



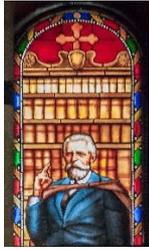
SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2022 ANNO VII N.14.

FUNZIONE GIURISDIZIONALE ED EQUILIBRIO DEI POTERI



2022 ANNO VII NUMERO 14

di Alessandro Catelani DOI: <https://doi.org/10.54103/2531-6710/19314>



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2022 ANNO VII n.14.

FUNZIONE GIURISDIZIONALE ED EQUILIBRIO DEI POTERI

Alessandro Catelani

JUDICIAL FUNCTION AND BALANCE OF POWERS

Riassunto

La Magistratura, in quanto ritenuta garante del rispetto della legalità, appare attualmente dotata di poteri quasi illimitati. La soggettività dell'interpretazione giuridica, e la conseguente possibilità di abusi, richiedono invece che sia garantito l'equilibrio tra le varie funzioni dello Stato

Parole chiave: Equilibrio dei poteri, interpretazione giuridica.

Abstract

The Judiciary, as considered guarantor of the respect for the legality, is currently endowed with almost unlimited powers. The subjectivity of the juridical interpretation and the consequent possibility of abuses, require instead that the balance between the various functions of the State is ensured.

Keywords: Balance of powers, Legal interpretation.

Autore:

Alessandro Catelani è professore ordinario fuori ruolo di Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Lettere e Filosofia, con sede in Arezzo, dell'Università degli Studi di Siena.

Articolo soggetto a revisione tra pari a doppio cieco.

Articolo ricevuto il 5.2.22 approvato il 30.11.22.

FUNZIONE GIURISDIZIONALE ED EQUILIBRIO DEI POTERI | di Alessandro Catelani DOI: <https://doi.org/10.54103/2531-6710/19314>

1. La potenziale assolutezza dei poteri dei magistrati

È principio fondamentale dello Stato di diritto l'equilibrio tra le varie funzioni dello Stato. Il rispetto della legalità, sulla quale si basa la tutela dei diritti umani, presuppone non solo la separazione dei poteri, ma anche l'equilibrio nei loro rapporti. Tale principio, teorizzato da Montesquieu alla metà del Settecento, è universalmente considerato uno dei cardini ineliminabili della garanzia della libertà dei consociati.

La funzione giurisdizionale, dal dopoguerra ad oggi, dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, è sempre più stata ritenuta essenziale, fino a consentire una sua ingerenza nei confronti di qualunque autorità e funzione statale. Si è affermato che poiché tutti sono sottoposti alla legge, sempre deve essere consentito il controllo dell'autorità giudiziaria, e che questa è la garanzia fondamentale dello Stato di diritto. Il giudizio della Magistratura, in quanto indipendente, garantirebbe nella sua assolutezza il rispetto della legalità. Nel precedente regime la Magistratura, in quanto dipendente dal Governo, sarebbe stata politicizzata e quindi faziosa. Nel nostro attuale ordinamento giuridico il Consiglio Superiore, in quanto indipendente dal Governo, garantirebbe l'assoluta obiettività e imparzialità di giudizio, e con ciò stesso, in assoluto, il rispetto dello Stato di diritto. Questa concezione è stata fatta propria dall'opinione pubblica e dalla classe politica e, prima ancora, da tutta la dottrina. Nessun autore si discosta da questa impostazione.

Il nostro ordinamento sarebbe quello che, a differenza di altri, garantirebbe al suo massimo livello l'obiettività e l'imparzialità di giudizio. E' affermazione costante, fatta propria dai giuristi più autorevoli, che la Magistratura non fa politica, con la conseguenza, implicita in questa affermazione, che ogni sua pronuncia sia obiettiva, e attendibile. L'identificazione del rispetto della legalità, e delle garanzie dello Stato di diritto, con l'indipendenza della Magistratura, è dunque unanime, e universalmente condivisa.

Tale costruzione dei poteri della Magistratura, che è accettata ad ogni livello da più di settant'anni, non ha trovato finora, se considerata in questi termini, alcuna opposizione. La Magistratura può dunque far cadere il Governo, sempre sull'assunto, unanimemente condiviso, che tutti, e quindi anche le supreme cariche dello Stato, sono sottoposti alla legge, e non sono ad essa superiori. I magistrati che la fanno valere sarebbero dotati di poteri che sono anche in grado di vanificare ogni risultato elettorale, e qualunque altra manifestazione della vita democratica.

