



Crisi della motivazione e controllo democratico della giurisdizione (*)

Massimo Nobili

1. Il progetto dell'odierno convegno è dichiarato, in linea con varie iniziative del periodo: rilanciare la professionalità e la qualità della funzione giudiziaria. Dal canto suo, il tema specifico della motivazione crea prospettive privilegiate, non foss'altro perché porta allo scoperto il nodo nevralgico dei controlli: sia quelli interni (al processo), sia quelli esterni (della collettività). E' l'impostazione che, dritta dritta, scende dal modello dell'illuminismo. Da Filangieri a Marco Ramat. Dal 1780 al 1962 ed, ora, al 1996. Da Filangieri che scolpì la motivazione quale antidoto "contro l'arbitrio de' magistrati" e come discorso reso per "dar ragione al pubblico". A Ramat -saltiamo così ai nuovi corsi - che scrisse parole identiche a quelle del programma per l'incontro odierno: "controllo democratico sull'esercizio del potere giurisdizionale". Così registriamo ricorrenze emblematiche, ma con tanti ripensamenti che si dovrebbero appuntare almeno su questi travagliati ultimi trent'anni, ossia su quanto ci lega e su quanto ci ha separato dal "garantismo" di quegli anni "sessanta" di Marco Ramat.

Dunque, questa è l'idea: la motivazione quale specchio che riflette il prodotto giudiziario; discorso giustificativo dell'opera, che consente di misurarla in termini di qualità e quantità. A sua volta, la motivazione -essa medesima- come prodotto in crisi, sul piano della professionalità, ma anche nel profondo del suo ruolo: una crisi di identità -va detto subito- che è l'effetto di parecchie altre, tanto che l'osservazione correrebbe tutta storta e col paraocchi, se non andassimo a stanarle, quelle ulteriori. Esse presentano, infatti, radici storiche tanto precise e profonde, da rendere difficilmente modificabili -in tempi ragionevoli- patologie, assetti odierni, distorsioni che pur vengono ora apertamente denunciate dalla stessa magistratura. Sono cause forti che, nientemeno, portano il nome -tanto per evocarne due- di crisi della sanzione penale e di governo

(*) Trascrizione dell'intervento svolto al convegno - organizzato dall'A.N.M. e dall'A.D.M.I. - su "Reclutamento e formazione professionale dei magistrati"; Firenze 28 settembre 1996.



o interferenza dei c.d. media. Cercherò, fra breve, di essere più esplicito sulle connessioni.

Riflettiamo ora che da sempre, in tutti i sistemi, il processo -per sua stessa natura, per necessità gnoseologica, prima ancora che etica- è un iter verso un momento finale: un risultato, contemporaneamente atto di conoscenza (nel senso pure di far conoscere) e d'imperium: effetti sull'individuo e sulla collettività. Questa è innanzitutto una regola logica, per una ragione specifica, semplice, indiscutibile, seppure inquietante: l'accertamento (finale) esce diverso (bianco o nero; assoluzione o ergastolo, per essere espliciti), a seconda di quell'iter e dei modi di quell'accertamento, che possono essere (ed oggi sono) "percorsi interni" ma anche "esterni" al processo.

Proprio perché questi concetti ci serviranno anche nel dibattito odierno, si collocherebbe qui la domanda primordiale, la chiave di volta, il banco di prova che può dividerci: interni a che cosa? Esiste davvero, e in che senso, e perché, questo "qualcosa", questa entità che postuliamo come discrimine tra un "essere interno" e un "essere esterno"? Quasi senza che ce ne fossimo accorti, il tema della motivazione rimette sul tappeto e in dubbio addirittura la categoria denominata processo penale. Anche su questo collegamento dovremo ritornare.

Per restare ora alla linea maestra, secolare, che stavamo richiamando, dovrebbe essere il momento finale dell'iter, quello del conoscere e del far conoscere. Nel "buon processo" -proviamo a definirlo così- è il giudice che "parla", alla fine. Scriveva Amodio (in quel testo del 1967 che rimase inedito, per poi filtrare nell'Enciclopedia del diritto -1977- e che, assieme agli studi di Taruffo segna il culmine scientifico di tale periodo sul nostro tema): la motivazione della sentenza è l'atto in cui "il giudice comunica". Vent'anni dopo, sentiamo la necessità di precisare -ahinoi- sul piano del dover essere: solo il giudice, solo in quel momento; solo dall'interno del processo.

