

Riflessioni sulla separazione dei poteri costituzionali

Di **Lorenzo Scarpelli**

In un precedente articolo ("La riforma costituzionale del CSM", in questo sito) ho mostrato che la riforma costituzionale che saremo chiamati a valutare in occasione del referendum aumenta il peso del potere politico e riduce quello della magistratura all'interno del suo organo di autogoverno. Ciò sia in relazione alla funzione di amministrazione delle carriere dei giudici (a partire dall'ingresso nella funzione), che a quella disciplinare.

Adesso torno sulla questione allo scopo di fornire la motivazione del NO a tale rafforzamento.

Prendo lo spunto da un'obiezione che ho sentito formulare: *"preferisco aumentare il peso della politica perché i politici se non mi piacciono li posso cambiare ogni cinque anni in occasione delle elezioni mentre i magistrati né li ho scelti né li posso sostituire"*.

Immaginiamo che tale osservazione non provenga da una singola persona (il cui solo voto alle elezioni politiche non le garantisce di cambiare alcunché) ma dall'intero corpo elettorale, il popolo. Così pensata sembra avere una sua capacità di persuasione. Vediamo perché invece è sbagliata.

Sgombriamo il campo da un possibile equivoco. Non si sta parlando del potere di dettare le regole valide per tutti: quello si chiama potere legislativo e è saldamente in mano della politica, mediante il Parlamento nazionale, il Governo, i Parlamenti regionali, gli altri organismi politici sovranazionali oppure locali dotati di una qualche potestà normativa.

Si dirà: ma la giurisprudenza interpreta le norme e in tal modo incide sul loro recepimento da parte del corpo sociale. È vero ed inevitabile, ma in ultima istanza chi decide è sempre il legislatore. Si noti: stiamo parlando degli orientamenti interpretativi generalizzati (non dell'interpretazione in un singolo caso da parte di un singolo giudice), quelli fatti propri dalla Corte di Cassazione nell'ambito della sua funzione di rendere il più possibile uniformi le interpretazioni delle norme. Ebbene, decide il legislatore perché questi ha il potere di emanare leggi c.d. "di interpretazione autentica" di altre precedenti leggi, in tal modo ponendo fine a incertezze e contrasti. La legge di interpretazione autentica ha effetti retroattivi (cioè si applica anche a casi passati) perché non crea una nuova norma ma chiarisce quella preesistente. Se l'interpretazione autentica non è sufficiente a colmare le negatività di un certo assetto normativo, il legislatore può sempre cambiarlo (e, come vedremo, non esita a farlo).

Insomma, i giudici non devono dettare le regole e non hanno il potere di farlo. Chi comanda con effetti *erga omnes*, cioè valevoli per tutti i cittadini, è la politica, in tutto e per tutto.

Sono molti i campi in cui orientamenti giurisprudenziali sono stati disattesi da leggi di interpretazione autentica o da leggi che, per contrastare tali orientamenti, hanno modificato la disciplina: pubblico impiego, previdenza, responsabilità amministrativa, diritto tributario, giustizia contabile, diritto finanziario e delle assicurazioni, ecc.

Un caso emblematico è quello della capitalizzazione trimestrale degli interessi nei conti correnti, che le banche operavano (e tuttora operano) al fine di applicare interessi anche sugli interessi dovuti dai clienti. La giurisprudenza aveva consolidato un orientamento contrario a tale prassi bancaria, con evidente vantaggio per i correntisti. Il legislatore è allora intervenuto, nel 2016, al fine di legittimare (alla stregua di determinati parametri) detta capitalizzazione, a tutto vantaggio delle banche. Ovviamente adesso la disciplina applicata dalla giurisprudenza è quella dettata dal legislatore nel 2016, essendosi chiusa la via interpretativa che aveva portato al disconoscimento degli interessi sugli interessi.

