liberamente tradotta dal testo originale in Inglese: «*In America, when people in Jackson's time became conscious of this danger, they decided that State judges, though not federal judges, should be elected. This remedy, however, proved worse than the disease.*»

⁷⁰ Cfr. M. H. REDISH, *Judicial discipline, judicial independence and the Constitution: a textual and structural analysis*, in *Southern California Law Review*, n. 72, 1999, p. 674.

sulla legittimità popolare, la magistratura viene ad essere al diretto servizio dei consociati, senza la necessità di una mediazione istituzionale, attraverso un meccanismo di accesso concorsuale, come osservato, invece, nei Paesi di *civil law*.⁷¹

L'ordinamento statunitense suole distinguere tra due differenti sistemi di selezione dei magistrati su base elettorale: (a) il sistema *partisan* e (b) il sistema *non partisan*. Soltanto nel primo caso vige un sistema di associazionismo partitico, essendo consentito ai candidati di presentarsi all'elettorato con il sostegno aperto di un partito politico.⁷² Nel secondo caso, invece, le candidature restano indipendenti, senza la necessità di un'affiliazione partitica per le candidature. In entrambi i modelli, tuttavia, l'ascendente politico può manifestarsi, direttamente o indirettamente, non solo per l'influenza delle forze politiche locali alle urne, ma anche perché spesso gli stessi candidati sono già stati figure politiche o personaggi di rilievo pubblico.⁷³ Per poter opportunamente preservare il sistema da derive clientelari, ciascuno Stato ha attivato appositi meccanismi di tutela.⁷⁴

In particolare, a garanzia delle prerogative del potere giudiziario, è stato creato un modello di selezione misto, chiamato *merit plan* o *Missouri plan*, in quanto messo in atto per la prima volta nello Stato del Missouri nel 1940.⁷⁵ Si tratta di un sistema di selezione attualmente molto utilizzato che, oltre a prevedere la partecipazione popolare nel processo di selezione dei magistrati, intende anche garantire il merito e le qualità dei singoli. Nel rispetto della rappresentatività popolare, esso ha lo scopo di assicurare i capisaldi delle virtù professionali dei candidati, mitigando al contempo le istanze di influenza provenienti dalla sfera politica locale. Alla base di tale meccanismo vi è l'istituzione di un'apposita commissione, di natura non politica, composta da giudici e avvocati, oltre che da cittadini laici. Essa ha il compito di raccogliere in apposite liste le candidature, in media da tre a cinque, per ogni carica vacante, per poi passare in disamina i singoli candidati.⁷⁶ A seguito di questa prima fase di *screening*, si passa poi alla fase della nomina, con il coinvolgimento dell'organo esecutivo statale. Il Governatore dello Stato, infatti, sulla base delle suddette liste, è chiamato entro sessanta giorni a esprimere una nomina, per un mandato non inferiore all'anno. Nel caso in cui il Governatore non provveda, sarà la commissione stessa a deliberare. A un anno dalla nomina, il giudice è poi soggetto ad un *referendum* popolare, la c.d. *retention election*, per la

⁷¹ Cfr. R. SERRA CRISTOBAL, *La Libertad Ideológica del Juez*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 47.

⁷² Ad adottare il sistema *partisan* sono sedici Stati, tra cui: Alabama, Arkansas, New Mexico, Stato di New York e Texas.

⁷³ Cfr. C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma - Bari, 2002, p. 72.

⁷⁴ Ad esempio, a tutela dell'indipendenza dei magistrati sono state generalmente previste cariche sufficientemente prolungate nel tempo, con una durata media del mandato che oscilla tra i sette e gli undici anni, a seconda dei casi.

⁷⁵ Storicamente tale meccanismo originariamente chiamato *Missouri Non partisan Court Plan* fu adottato nel novembre del 1940 a seguito di una petizione popolare, per ovviare al problema dell'ignoranza di molti giudici eletti. E la prima commissione fu presieduta da Luther Ely Smith.

