

LA MOTIVAZIONE DELLE SENTENZE TRA ANTICO E NUOVO REGIME: BREVI SPUNTI DI RIFLESSIONE^{1*}

Francesco Cammisa^{2**}

SOMMARIO: 1.- Il rapporto stretto tra diritto e storia; 2.- Il sovradimensionamento contemporaneo della giustizia; 3.- La motivazione delle sentenze nella prospettiva storica; 4.- La dimensione endoprocessuale dei motivi; 5.- Decisione e giustificazione; 6.- Dissenso e motivi espressi.

1.- Il rapporto stretto tra diritto e storia.

I processi, anche in quadri storici e politici differenti, non si esauriscono mai in sé stessi, con la decisione che investe le parti e dirime la controversia, ma assumono molteplici significati in grado di proiettarli ben oltre la dimensione prettamente giuridica. Da molto tempo gli atti giudiziari sono divenuti una fonte storiografica indispensabile per ricostruire i complessi assetti delle società di antico regime, l'impatto dei contrasti religiosi sulla vita quotidiana e le dinamiche patrimoniali e cetuali: la rappresentazione che se ne ricava guadagna in credibilità attraverso il riferimento dell'attività giudiziaria a istituzioni pubbliche vocate a registrare «con proclamata oggettività fatti e dichiarazioni»³. Non tener conto dell'ordito giurisprudenziale nella sua dimensione diacronica non solo priverebbe l'indagine dell'apporto prezioso e chiarificatore di un rilevante tassello interpretativo, ma non consentirebbe neppure di cogliere l'evoluzione e le specificità degli sviluppi costituzionali. L'intera storia inglese sarebbe incomprensibile senza alcuni celebri casi. Il “Bate’s case” discusso nella “Court of Exchequer” nel 1606, che respinse l’istanza del mercante della Compagnia di Levante di non pagare dazi aggiuntivi non accordati dal parlamento, testimonia il primo strappo della Corona al principio del “King in Parliament”, configurandosi come il fondamento legale della nuova politica aggressiva di Salisbury, indifferente ai condizionamenti della tradizione⁴. Il “Bonham’s case” del 1610 indica il tentativo di Coke di affermare la supremazia della “common law” sul parlamento per il suo corroborato perfezionamento sapienziale garantito dai “lawyers”, prima che il giurista scegliesse la strada dell'alleanza con i “Commons” per riportare la prerogativa regia nel consolidato quadro costituzionale⁵. Il “Darnel’s case” del 1627 riassume la persistenza della volontà regia di insistere nella violazione di due diritti fondamentali, l'arresto arbitrario e l'esazione fiscale non avallata dal parlamento, al pari dell’“Hampden’s case” del 1637-8, che confermava la violazione del regime misto e il proposito della monarchia di ristabilire gli equilibri costituzionali a proprio vantaggio, cui si oppongono le ragioni della difesa imprescindibile del ruolo dei “Commons”⁶.

^{1*} Questo scritto, che non ha affatto la pretesa di esser esaustivo su un problema oggetto d'innumerabili ricerche storiografiche, nasce da alcune suggestioni ispirate dal raffronto tra le vecchie prassi giudiziarie e la razionalizzazione codicistica sul tema della motivazione delle sentenze.

^{2**} Professore associato di Storia del diritto e della giustizia in Europa presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania Luigi Vanvitelli.

³ V. Zeno-Zencovich, *Appunti per una “storia giudiziaria contemporanea”*, in M. Brutti, A. Somma (cur.), *Diritto, storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main 2018, 575.

⁴ J. R. Tanner, *English Constitutional Conflicts of the Seventeenth Century 1603-1689*, Cambridge 1971, 42-3.

⁵ L. D’Avack, *Potere legislativo e potere giurisdizionale nel pensiero di sir Edward Coke*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1 (1975) 29-66.

⁶ S. Rawson Gardiner, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625-1660*, Oxford 1962, 109-24.

Ed anche in Francia, in un contesto diverso da quello inglese, che non vede la presenza di un organismo rappresentativo sul modello della Camera dei Comuni, il rilievo del momento giurisdizionale è indiscutibile per cogliere la dinamica istituzionale. I “robins” con gli “arrêts de reglement” elaborano decisioni che non si limitano a fare stato tra le parti, ma esprimono pure principi generali di diritto⁷, in linea con l’aspirazione a rappresentare il paese e ad opporsi al monarca con il *droit de remontrance* sulla base di un’autoinvestitura legittimata da lunghe prassi consolidate; *droit de remontrance* che dopo esser stato depotenziato da Luigi XIV del controllo preventivo, fino al punto di divenire una crisalide burocratica⁸, rivivrà nel secolo XVIII, a partire dal 1715 col duca d’Orléans, come nodo centrale degli scontri tra monarca e corti sovrane destinati a protrarsi fino allo scoppio della Rivoluzione⁹. E in questo panorama così conflittuale i processi diventano il segno delle asperità politiche e delle contrapposte visioni costituzionali della Corona e dei parlamentari; basti citare, tra i tanti esempi possibili, le “Grandes Remontrances sur le Refus de Sacrement” del 9 aprile 1753, che riaffermano la “gradation de pouvoirs intermédiaires” e dei *dépôts sacrés*, o le “Remontrances sur l’évocation du Procès Criminel de MM. De la Chalotais et Consorts” del 5-8 dicembre 1766 che richiamano con insistenza il veto delle “lois fondamentales”¹⁰.

Ma è soprattutto con la modernità, dopo l’esperienza codicistica, e almeno fino alla vigilia del secondo conflitto mondiale, che la fonte giurisprudenziale, esaminata in tutti i suoi dettagli, diventa specchio ancora più fedele della società, riconfermando in maniera ancora più forte rispetto al passato la propria indiscutibile centralità sul piano della ricostruzione storiografica generale. La contiguità al potere, il riferimento obbligato a parametri normativi predisposti *ex ante*, la fedeltà istituzionale alla comunità politica, il compito ontologicamente rimesso alla giurisdizione di garantire la difesa degli equilibri costituiti, sono elementi che nel loro insieme fanno sì che il *dicere ius* esprima attestazione «dello stato delle cose, mantenimento dell’ordine». La giurisdizione, finendo con l’ispirarsi alla scelta di proteggere il sistema, cristallizza l’ordinamento vigente, recependo le nuove istanze valoriali con molta prudenza, solo quando si siano affermate sino al punto d’imporre modifiche necessariamente opportune per la tenuta dell’*ordo iuris*. In tal modo il filtro della giurisprudenza esprimendo l’effettività degli equilibri del potere e degli obiettivi perseguiti e raggiunti aiuta lo storico ad afferrarli «anche a distanza di tempo, con notevole nitidezza». E sotto questo profilo sia la giurisprudenza civile, sia la giurisprudenza penale, in misura diversa, offrono un contributo ermeneutico davvero importante¹¹.