2. L'incertezza dei risultati dell'interpretazione giuridica

Tale concezione urta tuttavia apertamente, frontalmente, con il principio dell'equilibrio dei poteri. E ci si può chiedere pertanto se tale principio sia ancora valido, oppure se esso debba ritenersi ormai superato da questa concezione che, se accolta, appare in grado di vanificarlo integralmente. Ma questa concezione, che di fatto si identifica con l'attribuire alla Magistratura poteri assoluti, non tiene conto della reale portata dell'attività interpretativa, quale viene compiuta nell'esercizio della funzione giurisdizionale. L'opinione, così largamente diffusa, che giustifica qualunque decisione della Magistratura sulla base della sua indipendenza, ha un suo fondamento ben preciso nell'opinione corrente, anch'essa largamente diffusa, secondo cui

l'applicazione della legge al caso concreto sarebbe un'operazione meccanica, che non lascia margini di incertezza circa i risultati ai quali perviene. Questa concezione disconosce completamente la sfera di autodeterminazione che spetta agli organi giudicanti. La decisione di una controversia non è un fatto meccanico, ma rispecchia una scelta estremamente soggettiva..

3. La rilevanza del dato pre-giuridico nell'operazione ermeneutica

La norma giuridica che viene applicata al caso concreto non è che una schematizzazione della realtà alla quale si riferisce. La sentenza, quale norma inferiore che viene ad applicare il diritto in via interpretativa, non è puramente attuativa di quella superiore, ma riempie uno schema vuoto, ed ha una portata innovativa, perché le possibilità di esecuzione della norma sono molteplici. Il richiamo al sillogismo giudiziale, come applicazione della forma normativa alla sostanza dei rapporti sociali, all'applicazione della fattispecie astratta a quella concreta, è pienamente valido, ma non ha nulla a che vedere con il disconoscimento di quella soggettività interpretativa, che ricorre a proposito della determinazione delle premesse del ragionamento giuridico. La stessa impostazione del problema normativo è condizionata da norme pregiuridiche. E' il dato pregiuridico che è determinante per il richiamo a tutte quelle norme che appaiono pertinenti; fra le quali vi sono anche quei principi fondamentali che sono in grado di condizionare, ridimensionandole anche in maniera decisiva, le norme più specifiche attinenti alla fattispecie concreta, in tal modo consentendo a volte di giungere a soluzioni radicalmente diverse da quelle che si avrebbero attraverso un'applicazione letterale del diritto positivo. Deve dunque essere utilizzato il concorso di più norme nei limiti, e quindi con quei contenuti, che appaiono idonei a disciplinare la fattispecie concreta, in quanto ad essa obiettivamente si riferiscano. La prima fase dell'interpretazione giuridica è quella che attiene all'accertamento della ricorrenza delle norme in una fattispecie concreta, e all'impostazione dello stesso problema normativo. Essa è seguita dal procedimento di determinazione dei rapporti tra le norme che compongono la fattispecie astratta, e che porta a definire, e a ridimensionarne, i contenuti di ciascuna di esse. Il fatto assume nella sua mutevolezza contenuti sempre diversi, ed esige che la corrispondente fattispecie astratta composta da più norme si atteggi secondo prescrizioni che ne specificano la portata. La funzione giudicante non si esaurisce nell'accertamento di una situazione di fatto nella sua materialità – attraverso un'attività processuale che è già di per sé complessa e difficile – , ma implica anche su di essa un giudizio di valore che condiziona la stessa impostazione del problema normativo. E altrettanto pregiuridica è la scelta tra le varie soluzioni possibili offerte dalla tecnica giuridica per determinare i rapporti tra le norme che vengono in considerazione per comporre la fattispecie astratta.

4. Il giudizio di valore e la scelta morale

Il giudizio di valore può ricorrere in due situazioni distinte, anche se fra di loro strettamente interdipendenti e connesse; e cioè nella valutazione pregiuridica del fatto, da cui deriva il richiamo delle norme che sono destinate a

comporre la fattispecie stratta, e nella determinazione del contenuto delle norme stesse entro gli spazi, di consueto assai ampi, entro i quali ne è ammessa l'integrazione.

Tutto dipende da chi applica la legge, all'interno del processo di produzione normativa, nel quale esso si traduce. Le regole della tecnica giuridica non sono che schematizzazioni di operazioni logiche, che possono essere piegate a qualunque finalità dall'interprete.

