



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2024 ANNO IX N.18.

SOGGETTIVITA' INTERPRETATIVA E EQUILIBRIO DEI POTERI



2024 ANNO IX NUMERO 18 – SEZIONE SAGGI

di Alessandro Catelani DOI 10.54103/2531-6710/27792



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2024 ANNO IX N.18

SOGGETTIVITA' INTERPRETATIVA E EQUILIBRIO DEI POTERI

Alessandro Catelani

SUBJECTIVITY OF INTERPRETATION AND BALANCE OF POWERS.

Riassunto

In questo contributo l'Autore analizza il problema che la soggettività dell'interpretazione giuridica fa sì che il potere giudiziario possa essere fonte di possibili abusi, che possono pregiudicare il principio dell'equilibrio dei poteri dello Stato

Parole chiave: Potere giudiziario, Soggettività interpretativa, Equilibrio dei poteri.

Abstract

This paper examines the problem of subjectivity in interpreting Laws that makes the Judiciary a source of possible abuses that can undermine the "checks and balances" principles in the State.

Keywords: Judiciary, Interpretative subjectivity, Balance of powers

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 3.5.24 approvato il 04.12.24.

1. L'indipendenza della Magistratura

L'indipendenza della Magistratura viene considerata la massima garanzia dello Stato di diritto. La legalità sarebbe garantita in quanto la Magistratura è indipendente. E la tutela dei diritti fondamentali sarebbe fondata su tali basi.

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 ed 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.

Il nostro ordinamento sarebbe quello che, a differenza di altri, garantirebbe, al 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 ed 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.

2. La limitata incidenza dell'indipendenza degli organi giudiziari sull'interpretazione giuridica.

L'indipendenza della Magistratura è indubbiamente un valore assoluto. Tuttavia essa va completata affermando che essa, pur essendo indispensabile, non risolve i problemi dell'attendibilità della pronuncia giudiziaria: se il magistrato fosse, in ipotesi, un fazioso o un corrotto, o più semplicemente un incapace, la legge verrebbe violata, anche se è indipendente. Non è che ogni sentenza debba essere considerata attendibile solo perché chi la pronuncia è indipendente.

Identificare la correttezza della decisione in quanto considerata obiettiva ed imparziale, unicamente sulla base dell'indipendenza, appare quindi 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 legge 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'obiettività e l'imparzialità 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.

Contro le influenze che incidono all'interno delle coscienze non possono esservi rimedi giuridici. E bisogna rendersi conto anche pertanto 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 e assoluto, quale è quella che molti pretendono di veder garantita attraverso la formula costituzionale, non può esservi.

3. Le norme giuridiche come schematizzazione della realtà

Ogni norma giuridica è necessariamente una schematizzazione della realtà, che deve essere adeguata alla situazione sostanziale, e alle possibilità date dallo schema normativo possono corrispondere molteplici decisioni esatte.

All'interprete spetta scegliere, tra i vari significati possibili della norma, quello più aderente alle esigenze della società – così come può anche eluderne i precetti, violando i principi dello Stato di diritto -. 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. Scrive al riguardo il Kelsen: "...in tutti questi casi di indeterminatezza si presentano parecchie possibilità di esecuzione...In conseguenza l'interpretazione della legge non deve condurre necessariamente a un'unica decisione come la sola esatta, bensì, possibilmente, a varie decisioni che hanno tutte il medesimo valore, anche se soltanto una tra esse, nell'atto della sentenza, diventa diritto positivo. La teoria comune dell'interpretazione vuol far credere che la legge applicata al caso concreto possa fornire sempre e soltanto l'unica decisione esatta, e che l'esattezza della decisione dal punto di vista del diritto positivo sia fondata sulla legge stessa." (H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1970, pag. 117).

Dato che la realtà quasi sempre diverge da quella che si è già verificata, vi deve essere una costante opera di adattamento della norma alla fattispecie concreta, che determina una corrispondente modifica del diritto positivo, quale viene applicato alla realtà vivente dei rapporti intersoggettivi: vi deve essere un costante passaggio dall'astratto al concreto, che tanto più adempie ai propri scopi, quanto più è aderente alle esigenze della società, quali si manifestano nel loro perenne divenire.

Per sua natura la forma normativa ha un valore – per così dire – deformante di un contenuto più specifico e, in quanto tale, diverso. Proprio perché l'idea è un'astrazione, e quindi una generalizzazione della realtà materiale, che deve essere adattata alla materia, nella sua concretezza, essa coglie soltanto certe caratteristiche costanti di un fenomeno associativo, che deve essere astrattamente rappresentato.

Da ciò l'importanza determinante dell'interpretazione giuridica, che ne completa i contenuti: le sentenze dei giudici sono norma attuative di più ampi precetti legislativi.

4. Il richiamo alle norme che disciplinano la fattispecie concreta, e la costruzione della fattispecie astratta

La prima fase dell'interpretazione giuridica è quella che attiene all'accertamento della ricorrenza delle norme in una certa fattispecie concreta, ed 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, o a ridimensionare, 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 specifichino la portata.