2.- Il sovradimensionamento contemporaneo della giustizia.

Una delle principali novità che segnala i sempre più ampi spazi di manovra conquistati dalla giurisprudenza nel periodo storico contemporaneo è l’uso pubblico della storia che passa in modo significativo attraverso momenti giudiziari, di cui il processo di Norimberga continua ad essere l’archetipo¹². La funzione catartica della giurisdizione salda il rapporto tra giustizia e società,

⁷ J. Ellul, *Storia delle istituzioni. L’età moderna e contemporanea: dal XVI al XIX secolo*, Milano 1976, 25.

⁸ P. Alatri, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del Settecento*, Bari 1977, 106.

⁹ F. Mazzanti Pepe, *Le aspirazioni del Parlamento di Parigi a una funzione sostitutiva degli Stati Generali (1715- 1771)*, in *Annali della Facoltà di Scienze politiche*, Università degli Studi di Genova, I (1973) 610.

¹⁰ U. Müßig, *Montesquieu’s mixed monarchy model and the indecisiveness of 19th century European Constitutionalism between monarchical and popular sovereignty*, in *Historia et ius* 3 (2013) 11-5.

¹¹ O. Abbamonte, *La politica invisibile. Corte di cassazione e magistratura durante il fascismo*, Milano 2003, 104-6.

¹² Zeno-Zencovich, cit. in nt. 1, 578. Churchill tra la fine della guerra e il biennio successivo cambiò più volte parere sul modo migliore per esercitare la giustizia nei confronti dei gerarchi nazisti. Il *memorandum* di Lord Simon prova che lo statista inglese si cullò nell’illusione di poter eliminare sommariamente gli esponenti del Terzo Reich, fino a quando fu costretto a piegarsi al progetto americano di un giudizio emesso da un tribunale internazionale, secondo i parametri della “United Nations War Crimes Commission”. L’obiettivo era non solo di porre le fondamenta di una nuova civiltà giuridica internazionale, attraverso nuove fattispecie come i crimini contro l’umanità, ma anche di far passare la condanna

spingendo quest'ultima, assecondata peraltro dalla vasta risonanza mediatica dell'attività giudiziaria, a chiedere alla giurisprudenza di certificare e riparare eventi storici mediante l'assegnazione impropria di una presunta e redimente oggettività storiografica¹³. È una tendenza che emerge soprattutto in campo penale, dove la giustizia, in modo particolare in Italia, ha preteso di svolgere una funzione moralizzatrice in vista di una sorta di palingenesi sociale, sorretta da un vastissimo consenso popolare. In quest'ottica il giudice, personificazione della giustizia, ha assunto la fisionomia di risolutore dei conflitti che attraversano il corpo sociale¹⁴, superando il vecchio scenario basato sul vincolo del dato normativo¹⁵. Sono state rilevate delle chiare assonanze tra il populismo politico e il populismo giudiziario. Il giudice, inteso come sacerdote della Dea Giustizia, afferma una sorta di leadership personale, chiamata a tutelare gli interessi della società contro i soprusi dei potenti, andando ben oltre la mediazione formale della legge¹⁶. Con il supporto del sensazionalismo privilegiato dai mezzi di informazione, quasi sempre favorevole all'accusa, si è venuto così a creare un «giustizialismo mediatico con venature populiste»¹⁷. L'intransigenza nei riguardi delle classi dirigenti espressa dai giudici, sostenuta da diffusi sentimenti di rivalsa e da bisogni irrazionali di vendetta, ha mutato il magistrato in un apostolo salvifico, in un tribuno del popolo investito di «funzioni politicamente tutorie» avvalorate da «un'ideologia di ruolo che ormai prescinde dal contingente quadro politico di riferimento»¹⁸.

Ma vi è di più. L'uso pubblico della storia ha finito col risolversi nel riconoscimento esplicito di una superiorità epistemologica della verifica giudiziaria del passato rispetto alla conoscenza storiografica articolata sul dibattito critico e sull'utilizzo problematico delle fonti. Lo storico che già prima era visto come elemento ancillare di un giudice *dominus* incontrastato della ricostruzione dei fatti del passato, si rivela incapace di offrire un quadro veritiero degli eventi in base all'assunto indimostrato di una verità che può essere messa in luce solo dal momento processuale, di una verità che coincide esclusivamente con l'accertamento giudiziario. C'è un'invasione di campo nell'ambito storiografico che esclude ogni possibilità di replica, forte di un profilo istituzionale che rende evanescente ogni

attraverso la ricostruzione storica delle responsabilità politiche del nazismo [M. Battini, *Prova, storia e retorica giudiziaria*, in *Contemporanea* 12.1 (gennaio 2009) 126-7]. In seguito, furono colti gli esiti negativi dell'uso distorto della lettura storica e delle conseguenti violazioni di indiscussi principi giuridici. Fu sottolineata l'illegittimità del Tribunale di Norimberga che aveva adottato norme *ex post facto* e *ad hominem*, non essendo i nuovi delitti previsti in alcuna codificazione legale (M. Rusconi, *Vendetta alleata o giusta punizione? La percezione dei processi di Norimberga negli scritti dei protagonisti*, in *Studi storici*, ott. – dic. 1997, anno 38, n. 4, *Pubblico e privato nella storia americana novecentesca*, 2009). Molti giuristi sostennero che le accuse previste nella Carta di Londra riguardavano fatti che nel periodo in cui erano accaduti non trovavano riscontro in una legge penale internazionale che li qualificasse come delitti, e, pertanto, vi era stata una violazione del principio di irretroattività a seguito di una condanna fondata su leggi create *post factum* [S. Sgroi, *Il principio di retroattività e il processo di Norimberga*, in *Diritto e questioni pubbliche* (2003) 313-9]. Il processo di Norimberga con i capi di imputazione “crimini contro la pace” e “guerra di aggressione” fu celebrato in aperta violazione del principio di irretroattività, sia sul piano precettistico sia della sanzione, facendo sorgere il sospetto più che fondato di mettere sotto silenzio i crimini perpetrati dagli stessi Alleati e da altri regimi politici [G. Caruso, *Simbolicità e legalità nel processo di Norimberga. Ancora a proposito della c.d. formula di Radbruch*, in *L'Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica teoria generale del diritto e dottrina dello Stato* (2016) 66-72]. E non a caso Baczkó pur cogliendo il merito della procedura seguita a Norimberga nella definizione dei crimini contro l'umanità, non mancò di rimarcare la colpa di aver limitato la responsabilità di tali crimini ai soli tedeschi, omettendo le responsabilità sovietiche a Katyn, quelle britanniche a Dresda e americane a Hiroshima (BATTINI, *Prova, storia e retorica*, cit. in questa nt., 133).

