

## IL GIUDICE CREATIVO

SOMMARIO: 1. Vincolatività della legge e “autonomia” della giurisdizione. – 2. Si può salvare la imparzialità del giudice.

### 1. Vincolatività della legge e “autonomia” della giurisdizione.

Tutto ciò che si è sostenuto sui condizionamenti politici dei giudici<sup>1</sup> potrebbe prestare il fianco ad una critica, in apparenza ragionevole, fondata sulla supremazia della legge: i giudici, come “*bocca della legge*”, sono vincolati ad applicarla, secondo il senso delle parole, ragion per cui alla stessa debbono attenersi, tra l’altro rispettando le regole del giudizio (legalità processuale). Perciò, quali che possano essere le eventuali future aspettative, gli intrecci tra politica e giurisdizione, e persino i supremi interessi della Nazione, il giudice avrebbe le mani legate dovendo decidere secondo la legge e le prove.

Ciò è vero in linea del tutto teorica. In qualunque tempo, ed in qualunque luogo, il giudice può dare alla legge diverse letture, così come può valutare diversamente le prove. Se così non fosse non esisterebbe la giustizia politica, che invece è stata una delle levatrici della storia: ancora nell’800 uno dei massimi giuristi italiani, Francesco Carrara, scriveva che quando la politica entra dalla porta, la giustizia esce dalla finestra.

La situazione italiana, poi, è del tutto particolare. Non è il caso di ripercorrere la storia che ha portato i giudici italiani a ritenersi in qualche misura svincolati dalla volontà del legislatore, storia che ha le sue radici in una idea male intesa di autonomia, secondo la quale il giudice conforma l’interpretazione della legge ai suoi valori di riferimento, anche politici. Il rinvio è fatto ad una specie di legalità sostanziale, e cioè agli interessi di una parte della società, talora i lavoratori, talaltra i capitalisti, oppure, agli interessi superiori dello Stato o della collettività. Ha scritto Luciano Violante, magistrato, già Presidente della Camera dei deputati, ed ora acuto scrittore sui problemi della giustizia, che il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale “ha portato con sé un profondo mutamento del rapporto tra politica e giurisdizione. Lo Stato costituzionale di diritto vive del primato della Costituzione, pone perciò limiti ferrei alla legge”. “Tutto ciò è positivo, ma non privo di costi. Uno dei costi principali è costituito dalla pervasività delle diverse giurisdizioni che escono dal terreno dell’accertamento delle responsabilità, che sarebbe loro proprio, per entrare in quello della regolazione del conflitto sociale”. “Conseguenza di questa impostazione è la proiezione verso visioni sostanzialistiche delle giurisdizioni e il conseguente invito al giudice a liberarsi dei vincoli del testo di legge”<sup>2</sup>.

Questo ribaltamento del rapporto legge-giudice, viene da lontano, e coincide, più o meno, con la nascita delle correnti e, più in generale, con la politicizzazione della magistratura italiana. Nella Relazione annuale sullo stato della giustizia del Consiglio Superiore della magistratura, recante la data del 1970, si legge: “Si è

---

<sup>1</sup> v. “*Il giudice politico*”, in questa rivista, 2017, n. 6; “*Il giudice ambizioso*”, in questa rivista, 2018, n. 2; “*Il giudice corporativo*” in questa rivista, 2018, n. 2.