L'applicazione della norma al caso concreto avviene secondo criteri etici, di opportunità e convenienza, o di equità, e che quindi non sono schematizzabili secondo formule precostituite, ma che hanno una portata sociologica che condiziona integralmente l'attività interpretativa. All'interprete che definisce la fattispecie astratta spetta il compito di scegliere, tra i vari significati possibili della norma, quello più aderente alle esigenze della società, ed ai valori morali che sono ad essa connaturati. Tutto dipende da chi applica la legge, all'interno del processo di produzione normativa, nel quale esso si traduce.

La libertà pregiuridica dell'interprete si riscontra sia nella scelta delle norme che è connaturata alla ricostruzione del fatto, sia nell'adeguamento alla fattispecie concreta delle norme così individuate che possono, a seconda dei suoi orientamenti, essere considerate in maniera estensiva o restrittiva, o integrate con principi di carattere generale. La ricostruzione del fatto esige un'interpretazione della realtà che è del tutto soggettiva, e che può avvenire in infiniti modi. Ed è soprattutto il giudizio di valore che se ne dà che è determinante per la sua interpretazione normativa; perché a seconda degli aspetti che in esso si evidenziano si richiamano le norme corrispondenti, prima ancora di risolvere i problemi interpretativi determinati dal concorso di più norme nell'unica fattispecie. E' il dato pregiuridico che è determinante per il richiamo di tutte quelle norme che appaiono pertinenti, così come per la soluzione che si accoglie per definire i rapporti tra le norme stesse, e che quindi condiziona integralmente il ragionamento interpretativo.

L'interpretazione giuridica non è un'operazione scolastica e meccanica, che porti in ogni caso a risultati sicuri e incontrovertibili; ma in quanto la norma è un'entità flessibile e non rigida, che si piega a seconda di come vengano interpretati i dati pregiuridici di moralità, di convenienza e di equità, e a seconda di come vengano compiuti certi giudizi di valore, non vi è niente in essa di assoluto. I risultati a cui perviene sono condizionati dall'apporto di chi li compie, e la sua validità è condizionata dai pregi di quest'ultima.

5. L'importanza determinante del dato pre-giuridico per l'operazione ermeneutica.

La ricostruzione della fattispecie astratta è integralmente condizionata dal dato pregiuridico. L'istanza sociologica o etica, o comunque pregiuridica, copre gli spazi lasciati in bianco dalla volontà normativa – quale si manifesta nelle norme individualmente considerate, ma soprattutto nei rapporti tra le norme stesse – dotandole di un contenuto

adeguato alla realtà alla quale si riferisce, anche se ciò avviene senza alterarne la portata imperativa, in quanto è pur sempre il dato precettivo il punto di riferimento dell'interprete: se si ammettesse che la norma debba solo cogliere certe istanze sociali alle quali sarebbe asservita, non esisterebbe più il diritto.

Questo avviene in ogni fase dell'attività interpretativa: già il richiamo alle norme pregiuridiche è determinante per la stessa impostazione del problema normativo, in quanto si traduce nel richiamo di 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.

Nell'interpretazione giuridica il giudizio di valore può ricorrere in due situazioni distinte, anche se fra di loro interdipendenti e connesse; e cioè nella valutazione pregiuridica del fatto, da cui deriva il richiamo alle norme che sono destinate a comporre la fattispecie astratta, e nella determinazione del contenuto delle norme stesse entro gli spazi, di consueto assai ampi, entro i quali ne è ammessa l'integrazione.

Il diritto, come disciplina normativa, viene applicato nella struttura della società dagli organi competenti conformemente a criteri pregiuridici, i quali condizionano integralmente la sua effettiva efficacia. Ed è questa aderenza, più o meno valida, a criteri pregiuridici, che condiziona integralmente, al di là della formula letterale della legge, la sua effettiva vigenza. A prescindere dal problema, sempre presente, di un corretto uso della logica, è il soggetto, nella sua duttilità interpretativa, che adegua la lettera della legge alle esigenze della corrispondente evoluzione del corpo sociale.

La scelta dipende dalla volontà dell'interprete, e quindi non ha carattere meramente conoscitivo. L'applicazione della norma al caso concreto avviene secondo criteri etici di opportunità e convenienza, o di equità, e che quindi non sono schematizzabili in formule giuridiche precostituite, e costituiscono criteri sociologici, i quali condizionano integralmente l'attività interpretativa. La norma giuridica astratta è filtrata attraverso il dato sociale per diventare concreta, e non può essere applicata a prescindere da quello.

Ogni norma inferiore, che si elabora in via interpretativa, non è puramente ripetitiva di quella superiore, ma riempie uno schema vuoto, ed ha una portata innovativa, perché le possibilità di esecuzione sono molteplici; e la scelta di una di esse dipende dalla volontà dell'interprete, a cui spetta creare la norma attuativa di quella superiore.

Settore con il campo sociale più allargato del No profit e consentire una crescita equilibrata di entrambi.