¹³ Zeno- Zencovich, cit. in nt. 1, 578-83.

¹⁴ C. E. Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?* in *Rivista italiana di diritto processuale penale* (1994) 1232.

¹⁵ D. Brunelli, *Il disastro populistico*, in *Criminalia* (2014) 273.

¹⁶ G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia* (2013) 96-111.

¹⁷ D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia* (2013) 136.

¹⁸ Fiandaca, *Populismo*, cit. in nt. 14, 115-7.

obiezione culturale. Lo scontro polemico tra lo storico Salvatore Lupo e il magistrato antimafia Franco Roberti in tal senso fu particolarmente indicativo. Il giudice con i «toni vibranti da censore allarmato», respinse la tesi di Lupo secondo cui non vi fu affatto l'apporto determinante della mafia allo sbarco dell'esercito americano in Sicilia nel luglio del 1943. Lo studioso, secondo Roberti, avrebbe avuto il torto di rinnegare in modo inammissibile una verità storica «inconfutabilmente messa nero su bianco da ripetute sentenze della magistratura italiana». E questa accusa di negazionismo storiografico fu replicata a Lupo con le stesse considerazioni dal pubblico ministero antimafia Nino Di Matteo nel libro intervista *Il fatto sporco*, scritto insieme al giornalista Saverio Lodato. Questo atteggiamento lasciava indovinare la volontà dei magistrati di dare lezioni di storia agli storici di mestiere sul presupposto che le indagini giudiziarie e i processi penali fossero «strumenti di accesso alla verità storica più oggettivi e affidabili rispetto ai metodi utilizzati in sede di ricerca storiografica». Non meraviglia questo senso di superiorità, perché ormai da molto tempo, soprattutto in Italia, la magistratura è stata accreditata da molti di un «potere veritativo ad ampio spettro che trascende lo stretto ambito giudiziario, per cui tra la verità storica rigorosamente ricostruita nelle pubblicazioni specialistiche dello storico di professione e la eventuale diversa verità storica diffusa dal magistrato [...] nei circuiti della divulgazione mediatica, la gente comune sarà aprioristicamente indotta a considerare più vera quella che viene raccontata per bocca dei giudici». Lupo fondava la sua tesi su fonti di archivio e studi pluriannuali, mentre le sentenze richiamate dai giudici Roberti e Di Matteo a smentita dello storico non si basavano su elementi fattuali nuovi, ma si limitavano ad «orecchiare acriticamente ipotesi ricostruttive» tramandate da una tradizione storiografica ormai superata¹⁹.

Viene da chiedersi dinanzi ad una così plateale e impropria estensione delle funzioni giudiziarie se la motivazione costituisca ancora una garanzia essenziale per l'applicazione razionale del diritto e per l'opportuna giustificazione delle scelte giuridiche compiute per scongiurare possibili arbitrii. È stato rilevato che la motivazione della sentenza, un tempo oggetto di costante interesse a partire dal periodo dell'assolutismo illuminato, si è trasformata pian piano in qualcosa di diverso dalle intenzioni originarie che presiedevano alla sua funzione di trasparente razionalità, sino al punto che «quell'antica garanzia di intellegibilità e certezza» sembra sia diventata «una causa di parziale opacità dell'intero giudizio», soprattutto per l'eccedenza dei contenuti, aggravata dalla sovrabbondanza verbale. La motivazione ha seguito così «una traiettoria elicoidale, disegnando una linea che torna, con molte impurità e deviazioni, da dove era venuta», imponendosi con una presenza talmente immoderata da «assomigliare al suo contrario»²⁰. Ma questa recente tendenza segna il punto culminante di una metamorfosi che non è solo attuale, ma risale ad anni lontani che lasciano scorgere sottili forme di snaturamento della garanzia processuale ad opera di una giurisdizione pervicacemente legata ad una autoesaltazione da sempre insofferente di ogni ostacolo. Ed il confronto tra antico e nuovo regime pare ridimensionare le vecchie illusioni inaugurate dalla stagione codicistica.

3.- La motivazione delle sentenze nella prospettiva storica.

In quasi tutti gli ordinamenti processuali moderni, anche con norme di rango costituzionale, è previsto l'obbligo per il giudice di motivare la sua decisione²¹. Le ragioni storiche della scelta, ampiamente condivisa, di superare «la lunghissima stagione della giustizia senza motivi» articolata su *decisiones* che non consentivano una «valutazione ponderata e resa esplicita delle ragioni

¹⁹ G. Fiandaca, *Giustizia penale e storia. Spunti di riflessione*, in *Meridiana* 97 (2020) 25-6.

²⁰ M. Tita, *L'eccesso di motivazione. In margine al tema storico delle sentenze ragionate*, in O. Abbamonte (cur.), *Il potere dei conflitti. Testimonianze sulla storia della magistratura italiana*, Torino 2022, 155.

²¹ M. Taruffo, *La decisione giudiziaria e la sua giustificazione: un problema per le neuroscienze?* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, 1245.