Il giudizio, in quanto condizionato da norme pregiuridiche, si traduce in una scelta morale. E la scelta morale è quella della Giustizia come virtù, come settore della morale che ha ad oggetto i rapporti intersoggettivi tra i consociati. Giudicare secondo Giustizia deve essere il compito dell'interprete; questo deve essere il suo pregio, che è rimesso integralmente alle sue determinazioni. La giustizia come valore etico sintetizza tutte le norme morali o comunque pregiuridiche, delle quali il singolo deve tenere conto nell'interpretazione del diritto positivo. Ed è rimesso alla sensibilità del giurista avvertire quelle esigenze di opportunità e convenienza, e soprattutto quei valori morali, che devono essere alla base delle sue interpretazioni. Anche la valutazione morale fa parte della realtà sostanziale. La moralità, così come l'opportunità, la convenienza, l'equità, costituiscono entità pregiuridiche, che il giurista deve utilizzare ai fini interpretativi. Assume rilevanza, nell'attività interpretativa, quel vastissimo settore del dato pregiuridico, che di fatto condiziona, con i suoi precetti, gran parte della vita associata. La Giustizia come valore etico sintetizza tutte le norme morali o comunque pregiuridiche, delle quali il singolo deve tenere conto nell'interpretazione del diritto positivo. Se la sentenza, quale applicazione della fattispecie astratta quella concreta, ha una struttura sillogistica, il giudizio dell'organo giudicante, in quanto verte sulle premesse dalle quali la sentenza trae le conclusioni, è qualcosa di infinitamente più complesso. Le norme pregiuridiche, nella multiforme ed infinita gamma di sfumature con cui si atteggiavano nei rapporti tra i consociati, sono assolutamente indispensabili ai fini interpretativi, in quanto sono destinate a dare concretezza alle norme giuridiche, le quali devono soddisfare le esigenze di quella società, che hanno il compito di regolamentare. La norma giuridica, nella sua astrattezza, deve soddisfare, per non rimanere un dato freddo ed inerte, ma per corrispondere a criteri di Giustizia sostanziale, le concrete istanze che promanano dalla vita associata.

5. La libertà interpretativa.

Sia nell'accertare la situazione di fatto nella sua materialità, attraverso un'attività processuale che è complessa e difficile, sia compiendo un giudizio di valore, sia in quella determinazione dei rapporti tra le norme che è decisiva per la ricostruzione della fattispecie astratta, l'interprete apporta un contenuto estremamente soggettivo all'operazione ermeneutica. Le scelte dell'interprete sono sempre condizionate dal dato pregiuridico, sia nella ricostruzione del fatto che soprattutto nella sua valutazione, sia nel richiamo delle norme corrispondenti che nella determinazione dei rapporti tra queste ultime. Poiché le soluzioni interpretative consentite dalla tecnica giuridica sono, oltre che spesso numerose, anche strumentali rispetto alle scelte pregiuridiche dell'interprete, l'interpretazione è necessariamente variabile e soggettiva. In tutte queste operazioni, l'interprete apporta un

contenuto estremamente personale all'operazione ermeneutica. L'interpretazione è una manifestazione di volontà, attraverso la quale si sceglie, tra le varie possibilità che offre la norma interpretata, un significato specifico, e a questo si attribuisce vincolatezza. L'interpretazione è creazione normativa, basata su criteri che sfuggono al diritto, e cioè su criteri pregiuridici. Tra la forma normativa e la materia dei rapporti sociali si interpone l'interprete, il quale giudica soggettivamente sulla base di criteri sociali e pregiuridici. La complessità e la soggettività dell'operazione interpretativa fa sì che le scelte di cui consta siano, nella loro più intima essenza, affidate all'intuito di chi le compie, e che in quanto tali sfuggano ad ogni determinazione precostituita. Come ha affermato Piero Calamandrei, "il giudice di un ordinamento democratico non può assomigliare a una macchina calcolatrice, dalla quale, col semplice premer di un tasto, venga fuori il cartellino con la somma esatta; ma deve essere una coscienza umana totalmente impegnata nella difficile missione di rendere giustizia, disposto ad accettare su di sé la responsabilità della decisione, la quale non è il prodotto di un'operazione meccanica, ma la conclusione di una scelta morale." (Opere giuridiche, Vol. I, Napoli, 1965, pag. 648). Ogni decisione giurisdizionale è espressione di un giudizio morale; e particolarmente ardua e soggettiva è l'interpretazione dei principi morali che sono garantiti dalla Costituzione. La Costituzione garantisce, rendendoli giuridicamente coattivi, principi morali. La difficoltà di far valere quelle garanzie è nella capacità interpretativa di quei principi etici, che può anche mancare, e che comunque è soggetta ad evoluzione nel corso del tempo. Questo è il problema maggiore, che può vanificare le garanzie dello Stato di diritto. L'interprete, l'organo giudicante, deve fondare la propria decisione sulla base di un'interpretazione dei principi morali, la quale è estremamente soggettiva, e che si presta a qualunque abuso. I principi morali sono concetti evanescenti. Se le norme costituzionali sono concetti giuridici positivi, come tali ben definiti, l'accertamento del contenuto di quei precetti etici, ai quali essi si richiamano, è rimessa coscienza e alle capacità intellettuali degli interpreti: è opera umana, con tutti i lati positivi, ma anche con tutte le manchevolezze che possono essergli proprie.