⁷⁶ Il modello originario voleva che fosse formata da tre avvocati scelti dai membri del *Missouri Bar*, tre cittadini scelti dal Governatore dello Stato e dal *Chief Justice*, in qualità di presidente, in modo che i membri rispecchiassero le Corti d'appello presenti all'interno dello Stato.

conferma o meno nel ruolo.⁷⁷ In particolare, questo è un meccanismo periodico che permette di sottoporre al vaglio popolare il giudice scelto attraverso il *merit plan*.⁷⁸ Nel caso in cui la maggioranza dei voti sia negativa, il giudice viene rimosso dal proprio incarico ed il procedimento di selezione inizierà nuovamente; altrimenti, nel caso di una maggioranza di voti positiva, il giudice può entrare a pieni poteri nell'incarico.⁷⁹ La differenza sostanziale tra il normale procedimento elettivo e la *retention election* risiede nel fatto che, pur essendo entrambi strumenti di partecipazione democratica diretta del popolo, il primo è il risultato di una scelta effettuata all'interno di una lista di candidati, mentre il secondo si esplicita in una scelta confermativa, dove il candidato non è affiancato da altri concorrenti.

Il modello in esame è stato utilizzato da una serie di Stati che, anche attraverso un processo di riadattamento, hanno provveduto ad un'implementazione interna sulla base delle rispettive esigenze domestiche. La California, ad esempio, ha fortemente modificato la struttura originaria di tale meccanismo selettivo, prevedendo un sistema ibrido di c.d. "nomina assistita".⁸⁰ Al Governatore è affidato il potere di selezione dei candidati, potendo scegliere tra una pluralità di individui, selezionati in base a criteri professionali, con una pratica forense pluridecennale. Successivamente, un'apposita commissione, la c.d. *Commission on Judicial Nominees Evaluation*, in seno all'ordine degli avvocati dello Stato della California, valuta i candidati attraverso un parere non vincolante. Per le corti superiori dello Stato è prevista un'ulteriore commissione, la c.d. *Commission on Judicial Appointments*⁸¹ che, riunendosi in seduta pubblica, può confermare o meno i candidati proposti dalla prima commissione. In caso di conferma, il giudice può entrare nel ruolo, fermo restando il vincolo della *retention election*, per il vaglio popolare, che ha luogo dopo un certo periodo temporale, differente in questo caso a seconda del ruolo del candidato.

Nonostante il *Missouri plan* abbia apportato maggiore responsabilità nel modello statunitense, lo stesso non è rimasto esente da critiche. Tale meccanismo, infatti, finirebbe col dare un eccessivo controllo al ceto forense nel processo di nomina dei giudici, conferendo maggior importanza alla fase di vaglio dei candidati, a fronte di un peso minore nella fase di scelta da parte dei cittadini.⁸² In questo modo, il sistema rischia inevitabilmente di diventare

⁷⁷ Cfr. H. J. ABRAHAM, *The Judicial Process*, Oxford University Press, 6th edition, New York, 1993, pp. 36 – 39.

⁷⁸ Pur se dal 1940 l'istituto della *retention election* è stato affiancato a quello del *merit plan*, esso nacque nel 1934 in California per ricoprire i posti vacanti delle *State Courts*. Tale strumento voleva essere un'alternativa al fallimento dei metodi precedentemente utilizzati: elezioni dirette, elezioni da parte del Legislativo o nomina da parte del Governatore.

⁷⁹ Generalmente, il giudice può essere confermato con una maggioranza semplice dei voti espressi in suo favore.

⁸⁰ L'articolo VI della Costituzione della California disciplina il procedimento di selezione elettiva per i giudici statali, nel rispetto della legge federale.

⁸¹ La *Commission on Judicial Appointments* è costituita dal Presidente del Tribunale di I grado (*Chief Justice*), dall'Avvocato Generale (*General Attorney*) e dal Presidente della Corte d'Appello.

⁸² Il Presidente della *Better Courts of Missouri* Bob Watson ha infatti sottolineato proprio come sia contro la *ratio* del *merit plan* quello di dare un eccessivo spazio ad un'*élite* con interessi propri, a scapito della generalità della popolazione. Cfr. B. WATSON, *Opponents of Judicial selection process form new group*, in *Jefferson City News Tribune*, 14 marzo 2008.

uno strumento elitario, a scapito del suo carattere originariamente democratico.⁸³ Per queste ragioni, il Missouri Plan è stato più volte criticato per creare un sistema indirettamente dipendente dalla politica che, invece di favorire il voto popolare, istituisce un processo di selezione a “porte chiuse” che rispecchia inevitabilmente le preferenze ideologiche dell’avvocatura piuttosto che della società.⁸⁴

