

Partecipazione dei magistrati al governo degli enti locali (comuni, province, regioni) - esercizio di Uffici politico-amministrativi da parte di magistrati che svolgono o non svolgono funzioni giurisdizionali.

(Risoluzione del 28 aprile 2010)

Il Consiglio superiore della magistratura, nella seduta del 28 aprile 2010, ha approvato la seguente risoluzione:

«Il Consiglio superiore della magistratura osserva:

Candidature dei magistrati e partecipazione al governo degli Enti locali

1. Premessa

È compito fondamentale del Consiglio superiore della magistratura, derivante direttamente dal ruolo assegnatogli dalla Costituzione, tutelare l'indipendenza e l'autonomia della magistratura.

Tale tutela involge necessariamente anche l'immagine di terzietà ed imparzialità che deve assistere ciascun magistrato nell'esercizio concreto delle sue funzioni.

Come di recente rilevato dalla Corte costituzionale, *“i magistrati, per dettato costituzionale (artt. 101, secondo comma, e 104, primo comma, Cost.), debbono essere imparziali ed indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità”* (C. Cost. n. 224/2009).

Nei termini riportati il diritto vivente riconosce che **“l'immagine dell'imparzialità”** è un valore indispensabile, perché traduce in una forma esterna immediatamente percepibile il contenuto sostanziale di detto valore.

D'altra parte, la fiducia che i cittadini ripongono nella magistratura si nutre anche della percezione che gli stessi hanno della indipendenza e dell'imparzialità dei singoli magistrati nell'amministrazione della giustizia.

Nella delineata prospettiva, il Consiglio superiore ritiene necessario avviare una riflessione sull'attuale assetto ordinamentale in tema di partecipazione dei magistrati alle competizioni elettorali, e in particolare relativamente a quello concernente gli enti locali ovvero il coinvolgimento dei magistrati in ruoli di amministrazione attiva presso i medesimi enti.

2. Il quadro normativo vigente.

2.1 Il decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, recante il *“Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali”* prevede, all'art. 60, che: *“Non sono eleggibili a sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale e circoscrizionale: 6) nel territorio, nel quale esercitano le loro funzioni, i magistrati addetti alle corti di appello, ai tribunali, ai tribunali amministrativi regionali, nonché i giudici di pace”*.

Il terzo comma della medesima norma stabilisce che la riportata causa di ineleggibilità non ha effetto se il magistrato *“cessa dalle funzioni per dimissioni, trasferimento, revoca dell'incarico o del comando, collocamento in aspettativa non retribuita non oltre il giorno fissato per la presentazione delle candidature”*.

Pertanto, la **causa di ineleggibilità** in commento non sussiste allorquando la candidatura sia presentata per cariche amministrative presso enti locali situati fuori dal territorio in cui il magistrato esercita le funzioni. In tale ultimo caso, l'assenza della causa di ineleggibilità, unitamente alla previsione stabilita in sede di normazione primaria di un obbligo di aspettativa, rende possibile per il magistrato il contemporaneo svolgimento delle funzioni politiche amministrative e di quelle giudiziarie, sia pure in diversi ambiti territoriali.

2.2 Situazione analoga si verifica per le cariche elettive regionali.

L'articolo 122, primo comma, della Costituzione demanda alla potestà legislativa regionale la disciplina dei casi di ineleggibilità e incompatibilità del presidente della regione e degli altri componenti della giunta e dei consigli regionali, nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica. **Tali principi erano già** fissati dalla legge 23 aprile 1981, n. 154, recante *“Norme in materia di ineleggibilità ed incompatibilità alle cariche di consigliere regionale, provinciale, comunale e circoscrizionale e in materia di incompatibilità degli addetti al Servizio sanitario nazionale”*.