6. Il significato dell'indipendenza della Magistratura.

L'attendibilità della decisione non è quindi scontata, ma dipende dalle modalità dell'operazione ermeneutica. Identificare la correttezza delle decisioni, in quanto considerata obiettiva ed imparziale, unicamente con l'indipendenza, appare quindi del tutto fuori luogo: si può essere indipendenti e non essere obiettivi, si può essere subordinati ed essere ugualmente obiettivi. L'esattezza della sentenza rispecchia la correttezza di un'operazione intellettuale interpretativa, che di per sé è svincolata da ogni problema di indipendenza. Anche il giudice indipendente può non applicare correttamente la norma, e violare il principio di legalità. La posizione dell'organo giudicante è una realtà esteriore che, anche se rilevante, può essere priva di significato, perché l'imparzialità e l'obiettività sono doti interiori, che non tutti hanno, anche se eventualmente sono indipendenti. Un giudice può essere sottoposto a pressioni esterne e ciò nonostante giudicare correttamente, se è onesto e capace, e viceversa disattendere la norma, anche se è indipendente. Sulla soggettività dell'operazione intellettuale interpretativa non si insisterà mai abbastanza: nella stessa controversia è frequentissima la diversità delle decisioni prese nei diversi gradi di giudizio. Spesso si hanno decisioni assolutamente opposte, che prolungano in maniera straordinaria la durata dei

processi, e ne rendono l'esito estremamente incerto. E le questioni di competenza, che a un estraneo possono apparire espressione di un formalismo privo di significato, sono invece fondamentali, in quanto la circostanza per cui la controversia sia decisa dall'uno o dall'altro organo giudicante può portare a risultati esattamente opposti, che possono tradursi anche in decisioni errate e aberranti. Contro le influenze che incidono all'interno delle coscienze non possono esservi rimedi giuridici. E bisogna rendersi conto pertanto anche della modestia della salvaguardia che deriva dall'indipendenza della Magistratura, quale può essere garantita dalla Costituzione. L'interpretazione è un'attività interiore che lascia chi la compie arbitro di effettuarla come meglio crede. Il diritto può incidere all'esterno, sui rapporti intersoggettivi, non nella sfera personale del singolo. Una indipendenza che sia tale in senso proprio ed assoluto, quale è quella che molti pretendono di vedere garantita attraverso la formula costituzionale, non può esservi. L'indipendenza della Magistratura, quale attualmente si configura, è una salvaguardia nei confronti delle interferenze dell'Esecutivo, ma non è in grado di rendere l'operato dell'organo giudicante, solo per questo, conforme ai dettati del legislatore. Il giudice, pur essendo indipendente dall'Esecutivo, è però subordinato alla legge, e ogni sua deviazione non diventa legittima solo perché i suoi poteri sono di fatto sottratti ad ogni controllo. Un'indipendenza vera e propria sussiste solo in via di fatto, per la mancanza di sanzioni nel caso che vengano commesse illegalità. Ma questa situazione che sussiste in via di fatto non può essere una giustificazione per l'operato dei giudici che commettano abusi nell'esercizio dei propri poteri.

7. Il Consiglio superiore della Magistratura

A garanzia dell'indipendenza degli organi giudicanti è stato istituito il Consiglio superiore della Magistratura. La Magistratura è indipendente dal Governo, ma è assoggettata a identici poteri che spettano al Consiglio superiore. Si è voluto sottrarla all'Esecutivo, ma si è creato un identico centro di potere nel Consiglio superiore della Magistratura. Tale centro di potere è in grado di condizionare l'esercizio della funzione giurisdizionale con identica intensità. La subordinazione del giudice nei confronti del Consiglio superiore della Magistratura è esattamente quella che si avrebbe se fosse dipendente dal Governo; non quindi attraverso una subordinazione gerarchica, ma attraverso un condizionamento indiretto di carriera. In altri ordinamenti, la situazione è profondamente diversa. Soprattutto nei Paesi anglosassoni una vera indipendenza è assicurata – anche perché gli organi giudicanti sono in gran parte magistrati onorari, che esercitano le loro funzioni in maniera precaria, per un periodo di tempo limitato, e che sono quindi privi di qualunque prospettiva di carriera -. Nel nostro ordinamento, l'impostazione verticistica disconosce questa indipendenza; per cui il condizionamento della funzione giudicante da quel centro di potere appare determinante per le loro decisioni, con tutti gli inevitabili inconvenienti che questo comporta. L'indipendenza della Magistratura ha avuto origine nell'antico Stato assoluto, nel quale gli organi giudicanti, per essere obiettivi ed imparziali, dovevano essere svincolati dai poteri assoluti del Sovrano, così da assicurare il rispetto della legalità, anche in contrasto con i voleri del Principe. Questa situazione la si è ritrovata più di recente durante il passato regime che, essendo totalitario, condizionava l'operato dei magistrati che dipendevano dal Governo. Ma attualmente la situazione è radicalmente diversa, e di questa diversità non hanno tenuto conto i Padri della Costituente. Il Governo è espressione della volontà popolare, e la Magistratura invece dipende da un centro di