Quindi, non è in gioco la determinazione delle norme neanche al livello della loro interpretazione uniforme e generale. Infatti, quando si afferma un orientamento giurisprudenziale contrario agli intenti del legislatore, quest'ultimo può e deve intervenire per ricondurre l'ordinamento sui binari voluti dalla politica (e quindi, almeno in teoria, dalla maggioranza del popolo).

È invece in gioco l'applicazione del diritto nel caso concreto: quella cosa che dovrebbe essere "uguale per tutti". Parliamo dell'amministrazione della giustizia nei singoli casi che lo richiedono, cioè della funzione giurisdizionale, che la Costituzione riserva alla magistratura. Lì la politica non deve entrare; deve rispettare il principio della separazione dei poteri.

A cosa serve tale separazione? A evitare di inquinare la funzione giurisdizionale, il diritto del caso concreto, con gli interessi propri della sfera politica. In tale sfera la componente agonistica è connaturale, intrinseca, positiva. In politica non sorprende che ci siano "battaglie", con strascichi di vincitori e vinti. Non sorprende che ci siano amici e nemici, anzi, la categoria amico/nemico, secondo una parte del pensiero filosofico politico (capostipite Carl Schmitt), è quella che proprio caratterizza la nozione di agire politico. Si procede per contrapposizioni di identità e di visioni politiche, e successive sintesi più o meno cruento dato che è proprio dell'azione politica l'uso, in ultima istanza, della forza arbitraria per la soluzione dei conflitti.

Questo modo di pensare e di agire, se corretto in politica, è del tutto fuori luogo in sede di giurisdizione. Il giudice non deve avere né amici né nemici, deve essere terzo e imparziale. Vi è quindi un'evidente incompatibilità fra la postura mentale del politico e la funzione dell'applicazione della legge nel caso concreto. Il politico, per sua natura, non può perseguire i reati o comporre le liti con imparzialità, e quindi deve restarne fuori. Occorre sottrarlo alla tentazione (irresistibile) di usare la giustizia come strumento politico. Questo è il fondamento della separazione del potere giurisdizionale da quello legislativo e esecutivo. E non si dimentichi che il giudizio del caso concreto si regge su due pilastri: il fatto specifico e il diritto applicabile in quel caso. Il politico stabilisce il diritto in termini generali, ma deve tenersi lontano dalla ricostruzione del fatto. Quella è affare del giudice e eventualmente dei suoi consulenti tecnici, con l'ausilio fondamentale della dialettica fra gli avvocati contrapposti. Parimenti, il politico deve essere escluso dal compito di applicare il diritto alla fattispecie come ricostruita nel processo. Non solo il giudice, ma anche l'avvocato, incarnano il primato del diritto sulla volontà politica nel caso concreto.

I fatti di cronaca italiana registrano numerosi episodi di interferenze di parti politiche in vicende giudiziarie, con la pretesa di stabilire chi è innocente e chi è colpevole, e perfino chi può essere processato e chi no. La difesa contro l'uso del processo come strumento di potere politico è un cardine della protezione dello Stato liberale contro derive totalitarie.

Bene, dirà il lettore, che c'entra tutto questo col referendum? C'entra moltissimo.

Partiamo dalla funzione disciplinare. Questa può colpire un giudice per come ha risolto un caso (per esempio, per come ha regolato gli interessi passivi in una causa fra una banca e un correntista). È molto spiacevole essere puniti: la seconda volta (se non è stato perfino sbattuto fuori dalla magistratura) quel giudice ci penserà bene prima di andar conto gli interessi di quella banca. Non solo: l'esito del suo procedimento disciplinare viene a conoscenza di tutti i magistrati, e anche loro ci penseranno bene prima di infilarsi nei guai in casi simili. Ancor più se nel caso concreto è coinvolto un uomo politico: se un giudice lo condanna per evasione fiscale e poi viene perseguito disciplinarmente tutti i giudici lo verranno a sapere, e a buon intenditore poche parole. Lascio al lettore richiamare alla mente i tanti episodi di malefatte di uomini politici (nazionali e locali) portate alla luce e sanzionate dalla magistratura nel corso della storia repubblicana dell'Italia. Ebbene, ciò non sarebbe potuto accadere in un regime in cui la funzione disciplinare fosse stata posta sotto il controllo della politica, o se comunque il suo peso fosse stato maggiore di quello dei magistrati.