<sup>2</sup> VIOLANTE, prefazione a MONTEDORO, *Il giudice e l’economia*, Roma, 2015.

dovuto riconoscere che, anche per quel che riguarda la portata e il significato della norma, il procedimento dell'interprete avanza nell'incertezza, in un continuo aprirsi ad alterne possibilità; in una continua scelta tra più strade tutte logiche, ma di cui solo alcune rispondono ad esigenze di giustizia non soltanto formale, ma anche e soprattutto sostanziale. Inoltre si è dovuto ammettere che non può affermarsi che la legge applicata al caso concreto possa fornire sempre e soltanto una decisione corretta, che l'esattezza giuridica di tale decisione trovi il suo fondamento nelle legge stessa, che l'organo dell'interpretazione ponga in azione solo il suo intelletto e non la sua volontà. In realtà si è venuti sempre più comprendendo che la norma non ha un suo certo ed obiettivo significato, in quanto si avvale, per esprimersi, di un linguaggio che, essendo creazione artificiale dell'uomo, è per lo più vago, ambiguo, in qualche misura polivalente; che la norma non è qualcosa di statico, strettamente legato alla volontà del legislatore che l'ha creata, ma è qualcosa di vivo: una volta emanata, essa continua a camminare nel mondo e ad adeguarsi alle nuove realtà che si profilano e che chiedono di essere egualmente disciplinate da essa; che la norma, per la sua astrattezza e genericità, lascia necessariamente un largo spazio all'interprete, il quale deve colmare lacune, deve sviluppare il principio generale in tutte le sue necessarie implicazioni, deve dare un contenuto ad espressioni necessariamente vaghe. Appare evidente che il giudice non può ridursi a mero lettore del testo normativo, ma dev'essere anche l'esperto della vita sociale e deve saper cogliere in essa i valori che qualificano la norma; deve realizzare l'equilibrio tra durata ed evoluzione che costituisce il *proprium* del diritto; deve sentirsi impegnato a *dicere Jus*, a cercare cioè di dare, se appena possibile, alla norma da interpretare quel significato e quella portata che si presenta come più aderente ai valori che emergono dalla vigente realtà umana e sociale. Il giurista non è né può essere il custode di un ordine cristallizzato; egli deve essere partecipe del processo costruttivo di una società umana che attraverso la legge – la quale vive una vita sua propria, autonoma da quella che intendeva darle il legislatore che un giorno l'ha emanata – tende costantemente ad evolversi<sup>3</sup>.

Il fenomeno non è soltanto italiano, perché il giudice creatore del diritto si ritrova, ed in misura ancora maggiore, nei Paesi di *common law*. Sennonché, in quegli ordinamenti sussistono dei contrappesi che da noi mancano del tutto, quali la vincolatività del precedente e la responsabilità politica del giudicante.

Qualche anno dopo, rispetto alla Relazione del CSM, Alessandro Pizzorno, sociologo e politologo di fama internazionale, professore nell'Università di Milano, annotava: "Quella italiana è una magistratura particolare, per il grado di libertà di cui gode dal potere politico, per la sua storia di recente emancipazione da concezioni burocratiche e gerarchiche del suo ruolo, e per gli effetti di una socializzazione almeno parzialmente movimentista"<sup>4</sup>. Citava, a conferma, un mio scritto di quei tempi: La magistratura diventa "il supremo regolatore di un grande conflitto (...), le si assegna un compito predeterminato, quello di risolvere un problema sociale, e non di decidere soltanto in ordine al problema specifico del singolo processo, a carico della singola persona, per singoli fatti (...) è indubbio che ogni volta in cui attribuisce a se stesso una missione il magistrato si allontana sempre più dall'essere il mero interprete della legge per diventare l'amministratore di una complessa realtà sociale: distribuisce i premi e le punizioni, da sicurezza alla collettività, conferma l'ordine esistente o, viceversa, propone un nuovo ordine economico o politico"<sup>5</sup>. "Questo è accaduto in Italia"<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> *Realtà sociale e amministrazione della giustizia, Relazione annuale sullo stato della giustizia, SCM, 1970, 154.*

<sup>4</sup> PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, 1998, 94.

<sup>5</sup> PECORELLA, *La difesa negata*, in *Il governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cura di Bruti Liberati, Ceretti, Giansanti, 1996, 125.

<sup>6</sup> PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, cit. *supra* nota 29, 5.