potere privo di qualunque responsabilità politica, e quindi del tutto svincolato dalla volontà popolare. La situazione è del tutto cambiata: il Governo è espressione di democrazia, mentre il Consiglio superiore della Magistratura non lo è, per cui gli organi giudicanti appaiono condizionati da un potere che ne è del tutto svincolato. Si è dunque sostituita a un' autorità sopraordinata, che attualmente è espressione della volontà popolare, un' altra autorità, con identici poteri, che da tale volontà è del tutto svincolata. Il Consiglio superiore della Magistratura è governato da quelle associazioni di magistrati - ciascuna delle quali è dotata di un ben preciso indirizzo politico - che riescono ad avere la maggioranza al suo interno; per cui è l' indirizzo interpretativo che esse esprimono a condizionare, se pure in maniera indiretta come attraverso il Governo, i singoli magistrati.

8. L'organizzazione verticistica dell'apparato giudiziario.

L'indirizzo proprio del Consiglio è determinato dall'Associazione dei magistrati, e dalle sue correnti che, tramite i candidati che vengono eletti, entrano a farne parte. I magistrati formano una collettività, la quale è gestita secondo i criteri del pluralismo democratico. Al suo interno vi sono dunque delle organizzazioni, ciascuna delle quali è dotata di un ben preciso indirizzo politico. Ogni organizzazione interpreta quel particolare indirizzo che ha ad oggetto il principio di legalità: come l'interpretazione giuridica non è un'operazione meccanica, ma soggettiva, così l'indirizzo di ogni organizzazione fa propria una sua particolare interpretazione di quel principio, che ha ad oggetto l'interpretazione giuridica. La soggettività dell'interpretazione trova corrispondenza in quella delle varie organizzazioni che compongono la collettività dei magistrati; e quella espressa al vertice si ripercuote, sia pure indirettamente, fino alla base delle decisioni giurisprudenziali. La discrezionalità interpretativa delle funzioni giurisdizionali è ben diversa da quella amministrativa: per quella amministrativa si tratta di raggiungere concreti interessi pubblici, mentre per quella giudiziaria si tratta di temperare contrapposte sfere giuridiche, indipendentemente da qualunque interesse, pubblico o privato, che venga in considerazione. La discrezionalità giudiziaria si identifica dunque con quella virtù morale, che è la Giustizia. Non si tratta quindi di una discrezionalità amministrativa, ma di qualcosa di diverso, anche se pur sempre basato su una libertà di scelta, quale è quella della valutazione di norme pregiudiziali. Tale libertà di scelta è connaturata alla funzione giudicante, la quale, come si è osservato, non si limita ad applicare meccanicamente le norme giuridiche alla fattispecie concreta sulla base di un semplice sillogismo, ma presuppone scelte pregiudiziali per la ricostruzione della fattispecie astratta sulla base di quella concreta. Il condizionamento dell'organo di vertice influisce inevitabilmente sulla discrezionalità interpretativa che caratterizza la funzione degli organi giudicanti. La libertà interpretativa non è un elemento fuorviante rispetto ad una libera decisione, ma ne è una componente imprescindibile. Su questa inevitabilmente incide l'indirizzo interpretativo dell'organo di vertice dell'apparato giudiziario.

9. Il significato dell'indirizzo politico

I magistrati subiscono dunque un indirizzo politico da parte di un' autorità sopraordinata; ma occorre intendere correttamente il significato dell'indirizzo politico. Quando, nel linguaggio corrente, si fa riferimento ad una scelta