contrapposte»²², furono originate dalla consapevolezza che il convincimento interiore del giudice e le sue valutazioni non suscettibili di controllo razionale non permettessero di verificare l'attendibilità della decisione. Bisognava perciò esercitare un controllo sull'iter logico e argomentativo della sentenza. L'inferenza abduttiva che compare nella fase della scoperta della decisione diviene superflua nella fase in cui la decisione viene giustificata ed in cui il giudice non è tenuto ad esplicitare tutte le ipotesi inizialmente formulate e poi scartate, ma solo l'ipotesi posta ad oggetto della decisione finale. E da qui deriva anche la giustificazione razionale della norma scelta come fondamento giuridico della decisione e dell'interpretazione adottata come criterio di qualificazione dei fatti²³. Questo, in sintesi, costituirebbe il passaggio decisivo con cui l'esperienza codicistica si lascia alle spalle una giustizia sacrale, oracolare e inaccessibile per introdurre una razionalità giuridica penetrabile nei suoi sviluppi e verificabile sulla base del sillogismo giudiziale e della motivazione della sentenza. La giustizia una volta sovranaturale, infallibile, indiscutibile, collocata in cielo, veniva trasportata sulla terra e chiamata a rendere decisioni fondate su ragioni umane, molto più persuasive d'immotivati arbitrii e sopraffazioni²⁴. Questa svolta così radicale è spesso richiamata per far risaltare in negativo le vecchie prassi giudiziarie che si risolvevano in una tirannia senza freni. L'ermetismo togato era visto come il retaggio deplorabile di un passato da dimenticare e la motivazione della sentenza come la salutare cesura imposta dagli ordinamenti moderni. Per poter svolgere qualche ulteriore riflessione sulla presunta discontinuità tra antico e nuovo regime introdotta dalla motivazione della sentenza appare opportuno fare qualche brevissimo accenno alla situazione precedente per verificare se il panorama storico non sia più sfumato rispetto alla presunta dicotomia tra il prima e il dopo e se nei sistemi giuridici moderni la motivazione della sentenza abbia davvero conservato la dimensione garantista ad essa riconosciuta dalle istanze settecentesche e dalle codificazioni ottocentesche.

Nel XIII secolo Jacques d'Ableiges descrive un Parlamento parigino che decide in modo ondivago e contraddittorio, sfruttando semplicemente la propria posizione di "cour capitale du royaume". E continuerà a farlo ancora per lungo tempo. La richiesta avanzata nel 1560 dagli Stati Generali d'Orléans di imporre la motivazione delle sentenze è destinata a non avere seguito in una realtà giuridica in cui non si può fare a meno di rimettersi "à la religion des juges". Si aveva della giustizia una concezione esoterica. Era sufficiente ai *robins* la semplice e stereotipata formula "pour le cas résultant du procès" per infliggere le pene, senza neppure sforzarsi di fare qualche riferimento al fatto o al *nomen delicti*. Daniel Jousse, nel suo *Traité de l'administration de la justice* del 1771 riassumeva efficacemente la posizione dei parlamentari. I motivi non andavano espressi e le parti non dovevano conoscerli. Qualsiasi apertura avrebbe aperto il campo alla *chicane*.²⁵ I parlamenti ritenevano che l'introduzione dei "motifs" potesse intaccare i propri privilegi e pregiudicare la possibilità di emettere giudizi equitativi anche nelle materie disciplinate da precise disposizioni legali. E proprio l'assenza di motivazione degli "arrêts" impediva il nascere di un sistema di precedenti giudiziali²⁶. E la stessa prassi di non esprimere i motivi delle decisioni era seguita dai supremi organi giurisdizionali della Repubblica di Venezia, del Ducato di Milano e del Regno di Napoli²⁷.

²² M. Tita, *La rinuncia a giudicare. Note sul problema storico della motivazione tra Sette ed Ottocento*, in *Annali* 5/2003, vol. I, Università degli Studi del Molise, Dipartimento di scienze giuridico-sociali e dell'amministrazione, 463-4.

²³ Taruffo, *La decisione giudiziaria*, cit. in nt. 19, 1239-47.

²⁴ P. Calamandrei, *Processo e democrazia*, in Id., *Opere giuridiche*, Napoli 1965, 664.

²⁵ F. Cordero, *Stilus curiae. Analisi della sentenza penale*, in *La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile*, Atti del convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà, Ferrara, 10-12 ottobre 1985, Padova 1988, 303-4.

²⁶ M. Lupoi, *Cenni storici introduttivi allo studio delle fonti del diritto francese*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1968) 1282-8.

²⁷ M. Ascheri, *Tribunali giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna 1989, 109-18.

Vi sono tuttavia realtà in cui è esclusa la segretezza delle *rationes decidendi*. Le *decisiones* della Rota romana, pur essendo prive di motivi, sono l'esito di un rapporto tra giudice e parti basato sull'esplicitazione endoprocessuale delle *rationes*. La prima *decisio*, stesa dal ponente attraverso la combinazione dei voti scritti dai suoi colleghi, se non soddisfa le parti è sostituita da altre *decisiones* fino ad arrivare a quella definitiva, considerata tale dal ponente anche contro le ulteriori istanze delle parti qualora avesse ritenuto la causa sufficientemente trattata. La Rota poteva confermare, modificare o anche rovesciare le precedenti *decisiones* e le parti potevano accordarsi all'una o alle altre *decisiones*, e se non vi fosse stata spontanea esecuzione la parte interessata presentava la *petitio sententiae* diretta a ottenere una *sententia* conforme ad una o più *decisiones*. Pur non comparendo in questo schema la voce *motiva* negli indici delle raccolte del tribunale, le *decisiones* funzionano come motivi, nel senso che sono anticipate alle parti per dar modo loro di avanzare deduzioni, chiarimenti ed osservazioni al fine di addivenire ad una decisione completa ed esauriente. In Toscana, con la riforma del 14 maggio 1532 si impone ai giudici di II e III istanza di indicare a piè della sentenza "i motivi principali che li aranno mossi a così giudicare". L'obbligo è confermato nel 1542 "perché per esperienza si è dimostrato risultare assai comodo e satisfazione dei litiganti del dare li giudici li motivi o vero ragioni per le quali sieno stati mossi a così giudicare o riferire". Dopo una legge del 18 giugno 1560 i motivi sono stesi separatamente e inviati all'Ufficio del Proconsolo. Ed infine, con la riforma della Magnifica Ruota e Consiglio di Giustizia del 1 settembre 1678, oltre a ribadire l'obbligo della motivazione per tutte le sentenze, si prevede che i motivi depositati presso il Proconsolo possano essere conosciuti da tutti e non solo dalle parti²⁸. Nella legislazione fiorentina, pertanto, la volontà di rendere possibile un controllo esterno sull'operato del giudice era il segno di una concezione non solo endoprocessuale ma anche pubblica della motivazione²⁹.