Ai nostri giorni infatti, e non casualmente, registriamo assetti ben diversi: il discorso giustificativo (è questo il carattere essenziale dell'istituto, come "redde rationem") batte altri percorsi, in una sorta di formazione estroflessa e anticipata dell'attività conoscitiva e, per l'appunto, dei discorsi giustificativi. Siamo arrivati al punto -paradosso nel paradosso- che quasi sentiremmo il bisogno di veder motivate, piuttosto che le sentenze, le "iscrizioni a modello 21", o le informazioni di garanzia. Con ciò -sia pure a livello di boutade- sarebbe già detto quasi tutto: il prodotto, la macchina stessa ha spostato i propri luoghi.

Stia lì l'altra metà della crisi, ancor più profonda di quella che la magistratura va oggi tardivamente diagnosticando in termini di degrado, di caduta della professionalità nei provvedimenti e nella loro motivazione. Si consenta di ripe-



terlo, perché -in fondo- è forse questo il nucleo principale della riflessione: finché resterà un sistema penale complessivo che -non a caso, non a capriccio, non solo per protagonismi individuali, che pure sono assai marcati e, spesso, del tutto abnormi - interviene nel sociale e per molti versi, va detto, deve intervenire nel sociale, piuttosto con gli atti del procedimento e del pubblico ministero, che con il giudizio, perché il regime delle pene è in piena crisi; finché avremo una situazione complessiva in cui la magistratura ha bisogno o sente il bisogno -per "legittimarsi" (è questa la parola ripetuta)- di comunicare fuori dalle sedi e dai momenti deputati, e di "far parlare" -subito- indagini preliminari e pubblici ministeri, sarà ben difficile restituire all'accertamento, alla motivazione della sentenza il ruolo dovuto, anche come parametro su cui poi misurare davvero l'output e valutarlo in termini di professionalità, di capacità, di rendimento. L'apparato sta partorendo altro e altrimenti.

2. Cercherei ora d'inserir meglio rilievi del genere nel disegno di questo, come di altri dibattiti promossi dai magistrati italiani in questo periodo. Arrivano segnali notevoli; autocritiche a volte dure e persino impietose; bisogno di "rimeditazioni non sempre indolori". Da tempo non sentivamo più parole e discorsi del genere: si rileggano, ad esempio significativo, quelli svolti proprio dall'Associazione Nazionale Magistrati nei recenti congressi di Taormina e di Abano Terme.

Anche per quel che direttamente interessa in questa sede, la denuncia è vistosa: occorre riqualificarlo, quel prodotto, perché i valori concatenati dell'indipendenza interna; del potere giudiziario come "potere diffuso" in ciascun componente e della "insindacabilità esterna" spesso sono stati trasformati in alibi, lassismo, se non privilegio. Un magistrato dalle parole autorevoli e meditate scrisse pochi mesi or sono: "dagli anni sessanta, l'ordinamento giudiziario si è andato evolvendo" -autogoverno e indipendenza, per l'appunto- "ma sotto <tali> etichette sono state contrabbandate anche altre cose" (G. LATIANZI, in "Il Sole - 24 ore", 4.6.1996). E le diagnosi non van meglio, quando si fanno più specifiche e cadono -come nel ricordato convegno di Abano Terme- sulla qualità dei provvedimenti e dalla motivazione: "crescente deficit dei risultati", "assenza di significativi controlli", "impreparazione", "neghittosità", "sciatteria".

Da ciò il progetto di cercar metodi, affinché -si dice- la magistratura valuti da sé la propria opera: "controlli sul prodotto", ossia "esame delle sentenze" assunto come "criterio della rilevazione". Questa è, dunque, la proposta, vecchia e nuova al tempo stesso: l'esame delle sentenze all'interno dell'autogoverno e -



ricollegandoci anche al tema specifico di questo intervento- l'idea suggestiva, elegante nel suo ripetuto andamento a circolo: mentre la sentenza controlla la società, questa controlla -nella motivazione- come fu esercitato il potere.