politica della Magistratura, si intende di consueto tale termine in senso deteriore, come a qualcosa di deviante e di iniquo, determinato da interessi di parte, devianti rispetto all'interesse pubblico al quale dovrebbero essere preordinati; ma non è questo il significato con il quale deve essere inteso quel termine. La politicità della scelta si identifica unicamente con quella discrezionalità che necessariamente è propria degli organi ai quali compete valutare l'interesse pubblico al rispetto della Giustizia come valore etico. Non quindi qualcosa di deteriore e di aberrante, ma di per sé pienamente lecito, e solo caratterizzato dalle inconfondibili peculiarità che sono ad esso connaturate. Se dunque si intende correttamente tale termine, si giunge a comprendere la situazione che è propria degli organi giudicanti; i quali giudicano discrezionalmente, con una discrezionalità che potremmo chiamare politica. Non vi è dunque nulla di aberrante nel fatto che certi organi sopraordinati impongano il proprio indirizzo, se pure indirettamente, ad altri che sono da essi – pur sempre indirettamente – condizionati. In presenza di una situazione del genere si può solo richiedere che tale indirizzo sia democraticamente determinato. La politicità della scelta non può essere eliminata, perché è connaturata all'esercizio della funzione giudicante; e in un sistema rigidamente verticistico, di subordinazione ad un centro di potere sopraordinato, essa inevitabilmente incide sulla qualità del giudizio. L'unico possibile rimedio è quello di un controllo democratico di tale indirizzo. Sarebbe decisivo un controllo, se pure indiretto, da parte della volontà popolare. Nel nostro ordinamento, non si è mai voluto ammettere quello che negli Stati Uniti d'America è ufficialmente riconosciuto. Negli Stati Uniti la nomina dei giudici della Corte Suprema spetta al Presidente con il consenso del Senato; e una tale scelta è una chiara espressione di indirizzo politico. Spetta a chi vince le elezioni determinare l'indirizzo interpretativo della Corte, incidendo in tal modo su quello di tutto l'apparato giudiziario. Si tratta in quel caso di un indirizzo che rispecchia la volontà della maggioranza dell'elettorato, e che perciò rappresenta l'unica possibile garanzia che possa essere introdotta per garantire la correttezza delle decisioni giurisdizionali.

10. La necessità di adeguate riforme

Qualora l'apparato giudiziario dipendesse, almeno in parte, dalla volontà collettiva, vi sarebbe la possibilità di un giudizio popolare che facesse venire meno ogni eventuale difetto del sistema; il che, nel vigente ordinamento, non può accadere. Nel nostro ordinamento, la lunghezza dei processi rischia di vanificare anche ogni più che legittima richiesta di giustizia. La crisi della giustizia ha un suo fondamento nell'attuale assetto istituzionale dell'apparato giudiziario, che non consente alcun intervento esterno che lo renda valido e funzionale. Ed anche possibilità di deviazione dai propri fini si hanno per ogni eventuale strumentalizzazione politica. Il dibattito politico ormai da tempo ha perduto i suoi caratteri ideologici, e si svolge spesso sulla base di processi e di avvisi di garanzia. Da ciò l'importanza primaria che ha il potere giudiziario nell'ambito delle pubbliche istituzioni. I processi e gli avvisi di garanzia possono favorire uno o l'altro dei partiti politici. Un semplice avviso di garanzia – che qualunque pubblico ministero può emettere, e che può anche concludersi con un'archiviazione – può mettere in discussione un intero risultato elettorale. Un avviso di garanzia che avrebbe – come dice il suo nome – la funzione di tutelare l'imputato, è stato trasformato dai mezzi di comunicazione di massa in un micidiale strumento di diffamazione e di lotta politica, in aperto contrasto con quanto la Costituzione prescrive, disponendo che l'imputato non può essere considerato

colpevole prima della condanna definitiva (art. 27, 2° comma). Gli effetti della violazione di questo precetto costituzionale sono gravissimi e da non sottovalutare: il fatto che si colpevolizzi un imputato, prima che un condanna ne abbia accertato la responsabilità, consente alle forze politiche che si avvalgono di questo abuso una campagna di diffamazione che riesce gravemente pregiudizievole per il corretto funzionamento della vita democratica, favorendo illegalmente certi partiti ai danni di altri.

Sarebbe dunque assolutamente decisivo un controllo, se pure indiretto, da parte della volontà popolare.

11. Il Consiglio superiore della Magistratura nel pensiero di Piero Calamandrei

Recenti fatti di cronaca hanno portato a prospettare l'esigenza ineludibile di una riforma del Consiglio superiore della Magistratura.