Ed anche sul piano dottrinale il quadro appare più sfumato. Sulla base della decretale *Sicut nobis* del 1199 il principio fu sviluppato con argomentazioni sottili, che resero più problematico il principio di *communis opinio*, secondo cui *judex non tenetur exprimere causam in sententia*. La decretale di Innocenzo III, come ricordato da Cino da Pistoia e Jacques de Réveigny stabiliva che non fosse necessario apporre la causa dal momento che i motivi sottesi alla decisione erano ricavabili dagli atti. Tuttavia le *declarationes* nella loro molteplicità avevano eroso la portata generale del principio, ad esempio nel caso in cui il giudice avesse esercitato l'*arbitrium*, recedendo dalla pena edittale, nelle sentenze di appello che riformavano la sentenza impugnata, nell'ipotesi in cui il giudice si fosse allontanato dal diritto comune per congrua *ratio*, quando fosse stata respinta la domanda di *rei vindicatio*, perché il convenuto non possedeva la cosa al momento della sentenza, al fine di render salvo il diritto dell'attore di agire nuovamente senza vedersi opporre l'*exceptio rei iudicate*, oppure in caso di sentenza di scomunica per offrire a chi avesse subito la sanzione *medicinalis* l'opportunità del ravvedimento. A partire dall'Ostiense, da Guglielmo Durante e Giovanni D'Andrea questa rappresentazione nelle sue linee essenziali non subisce mutazioni di rilievo³⁰. Anche gli umanisti si muovono all'interno del percorso già tracciato dalla *communis opinio*. Per Alciato la causa va espressa nella sentenza affinché possano conseguire ulteriori effetti giuridici, ma il giurista milanese non manca di paventare i pericoli connessi all'inserzione di una causa falsa. La falsità relativa ad una *quaestio facti* non avrebbe invalidato una sentenza, ma un *error expressus in iure* avrebbe comportato una nullità *ipso iure*, timore già sottolineato da Zasius. Le cautele rinviavano al tradizionale monito al giudice a non motivare secondo il principio di diritto comune che la causa non va espressa in

²⁸ G. Gorla, *Introduzione allo studio dei Tribunali italiani nel quadro europeo fra i secoli XVI e XIX*, in *L'ordinamento giudiziario*, I: *Documentazione storica*, Rimini 1985, 354-60.

²⁹ M. Taruffo, *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *Rivista di diritto processuale* (1974) 281.

³⁰ G. P. Massetto, *Sentenza (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto* (1989) 1225-31.

sentenza³¹. La maggiore preoccupazione dei giuristi è il rischio che la causa *expressa* si riveli falsa, determinando non l'appellabilità ma il più grave effetto della nullità³². Le *declarationes* sono ammesse in una prospettiva endoprocessuale giacché perseguono lo scopo di definire l'oggetto del giudicato o di far salvo il *ius agendi* di una parte, nella convinzione che l'autorità della sentenza risulti accresciuta dalla forma del *dictum* immotivato³³.

4.- La dimensione endoprocessuale dei motivi.

La funzione endoprocessuale della causa *expressa* era rilevante, ma non bisogna confonderla con i motivi. La causa *expressa* non risponde alle argomentazioni delle parti e soprattutto non racchiude la giustificazione della soluzione giudiziaria delle *quaestiones* mediante il trionfo *Leges, Auctoritates et Rationes* e relativi *nec obstat*, ma viene enunciata senza dimostrazioni, omettendo la rappresentazione di ciò che muove il giudicante³⁴. Conoscibile dalle parti dava l'opportunità di orientare sulle possibilità di appello e di verificare quale tra le varie *causae* di azione o di eccezione fosse stata accolta dal giudice nel condannare o nell'assolvere³⁵. Le limitazioni al principio generale di diritto comune non si esaurivano solo sul piano dottrinale, ma erano praticate in molte realtà processuali. Molte decisioni della Rota riguardano la nullità di una sentenza per causa falsa in essa *expressa*, in Aragona è consueta la prassi di *exprimere causam in sententia* in ambito civile e penale, e il fenomeno trova riscontro anche in Portogallo dagli inizi del XVI secolo³⁶. Questo tipo di finalità endoprocessuale si ritrova anche in uno dei principali tentativi di riforma del dispotismo illuminato. Il *Project des Codicis Fridericiani Marchici*, pubblicato nel 1748 ed attuato come "Dienstpragmatik", che disciplina l'attività degli organi giudiziari, sancisce l'incorporazione dei motivi nella sentenza quando il processo si svolge *loco oralis* ed una loro redazione separata nel caso in cui il processo si articoli sullo scambio di memorie scritte. L'obiettivo era prevenire i contrasti delle parti sui contenuti della decisione ed offrire al giudice dell'impugnazione una migliore conoscenza della causa. Se la motivazione non fosse stata inclusa nella decisione finale la sentenza non era pubblicata, mentre nell'ipotesi di una stesura separata dei motivi la pubblicazione poteva avvenire *absque citatione partium*. La motivazione si configura, pertanto, come strumento per chiarire il significato della decisione per le parti e per il giudice dell'impugnazione, e le forme restrittive della pubblicazione portano ad escludere la sussistenza di un controllo esterno sull'operato del giudice. E questo indirizzo lo si ritrova anche nell'"Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten", promulgata poi in forma riveduta e definitiva da Federico Guglielmo nel 1793: i motivi si rivolgono alle parti ed ai giudici dell'impugnazione, senza che abbia rilievo un sindacato diffuso sull'attività degli organi giudiziari. Una significativa eccezione è costituita dai dispacci tanucciani del 1774 che mettevano al bando le autorità dottrinali, imponevano la motivazione con riferimento alle leggi espresse e la pubblicazione delle sentenze, misure che tendevano a realizzare non solo una visione endoprocessuale della motivazione coerente al centralismo della gestione politica³⁷, ma anche ad esaltare la forza di pressione della pubblica censura secondo le ben note riflessioni filangeriane³⁸. Non a caso la funzione

³¹ F. Mancuso, *Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVIII (Note in margine a studi recenti con il testo di una sentenza del 1299)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1995) 294-7.

³² Gorla, *Introduzione*, cit. in nt. 26, 456-7.

³³ Taruffo, *L'obbligo*, cit. in nt. 27, 284.

³⁴ G. Gorla, *Sulla via dei "motivi" delle "sentenze": lacune e trappole*, in Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981, 746.

³⁵ Gorla, *Introduzione*, cit. in nt. 26, 460-1.

³⁶ Ivi, 455.

³⁷ R. Ajello, *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione del regno di Napoli*, Napoli 1968, 113.

³⁸ G. Filangieri, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, Napoli 1774, 51-2.

extraprocessuale delle sentenze emergeva in modo chiaro dalla circostanza che le decisioni dovessero essere stampate e vendute a prezzi accessibili a chiunque ne avesse fatto richiesta. E tuttavia la riforma tanucciana non sortì effetti duraturi e si concluse con un sostanziale fallimento perché ebbe «un significato più ideale e simbolico che di reale impatto sulle condizioni materiali della giustizia»³⁹.