Il modello della nomina per elezione della componente giudiziaria è un tema tornato in voga anche nel contesto europeo. Negli anni '80, nel sistema spagnolo, il *Partido Socialista Obrero Español* (PSOE) aveva rilevato la mancanza di legittimazione del potere giudiziario, dal momento che lo stesso non godeva del consenso elettorale a differenza degli altri poteri dello Stato. Tale posizione, tuttavia, non riscosse il successo sperato né tra gli altri partiti né in generale tra le istituzioni statali, nella convinzione che una legittimazione popolare, avrebbe potuto influenzare la bontà dell’esercizio del potere giudiziario.⁸⁵ Nel contesto italiano, invece, risale al 2009 una proposta dell’ex Ministro delle Riforme per il Federalismo, Umberto Bossi, per una magistratura eletta dal popolo.⁸⁶ Tale possibilità fu esclusa anche nel sistema italiano, riprendendo considerazioni già sollevate in sede costituente, durante i lavori preparatori del Titolo IV della Costituzione.⁸⁷ In quella sede, si reputò che il modello elettivo non fosse confacente all’ordinamento nazionale, laddove si valutò che l’esigenza della capacità tecnica e dell’idoneità per talune funzioni potesse essere incompatibile con la partecipazione popolare.⁸⁸

7. Considerazioni finali

L’indipendenza e l’imparzialità del potere giudiziario costituiscono due pilastri portanti in uno Stato democratico di diritto, che vuole il giudice soggetto unicamente alla legge. In tal

⁸³ Cfr. S. J. WARE, *The Missouri Plan in national perspective*, in *The Missouri Law Review*, Vol. 74, n. 3, 2009, pp. 474 – 478.

⁸⁴ Cfr. B. D. FITZPATRICK, *The politics of merit selection*, in *The Missouri Law Review*, Vol. 74, n. 3, 2009.

⁸⁵ Cfr. *Revista del Poder Judicial*, n.16, 1985.

⁸⁶ Il progetto avanzato prevedeva la possibilità di estendere la partecipazione diretta del popolo ai procedimenti giudiziari per i reati più gravi quali la corruzione, la concussione, il peculato, la calunnia, la falsa testimonianza, la falsa perizia, l’associazione mafiosa, il voto di scambio, oltre ai delitti di omicidio e di strage. A supporto di tale proposta, furono invocati gli articoli 101 della Costituzione, per il quale «la Giustizia e’ amministrata in nome del popolo» e 102, per il quale «la legge regola i casi e le forme di partecipazione diretta del popolo all’amministrazione della Giustizia».

⁸⁷ Il sistema elettivo, all’epoca adottato nella vicina Svizzera, tendeva a una conferma sistematica dei magistrati eletti la prima volta. Fu così che in Italia si optò per il sistema di nomina per concorso dei magistrati.

⁸⁸ Secondo quanto espresso da Giovanni Leone: «Il concetto di sovranità popolare, infatti, non importa la partecipazione del popolo all’amministrazione della giustizia [...] Democrazia è governo di popolo; e perciò potere esecutivo e legislativo come emanazione di popolo; ma non è anche indiscriminata partecipazione del popolo a quelle attività che esprimono un’esigenza tecnica, di capacità [...] Il paragone tra partecipazione del popolo alla funzione legislativa e partecipazione a quella giudiziaria non si può correttamente porre; giacché, a parte il fatto che nel primo caso il popolo non partecipa direttamente, indiscriminatamente, e per effetto di una scelta meramente casuale, alla funzione legislativa, è evidente che - mentre la funzione legislativa è predisposta a raccogliere col massimo della immediatezza il complesso delle aspirazioni e delle esigenze del popolo - la funzione giudiziaria, che nel nostro Paese si radica sul principio della codificazione, deve ispirarsi a criteri tecnici.» Cfr. Discussioni generali dei Titoli IV e VI, Parte II, Seduta pomeridiana di venerdì 14 novembre 1947, Assemblea Costituente.

modo, l'affiliazione dei singoli magistrati a partiti politici rischia di confliggere con questi presupposti, potendo suscitare la sfiducia dei consociati in quelle che sono le attuazioni e le decisioni dell'organo giudicante.