Come osservava il Calamandrei, già vari anni prima che venisse istituito il Consiglio superiore della Magistratura, quale organo di garanzia dell'indipendenza dei magistrati, questo non appariva idoneo allo scopo, in quanto si sarebbe tradotto in un centro di potere identico, nella sostanza, a quello governativo, e in grado pertanto di condizionare i magistrati in maniera non molto dissimile. Ha affermato il Calamandrei che "anche quando la Magistratura, ordinata come potere costituzionale autonomo, non fosse più in alcun modo soggetta a ingerenze e sindacati da parte del potere governativo (art. 4), non per questo il singolo magistrato si sarebbe liberato da cure di ordine personale e familiare, che gli deriveranno ancora dalla sua qualità di impiegato che vive del suo stipendio, ed è naturalmente desideroso di promozioni e di miglioramenti economici"; "...è facilmente prevedibile che le elezioni del Consiglio superiore della Magistratura daranno luogo al formarsi sotterraneo di tendenze politiche e confessionali in contrasto, e che i magistrati in attesa di promozione cercheranno sempre, per non guastarsi la carriera, di conformarsi alle tendenze che avranno prevalso nella formazione di quel supremo consesso giudiziario." (Opere giuridiche, Vol. I, Napoli, 1965, pag. 648).

Queste parole, dovute al genio dello studioso, sembrano, ai giorni nostri, parole di un profeta, che ha predetto gli inconvenienti del sistema che si veniva creando.

12. La validità dell'equilibrio dei poteri

Per assicurare un regolare svolgimento della vita democratica attraverso un effettivo equilibrio dei poteri la Costituzione dovrebbe in primo luogo tutelare - oltre che il Capo dello Stato - il Governo, che è il fulcro del potere politico. Nell'assolutezza dei poteri della Magistratura - che viene universalmente indicata come la garanzia massima del rispetto della legalità -, quale viene proclamata sul presupposto - errato - di una sua infallibilità, risiede la fonte prima di ogni eventuale abuso. Si deve anche aggiungere che in presenza di un processo che abbia risvolti politici, le possibilità di una decisione non obiettiva sono della massima evidenza. Come osservava Calamandrei circa un secolo fa, quando in un processo entra la politica, la giustizia ne esce. Spetta dunque alla nostra Costituzione

garantire quell'equilibrio dei poteri che è essenziale per un corretto svolgimento della vita democratica, e che l'assolutezza dei poteri dei magistrati viene apertamente a violare. Gli inconvenienti che, in mancanza di valide riforme, si possono verificare, sono di due tipi: il primo è quello dell'inefficienza del sistema giudiziario, con la lunghezza interminabile dei processi che avvicina il nostro Paese – è doloroso dirlo – a quelli più regrediti del terzo mondo; il secondo è quello di ogni eventuale strumentalizzazione politica. A questi inconvenienti non può essere posto rimedio che attraverso un controllo esterno, che elimini ogni prerogativa di assolutezza. Il magistrato è attualmente di fatto – non certo di diritto – superiore alla legge; come è superiore all'Esecutivo – a parte le garanzie previste per lo status di parlamentare - e a tutta la pubblica amministrazione. L'indipendenza della Magistratura, come è stata interpretata, ha reso intangibili questi poteri. Il sistema andrebbe dunque riformato. Nella soggettività interpretativa risiede il massimo elemento di debolezza dello Stato di diritto. I pericoli per la garanzia della legalità si rinvergono, assai più che nel momento della creazione normativa, in quello applicativo della norma giuridica. Il magistrato deve essere indipendente in quanto non condizionato da pressioni esterne, ma deve sempre rispettare la legge. Tutti sono obbligati a rispettarla, ed in primo luogo coloro che hanno il compito di applicarla. Qualora la legge venga violata, viene disconosciuto il principio di legalità. Il principio dell'equilibrio dei poteri, teorizzato da Montesquieu, è tuttora pienamente valido, in quanto ha il suo fondamento nel fatto che la funzione giudicante – a differenza di quanto comunemente si ritiene – non conduce necessariamente a risultati sicuri, per cui si presta a qualunque abuso; ed eventualmente a qualunque strumentalizzazione politica.

13. Riferimenti bibliografici

- AA.VV., Associazionismo giudiziario, in *Questioni giustizia* 2015, 176;
- AA.VV., La crisi della fattispecie, in *Ars interpretandi* 2019, fasc. n. 1; G. PINO, La certezza del diritto e lo Stato costituzionale, in *Dir. pubbl.* 2019, 517;
- G. ALPA, Calamandrei alla Costituente: garanzie e limiti del potere giudiziario, in *Lo Stato* 2018, 187;
- M. BARBERIS, Stato costituzionale: una genealogia concettuale, in *Lo Stato* 2020, 49;
- F. BASSI, Contributo allo studio delle funzioni dello Stato, Milano, 1969; id. Il principio della separazione dei poteri: evoluzione problematica, Milano, 1965.
- S. BENVENUTI, Brevi note sull'affare CSM: vecchi problemi, ma nuove soluzioni?, in *Osservatorio cost.* 2020, n. 1;
- R. BIN, Normatività del fattuale, Modena, 2021;
- R. BIN G. PITRUZZELLA, L'amministrazione della Giustizia-Diritto costituzionale, Cap. VII, Torino, 2016, 311;
- D. BIFULCO, Il giudice è soggetto soltanto alla legge, Bologna, 2008;
- E. BRUTI LIBERATI, Magistratura e società nell'Italia repubblicana, Roma-Bari, 2018;
- L. CAPPUCIO, Stato di diritto e difesa dell'indipendenza della Magistratura, in *Quaderni cost.* 2019, 470;
- G. CARCATERRA, La logica nella ricerca giuridica, in *Riv. int. di fil. del dir.* 2015, 577;