Va precisato che la prospettiva endoprocessuale della motivazione non cambia neppure nelle trasformazioni ottocentesche della procedura. L'articolo 15 del titolo V della legge francese 16-24 agosto 1790 sull'organizzazione giudiziaria, che imponeva la motivazione, rifletteva ancora fraintendimenti e malintesi. Al relatore Thouret si era contrapposto, in seno al Comitato di Costituzione, Chabroux, convinto che le motivazioni potessero offrire una soluzione nell'ipotesi di difficoltà nel reperire un referente testuale⁴⁰. Il *motif* in mancanza di un testo normativo veniva a configurarsi come una *recepta theorica*, una massima accolta uniformemente in dottrina e giurisprudenza ed inscritta in un orientamento interpretativo consolidato davanti a testi dubbiosi o lacunosi⁴¹. Soltanto in seguito testo e motivi formeranno un binomio inscindibile. L'articolo 208 della Costituzione del 5 frimaio anno III prescrive giudizi motivati che enuncino i termini della legge applicata, principio ormai indiscusso e ripreso nelle successive disposizioni, come l'articolo 7 della legge 20 aprile 1810 «sull'organizzazione giudiziaria e l'amministrazione della giustizia», gli articoli 141 e 433 del codice di procedura civile e l'articolo 195 del codice di istruzione penale⁴². Nel passaggio dalla Costituzione dell'anno III ai successivi provvedimenti la motivazione della sentenza, recepita nelle costituzioni giacobine italiane, viene elevata al rango di norma fondamentale dell'ordinamento, perdendo la sua esclusiva dimensione endoprocessuale per assumere la valenza di segno politico tangibile dell'ideologia democratica del controllo esterno sull'amministrazione della giustizia, per poi essere riaffermata negli stati napoleonici e italiani della Restaurazione come norma ordinaria e non più costituzionale⁴³, fuga in avanti e marcia indietro che permettono di rintracciare nella maggior parte degli ordinamenti processuali del '700 e dell'800 la linea di continuità rappresentata da un obbligo della motivazione imposto secondo la sola concezione endoprocessuale⁴⁴. Già con Napoleone l'ideologia democratica della giustizia conosce una notevole attenuazione ed il livello della normativa processuale ordinaria fissato dall'articolo 141 del c.p.c., che segna il passaggio dalla visione extraprocessuale a quella endoprocessuale, secondo la trama di un preciso disegno politico, sarà recepito in gran parte delle legislazioni continentali. Nel XIX secolo la motivazione continuerà ad essere un dato giuridico scontato, ma la diminuita sensibilità per gli elementi politici e ideologici della questione finiranno per consolidare in maniera definitiva l'impostazione endoprocessuale, e la valenza politica dell'obbligatorietà della motivazione, emersa nella fase rivoluzionaria, cederà alla prevalenza dei fattori tecnico-giuridici⁴⁵. Quando il «Tribunal de Cassation» da organo politico si trasforma in organo giurisdizionale la motivazione della sentenza in Francia assolve ormai soltanto una finalità di controllo endoprocessuale⁴⁶. I postulati che si affermano

³⁹ M. Tita, *Sentenze senza motivi. Documenti sull'opposizione delle magistrature napoletane ai dispacci del 1774*, Napoli 2000, 130. Sul tema cfr. pure P. Becchi, *Filangieri e i dispacci di Tanucci*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 13.2 (1983) 363-75, I. Biocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, 372 ss., P. Alvazzi Del Frate, *Illuminismo e interpretazione. Gaetano Filangieri e le Riflessioni politiche del 1774*, in F. Liotta, (cur.), *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, II, Bologna 2007, 237-60, D. Luongo, *Dibattiti sulla motivazione delle sentenze nella Napoli del tardo Settecento*, in *Istituzioni Diritto Economia* (2019) 1 9-75.

⁴⁰ T. Sauvel, *La motivazione delle sentenze in Francia. Lineamenti storici*, in *Frontiera d'Europa*, (1995) 1 111-2.

⁴¹ Gorla, *Introduzione*, cit. in nt. 26, 387.

⁴² Sauvel, *La motivazione*, cit. in nt. 38, 113-4.

⁴³ M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova 1975, 290-2.

⁴⁴ Ivi, 372.

⁴⁵ Ivi, 337-44.

⁴⁶ E. Amodio, *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria*, in *Rivista di diritto processuale* (1970) 448.

largamente sono ben noti, la necessità di motivare vale per tutti i tribunali⁴⁷, l'assenza di motivazione equivale ad una «nullità di ordine pubblico»⁴⁸, i motivi non devono essere generici ma rapportarsi alle questioni della causa, ma riposano tutti ormai su una concezione rigidamente endoprocessuale. La garanzia della motivazione diventa così in ultima analisi «una soddisfazione per i litiganti conoscendo perché li si condanna, che potranno anche render giustizia alla opinione dei magistrati e risparmiare le spese di appello, ed un aiuto prezioso per i giudici superiori che avranno più facilità di valutare bene o mal giudicato»⁴⁹. L'articolo 111 della Costituzione italiana sancisce la motivazione per tutti i provvedimenti giurisdizionali e pertanto afferma una concezione extraprocessuale della motivazione nel quadro di una giurisdizione non estranea alla società, che esercita il suo potere per delega del popolo sovrano e che deve render conto del proprio operato alla fonte da cui deriva la propria investitura. La cultura giuridica italiana, tuttavia, ha interpretato la disposizione costituzionale in modo riduttivo, considerando la norma fondamentale come la ripetizione superflua di un principio ormai radicato nel sistema processuale, e questa lettura fuorviante ha fatto sì che la Costituzione finisse con l'esprimere una concezione endoprocessuale della motivazione, privilegiando le esigenze di un controllo attuabile soltanto dalle parti e dal giudice dell'impugnazione⁵⁰. Il principio costituzionale che individua nella vigilanza democratica sull'amministrazione della giustizia una garanzia irrinunciabile è stato così sminuito nell'ottica privatistica delle parti e nell'ottica burocratica del giudice superiore⁵¹.

Il percorso storico sembra ridimensionare parecchio la portata innovativa dei tempi luminosi della modernità.

5.- Decisione e giustificazione.