6. La soggettività interpretativa.

Sia nell'accertare una situazione di fatto nella sua materialità, sia compiendo un giudizio di valore, sia nella determinazione dei rapporti tra le norme che è decisiva per la ricostruzione della fattispecie astratta, l'interprete apporta un contributo estremamente soggettivo all'operazione ermeneutica. Il diritto è di per sé una realtà oggettiva, ma che per essere vivo e operante nella società richiede un'interpretazione la quale è necessariamente soggettiva, che solo l'uomo, quale interprete, può compiere. L'apporto del singolo all'interpretazione giuridica è

necessariamente e inevitabilmente individuale, perché le norme pregiudiziali che vengono applicate possono essere interpretate nella maniera più varia. L'interpretazione è condizionata dall'apporto personale di chi la compie, a livello di valorizzazione del dato pregiudiziale. Il diritto, come disciplina normativa, viene applicato nella struttura della società dagli organi competenti conformemente a criteri pregiudiziali, i quali condizionano integralmente la sua effettiva efficacia.

Chiunque sia a contatto con il mondo giudiziario e con l'attività processuale, sa benissimo che la decisione di una controversia, in un senso o nell'altro, dipende integralmente, assai spesso, dalla composizione dell'organo giudicante. Le questioni di competenza, che a un estraneo possono sembrare espressione di un formalismo privo di significato, hanno invece grandissima importanza, perché, individuando il giudice competente, condizionano, a seconda di come sono risolte, l'esito processuale. In ogni caso, il condizionamento dell'attività interpretativa, da parte della personalità di chi la compie, appare assolutamente decisivo.

Come ha affermato il Calamandrei, sono criteri pregiudiziali quelli che condizionano i risultati dell'interpretazione, e questi dovrebbero essere condizionati dal concetto di Giustizia (P. Calamandrei, Opere giuridiche, Vol. I, Napoli, 1965, pag. 650).

7. La decisione come frutto dell'intuito di chi la compie e la possibilità di una violazione della legge

I risultati dell'attività interpretativa sono affidati alla valutazione dei criteri pregiudiziali effettuata da parte di chi la compie, e pertanto al suo intuito; e in quanto tali sfuggono ad ogni determinazione precostituita a livello normativo. La presenza della norma, in uno Stato di diritto, non esclude quindi che essa possa essere elusa attraverso una errata applicazione dei criteri pregiudiziali da parte dell'interprete.

Quando si respingono le critiche all'operato della Magistratura sulla base della sua indipendenza, di fatto si identifica l'attendibilità della decisione con l'assolutezza dei suoi poteri. Ma i poteri dei giudici non sono assoluti, perché hanno il compito di applicare la legge; e il fatto che il giudice possa di fatto disattenderla attraverso decisioni errate non è una giustificazione per il suo operato: l'indipendenza non è una giustificazione per la Magistratura quando disattenda la legge. Il richiamo all'indipendenza della Magistratura si pone allora in contrasto con i fondamenti stessi dello Stato di diritto, che è basato sul rispetto della legalità. Il fatto che il giudice sia indipendente non lo autorizza ad emettere – in ipotesi –, qualunque decisione, anche la più arbitraria.

Si deve aggiungere che questa presunta absolutezza di poteri, quale viene così frequentemente – e arbitrariamente – riconosciuta, è un formidabile incentivo per commettere qualunque abuso, che per ciò stesso si presta ad essere considerato il massimo dell'obiettività e dell'imparzialità di giudizio. Il magistrato è diventato per molti un sovrano assoluto, e tale sua absolutezza di poteri viene considerata, dal dopoguerra ad oggi, la massima garanzia dello Stato di diritto.

Chi giudica sa di poter adottare qualunque decisione, anche la più iniqua e aberrante, perchè questa sarà sempre considerata esatta, come massima garanzia della legalità, qualunque essa sia.

Lo Stato di diritto è sottoposto al principio di legalità, e si basa su di esso. Tutti devono rispettare la legge. E spetta agli organi giudicanti applicarla in concreto. Se quest'obbligo è imposto a tutti, se ha carattere universale, i primi a doverla rispettare devono essere gli organi giudicanti che hanno il compito di applicarla. Il fatto che la norma sia un'entità astratta, quale dato formale, fa sì che i poteri degli organi giudicanti consentano agevolmente di disattenderla. Questa è la situazione che ricorre per l'esercizio della funzione giurisdizionale, che non esclude certo che il giudice sia obbligato a rispettare la legge, e non la debba violare.

L'indipendenza della Magistratura è diventata, per molti, una presunzione assoluta di attendibilità e di Giustizia; il che è impensabile che accada.

8. La caratterizzazione sociologica della giurisprudenza.

Di quanto la realtà pregiuridica sia determinante per il rispetto del principio di legalità è prova il fatto che la caratterizzazione della giurisprudenza viene definita dagli orientamenti prevalenti all'interno del corpo sociale.

La struttura della società, intesa come pratica e concreta attuazione della norma, rispecchia pienamente la capacità e la mentalità degli interpreti, la loro forma mentis, nei suoi lati positivi e negativi. Spesso si riscontrano in essa sia idee moderne e innovative, che pregiudizi più o meno diffusi, e limiti della più varia natura, che sono tipici di un'epoca e frutto di una specifica mentalità. Si ritrovano nell'interpretazione giurisprudenziale tutte quelle concezioni della vita associata che sono proprie della collettività, o almeno di parte di essa.