Per quel che rileva nella presente sede, l'art. 2, comma 2, n. 6 L. 154/1981 **stabiliva** che non **erano** eleggibili a consigliere regionale, *“nel territorio, nel quale esercitano le loro funzioni, i magistrati addetti alle corti di appello, ai tribunali, alle preture ed ai tribunali amministrativi regionali nonché i vice pretori onorari e i giudici conciliatori”*.

Tali cause di ineleggibilità, ai sensi del comma 2 del medesimo articolo, non **avevano** effetto se il magistrato **cessava** dalle funzioni per dimissioni, trasferimento o collocamento in aspettativa non oltre il giorno fissato per la presentazione delle candidature.

La legge 2 luglio 2004, n. 165, recante “Disposizioni di attuazione dell'articolo 122”, primo comma, della Costituzione, stabilisce all'attualità “in via esclusiva, ai sensi dell'articolo 122, primo comma, della Costituzione, i principi fondamentali concernenti il sistema di elezione e i casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale, nonché dei consiglieri regionali”, secondo quanto previsto dall'art. 1 della legge in commento.

In particolare il successivo art. 2 fissa i principi fondamentali cui devono attenersi i legislatori regionali nel disciplinare i casi di ineleggibilità, prevedendo espressamente, al comma 1 lett.

a), la “sussistenza delle cause di ineleggibilità qualora le attività o le funzioni svolte dal candidato, anche in relazione a peculiari situazioni delle regioni, possano turbare o condizionare in modo diretto la libera decisione di voto degli elettori ovvero possano violare la parità di accesso alle cariche elettive rispetto agli altri candidati” nonché al comma 1 lett. b) “l'inefficacia delle cause di ineleggibilità qualora gli interessati cessino dalle attività o dalle funzioni che determinano l'ineleggibilità, non oltre il giorno fissato per la presentazione delle candidature o altro termine anteriore altrimenti stabilito, ferma restando la tutela del diritto al mantenimento del posto di lavoro, pubblico o privato, del candidato”.

Pertanto, anche per le cariche elettive regionali -per le quali pure manca la previsione in sede di normazione primaria di un obbligo di aspettativa- **risulta** possibile che il magistrato svolga contemporaneamente le funzioni politiche amministrative e quelle giudiziarie, sia pure in diversi ambiti territoriali, **anche all'esito dell'entrata in vigore della L. 165/2004, alla quale le Regioni hanno dato diversamente attuazione, nella misura in cui l'attività giurisdizionale sia svolta in un contesto territoriale diverso rispetto a quello ove vengono espletate le funzioni di amministrazione attiva.**

2.3 La descritta situazione di simultaneo esercizio si ripropone, nei medesimi termini, anche nei casi in cui i magistrati assumano l'incarico di assessore comunale, provinciale e regionale cosiddetto *“esterno”*.

L'art. 47, comma 3, D.Lgs 267/00 prevede che, nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti e nelle province, gli assessori *“sono nominati dal sindaco o dal presidente della provincia anche al di fuori dei componenti del consiglio, fra i cittadini in possesso dei requisiti di candidabilità, eleggibilità e compatibilità alla carica di consigliere”*; in base al comma 4, ciò è possibile anche nei comuni con popolazione inferiore a 15.000, purché sia espressamente previsto dallo statuto.

Con riferimento agli assessori esterni, pertanto, per espressa previsione legislativa, sussistono le medesime cause di ineleggibilità ed incompatibilità previste per i consiglieri comunali e provinciali: conseguentemente si ripropongono le considerazioni sopra svolte con riguardo al possibile contemporaneo esercizio di funzioni giudiziarie e funzioni *“politiche”*.

L'ultimo comma dell'art. 122 Cost., come novellato dalla legge costituzionale 1/1999, stabilisce che il Presidente della Giunta regionale, salvo che lo statuto regionale disponga diversamente, è eletto a suffragio universale e che, una volta eletto, nomina e revoca i componenti della Giunta.