Oltre la concezione endo o extraprocessuale, c'è da chiedersi se effettivamente vi sia una coincidenza tra i motivi espressi e quelli reali tale da assicurare la funzione garantista della motivazione esaltata dalla razionalità codicistica. La risposta dovrebbe essere negativa alla luce della distinzione tra contesto decisorio e contesto giustificativo, già anticipata nella prima metà del XIX secolo. Fu subito chiaro, già nell'Ottocento, che i motivi spesso si prestavano soltanto a giustificare «alla vista esteriore la coscienza del giudicante» perché la pronuncia non si legava alla «verità in sé stessa», ma ad una «verità subbiettiva, che può esser per molti altri una falsità manifesta»⁵². Era una constatazione che anticipava quella che in seguito sarebbe diventata una consapevolezza teorica diffusa e relativa alle differenze che intercorrono tra i materiali psicologici e i materiali della decisione. Con i primi i giudici determinano gli effetti giuridici del caso e poi adattano i fatti, scegliendo la norma idonea a motivare la decisione, e con i secondi forniscono i mezzi per analizzare l'attendibilità della decisione. Confondere i due materiali sarebbe un errore, che porterebbe alla incomprensione dei processi psicologici qualora fossero ritenuti concordanti con il materiale di decisione, oppure a travisare il materiale di decisione come mistificazione della realtà qualora fosse identificato come la descrizione dei processi psicologici⁵³.

⁴⁷ G.-L.-J. Carré, *Le leggi della procedura civile*, I, Napoli 1840, 345.

⁴⁸ N. Nicolini, *Quistioni di dritto trattate nelle conclusioni ne' discorsi ed in altri scritti legali*, V, Napoli 1840, 273-83.

⁴⁹ P. J. H. Thomine-Desmazures, *Commentario sul codice di procedura civile*, I, Napoli 1855, 292.

⁵⁰ E. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enciclopedia del diritto* 27 (1977) 186-8.

⁵¹ Taruffo, *La motivazione*, cit. in nt. 41, 407.

⁵² P.S. Mancini, G. Pisanelli, A. Scialoia, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi con la comparazione degli altri Codici italiani, e delle principali Legislazioni straniere*, II, Torino 1855, 427.

⁵³ J. Wróblewski, *Il modello teorico dell'applicazione della legge*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto* (1967) 22-4.

La motivazione è un *a posteriori* rispetto alla decisione e la negazione dell'omogeneità, di forma e di contenuto, tra ragionamento del giudice e motivazione espressa è un dato ormai scontato⁵⁴ e difficilmente contestabile, a conferma dell'evanescenza di quel sillogismo giudiziale fondato sull'illusione di una perfetta coincidenza tra decisione e motivazione⁵⁵. Non si può considerare la motivazione come spiegazione o storiografia della decisione in virtù di uno scarto che permette di occultare le opzioni assiologiche mediante strategie dissimulanti. Solo tenendo conto della differenza strutturale tra contesto decisorio e contesto giustificativo si può cogliere il significato di una decisione, giacché quasi mai coincidono ragioni reali e motivi espressi. La prassi giudiziaria che presenta la decisione come necessitata nasconde le ideologie del giudizio e dissimula l'ampia discrezionalità che informa le scelte del giudice⁵⁶. Per fare un esempio, la Cassazione italiana, fingendo di credere all'identificazione tra motivi espressi e ragioni reali, continua ad affermare che l'obbligo della motivazione è soddisfatto quando i motivi permettano di individuare l'iter logico-argomentativo con cui il giudice arriva alla decisione⁵⁷, indifferente ad un principio ormai acquisito dalla logica moderna, secondo cui «il linguaggio traveste il pensiero» in modo tale che «dalla forma esteriore dell'abito non si può inferire la forma del pensiero rivestito, perché la forma esteriore dell'abito è formata a ben altri fini che al fine di far riconoscere la forma del corpo»⁵⁸. La motivazione ha la medesima funzione del succedaneo probatorio nell'etica, dove la proposizione imperativa, diretta a modificare le azioni di chi ascolta, si fonda su un «sostituto di prova», che, privo di fondamento scientifico, è uno dei tanti segni delle espressioni della credenza, di particolare rilievo nelle situazioni che implicano un disaccordo di atteggiamento⁵⁹.

Tutto questo è confermato peraltro da una normativa che rovescia le priorità logiche, antepo- nendo cronologicamente il dispositivo alla motivazione. La premessa si trasforma in conseguenza necessaria che scaturisce dal dispositivo. I codici italiani di procedura civile e penale tollerano notevoli distanze temporali tra dispositivi e motivazione in base alla funzione che viene assegnata alla motivazione, intesa come strumento con cui il giudice, giunto ad una risoluzione fondata su motivi che possono restare nel chiuso della propria coscienza, riveste *ex post* la decisione con argomenti razionali per giustificarla agli occhi del pubblico. La motivazione posteriore al dispositivo diventa in tal modo lo schermo che può nascondere i veri moventi, lasciando sospettare che la decisione muova più che altro dal sentimento e dall'intuito⁶⁰. Non a caso più volte in campo penale si è auspicata un'enunciazione orale dei motivi subito dopo la lettura del dispositivo per attuare una forma di controllo sociale e l'ormai vagheggiata e mai realizzata coincidenza tra ragioni reali e motivi espressi⁶¹. Diventa difficile resistere alla tentazione di richiamare alla memoria quelle fonti canoniche secondo cui il giudice «*motum animi sui potuit ex causis aliis informare*», rinvenendo l'unica garanzia di legalità nell'*animus* del magistrato⁶². Viene da chiedersi se davvero l'acqua sia passata sotto i ponti.

6.- Dissenso e motivi espressi.

La prassi di occultare le posizioni dissenzienti nei giudizi collegiali può essere considerata una conferma della natura accessoria ed irrilevante della motivazione. Nei sistemi di *civil law* il *votum separatum* è ritenuto una manifestazione patologica inconciliabile con un ordine giuridico completo,

⁵⁴ Taruffo, *La motivazione*, cit. in nt. 41, 119

⁵⁵ Ivi, 12.

⁵⁶ Ivi, 123-266.

⁵⁷ Ivi, 417.

⁵⁸ L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus e Quaderni 1914-1916*, Torino 1998, 42.

⁵⁹ C. L. Stevenson, *Etica e linguaggio*, Milano 1962, 46-9.

⁶⁰ Calamandrei, *Processo e democrazia*, cit. in nt. 22, 668-70.

⁶¹ Amodio, *Motivazione*, cit. in nt. 48, 192.