La politica che svolge la funzione disciplinare su un giudice è politica "fuori posto" perché si occupa di casi concreti, e lo fa sotto due profili: il caso concreto del giudice

sottoposto a procedimento, e il caso concreto che era stato giudicato da quel giudice. Il secondo profilo è più importante del primo perché è lì che si annidano gli amici e i nemici del politico al potere, ed è lì che il politico - seguendo la propria natura - non può non distorcere la funzione giurisdizionale. Come non si può pretendere che un lupo non mangi l'agnello, così non ci si può aspettare che un politico valuti un contenzioso con animo imparziale quando la fattispecie in un qualche modo coinvolga interessi politici.

Non diverso è il settore della funzione di autogoverno della magistratura. Autogoverno vuol dire stabilire: (i) le regole attuative e di dettaglio della normativa statale in tema di magistratura (v. per es. il Regolamento interno; oppure il Testo Unico sulla dirigenza giudiziaria emanato dal CSM il 3-12-2024); (ii) chi fa cosa, in concreto. Chi presiede quel Tribunale, chi dirige quella Procura, chi va all'antimafia e chi ne esce, chi svolge le funzioni in una zona disastata o comunque molto delicata, e così via. Tutto è molto specifico e singolare: non si dettano le regole generali (salvo quelle di dettaglio e comunque su delega legislativa), bensì si amministra l'organizzazione territoriale e funzionale della magistratura. Anche in questo caso la politica è fuori contesto e non può non produrre condizionamenti indebiti. In quel Tribunale si è formato un pool anticorruzione molto efficiente? Non c'è bisogno di intimidirlo con azioni disciplinari, basta giocare d'anticipo e smembrarlo e (invocando ragioni di servizio, cioè carenze di organico in uffici giudiziari che non è possibile coprire tramite i normali concorsi o trasferimenti a domanda) mandare un magistrato di qua, uno di là, e l'altro in Cassazione ... Attraverso la gestione delle specifiche carriere dei magistrati si possono condizionare le decisioni del caso concreto.

Questo non lo deve fare il politico. Il politico emani le norme, le modifichi o le abroghi quando la loro applicazione da parte dei giudici non lo soddisfa o comunque quando la società lo richiede, ma stia alla larga dal giudizio dei singoli casi, tale giudizio non è affar suo perché, come sopra visto, egli è costitutivamente inadeguato alla funzione giudicante.

Si obietterà: e allora come giustificare quel terzo di membri del CSM che da sempre la Costituzione riserva alla nomina parlamentare? È sufficiente a trasformare il lupo in agnello il fatto che questi debbano essere nominati tra professori ordinari di università in materie giuridiche o avvocati con almeno quindici anni di servizio?

La risposta alla seconda domanda è negativa: i professori e gli avvocati nominati dal Parlamento, nonostante la loro competenza tecnica, hanno o possono avere legami così stretti con la politica che si rivela impossibile non inserirli nella categoria dei lupi.

Occorre allora affrontare la prima domanda: che ci stanno a fare i non togati nel CSM?

Ci stanno perché la realtà è complessa e priva di confini netti fra i suoi enti, siamo noi a crearli per i nostri scopi. In aderenza a come vanno le cose, la Costituzione non concepisce la separazione dei poteri in modo chiuso ma prevede bilanciamenti e controlli reciproci, pesi e contrappesi. Questo vale nel rapporto fra Parlamento e Governo, in quello fra tutti gli altri poteri e il Presidente della Repubblica, in quelli fra Stato e Regioni, ma anche nei rapporti fra Magistratura e Parlamento e Governo. Sono tutte autonomie sotto reciproco controllo.