Sia nei sistemi di *civil law* sia di *common law*, il principale denominatore comune è costituito dalla difesa dell'inderogabilità del principio di indipendenza e di imparzialità del giudice, quintessenza di tale *status*. Tuttavia, indipendenza non necessariamente riflette l'accezione di imparzialità, dal momento che è soprattutto quest'ultima a garantire equità nel momento del giudizio. E' questo, infatti, il presupposto che permette al diritto di associazione di espandersi o comprimersi a seconda dei casi. Da questo presupposto, le differenti modalità selettive dei magistrati all'interno dei singoli ordinamenti presi in esame scandiscono le principali differenze nella declinazione della libertà di associazione.

Nei sistemi giudiziari di natura amministrativa, generalmente diffusi nei sistemi giudiziari di *civil law*, la legittimazione del giudice si fonda su un modello prestabilito, fondato su criteri puramente oggettivi, volto ad allontanare l'ingerenza politica. Essi si basano su una selezione del magistrato mediante concorso, volto a garantire l'idoneità del candidato alla carriera giudiziaria. Questo modello mira alla formazione di magistrati dalle alte qualifiche tecniche, in grado da poter garantire al meglio il principio dello *iura novit curia*, fondamento del diritto processuale antico e moderno. Allo stesso tempo, l'accesso alla magistratura, fondato su regole oggettive, conferisce all'organo un'indipendenza e un'imparzialità che potrebbero essere compromesse in altri meccanismi di reclutamento.

All'interno dei sistemi giuridici di *civil law*, le garanzie di indipendenza dei magistrati, oltre ad essere formalmente recepite durante la fase di selezione, vengono poi assicurate nel corso della carriera dagli organi di autogoverno. Attraverso una struttura piramidale autonoma, i modelli costituzionali presi in esame pongono in essere un modello di salvaguardia tanto esterna quanto interna, atto a preservare il singolo magistrato, soggetto unicamente alla legge, sia dalle ingerenze degli altri poteri dello Stato sia dalle pressioni endogene.

La libertà di associazione, pur se riconosciuta come libertà fondamentale all'interno delle singole costituzioni degli ordinamenti giuridici analizzati, viene limitata inerentemente a casi specifici, in particolare con riferimento all'associazionismo partitico dei magistrati. In questo modo, non solo si vuole garantire l'indipendenza e la terzietà dell'organo giudicante, ma anche preservare la fiducia che i consociati ripongono in esso.

Nei Paesi di *civil law* presi in esame, vigono limitazioni o proibizioni indicate espressamente dalla legge dello Stato. Il legislatore costituzionale, infatti, ha voluto garantire un modello che restituisse alla magistratura un'immagine di imparzialità e indipendenza, caratteristiche soppresse durante le esperienze autoritarie. Nel panorama europeo, seppur con diverse sfumature, il principio di separazione dei poteri si riflette in maniera più o meno evidente sulla tendenza all'esclusione del potere giudiziario dalla sfera politica. La figura del magistrato, per definizione terza ed imparziale, deve rimanere dunque avulsa dal coinvolgimento partitico, in modo da poter garantire una giurisdizione quanto mai equa, che trova il suo alveo nei principi democratici costituzionali.

La libertà di associazione può presentare, infatti, un pericolo per l'indipendenza della magistratura, a causa delle pressioni dirette o indirette che si imporrebbero sul *modus pen-*

sandi dei singoli magistrati. Dal momento che questi presupposti rappresentano un rischio all'integrità del potere giudiziario, i sistemi dei Paesi improntati sul modello amministrativo hanno visto un legislatore propenso a contemplare la creazione di vincoli alla libertà di associazione, nel momento in cui la stessa venga ad essere collegata a strutture politiche. In quest'ottica, secondo la dottrina calamandreiana, alla base del processo costituente italiano, «l'attività politica può turbare la serenità ed imparzialità del magistrato, o quanto meno l'altrui fiducia nella sua serenità ed imparzialità».⁸⁹ A ben vedere, tale divieto per i magistrati ha una *ratio* precisa, in quanto essi, oltre ad essere al servizio della società, come altre categorie della pubblica amministrazione, costituiscono un ordine autonomo e indipendente dello Stato. Pertanto, un magistrato che volesse affiliarsi politicamente si dissocerebbe dal principio costituzionalmente garantito di autonomia del potere giudiziario.