La giurisprudenza rispecchia in maniera chiarissima le concezioni vigenti all'interno della società. Quello che varia in correlazione al mutare della sensibilità sociale degli interpreti non è solo la norma, il diritto positivo come dato formale, bensì, prima ancora, la sua stessa interpretazione.

Nella giurisprudenza sono visibili i segni delle concezioni vigenti all'interno della società, e che recano in sé i caratteri inconfondibili del periodo storico al quale appartengono. Attraverso la giurisprudenza si può ricostruire, sia pure nell'ottica della problematica giuridica, la mentalità di un'epoca. Niente di più delle decisioni della Magistratura ad ogni livello è lo specchio del comune modo di vedere all'interno della società.

Di quanto la realtà pregiuridica sia determinante circa l'applicazione del diritto è prova la nettissima caratterizzazione che in essa si riscontra. Non è soltanto la legislazione, la normativa che cambia, la quale è espressione di indirizzo politico, e che in quanto tale rispecchia il modo di vedere della collettività, ma anche l'interpretazione della stessa, nei suoi aspetti pregiuridici e sociologici.

La valutazione pregiuridica conduce inevitabilmente ad una soggettività interpretativa, la quale è connaturata alla funzione giudicante, e non può essere in alcun modo eliminata.

9. La soggettività interpretativa come fonte di ogni possibile abuso.

Queste brevi considerazioni, che sintetizzano alcuni aspetti dell'operazione ermeneutica, sono tuttavia sufficienti per comprendere quanto l'interpretazione giurisprudenziale, essendo soggettiva, si presti ad abusi, e possa anche non rispecchiare con correttezza la norma giuridica. Nella soggettività interpretativa è la fonte di ogni possibile abuso.

A livello di opinione pubblica e di dibattito politico si tende ad identificare l'indipendenza della Magistratura con l'attendibilità delle sue decisioni; ma una tale conclusione è inammissibile.

Dal dopoguerra ad oggi, partendo dal presupposto che il giudizio dell'autorità giudiziaria sempre garantisca il rispetto della legalità, sulla base di questa impostazione da tutti accolta, si è avuta la tendenza ad alterare, a favore dell'autorità giudiziaria, quell'equilibrio dei poteri che viene universalmente considerato alla base dello Stato di diritto.

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. L'idea che l'applicazione della norma al caso concreto conduca in ogni caso a risultati sicuri, ha fatto ritenere che il sindacato dell'autorità giudiziaria abbia carattere universale, e non debba conoscere limiti. L'esaltazione dell'indipendenza della Magistratura si è tradotta in una concezione di poteri che vengono considerati assoluti, in aperto contrasto con quanto la Costituzione prescrive, configurando la funzione giudicante come esclusivamente attuativa della legge.

La possibilità di decisioni illegittime pienamente sussiste, nonostante l'asserita indipendenza della Magistratura, e pertanto, qualora le si consideri valide qualunque sia il loro contenuto, anche se, in ipotesi, in violazione della legge, si considera la Magistratura titolare di poteri assoluti, al di sopra della legge stessa, disconoscendo il principio di legalità, sul quale si basa lo Stato di diritto. La Magistratura è indipendente dal Governo, ma non dalla legge, che essa ha il compito di applicare, e se la viola il suo comportamento è illegale. Si afferma che le sentenze sono in ogni caso vincolanti e devono essere sempre osservate. Ma proprio per questo motivo esse non possono imporre un comportamento contrario alla legge, che hanno il compito di applicare. Ogni diversa considerazione fa rivivere lo Stato assoluto.

Attualmente l'equilibrio dei poteri viene dunque considerato come assoluta prevalenza del potere giudiziario nei confronti dell'Esecutivo, e di fatto, anche nei confronti del potere legislativo, che potrebbe essere interpretato a piacimento dall'autorità giudiziaria, sulla base della sua indipendenza, che renderebbe legittima qualunque interpretazione, anche in grado di svuotarne di qualunque contenuto i precetti giuridici.

10. Abusi che si possono verificare nei rapporti tra i poteri dello Stato

Lo strumento che viene ad alterare l'equilibrio dei poteri, più che la sentenza, è l'avviso di garanzia. Questo atto processuale che dovrebbe - come dice il nome - garantire l'imputato, è stato trasformato in un micidiale strumento

di diffamazione e di lotta politica. Il dibattito politico ha ormai da tempo perduto gran parte dei 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 l'uno o l'altro dei partiti politici. Attualmente è sufficiente che, ad ogni scadenza elettorale, un qualunque pubblico ministero favorevole alla fazione perdente – il quale agisce nella più completa impunità, ed anzi con la prospettiva di essere premiato sul piano della carriera – emetta arbitrariamente un avviso di garanzia contro il vincitore delle elezioni - avviso di garanzia che può concludersi anche con un'archiviazione – perché questo sia sufficiente per pregiudicare un risultato elettorale al quale hanno partecipato milioni di persone.