Prima di proseguire su questo punto nodale, sarebbe stata necessaria qualche digressione che -per i limiti del presente intervento- proprio non si riesce a svolgere. Ci sarebbero, ad esempio, importanti profili tecnici, "di bottega": quali, i diversi problemi del motivare i giudizi collegiali, rispetto a quelli monocratici? E quali peculiarità si registrano per le corti miste (con componente c.d. laica)? Quali i sussidi e i rischi di massimari elettronici o di schemi prefatti? Sintassi 'alla Cicerone', o brevi scansioni numerate? E come e dove imparare l'artigianato? Quali le colpe delle facoltà di giurisprudenza? Esse sono oggi troppo disattente al ragionar giuridico scritto: una tecnica speciale, con sue regole che si possono e debbono insegnare. Un tempo si contava sulla compensazione, importante, della dissertazione di laurea. Ma essa purtroppo è stata svilita, quasi fosse un ramo secco.

Ulteriori finestre converrebbe poi aprire in tutt'altra direzione (pur trascurando il settore civile che presenta, a sua volta, marcate peculiarità distintive): per ricordare i ruoli giudiziari che, per solito, non si estrinsecano in atti motivati, eppur da valutare anch'essi -eccome- sul piano della professionalità: procuratore capo; procuratore generale etc.. E per ricordare, a parte, il tema -doppiamente spinoso- delle misure cautelari: questioni scottanti riguardano non solo il loro uso, ma pure la motivazione. Qui le riflessioni cadrebbero - in nuovi contesti- sulla vecchia obiezione puntata sulle scollature fra giustificazioni cartacee e reali ragioni del dictum; fra ciò che si scrive e ciò che può rimanere inespresso in quel tipo di provvedimenti, nascosto dietro le quinte, sui reali fini perseguiti.

Nella prospettiva specifica odierna (verifica sulle capacità del magistrato), varrebbe poi la pena di allargare la categoria della motivazione, per rinvenirla in ogni discorso giustificativo scritto su una funzione, compresi -a fianco dei provvedimenti- anche atti o domande accompagnate -per legge o per prassi- appunto da un discorso giustificativo. Esemplicando alla rinfusa: richieste di archiviazione (art. 408 c.p.p.); denunce di conflitto (art. 30/2 c.p.p.); atti contrari ai c.d. riti negoziali (art. 446/6, nonché -dopo gli interventi della Corte costituzionale- art. 438 c.p.p.) etc.. Per il c.d. "gip": autorizzazioni o dinieghi ex art. 267 c.p.p.; decisioni su richieste d'incidente probatorio (art. 398 c.p.p.) etc..

Ma su tale ruolo, ossia su tale "garante" della fase preliminare (così era stato detto), servirebbero ben altre riflessioni. Segnalerei, almeno, il problema del rinvio a dibattimento: quante "neghittosità", impreparazioni, quanta igno-



ranza delle indagini possono restare occultate per l'incongrua disciplina oggi in vigore? Essa consente moduli elettronici e una sola pigra firma per decretare - senza motivazione- il dibattimento. Solo la sentenza ex art. 425 c.p.p. rende visibile il reale grado di preparazione del giudice tanto sugli atti del fascicolo, quanto sulle fattispecie incriminatrici e -in una parola- può palesare ciò che caratterizza un buon giudice.

Saltando ora a settori diversi dai "discorsi giustificativi", non si dovrebbero trascurare parametri altrettanto importanti per misurare il mestiere. Ad esempio, è addirittura un'arte -in termini di capacità, onestà intellettuale, sapienza, e persino previsione di possibili sviluppi processuali- quella del saper condurre una verbalizzazione, poniamo ex artt. 420/5, 422, 401 c.p.p.. Si consideri poi -per proseguire a citare, non a caso, anche atti del pubblico ministero- l'alta capacità che comporta l'"infilzar giusto" il capo d'accusa. Quanti processi rotolano male, o con spreco di energie, o con gravi sacrifici delle garanzie difensive (correlazione accusa-sentenza), a causa di indagini e di imputazioni dalla sintassi annaspante sui gerundi del "dissimulando", o dell'"inducendo in errore", o del dolo specifico ex art. 323 c.p.? Quante volte non solo la difesa, ma anche il giudice e addirittura lo stesso "collega di turno" (rispetto all'autore del capo d'accusa) faticano a comprendere come e perché si giunse a quella formulazione?