Gli **ordinamenti** regionali, nel dare attuazione all'indicata disposizione costituzionale, hanno sostanzialmente esteso agli assessori regionali "esterni" le cause di incompatibilità ed ineleggibilità che la normativa prevede in relazione alla carica di consigliere regionale, cause da intendersi come ostative alla nomina.

Pertanto, il magistrato non può essere nominato assessore esterno nella regione nell'ambito territoriale della quale insiste l'ufficio presso il quale egli presta servizio a meno che non intervenga il suo collocamento in aspettativa.

Proprio in merito a tale aspetto, deve evidenziarsi che mentre il D.Lgs. 267/2000, all'art. 81, prevede che *"I sindaci, i presidenti delle province, i presidenti dei consigli comunali e provinciali, i presidenti dei consigli circoscrizionali dei comuni di cui all'articolo 22, comma 1, i presidenti delle comunità montane e delle unioni di comuni, nonché i membri delle giunte di comuni e province, che siano lavoratori dipendenti possono essere collocati a richiesta in aspettativa non retribuita per tutto il periodo di espletamento del mandato"*, ragione per la quale dell'aspettativa potranno godere anche gli assessori "esterni", analoga disposizione manca per le giunte regionali.

Ciò, nondimeno, il Consiglio superiore della magistratura in proposito ha rilevato¹ che *"l'aspettativa deve essere necessariamente riconosciuta anche agli assessori regionali nominati dal Presidente dell'Ente, sia perché, pur non essendo espressamente prevista, non può non essere attribuita in ragione di un'interpretazione estensiva delle disposizioni che la prevedono per tutti gli altri uffici ai quali sono conferite funzioni simili o assimilabili sia presso lo Stato, e precisamente per i Ministri e Sottosegretari, sia presso gli Enti locali, e segnatamente "per i membri delle giunte di comuni e province", sia perché la giurisprudenza amministrativa maggioritaria ammette l'interpretazione estensiva delle disposizioni in materia di collocamento in aspettativa dei dipendenti pubblici per l'assunzione di cariche pubbliche (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 1181 del 27-10-1988, nonché Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 1265 del 26-9-1989), sia perché, altrimenti, si impedirebbe, di fatto, ai magistrati ordinari, l'esercizio dell'ufficio di assessore regionale, pure non vietato dalla legge, attesa la mancata esplicita previsione persino di permessi o licenze"*.

3. L'esercizio dei diritti politici da parte dei magistrati.

La Corte di cassazione, nell'affrontare le questioni relative all'elettorato passivo, con particolare riguardo alle condizioni di non candidabilità, ineleggibilità ed incompatibilità per le elezioni degli enti locali, ha delineato il portato precettivo dell'art. 51 della Costituzione, quale previsione che assicura in via generale il diritto di elettorato passivo, che la stessa Suprema corte riconduce alla sfera dei "diritti inviolabili della persona" di cui all'art. 2 Cost.

La Suprema corte, nello sviluppo di tale processo interpretativo, richiamando pure l'insegnamento della Corte costituzionale, ha sottolineato la preminenza del principio del libero accesso in condizioni di eguaglianza di tutti cittadini alle cariche elettive di cui all'art. 51 Cost., giungendo così ad affermare che *"L'eleggibilità è la regola e l'ineleggibilità l'eccezione, per cui le norme che derogano al diritto elettorale passivo sono di stretta interpretazione; che, infine, le restrizioni di un diritto inviolabile sono ammissibili solo nei limiti indispensabili alla tutela di altri interessi di rango costituzionale pari o superiore"* (cfr. Cass. civ., Sez. I, 29 novembre 2000, n. 15285).