In particolare, nel caso italiano e spagnolo viene introdotto un riferimento programmatico già a livello costituzionale, sviluppato poi con leggi ordinarie, volto a restringere il perimetro di associazione partitica dei singoli magistrati. Tuttavia, mentre il sistema italiano lascia aperta una lacuna in termini di candidabilità politica dei giudici, il sistema spagnolo è maggiormente garantista, permettendo che un giudice possa candidarsi esclusivamente a seguito di un periodo di cessazione forzata dell'attività giudiziaria. In Francia, invece, nonostante la costituzione preveda l'istituzione di un quadro programmatico per l'istituzione di limiti alla libertà di associazione partitica, la stessa è consentita ai magistrati, al pari di ogni altro cittadino, ma a condizione che non diventi fonte di una militanza politica attiva. A completare il quadro, in Germania, si registra un sistema *sui generis*, che si distacca dal *trend* degli altri Paesi europei presi in esame. Nell'ordinamento tedesco vige infatti un modello piramidale, fortemente legato ai Ministeri di Giustizia dei singoli Land, data l'assenza di un organo di autogoverno. I giudici, inoltre, beneficiano di una maggiore autonomia rispetto agli altri ordinamenti, con un più ampio spazio di manovra nelle proprie decisioni, nei limiti dell'imparzialità.

Tra i sistemi di *common law*, invece, l'ordinamento statunitense è fondato su un modello selettivo per elezione, sublimazione del principio democratico. Ai giudici, in questo caso, non solo viene concessa la possibilità di associazione partitica, ma essa stessa diviene il canale per accedere alla funzione – almeno con riferimento ai sistemi puramente *partisan*. Il fenomeno dell'associazionismo assume, pertanto, tratti del tutto inediti, non essendo più sottoposto a vincoli.

Nonostante questo modello ambisca a garantire un meccanismo democratico di partecipazione dei cittadini all'amministrazione della giustizia, esso può comportare due principali criticità. Da un lato, nei modelli *partisan*, il modello rischia di creare un'amministrazione della giustizia esclusivamente volta al soddisfacimento delle prerogative elettorali. Nei modelli *non partisan*, invece, specialmente in quelli dove è in vigore il meccanismo del *merit plan*, nonostante si voglia garantire un sistema maggiormente equo e per antonomasia meritocratico, il rischio è che le istanze del ceto forense possano essere privilegiate in sede istituzionale, creando un sistema di amministrazione elitario della giustizia.

⁸⁹ Cit. P. CALAMANDREI, *Lezioni sull'ordinamento giudiziario*, Firenze, CAM, 1953, p. 39.

Il modello di selezione per elezione è per sua natura quello che maggiormente crea un'osmosi tra sfera politica e giudiziaria. Si pone, infatti, il problema di differenziare la democrazia costituzionale dalla democrazia maggioritaria, problema già espresso a livello politico da Dworkin⁹⁰. In questo senso, è necessario un sistema permeato da una piena informazione, in modo da creare le basi per un sistema coerente in mano agli elettori. Infatti, in un'ottica di amministrazione della giustizia in favore dei cittadini, la trasparenza diviene il punto di forza, permettendo, in tal modo, di preservare l'imparzialità dell'organo e la fiducia che i consociati vi ripongono.

I modelli analizzati tendono, in modi differenti, a salvaguardare un equilibrio non solo tra i distinti poteri statali, ma anche all'interno di ciascuno di essi. Ogni sistema va inteso lo specchio di un sostrato storico e giuridico consolidatosi nel tempo, frutto non solo dell'evoluzione dei sistemi costituzionali domestici, ma anche della figura stessa del magistrato. Il magistrato del nostro tempo, infatti, per le funzioni che è chiamato a svolgere, non può più essere considerato soltanto *bouche de la loi*, con caratteristiche puramente tecniche. Sempre più spesso, esso è chiamato ad avere una responsabilità anche di natura "politica", con nuove e più complesse funzioni, soprattutto alla luce del peso del precedente giudiziario, che lo rendono partecipe dell'elaborazione di una politica del diritto.

⁹⁰ Cfr. R. DWORKIN, *Constitutionalism and Democracy*, in *European Journal of Philosophy*, n. 1, 1995. Nella distinzione delle diverse concezioni di democrazia, si evidenziano quella maggioritaria, per la quale tutte le decisioni sono legittime se approvate dalla maggioranza dei cittadini, e quella costituzionale, che vede i poteri dello Stato soggetti a particolari condizioni.