Tutto questo contrasta nella maniera più clamorosa con quella garanzia introdotta dalla Costituzione, secondo cui l'imputato non può essere considerato colpevole, ma deve essere considerato innocente, fino a che il processo non si sia concluso (art.27,2° comma); e può pregiudicare irrimediabilmente il corretto svolgimento della vita democratica.

11. La necessità di porre limiti ai poteri dell'autorità giudiziaria.

Sulla base dell'assunto che tutte le decisioni della Magistratura siano infallibili, in quanto indipendenti, si sono estesi questi poteri fino a colpire tutta la classe politica – con il temperamento dello status di parlamentare – ed anche il Governo, che è il fulcro del potere politico; ad eccezione del Capo dello Stato, che però nel nostro ordinamento non è dotato del potere esecutivo. Si è in tal modo pervenuti a configurare un potere assoluto, che è in grado di pregiudicare irrimediabilmente quell'equilibrio dei poteri, sul quale si basa la vita democratica.

Vi è una grande lacuna, una vasta zona d'ombra nella trattazione della problematica della separazione e dell'equilibrio dei poteri. Nell'esame di questa tematica, con considerazioni spesso anche assai erudite, e con raffinate considerazioni filosofiche, non si prendono però di consueto in considerazione i rapporti tra potere giudiziario e potere esecutivo, ed anche legislativo, perché la dottrina si è ormai arroccata sul dogma dell'indipendenza della Magistratura, diventato ormai un intangibile luogo comune. Secondo l'opinione corrente, il problema non esisterebbe, perché la Magistratura deve essere indipendente, e questo sarebbe il massimo requisito richiesto per il rispetto della legalità. Nessun potere dello Stato potrebbe sfuggire alla sua ingerenza, sulla base di questa garanzia fondamentale.

Affermare che la Magistratura, in quanto indipendente e garante in quanto tale della legalità, sia in grado di condizionare il potere esecutivo, ed anche quello legislativo quando le leggi siano disconosciute, significa alterare quell'equilibrio dei poteri, che è la massima garanzia della vita democratica.

Per garantire l'indipendenza della Magistratura si contesta qualunque limitazione che provenga dall'esterno; ma ciò non tiene conto del fatto che anche la funzione giurisdizionale, nella sua soggettività, si presta ad abusi, e non è un atto meccanico che conduca in ogni caso a risultati sicuri. In uno Stato di diritto, per il suo funzionamento, deve essere garantito l'equilibrio dei poteri, e non l'assolutezza di uno di questi.

Si deve anche aggiungere che in un processo che abbia risvolti politici, le possibilità di una decisione non obiettiva sono della massima evidenza. Come già osservava il 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 il corretto svolgimento della vita democratica.

12. Il Consiglio superiore della Magistratura.

Nel nostro ordinamento, per garantire il corretto funzionamento degli organi giudicanti, è stato istituito il Consiglio superiore della Magistratura, con funzioni rappresentative degli stessi magistrati. Spetta quindi agli stessi magistrati, democraticamente rappresentati in tale organo, garantire la propria indipendenza nei confronti di ogni interferenza esterna.

Per rendere i magistrati del tutto indipendenti dal potere politico, allo scopo di evitare gli abusi che si erano verificati nel passato regime, ritennero i Padri della Costituente trasferire gli identici poteri spettanti al Governo ad un diverso centro di potere, costituito dagli stessi magistrati, rappresentati democraticamente in un organo collegiale, quale è il Consiglio superiore della Magistratura. A tale organo sarebbe spettato il compito di garantire l'obiettività e l'imparzialità del giudizio.

L'istituzione del Consiglio superiore della Magistratura viene universalmente considerata la maggiore garanzia dello Stato di diritto: il magistrato non sarebbe subordinato al potere politico, come accade quando dipenda dal Governo, ma sarebbe obiettivo ed imparziale proprio per questo motivo. L'esaltazione dell'indipendenza della Magistratura in tal modo intesa è diventata incondizionata, in quanto la si è contrapposta alla subordinazione al potere politico che aveva contrassegnato il precedente regime.

L'indipendenza della Magistratura deve essere intesa come assenza di un potere sovraordinato, che condizioni la carriera dei magistrati e l'assegnazione delle sedi, così da rendere il giudizio indipendente da condizionamenti esterni, che ne pregiudichino l'obiettività per interessi personali dell'organo giudicante. Ma questo obiettivo non è stato realizzato, e ci si è limitati a trasferire gli identici poteri sovraordinati che spettavano al Governo ad un altro organo collegiale, eletto dai magistrati, quale è il Consiglio superiore della Magistratura.

In tal modo si è resa la Magistratura indipendente come centro di potere, ma non nell'esercizio della funzione giudicante, quale è svolta dai singoli magistrati, che da tale centro di potere dipendono. E tale situazione non verrà modificata dalla separazione delle carriere, che si sta cercando di realizzare.

13. La struttura verticistica dell'autorità giudiziaria.

L'apparato giudiziario è organizzato su basi rigorosamente verticistiche, che rendono impossibile parlare di indipendenza degli organi giudicanti.

