



Cosa significa discrezionalità del giudice?

Autore : Redazione

Data: 27/09/2018

Cosa hanno in comune l'assegno di mantenimento e il Jobs Act? Il paradosso di un giudice che può decidere come vuole, in barba all'uguaglianza.

Chi ha letto il nostro articolo [Chi ha il potere in Italia](#) ha certamente chiaro il ruolo che la magistratura, nel nostro Paese, riveste nel prendere le decisioni legislative più importanti. Sotto la scusa dell'interpretazione, le norme vengono rielaborate, riscritte,



a volte create dal nulla. Facile comprendere quindi la riluttanza di ogni giudice nell'applicare meccanicamente regole predefinite dal legislatore, al pari di qualsiasi altro dipendente pubblico; lo priveresti di un potere - lui però la chiama "**discrezionalità**" - vista come una garanzia di indipendenza e terzietà, ma che tanto è maggiore tanto più crea incertezza e disparità nel diritto. Ecco perché, sia che si parli di **tabelle del danno biologico** che della quantificazione dell'assegno di mantenimento, i tribunali hanno il voltastomaco ad adattarsi a criteri inderogabili e uguali per tutti. La personalizzazione della decisione alla specifica fattispecie dovrebbe essere una garanzia di un adeguato vaglio del caso concreto, ma sappiamo tutti che ciò finisce per essere l'alea, l'incertezza, di ogni causa. Tuttavia, a torto o ragione, il diritto è tale solo se ha delle regole prevedibili. Altrimenti è come tirare a sorte. Se vuoi sapere **cosa significa discrezionalità del giudice** ti posso fare due esempi che ti lasceranno comprendere quali poteri ha un magistrato.

L'assegno di mantenimento e la discrezionalità del giudice

In questo senso vanno le due principali decisioni degli ultimi tre mesi, la prima della Cassazione in tema di assegno divorzile, la seconda della Corte Costituzionale che ha dichiarato illegittimo il cuore del Jobs Act. Cerchiamo di capirci meglio.

Con una sentenza del maggio 2017 **[1]**, la Cassazione aveva detto che l'assegno di mantenimento all'ex coniuge serve solo a garantirgli l'**autosufficienza economica**, lo stretto necessario per vivere. Pronuncia questa che il tribunale di Milano **[2]** ha attuato stabilendo che il minimo vitale è di mille euro al mese (tale è la soglia di povertà sotto la quale si ha diritto al gratuito patrocinio). Una decisione del genere apriva le porte alla possibilità di predeterminare, per ogni italiano, un ipotetico mantenimento sulla base di un criterio fisso e uguale per tutti. Sarebbe intervenuto il legislatore o qualche tribunale a fissare di certo delle tabelle per evitare arbitri e sperequazioni. Ed allora ecco che sono intervenute le Sezioni Unite **[3]** a ridare ai giudici la loro discrezionalità: bisogna comunque tenere conto - hanno detto la scorsa estate - del contributo dato dall'ex coniuge alla ricchezza familiare. Il che vuol dire tutto e niente perché, se anche in linea teorica è giusto accordare a colei che ha sacrificato la propria carriera per fare la casalinga una "buonuscita", è anche vero che questo elemento fa saltare ogni possibile calcolo del mantenimento. Insomma, tutto da capo: ritorna l'incertezza quando moglie e marito decidono di divorziare, con buona pace di chi abita in Lombardia e chi in Calabria.

Il risarcimento per il licenziamento illegittimo e la



discrezionalità del giudice

Ieri la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo il criterio di quantificazione del **risarcimento del danno**, fissato dal Jobs Act, in caso di **licenziamento illegittimo**, criterio che ancora l'indennizzo da 6 a 36 mensilità. Ne abbiamo parlato in questo articolo [Jobs Act bocciato dalla Corte Costituzionale](#). In pratica, secondo la Corte, è discriminatorio quantificare il risarcimento sulla base dell'anzianità di servizio, così come è ora. Bisogna considerare altre variabili. Quali? Questo ovviamente i giudici non lo dicono e si guarderanno bene dal farlo perché proprio così si salvaguarda la loro «discrezionalità», il potere di rendere ogni caso incerto.

Al posto del risarcimento predefinito, sembra affacciarsi un criterio flessibile: il giudice dovrà decidere, caso per caso, l'entità del risarcimento al lavoratore ingiustamente licenziato.

Quindi se l'imprenditore prima poteva sapere quanto gli sarebbe costato un licenziamento errato, oggi ritorna sotto l'incertezza: «dipende da quale giudice incontri e da come la pensa», gli dirà l'avvocato. Senza parametri certi si rischia di creare disuguaglianze. E la disuguaglianza è sempre stata purtroppo la ragione per cui i nostri tribunali non vengono ben visti neanche dagli stranieri.

Spese processuali e danno biologico: quanta discrezionalità al giudice!

Questo criterio "elastico" è simile a quello che deve seguire il giudice nella condanna al pagamento delle **spese processuali**. Ma quale ragionevolezza e uguaglianza ci può essere in un sistema normativo che consente una disparità di trattamento tra situazioni uguali? E gli esempi potrebbero moltiplicarsi: ad esempio anche nel caso di incidenti stradali le tabelle del danno biologico possono subire una "personalizzazione". Lo dice ancora la Cassazione in questi giorni: in tema di risarcimento del danno, gli Ermellini ricordano che il giudice, anche laddove si avvalga delle tabelle, deve procedere ad adeguata personalizzazione del danno biologico **[4]**.

A prescindere dalle tabelle di **liquidazione del danno biologico**, la parte lesa ha il diritto di esigere una valutazione equitativa e personalizzata del danno sofferto. La giurisprudenza ha infatti confermato che il giudice, anche laddove si avvalga delle tabelle, deve procedere ad adeguata personalizzazione del danno biologico. I giudici del merito hanno dunque erroneamente applicato retroattivamente un regime legale fondato su automatismi limitativi del risarcimento, omettendo completamente una valutazione equitativa del danno in riferimento alla persona. Per questi motivi, la Corte



accoglie il ricorso e rinvia alla Corte d'Appello di Messina in diversa composizione.

Cos'è la discrezionalità del giudice?

Ora dovresti aver chiaro **cosa significa discrezionalità del giudice**: la gente comune lo chiama “potere” di decidere come vuole; lui, il magistrato, la chiamerà invece “capacità di valutare ogni singolo aspetto del caso concreto”. La discrezionalità è quindi la libertà di movimento tra “un minimo e un massimo” fissati - questi sì - dalla legge. Ma è chiaro che se la legge viene a sua volta interpretata dai giudici, questo limite è liberamente modificabile in base all'arbitrio del singolo.

Note:

[1] Cass. sent. n. 11504/17 del 10.05.2017.

[2] Trib. Milano, ord. del 22.05.2017.

[2] Cass. sent. n. 18287/2018 dell'11.07.2018.

[4] Cass. ord. n. 22820/18 del 26.09.2018.