3. Ci sarebbe anche tutto questo e molt'altro ancora, per rilevare professionalità, impegno. Ma non v'è dubbio: soprattutto quando parliamo di "controllo democratico", il clou del discorso resta sulla motivazione della sentenza. E si comprende: perché manteniamo ancora forte dentro di noi l'assioma che identificherebbe nella sentenza e nella sua motivazione, il vero prodotto della funzione giudiziaria.

Registriamo, anzi, una coincidenza fra l'idea presupposta da questo convegno e ripetute teorizzazioni. Nell'autorevole "Commentario Branca" della Costituzione (sub art.111) leggiamo ancora che la motivazione della sentenza integra la "chiave di volta di tutta la costruzione". Luigi Ferrajoli la qualifica come parametro dell'intera funzione (*Diritto e ragione*, 1989, p. 641), mentre ritroviamo quel suo carattere assorbente -per dir così- del complessivo sistema giudiziario penale, in chi sottolinea "l'arco di tutte le attività che -nell'iter processuale- mettono capo all'esposizione dei motivi della sentenza" (AMODIO, nella già ricordata "voce" dell'Enciclopedia del diritto), compresa -perché no?- l'attività del pubblico ministero, che, per l'appunto, dovrebbe vivere solamente in vista del suo 'confluire' in quell'esito finale. Ancora una volta: è questa l'idea



della sentenza motivata, come vero momento in cui l'intero apparato si estrinseca e giustifica se stesso.

Sennonché -e così ci ricongiungiamo ai rilievi di prima- quell'idea portante si è trasformata, appannata, stravolta. Sembrano persi almeno due cardini: che il prodotto del sistema penale - i suoi effetti sulla parte, sui terzi, sul sociale - collochi ancora, oggi, in quel punto finale; che l'opera, il discorso giustificativo sia un atto della sola magistratura. Sono anche i mezzi d'informazione che complessivamente tendono a gestire la funzione e -va detto- l'accertamento. Si danno -insomma- altre componenti e, quanto meno, un fattore: i c.d. "media" (categoria alla quale corrispondono -è bene non dimenticarlo- centri di potere) mentre il concetto di "collettività" si è a sua volta trasformato. Occorre, anzi individuarla con attenzione, questa insidia per la funzione giudiziaria, che è lì, prossima. Le comunicazioni sociali possono aver servito e servirono quella funzione. Ma possono anche sovrastarla. E nello 'spazio mediatico' (così dicono), le categorie denominate, un tempo, "collettività", "consenso", "legittimazione" e simili, non indicano più entità autonome, vergini. Sono create esse stesse.

E' dunque su queste vie che incontriamo le motivazioni anticipate, non ufficiali, i ponti levatoi tra indagini e società: alzati o abbassati, ora sì, ora no, ora in un momento, ora in altro; ora in una direzione, ora in un'altra; il gioco delle "delegittimazioni" -per conservare la terminologia in voga- o delle "legittimazioni", relative ad atti, contenuti e persino a interpretazioni delle fattispecie incriminatrici. Come sperare che -in simile congerie di "discorsi giustificativi" e "falsificativi" extra ordinem- la tardiva motivazione, quella "ufficiale" -che i processualisti s'impegnano a disegnare ex art. 546, o 192, o 292 c.p.p.- riesca ancora a respirare? E' straniata, oscurata, talvolta eclissata dalle consorelle atipiche. E come supporre che anche al giudice dibattimentale non costi fatica immensa cercare di restare immune da tutto ciò? Agli istituti tradizionali non è estranea l'idea di protezioni del processo verso l'esterno (si. pensi alla rimessione), ma sarebbe ridicolo riferirsi ad essi per i fenomeni ben più ampi che andiamo richiamando. Dal canto loro, altre norme (artt. 329 e 114 c.p.p.) non solo non caso uscirono, nel 1988, fra le più maldestre, inconcludenti, ipocrite dell'intero sistema. Ma soprattutto, i fenomeni reali sono pressoché incommensurabili rispetto a tali "vecchie protezioni" del processo.