- P. CARETTI U. DE SIERVO, *Il potere giudiziario-Diritto costituzionale e pubblico*, Cap. XIV, Torino, 2014;
- A. CATELANI, *Il principio di legalità e la soggettività dell'operazione interpretativa*, in *Rass. parl.* 2000, 299;
- A. CATELANI, *Costituzioni moderne: un nuovo umanesimo*, in *Valori etici e Costituzioni moderne* (a cura di A. Catelani, P. Bagnoli), Arezzo, 2007;
- A. CATELANI, *Il diritto come struttura e come forma*, Soveria Mannelli, 2013;
- A. CATELANI, *Problemi giuridici della società contemporanea*, Roma, 2016;
- A. CERVATI, *Mutamento dei valori, storia del diritto e interpretazione del presente*, in *Riv. int. di fil. del dir.* 2018, 285;
- E. CASU, *Etica e diritto*, in *Rass. parl.* 2016, 139;
- T. CHIASSONI, *Tre problemi di teoria del bilanciamento*, in *Lo Stato* 2019, 11;
- E. D'ALTERIO, *La funzione di controllo e l'equilibrio dei poteri*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.* 2019, 861;
- C. DE PASCALE, *Giustizia*, Bologna, 2010;
- F. DONATI, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato* 2020, 49;
- L. DI CARLO, *La defettibilità normativa tra approccio istituzionalistico e peso dei principi*, in *Riv. int. di fil. del dir.* 2020, 71;
- G. FERRAJOLI, *Notazioni sull'insopprimibile nesso tra diritto e interpretazione*, in *Quaderni fiorentini* 2010, 781;
- S. GAMBINO, *La Magistratura nello Stato costituzionale*, Milano, 2004;
- P. GROSSI, *Dell'interpretazione come invenzione(la risposta posmoderna del ruolo preventivo dell'interpretazione)*, in *Quaderni fiorentini* 2018, 9;
- M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della Magistratura nel sistema costituzionale*, in *Osservatorio cost.* 2021, n. 1;
- F. MODUGNO, *L'interpretazione giuridica*, Padova, 2012;
- F. MODUGNO, *Interpretazione e Costituzione*, in *Dir. e soc.* 2019, 515;
- M. RAVERAIRA, *Il giudizio sulle leggi: la Corte Costituzionale sempre più in bilico tra tradizione e politica*, in *Lo Stato* 2018, 123;
- dell'ordinamento giudiziario, in *Foro it.*, Vol. V, 2016, 157;
- G. ROLLA, *La giustizia costituzionale*, Milano, 2014; M. AINIS, *Le parole della Costituzione*, Napoli, 2014;
- G. ROLLA, *L'interpretazione costituzionale dello Stato*, Milano, 2018; AA. VV., *Dieci anni di riforme A. SALLUSTI M. PALAMARA, Il sistema*, Milano, 2021;
- G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Vol. I, Milano, 1979, Vol. II, Milano, 1984;
- G. TARELLO, *Il problema dell'interpretazione: una formula ambigua*, in *Lo Stato* 2021, 137; R. GUASTINI, *Giovanni Tarello e la "Scuola di Genova"*, in *Lo Stato* 2021, 127;
- G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia*, Soveria Mannelli, 2021;

- F. VIOLA G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, 2012;
- L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009;
- G. VILLANACCI, *La ragionevolezza nella proporzionalità del diritto*, Torino, 2021;
- G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012;
- N. ZANON E. BIONDI, *Il sistema costituzionale della Magistratura*, Bologna, 2019;
- V. ZAGREBELSKY, *Nozione e portata dell'indipendenza dell'Ordine giudiziario e dei giudici – Ruolo del Consiglio superiore della Magistratura*, in *Osservatorio cost.* 2019, n. 6;
- M. ZATTONI, *Montesquieu tradito ? Problematici rapporti tra esecutivo e legislativo nell'odierno contesto italiano e europeo*, in *Materiali storia cultura giur.* 2016, 31;