Nel nostro ordinamento, la garanzia costituzionale del pubblico concorso garantisce indubbiamente una elevata selezione culturale della classe giudicante. L'impostazione verticistica tuttavia disconosce ogni indipendenza, per il condizionamento della funzione giudicante da un ben preciso centro di potere. Il fatto che i magistrati siano di carriera, quali pubblici dipendenti, richiede che vi sia un'autorità amministrativa che li gestisca, in sostituzione del Ministero di Grazia e Giustizia. In quanto tale, il Consiglio superiore della Magistratura condiziona quest'ultima per l'esercizio delle proprie funzioni.

In un regime di subordinazione verticistica questa viene dunque soltanto spostata: nel caso del trasferimento dell'apparato giudiziario dal Governo al Consiglio superiore, tale apparato è stato trasferito da un organo espressione della volontà popolare, ad un altro espressione di una fazione politica interna alla Magistratura, e quindi, indirettamente, del partito politico di cui questa è espressione: dall'indirizzo politico della collettività si è passati ad un indirizzo espressione di una fazione politica.

Gli inconvenienti di questo sistema sono della massima evidenza: l'indirizzo della collettività può essere modificato tramite libere elezioni, e necessariamente è soggetto a mutamenti; quello di una fazione politica può rimanere tale a tempo indeterminato, nonostante il mutamento dell'indirizzo politico della collettività. Tale indirizzo può diventare espressione di un potere assoluto, che nessuno può eliminare.

La subordinazione dei magistrati attualmente sussiste nella identica misura con cui si aveva nei confronti del Governo. L'indipendenza in tal modo realizzata non è tale; è la medesima che si avrebbe nei confronti del Governo; con la differenza che nel caso del Governo questo è eletto dal popolo, e condizionato dalla sua volontà, così che vi è la possibilità di un cambiamento che rimedi alle sue eventuali manchevolezze, mentre questa possibilità manca completamente nell'altro caso.

14. L'obiettività di giudizio come discrezionalità interpretativa

Il Consiglio superiore dovrebbe garantire l'obiettività di giudizio, in quanto svincolato dal potere politico. Ma una simile affermazione, alla quale si fa comunemente riferimento, non tiene conto del fatto che la stessa obiettività di giudizio può essere interpretata in mille modi, e non è un dato incontrovertibile, come si cerca di far credere. L'obiettività rispecchia scelte discrezionali, anche se ha ad oggetto una discrezionalità diversa da quella amministrativa: non si tratta di giudicare, sulla base di valutazioni pregiudiziali, l'opportunità e la convenienza per raggiungere certi fini di pubblica utilità, bensì di valutare, sulla base di dati pregiudiziali, l'applicazione della fattispecie astratta a quella concreta. Si tratta quindi di una discrezionalità che è connaturata alle funzioni di qualunque organo giudicante: è un dato estremamente soggettivo, che può essere variamente interpretato.

L'obiettività del giudizio è un dato del tutto soggettivo, che può essere interpretato in infiniti modi, perché è l'interpretazione giuridica che è di per sé estremamente soggettiva. E' obiettivo il giudice di primo grado che decide in un certo modo, come lo è quello di secondo grado che decide la medesima controversia in senso diametralmente

opposto. Affermare con ciò stesso che le decisioni espressione di obiettività conducano in ogni caso a risultati sicuri, appare assolutamente inconcepibile.

Il Consiglio superiore dovrebbe garantire l'obiettività del giudizio; ma l'obiettività del giudizio non esclude minimamente la soggettività interpretativa che è connaturata alla funzione giudicante.

Il giudizio sull'obiettività dell'operazione interpretativa, che è affidata al Consiglio superiore, si identifica con la soggettività di quest'ultima. Il giudizio del magistrato deve essere sempre obiettivo; e la sua obiettività è quella dell'operazione interpretativa, che è sempre estremamente soggettiva. Affermare quindi che l'obiettività è garantita dal Consiglio superiore, si identifica con il riferimento ad una interpretazione che si presta ad essere definita in maniera diversa, a seconda delle forze che sono al potere all'interno del Consiglio. La garanzia dell'obiettività del giudizio, e la soggettività interpretativa, sono la stessa cosa.

Nel caso del Consiglio superiore, questo è necessariamente distinto in varie fazioni, le quali hanno, inevitabilmente e legittimamente, un proprio indirizzo politico. La maggioranza che si forma all'interno del Consiglio imprime dunque tale indirizzo ai magistrati, esattamente come sarebbe stato per l'indirizzo politico governativo, quando questi poteri erano di sua competenza. Sostenere quindi che l'obiettività sussiste nel giudizio perché la Magistratura è indipendente, appare del tutto fuori luogo. I magistrati sono subordinati all'indirizzo politico che gli viene impresso dall'organo di vertice, dal quale dipendono. L'obiettività del giudizio non può essere garantita in assoluto, ma dipende, quando vi è un'autorità sovraordinata, da quella che controlla gli organi giudicanti.

Il potere giudiziario non è assoggettato unicamente alla legge ma, sia pure indirettamente, ad un potere sovraordinato, che condiziona la fase applicativa della norma giuridica: l'indirizzo proprio del Consiglio è determinato dalla Associazione nazionale dei magistrati, e dalle loro correnti che, tramite i propri candidati che vengano eletti, entrino 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 proprio indirizzo politico, che interpreta quel particolare indirizzo politico 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 esprime una propria particolare interpretazione di quel principio.