Il Consiglio superiore della magistratura, in linea con il richiamato orientamento sia della Corte di cassazione sia della Corte costituzionale, ha costantemente rilevato che l'art. 51, comma 1, Cost., nel riconoscere a tutti i cittadini l'accesso, senza alcuna limitazione, non solo alle cariche pubbliche elettive ma anche a tutti gli uffici pubblici -ovviamente nel rispetto dei requisiti di eleggibilità

¹ . Cfr le delibere del CSM in data 29 maggio 2008 relative al collocamento in aspettativa del dott. Giovanni Ilarda e del dott. Massimo Russo e quella in data 24 giugno 2009 relativa al collocamento in aspettativa della dott. Caterina Chinnici che hanno dato luogo ad un intenso dibattito dell'assemblea plenaria conclusosi poi con una delibera a maggioranza

previsti per ciascuna fattispecie- esprime un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale che conduce al riconoscimento di un diritto politico in capo ad ogni cittadino, a cui viene consentito l'ingresso, su un piano di eguaglianza, nel tessuto vivo delle istituzioni, così da realizzare la democraticità della Repubblica.

Dalle esposte considerazioni deriva che il mandato elettivo o assimilato, in quanto espressione del fondamentale diritto all'elettorato passivo, non tollera limitazioni non espressamente previste. Ne consegue che il magistrato interessato non ha **alcun onere di richiedere una preventiva autorizzazione** al Consiglio superiore e ciò in linea con l'art. 16 R.D. 12/41, norma che prevede l'autorizzazione del C.S.M solo per il conferimenti di incarichi .

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

La conclusione alla quale è giunto il Consiglio superiore è, dunque, che l'assunzione della carica di amministratore di ente locale territoriale non necessita di autorizzazione da parte del Consiglio superiore della magistratura, con riferimento sia ad incarichi assunti a seguito di competizione elettorale sia a quelli di assessorato "esterno".

4. La necessità di una modifica della legislazione primaria.

4.1 La professionalità acquisita dai magistrati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie **può apportare un significativo contributo** anche all'amministrazione attiva degli enti locali.

Ciò nondimeno il Consiglio superiore ha il dovere istituzionale, in ragione del ruolo assegnatogli dalla Costituzione, di tutelare pienamente l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, che potrebbe essere potenzialmente appannata nella sua immagine dal contestuale esercizio di funzioni giudiziarie e funzioni di governo locale da parte dei magistrati.

In tale prospettiva sembra quanto mai opportuno e necessario che, indipendentemente dalla localizzazione dell'ente territoriale e dalla modalità di accesso alla funzione amministrativa (elezione o designazione), sia introdotta, a livello di fonte primaria, la previsione in base alla quale per svolgere le funzioni di sindaco, presidente della Provincia, presidente della Regione, consigliere ovvero assessore comunale, provinciale e regionale **occorre comunque il collocamento in aspettativa del magistrato.**

Ad oggi, infatti, i magistrati possono assumere incarichi politico-amministrativo elettivi presso gli enti locali territoriali quali quelli di sindaco, presidente della provincia e presidente della regione, consigliere comunale, provinciale e regionale nell'esercizio del diritto all'elettorato passivo al pari di qualsiasi altro cittadino, secondo i principi di cui all'art. 51 Cost.

Secondo la disciplina vigente sopra richiamata, per le cariche amministrative presso enti locali territoriali, non è prevista aspettativa obbligatoria e, conseguentemente, i magistrati possono svolgere contemporaneamente funzioni giurisdizionali e funzioni politico-amministrative in forza di mandato elettorale o di incarico di assessore quando la funzione politico-amministrativa e la funzione giurisdizionale siano svolte in diversi ambiti territoriali.

La causa di ineleggibilità prevista dall'art. 60, n. 6 Dlgs 267/00 si riferisce, infatti, ai magistrati che svolgono funzioni giurisdizionali nell'ambito territoriale della circoscrizione elettorale. Tale causa di ineleggibilità è rimossa con il collocamento in aspettativa al momento della presentazione della candidature ovvero, per gli assessori delle giunte comunali, provinciali e regionali, con il collocamento in aspettativa prima dell'accettazione della carica.