Del resto, ognun sa come i magistrati possano distruggere una carriera politica anche soltanto con l'introduzione di un'indagine penale, e possano persino condizionare il corso di eventi storici. Nei primi anni '90 il passaggio in Italia dalla prima alla seconda Repubblica vide un ruolo centrale del c.d. "pool mani pulite", cioè un gruppo di magistrati della Procura di Milano.

La presenza dei membri laici nel CSM serve a evitare che l'autogoverno della magistratura abbia natura corporativa e del tutto autoreferenziale; serve a collegare in modo costruttivo il potere giudiziario con quello politico (e quindi con la sovranità popolare); serve a evitare che il governo del potere giudiziario sia del tutto sganciato dal circuito democratico; serve ad arricchire i processi decisionali mediante l'inserimento di sensibilità diverse rispetto a quelle tipiche dei magistrati; serve a far prendere decisioni in un'ottica più ampia rispetto a quella meramente magistratuale. Serve, in sintesi, a realizzare l'obiettivo del corretto bilanciamento dei poteri. Il tutto senza mai perdere di vista lo scopo centrale e indefettibile: l'autonomia e l'indipendenza della magistratura.

E il rapporto di 2/3 (togati) e 1/3 laici nel CSM? Fu scelto dai nostri padri costituenti, che avevano bene in mente l'esperienza liberticida del fascismo, in cui la magistratura era subordinata al potere esecutivo e si prestò a compiere ignobili processi - nei confronti di antifascisti - aventi natura e giustificazione soltanto politica. Cito, fra i tanti, i processi contro Antonio Gramsci, contro Sandro Pertini, contro i deputati dell'Aventino dopo l'omicidio Matteotti, contro i militanti o simpatizzanti di "Giustizia e Libertà" (movimento fondato da Carlo e Nello Rosselli).

Toccare quel rapporto, modificare l'equilibrio individuato nel 1947, non sarebbe in sé un tabù, ma richiederebbe:

(i) motivazioni profonde, basate sia sulla discussione dei principi fondamentali dell'ordinamento democratico e liberale come tradotti in tale rapporto di forze, sia su analisi dettagliate dei dati relativi al funzionamento del CSM in tutte le sue componenti;

(ii) chiarimenti precisi - fissati in Costituzione - sulla direzione che la futura legislazione ordinaria, attuativa di una riforma costituzionale, dovrebbe prendere;

(iii) dimostrazioni ragionevoli del nesso di causalità fra una riforma costituzionale, la sua attuazione concreta, e il superamento delle lacune attuali del sistema giudiziario.

Tutto ciò è rimasto completamente assente sia nello scarso dibattito parlamentare che ha accompagnato la riforma sottoposta al prossimo referendum, sia nella comunicazione politica del fronte del SI.

Inoltre, a differenza di quel che accade nella nuova Corte disciplinare, l'aumento di potere dei non togati all'interno dei due nuovi CSM previsti dalla riforma non è ben definito nella sua dimensione quantitativa (il rapporto $2/3 - 1/3$ è rimasto formalmente immutato), bensì resta legato a fattori fluidi, opachi e "sotterranei" dipendenti anche dal caso, come è l'esito del sorteggio dei togati per ogni quadriennio di durata della carica. Un ulteriore elemento di grande incertezza in un ambito costituzionalmente strategico come è quello del bilanciamento delle forze dei poteri dello Stato.

In questo buio approvare la riforma equivale a firmare una cambiale in bianco a questa maggioranza di governo (e a quelle future). NO, non ci si può stare.

(Articolo pubblicato in "Diritto, Giustizia e Costituzione", rivista online di Unità per la Costituzione, in data 9 marzo 2026)