V'è di più, perché la motivazione finisce per entrare -lei medesima- in quei nuovi circuiti. Molte volte non ne sappiamo nulla, o ritroviamo -al più- qualche smilzo trafiletto, a fronte dei caratteri cubitali, nelle prime pagine degli anni anteriori, al momento dell'informazione di garanzia e simili. Comunque, quando se ne parla - la motivazione viene reimpressa in ulteriori trafile di "dele-



gittimazioni" o "legittimazioni". Questa, a fianco delle cadute di professionalità, è l'altra metà dello scenario, l'altra metà delle cause di vistosi degradi e dell'accennata crisi di identità.

4. In un itinerario-meno frettoloso si potrebbero collocare qui altre digressioni su alcune linee storiche. Forse l'interesse consisterebbe soprattutto nel rivisitare la garanzia della motivazione (con la distinzione tra 'quaestio facti' e 'quaestio juris') nei suoi ricorrenti, problematici rapporti col principio di legalità e con le vecchie concezioni in termini di "giudice - servus legis". Questo sarebbe l'interrogativo: dipendenza; convivenza; vita autonoma delle due categorie, ossia della motivazione come garanzia, rispetto alle impostazioni in termini di "giudice servus legis"? Mentre non è possibile sviluppare ora esplorazioni del genere, almeno una parola è proprio indispensabile -invece- sulla connessione col tema delle prove.

Tramontati i dogmi sul conoscere giudiziale e sul decidere come dimostrazione "more geometrico perfecta", le posizioni sono innegabilmente variegata. Eppure, in qualsiasi settore della ricerca (storia, epistemologia, diritto processuale) ritroviamo oggi una diagnosi che si registra pressoché ad apertura di pagina: la prova non coincide mai con una mera trasposizione o apprensione di dati, quantomeno perché l'esito dipende dal contesto in cui essa si svolge (G. UBERTIS, *La conoscenza del fatto*, 1992, p.1) e l'indagine "non consiste nel passivo riconoscere una <...> realtà esterna, oggettiva, ma nell'attivo operare assiologicamente orientato" (ivi, p. 37). Così, la verità giudiziale è una "verità costruita" (B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, 1996, p.87, 89), ed anche un autore che poco indulge a queste linee, non manca di descrivere il fenomeno giudiziale in termini di un discorso giustificativo e di un sapere "condizionato dalle circostanze ambientali" (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 27).

Intonazioni coincidenti si rinvergono poi al più specifico proposito del motivare: non dimostrazione, ma solo procedura argomentativa idonea ad ottenere consenso (P. COMANDUCCI, in *Ubertis*, cit., p. 224, nonché -a livello di ottime sintesi- A. GIULIANI, voce "Prova", 1988, e voce "Logica -Teoria dell'argomentazione", 1975, in *Enciclopedia del Diritto*). Il metodo è quello "dell'accettabile" (F. M. JACOVIELLO, nell'intervenire, a più riprese, sulla più recente giurisprudenza di legittimità; in *Cass. pen.* 1992, p. 2167; 1993, p. 852, 854; 1993, p. 2338; 1994, p. 1243; 1995, p. 145), mentre nei commentari ultimi ci si spinge anche oltre: la motivazione come "discorso rivolto <...> alla globalità dei cittadini, per convincerli della adeguatezza e dell'opportunità della soluzione adottata" (AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di dir. proc. pen. - Atti del procedimento*, 1996,



p. 61, nonché 35, 45, 47).

Il giudice deve pur sempre scegliere -d'accordo- ma quella parola fa davvero paura: che il fatto sussista, che l'imputato lo abbia commesso, andrebbe affermato in base all'"opportunità". Proviamo ad accantonarla; a supporre che i criteri decisori e giustificativi non vadano a parare là. Restano comunque altre rilevazioni: la verità giudiziale come qualcosa che pur sempre si costituisce; come qualcosa che esce diverso, in rapporto al variare dei contesti di motivazione.