Non sussistono invece cause di ineleggibilità o di incompatibilità nei casi in cui il magistrato sia eletto o nominato assessore nell'ambito di circoscrizione o di giunta locale situata fuori dal territorio ove esercita le funzioni giurisdizionali; in tal caso l'assunzione di funzioni amministrative che non richiede la rimozione di causa di ineleggibilità di cui all'art. 60, n.6 D.lgs. 267/00 non determina la necessità di alcun atto autorizzatorio da parte del Consiglio, né è prevista alcuna

comunicazione da effettuarsi ad opera del magistrato.

Per tale ragione non è stato possibile effettuare alcuna ricognizione circa il numero dei magistrati che svolgano contemporaneamente funzioni giurisdizionali e funzioni politico-amministrative (questo dato non è infatti mai stato conosciuto dall'organo di governo autonomo della magistratura).

4.2 Al fine di evitare la descritta contestualità funzionale, sarebbe opportuno che il Legislatore valutasse la possibilità di introdurre un meccanismo -del tutto analogo a quello già vigente per la candidatura e l'eventuale successiva elezione alla Camera dei Deputati ed al Senato della Repubblica- in forza del quale il magistrato all'atto dell'accettazione della candidatura nonché durante l'espletamento di tutto il mandato **debba necessariamente trovarsi in aspettativa, con conseguente collocamento fuori ruolo.**

In tal modo, infatti, si consente il legittimo esercizio dei diritti di partecipazione politica assicurati dall'art. 51 Cost. e, al contempo, si garantisce la tutela dell'imparzialità e dell'indipendenza della magistratura, valori che vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giudiziarie ma, più in generale, quale regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento da parte dei magistrati.

4.3 Nella medesima prospettiva, il Consiglio auspica un intervento del Legislatore che attraverso normativa primaria renda la disciplina in tema di eleggibilità e di rientro in ruolo dei magistrati chiamati a ricoprire cariche pubbliche nelle amministrazioni degli enti locali **del tutto omogenea a quella oggi vigente per le elezioni al Parlamento.**

Appare, infatti, coerente con le considerazioni fino ad ora svolte -relative alla salvaguardia dell'immagine di autonomia ed indipendenza- evitare che il magistrato si proponga come amministratore attivo nel medesimo contesto territoriale nel quale, senza soluzioni di continuità, ha appena svolto attività giurisdizionali, rischiando in tal modo di creare **un'oggettiva confusione di ruoli e di funzioni, di per se idonea ad appannare l'immagine di imparzialità.**

L'indipendenza della magistratura non si fonda solo sulle norme che la sanciscono, ma ha bisogno di una base materiale fatta di volontà, interessi e sentimenti, cioè essa si alimenta degli orientamenti culturali delle diverse forze politiche, degli equilibri tra le Istituzioni, del comune sentire dei cittadini, delle posizioni assunte dai mezzi di informazione che influenzano l'opinione pubblica e le danno voce.

E allora, se è vero, come sopra già evidenziato, che i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino, è altrettanto vero che *“le funzioni esercitate e la qualifica rivestita dai magistrati non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale (sentenza n. 100 del 1981). Per la natura della loro funzione, la Costituzione riserva ai magistrati una disciplina del tutto particolare, contenuta nel titolo IV della parte II (artt. 101 e ss.): questa disciplina, da un lato, assicura una posizione peculiare, dall'altro, correlativamente, comporta l'imposizione di speciali doveri”* (cfr. Corte costituzionale n. 224/2009).

Al fine sia di preservare adeguatamente l'immagine di imparzialità sia di evitare pretestuose strumentalizzazioni dell'attività giudiziaria svolta², sembra indispensabile **che i magistrati non si candidino nelle circoscrizioni sottoposte, in tutto o in parte, alla giurisdizione degli uffici ai quali si sono trovati assegnati o presso i quali hanno esercitato le loro funzioni per un congruo periodo antecedente la data di accettazione della candidatura; del pari occorre che i magistrati che sono stati candidati e non sono stati eletti non possano esercitare per un periodo di cinque anni le loro funzioni nella circoscrizione nel cui ambito si sono svolte le elezioni.**

Analoghe disposizioni, con i necessari adattamenti del caso, dovrebbero essere introdotte anche con riguardo agli assessori cosiddetti *“esterni”*, nel momento sia dell'assunzione sia della cessazione dell'incarico.