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.

Il condizionamento dell'organo di vertice influisce inevitabilmente sulla discrezionalità interpretativa che caratterizza le funzioni 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.

15. La soggettività interpretativa connaturata alla funzione giudicante.

La soggettività interpretativa, e la sua politicità, sono inscindibilmente connesse con la funzione giurisdizionale, e non possono essere di per sé eliminate sottraendo la Magistratura al controllo governativo. In un regime di subordinazione ad un'autorità superiore, l'indirizzo politico, al quale sono soggetti i magistrati, è necessariamente quello di quest'ultimo. L'obiettività del giudizio è basata inevitabilmente anche su dati pregiudiziali. L'interpretazione è sempre una scelta soggettiva; e se vi è un'autorità sovraordinata, è inevitabile che questa si presti ad incidere, in maniera determinante, sull'operato degli organi inferiori.

Si deve aggiungere che la soggettività interpretativa non è propria soltanto della sentenza, ma riguarda anche, come elemento determinante della loro sorte, la durata dei processi. Ed è sotto questo aspetto che si possono verificare gravi irregolarità: magari i peggiori criminali vedono estinte certe pene per prescrizione, mentre quando si vuole colpire qualche avversario politico i processi possono anche procedere con la rapidità della folgore.

16. La dipendenza dal Governo nel passato regime e in quello attuale. 17. L'insufficienza del Consiglio superiore della Magistratura quale baluardo della democrazia.

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 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. 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 sovraordinata, 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 correnti della Magistratura che riescono ad avere la maggioranza al suo interno, ciascuna delle quali è dotata di un ben preciso indirizzo politico; per cui è l'indirizzo interpretativo che esse esprimono a condizionare, se pure in maniera indiretta, l'operato dei singoli magistrati.

La subordinazione al potere politico aveva condotto a conseguenze aberranti unicamente perché quel regime era assoluto, e non per il semplice fatto di un'organizzazione verticistica che in ogni Stato determina l'assoggettamento della Magistratura al Governo. Questo, come organo politico rappresentativo della collettività, è in grado di garantirne l'efficienza e il funzionamento, sulla base della volontà popolare, e anche, entro certi limiti, di impedirne ogni illecita deviazione. Si è dunque creato, in sostituzione della dipendenza governativa, un centro di potere dominato dagli stessi magistrati, i quali agiscono a prescindere da qualunque rapporto con la volontà popolare.

17. L'insufficienza del Consiglio superiore della Magistratura quale baluardo della democrazia.

Anche sotto altri aspetti, un centro di potere composto esclusivamente da magistrati, e sovraordinati nei confronti di questi ultimi, è un rimedio estremamente fragile per la difesa della democrazia. Anche nei confronti qualunque futuro e ipotetico regime totalitario, il Consiglio superiore non appare un rimedio adatto allo scopo. E' sufficiente che si formi al suo interno – come spesso accade quando vi è un fazione politica particolarmente forte che vuole prendere il potere – un'opinione favorevole al nuovo regime, perché il Consiglio, in cui si formi una maggioranza che a quel regime sia favorevole, possa diventarne lo strumento, senza che quest'ultimo lo debba sopprimere. Anche all'epoca del passato regime, qualora vi fosse stato un organo analogo a quello attuale, nell'ipotesi – non certo impossibile a verificarsi – che si formasse al suo interno una maggioranza favorevole al nuovo Governo, quell'organo collegiale rappresentativo dei magistrati non sarebbe stato in grado di garantire quell'indipendenza dall'Esecutivo, alla quale era preordinato.

18. Mancanza di ogni rapporto della funzione giurisdizionale con la volontà popolare..

Il potere giudiziario è depositario di una funzione sovrana dello stato, insieme al potere legislativo ed esecutivo, e come tale deve essere espressione della volontà popolare. La Giustizia, come statuisce la Costituzione, “è amministrata in nome del popolo.” (art. 101, 1° comma). Nel nostro ordinamento, questo rapporto con la sovranità popolare appare del tutto inesistente. I magistrati sono indipendenti dall'Esecutivo che è espressione della volontà popolare, e come tali esprimono una funzione sovrana che dalla volontà popolare si distingue, ed alla quale anzi si contrappone.

Nel caso di un regime totalitario, l'indipendenza della Magistratura dal potere costituito ne garantisce l'obiettività di giudizio. In un regime libero e democratico, il sottrarre l'apparato giudiziario al controllo dell'Esecutivo significa sottrarre la Magistratura al controllo popolare, per attribuirlo a un'autorità che dalla volontà popolare non è condizionata.