## 2. Si può salvare la imparzialità del giudice.

Un forte richiamo ai giudici della portata degli effetti delle loro decisioni, al di là degli aspetti più strettamente giuridici, e nel senso di cui si è detto sin qui, è contenuto nella Relazione sull'Amministrazione della giustizia nell'anno 2007, letta dal Presidente della Cassazione, Vincenzo Carbone: "È necessario che ciascuno valuti non soltanto le ragioni del 'caso concreto', ma le conseguenze complessive dell'esercizio di tale potere-servizio; tenendo conto non solo di quelle dirette, endoprocessuali, sulle parti, ma anche di quelle che, inevitabilmente, si producono *erga omnes*, e che oggi assumono una rilevanza nuova e inconsueta". Tutto ciò è stato ben espresso con una sintesi, assai felice, da Pier Luigi Zanchetta, magistrato dal 1981: "La norma non ha un significato; è un significato, il prodotto della interpretazione di un giudice"<sup>7</sup>. La Corte Costituzionale, poi, ha dato una veste istituzionale alla creazione del diritto come prerogativa del giudice, introducendo la categoria del diritto vivente, e cioè di quella norma che nasce dalla giurisprudenza, e che costituisce il modello a cui riferirsi per i giudizi di costituzionalità (v., tra le molte, la sentenza n. 201 del 15.10.2015).

Tutto ciò dimostra che l'autonomia del giudice, nella interpretazione, e soprattutto il riferimento a valori, o interessi, extralegali fanno sì che, ove sussistano influenze esterne, l'imparzialità del giudice può affievolirsi, o piegarsi davanti ad aspettative di carattere personale, o politico.

Ancora una volta è doveroso ripetere che ciò potrebbe accadere, ma non vi è alcuna prova che accadrà: tuttavia, i diritti, vanno tutelati prima della loro violazione, e dal rischio, anche soltanto eventuale, e persino remoto, che la violazione si verifichi.

La situazione della giustizia italiana, oggi, non sembra in grado di assicurare al cittadino un giusto processo, sotto il profilo della imparzialità del giudice, soprattutto se sono in gioco elevati interessi politici ed economici. Ciò è dovuto agli intrecci tra magistratura e politica, alle eventuali aspettative di incarichi extra-giudiziari, a cui aspirano molti magistrati, all'esistenza di correnti – contigue ai partiti – che, indirettamente, possono condizionare l'attività dei giudici, alla giurisprudenza che si ispira a scelte sostanzialistiche, accadendo che il magistrato legga le norme in base ai suoi valori di riferimento<sup>8</sup>.

Si può salvare la imparzialità del giudice? Probabilmente è ormai tramontato il mito ottocentesco del giudice "bocca della legge". Tuttavia il giudice, senza vincoli, diventa arbitro assoluto dell'identità, e dell'esistenza stessa dei cittadini.

Non solo. Manca, così, quella certezza che da stabilità alla vita sociale ed economica.. L'imprenditore conta sul futuro e, dunque, anche su aspettative di carattere giuridico, sia nei rapporti con le pubbliche istituzioni, che nei contratti privati<sup>9</sup>. Il costo di tutto ciò è molto alto. La soluzione non può che essere un mutamento radicale degli attuali assetti istituzionali tagliando ogni legame tra la politica e la giurisdizione.

<sup>7</sup> P. L. ZANCHETTA, *Legittimazione e consenso*, in *Giustizia. La parola ai magistrati*, a cura di Pepino, Bari, 2010, 95.

<sup>8</sup> V. G. INSOLERA, *I percorsi di una egemonia*, in *Anatomia del potere giudiziario*, a cura di Guarnieri, Insolera, Zilletti, 2016, 88: "È il potere giudiziario che direttamente fa politica mettendo in campo un formidabile armamentario di strumenti invasivi e coercitivi delle libertà individuali".

<sup>9</sup> V., in tema, *Calcolabilità giuridica*, a cura di Carleo, Bologna, 2017.