Congiungiamo ora queste conclusioni -anche se spurgate da qualche eccezione- a rilievi precedenti e al cenno anteriore sui "discorsi giustificativi esterni". Ci rendiamo conto della identità o contiguità di fenomeni, prendendo ad esempio la c.d. "de-legittimazione": quella -per ricordare un episodio di spicco- che condusse due anni or sono a un messaggio notturno, "a reti unificate", del Presidente della Repubblica, su certe recenti prove (dichiarazioni di imputati) riportate dai quotidiani. Potremmo proseguire -ma non occorre- con dibattiti e conferenze stampa, "in contemporanea", su quanto un collaboratore andava dettando in verbali. Per restare a quegli episodi di "delegittimazione esterna" della prova: essi assomigliano molto a ciò che studiosi di epistemologia giudiziaria denominano: metodo, "funzione falsificativa" dell'ipotesi accusatoria (M. JACOVIELLO, cit., 1992, p. 2168; 1994, p. 1248; AA.VV., *Giurisprudenza sistematica*, cit., p.61). Comunque -sempre per restare a rilievi minimi- corrono fra i cordoni ombelicali fra la prova giudiziale e quella che talvolta viene denominata -con espressione davvero esatta ma terribile- "prova sociale" del crimine; la motivazione ex art. 546 c.p.p. e le comunicazioni giustificative "esterne" anticipate.

Tre flash per terminare ormai, pur tuttavia senza vere e proprie conclusioni: la voce di un giurista; quella di un giornalista; quella di un semiologo. Su questa c.d. "legittimazione esterna" degli atti del pubblico ministero, parla un professorialista fra i nostri più stimati e prudenti: "diventa sempre più inaccettabile la prassi delle <...> certezze manifestate o fatte trapelare tramite giornalisti <...> dagli inquirenti, su aspetti delicatissimi dei procedimenti" (M. CHIAVARIO, in *Sole-24 Ore*, 29.8.1996).

Sul degrado complessivo di garanzie individuali, un giornalista contemporaneo: "Fermi tutti! La situazione è disastrosa <...>, indegna di un paese libero e civile <...>, da terzo mondo"; il rapporto fra atti giudiziari e collettività è ormai "un gioco al massacro <che> calpesta i diritti" (P. OTTONE, in *"La Repubblica"*, 6.9.1996). Riaffiorano in noi - su questi collegamenti fra magistratura e 'media - immagini significative immagini letterarie, dalla allegoria di Dukas; alla ballata



Goethe; al *Philopseudés* dei Dialoghi di Luciano: "férmati, férmati: dei tuoi doni la misura abbiám colma"; "ma quello non volle obbedirmi e continuò".

Va forse ancor più in fondo lo studioso di scienza delle comunicazioni. Il conoscere giudiziale ha sempre una sua dimensione sociale. Ma oggi, immesso che sia nel c.d. "circuito mediatico", esso determina fenomeni nuovi, peculiari: "quando si mette a parla<re> la stampa, la televisione, <quando dei c.d. pentiti> discutono <gli> intervistati, <...> a poco a poco quelle cose sono già 'vere', verificate, ovvero '*rese vere*' presso la collettività" (U. Eco, in "La Repubblica", 6.9.1996) e poi per molte vie -soggiungerei- anche nel processo. Limitiamoci a una chiosa: è magra consolazione, anzi non consola affatto ed allarma, ricordare altri momenti storici nei quali i processi penali si celebrarono postulando consensi ed in base a verità probatorie affermate "*dal di fuori*": le magiche parole ("fuori", "dentro") ritornano e con esse -come cercavo di suggerire- l'attuale crisi delle categorie stesse denominate "processo", "procedura penale".

Insomma, da qualsiasi parte si sviluppino le analisi, esce un quadro di cause profonde, determinatesi nel volgere degli ultimi trent'anni, assai difficili da affrontare e una situazione che è arduo riequilibrare senza traumi, a tempi brevi, nonostante gli odierni ripensamenti. Occorrerà, forse, l'arco di un'altra generazione. Ma è certo: quelle cause indeboliscono e opprimono anche il ruolo -altrimenti centrale- della motivazione e della sentenza. Impediscono oggi di identificarle come il vero luogo in cui la funzione e il potere giudiziario si estrinsecano, si giustificano e in cui si possa realmente controllare ciò che in effetti l'intero apparato produce.