Su questa strada il Consiglio Superiore della Magistratura, nell'esercizio dei poteri di normazione secondaria di cui è titolare, ha già regolamentato la *“Destinazione dei magistrati al termine*

² Delibera del CSM in data 17 febbraio 2010 in relazione al collocamento in aspettativa per motivi elettorali del dott. Lorenzo Nicastro, approvata a maggioranza dopo un ricco dibattito dell'assemblea plenaria

dell'aspettativa per avvenuta presentazione di candidatura alle elezioni politiche ed amministrative, nonché dopo la scadenza del mandato elettorale”, come pure la *“Assegnazione della sede ai magistrati chiamati a ricoprire cariche pubbliche nell'amministrazione degli enti locali”* (cfr. paragrafi XXIX e XXXI della Circolare n. 12046/2009).

Si auspica, ora, l'intervento del Legislatore, attesa la necessità di una disciplina unitaria e sistematica per la partecipazione politica dei magistrati, tema di indubbia attualità e di particolare delicatezza nell'individuazione del giusto punto di equilibrio tra esigenza di partecipazione ed obblighi di imparzialità.

5. Una considerazione finale

Rimane da affrontare l'ulteriore sensibile questione che attiene alla regolamentazione delle candidature al Parlamento dei magistrati.

La normativa del 1957 che stabilisce condizioni di ineleggibilità ed incompatibilità è stata elaborata in un contesto storico-culturale completamente diverso da quello attuale ove vige un sistema di democrazia maggioritaria e in cui la nuova legge elettorale (270/2005), attraverso il binomio “lista bloccata” ed assenza di voto di preferenza, ha completamente mutato il rapporto tra elettore ed eletto, affidando di fatto la scelta dei rappresentati direttamente alle segreterie ed ai vertici dei partiti.

Il nuovo ordinamento giudiziario ha poi decisamente modificato il sistema di valutazione della professionalità dei magistrati (non più legato ad una quantomeno ritenuta automatica progressione per anzianità) e ciò comporta la necessità di ripensare anche la condizione ordinamentale del magistrato collocato in aspettativa per mandato parlamentare.³

Partendo dalla premessa chiara contenuta nella sentenza 224/2009 secondo cui i magistrati *“debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino e che quindi possono, com'è ovvio, non solo condividere un'idea politica ma anche espressamente manifestare le proprie opzioni al riguardo”* **il Consiglio ritiene opportuno avviare una riflessione generale** per verificare se l'articolata griglia di regole che impone condizioni di ineleggibilità e incompatibilità, possa **ritenersi ancora adeguata a garantire il corretto equilibrio tra i due principi costituzionali contrapposti** sopra citati: **il diritto del magistrato a non essere escluso dall'esercizio dei diritti di elettorato passivo e l'esigenza di salvaguardare l'immagine d'indipendenza del singolo magistrato e la credibilità della magistratura che va sempre preservata essendo un patrimonio delle Istituzioni della Repubblica. E, dunque, se non sia opportuno ragionare su regole coerenti con l'attuale assetto delle Istituzioni politiche e con l'attuale struttura della carriera del magistrato.»**.

³ La normativa attuale prevede, sulla base della possibilità per il magistrato in aspettativa per mandato elettorale di conseguire promozioni per anzianità, che il periodo trascorso in aspettativa per mandato parlamentare sia considerato a tutti gli effetti periodo di attività di servizio (come tale soggetto alla valutazione di professionalità affidata al Consiglio Superiore) ed è computato per intero ai fini della progressione in carriera, dell'attribuzione degli aumenti periodici di stipendio e del trattamento di quiescenza e di previdenza.