I vantaggi di un controllo indiretto, da parte dell'elettorato, sarebbero incommensurabili: un simile controllo sarebbe garante della funzionalità e dell'efficienza del sistema, di quella efficienza e funzionalità che l'assoluta svincolatezza dalla volontà popolare non è in grado di assicurare. Si porrebbe rimedio a quella crisi alla quale è assoggettato l'apparato giudiziario. La lunghezza dei processi, che spesso vanifica anche ogni più che legittima richiesta di Giustizia, sarebbe eliminata, perché l'azione del potere giudiziario sarebbe assoggetta a un sindacato popolare. La crisi della Giustizia ha una sua genesi nell'assetto istituzionale del nostro ordinamento, quale attualmente si configura. La possibilità dell'incidenza, sul suo funzionamento, da parte di un giudizio popolare, sarebbe decisiva per far venir meno ogni eventuale difetto del sistema.

19. Inadeguatezza dei rimedi della responsabilità disciplinare e civile dei magistrati per evitare abusi dell'autorità giudiziaria.

La soggettività interpretativa non trova alcun limite in condizionamenti esterni ai poteri degli organi giudicanti.

Per l'operato dei magistrati non può esservi che una responsabilità disciplinare, che è affidata all'organo esponentiale della categoria che ha il compito di garantirne l'indipendenza, e cioè allo stesso Consiglio superiore della Magistratura. Tale potere ha però natura amministrativa e non giurisdizionale, analogamente a quanto accade per i poteri degli Ordini e dei Collegi professionali nei confronti dei professionisti.

L'efficacia di questo rimedio è dunque necessariamente relativa: un controllo effettuato dalla stessa autorità, alla quale appartiene l'organo che ha emesso l'atto, è privo di quella terzietà che è indispensabile per garantirne l'obiettività e l'imparzialità di giudizio.

Analoghi problemi presenta l'efficacia di una responsabilità civile, che venga fatta valere nei confronti dei magistrati. Si tratta di una richiesta di risarcimento sulla quale è chiamata a decidere la stessa categoria di persone alla quale il soggetto appartiene, e che, come tale, istituzionalmente, non può dare alcuna garanzia di obiettività.

L'unico rimedio veramente efficace sarebbe impedire le interferenze del potere giudiziario sull'Esecutivo. E' il Governo che è il fulcro del potere politico; se venisse protetto dalla interferenze della Magistratura, il problema dell'equilibrio dei poteri sarebbe risolto.

Non si è giunti a questa soluzione perché si è sinora affrontata la tematica dell'equilibrio dei poteri senza prendere in considerazione la portata della funzione giurisdizionale e, analogamente, la struttura verticistica dell'apparato giudiziario; così da mantenere in vita la "fictio juris" dell'indipendenza della Magistratura. Ogni riferimento a questi aspetti non deve essere arbitrariamente evitato.

20. Riferimenti Bibliografici

- A. CATELANI, Il concetto di diritto, Bari, 2024; id., Il diritto e lo Stato, Generis Publishing, Chisinau, 2022;
 ÷, La Giustizia e il diritto, Bari, 2021;
 ÷, Problemi giuridici della società contemporanea, Roma, 2017;
 ÷, Lo Stato di diritto nel mondo moderno, Saarbrücken, 2013;
 ÷, Il diritto come struttura e come forma, Soveria Mannelli, 2013;
 C. PINELLI, L'influenza del principio di separazione dei poteri nella democrazia contemporanea, in Osservatorio AIC 2024, n. 2;
 AA. VV., La separazione dei poteri, in Riv. trim. di dir. pubbl. 2023, 3;
 G. FERRI, Il passaggio dei magistrati alla politica dopo la legge n. 71 del 2022: una data senza ritorno, in Lo Stato 2023, 87;

- M. LUCIANI, Paolo Grossi e le due legalità, in *Lo Stato* 2023, I, 343; G. SILVESTRI, Separazione dei poteri e indirizzo politico, in *Potere e Costituzione*, Enc. dir., Milano, Vol. V, 2023, 1148; S. CASSESE, La struttura del potere, Roma-Bari, 2023;
- G. AZZARITI, La separazione della carriera dei magistrati, in *Osservatorio AIC* 2022, n.2;
- M. BARBERIS, Tre separazioni dei poteri: vecchia, nuova e nuovissima, in *Lo Stato* 2022, n.2, 11;
- E. DICIOTTI, Le attività creative dei giudici, Modena, 2022;
- G. SERGES, Un ragionevole punto di partenza per recuperare il ruolo costituzionale del CSM, in *Pol. del dir.* 2021, 691;
- A. ACOCELLA, *Materiali per una cultura della legalità*, Torino, 2020;
- S. BENVENUTI, Brevi note sull'affare CSM: vecchi problemi ma nuove soluzioni ?, in *Osservatorio AIC* 2020, n.1; AA.VV., *I quaderni della legalità*, Bari, 2019;
- P. CHIASSONI, Tre problemi di teoria del bilanciamento, in *Lo Stato* 2018, 2,11;
- S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Bologna, 2008;
- P. COSTA-D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Milano, 2002;
- P. BORGNA-M. CASSANO, *Il giudice e il principe-Magistratura e potere politico in Italia e in Europa*, Roma, 1997;
- L. LUATTI (a cura di), *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Torino, 1994;
- G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Vol. I, Milano, 1979, Vol. II, Milano, 1984;
- F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri: evoluzione problematica*, Milano, 1965;
- N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958.