⁶² R. Ajello, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976, 341.

privo di contraddizioni, in cui si trovano sempre le soluzioni normative per risolvere il caso. In questa prospettiva il ragionamento decisorio è visto come un'operazione meccanica, che si risolve nell'inferenza logica dell'applicazione delle norme alla fattispecie. In questo contesto le scelte valutative, il *votum separatum*, sarebbero una contraddizione, un errore. La sentenza è conforme alla legge e rispetta i valori della certezza e dell'oggettività e la diversità delle opinioni minerebbe questo quadro così netto. La posizione teorica che rifiuta aprioristicamente il concetto che le decisioni possano essere il risultato di opinioni soggettive si rivela debole perché è sempre molto difficile fare una netta distinzione tra l'elemento oggettivo e soggettivo⁶³.

In altre realtà giuridiche il dissenso è ammesso senza indugi. Nelle corti inglesi le opinioni sono date una di seguito all'altra individualmente, presso la Corte Suprema della Norvegia, sin dal 1865, ciascun giudice esprime la propria opinione in udienza, in Svezia e Finlandia il dissenso può essere palesato e motivato, in Danimarca dal 1937 sono indicati nelle sentenze le opinioni contrarie e dal 1958 i nomi dei dissenzienti⁶⁴. La migliore espressione del "voto di scissura" è la Suprema Corte degli Stati Uniti: la "dissenting opinion", benché spesso criticata perché il prestigio dell'organo sarebbe compromesso dalle decisioni contrastate e al contrario rafforzato dall'unanimità dei giudicati, continua a svolgere una funzione insostituibile, dal momento che il dibattito innescato sul piano istituzionale permette di creare un legame forte tra la Corte e l'opinione pubblica⁶⁵. Nella *common law* il diritto non è un'entità che si applica meccanicamente ma una transazione tra opzioni assiologiche conflittuali e di conseguenza la motivazione non è un elemento posticcio per giustificare talvolta anche l'imperdonabile, ma il segno genuino, autentico di una visione davvero democratica della giustizia. In Inghilterra il *dictum* immotivato a partire dal XII secolo è inconcepibile nel sistema dei precedenti, che richiede necessariamente l'indicazione espressa della *ratio decidendi*, e già nel XVI secolo si consolida la prassi della "dissenting opinion" negli organi di giurisdizione superiore. Nelle "Common Law Courts", che decidevano in grado di appello, e presso la "House of Lords", organo di ultima istanza, la deliberazione non era segreta e collegiale, ma pubblica e individuale. E questa prassi fu recepita dalla Corte Suprema degli Stati Uniti mediante una motivazione di maggioranza che non esclude la libertà di esprimere un'opinione "concurring" o "dissenting"⁶⁶. E nel confronto col sistema di *civil law* fu notato che la motivazione delle sentenze della Corte costituzionale italiana appariva il più delle volte ambigua e reticente proprio per la regola della collegialità. Con il richiamo alla *dissenting opinion* si ritenne preferibile che l'organo per la sua grande influenza sugli equilibri politici ammettesse il dissenso per rendere visibile la responsabilità dei giudici e per dar modo di valutare in concreto le scelte di una giurisprudenza di progresso o di conservazione, spesso occultate dietro l'apparente neutralità di un tecnicismo sapientemente elaborato⁶⁷.

In molti ordinamenti processuali preunitari il voto di scissura era ammesso, sia pure con soluzioni diverse. Nel Regno delle Due Sicilie il "Regolamento per la disciplina delle Autorità giudiziarie" del 15 novembre 1828 dava facoltà ai giudici di annotare nel registro dei voti il loro voto particolare (art. 345), motivandolo nel fatto e nel diritto (art. 351), ma solo nell'interesse dei giudicanti perché le opinioni non potevano "mai servire di documento alle parti" (art. 354) e non se ne potevano estrarre copie senza l'autorizzazione del Ministro di grazia e giustizia (art. 348). Nel XVIII secolo la legislazione estense consentiva ai giudici dopo la pubblicazione delle decisioni di manifestare "il loro

⁶³ J. Wróblewski, *Votum separatum dans la théorie et l'idéologie de l'application judiciaire du droit*, in *L'ordinamento giudiziario*, III: *Materiali per una riforma*, Rimini 1985, 358-66.

⁶⁴ K. H. Nadelmann, *Il "dissenso" nelle decisioni giudiziarie. Pubblicità contro segretezza*, in *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali (Scritti raccolti a cura di Costantino Mortati)*, Milano 1964, 33-6.

⁶⁵ G. Amato, *Osservazioni sulla "dissenting opinion"*, in *Le opinioni dissenzienti*, cit. in nt. 62, 22-3.

⁶⁶ Taruffo, *La motivazione*, cit. in nt. 41, 344-9.

⁶⁷ V. Denti, *La Corte Costituzionale e la collegialità della motivazione*, in *Rivista di diritto processuale* (1961) 435-8.

dissenso in iscritto, da conservarsi agli atti”. Nel codice di procedura per gli Stati estensi del 1852, col disposto dell’art. 800 si prevedeva che le sentenze fossero firmate da tutti i giudici “sebbene sianvi tra loro dei dissenzienti, i quali possono, in foglio a parte, spiegare i motivi del loro dissenso”. Il “Regolamento di procedura civile per i Tribunali del Granducato di Toscana”, emanato da Pietro Leopoldo I nel 1771, richiamato in vigore da Ferdinando III con la legge del 15 novembre 1814 e poi modificato e integrato da Leopoldo II nel 1838, con l’art. 481 riconosceva il *dissent*: il voto contrario doveva essere sottoscritto e “in piè dei motivi dei due giudici da esso pure saranno brevemente indicati i motivi principali del suo dissenso”⁶⁸. Questi importanti precedenti potevano essere recuperati nella prospettiva unitaria se non vi fosse stata la recezione del modello francese che escludeva qualsiasi forma di *dissenting opinion*. Basti ricordare che in Francia la legge sull’ordinamento giudiziario del 18 agosto 1849, art. 3, imponeva ai giudici l’obbligo “di mantenere religiosamente il segreto della deliberazione”⁶⁹. La dottrina giuridica italiana accettò subito il principio francese della segretezza del voto, ponendolo alla base dell’ordinamento processuale. Pisanelli nella “Relazione sul Progetto del Codice di procedura civile” sottolineava la necessità del voto segreto affinché la votazione fosse «un’opera seria e di raccoglimento, e condotta in modo da assicurare la indipendenza e l’autorità delle pronunzieri giudiziarie»⁷⁰.

L’influenza della figura anonima del giudice francese, fagocitata nella dimensione impersonale della collegialità⁷¹, si è fatta sentire a lungo, accentuando ancor più la separatezza tra ragioni reali e motivi espressi e rendendo la motivazione meno convinta e precisa nel tentativo di non far trasparire i disaccordi sottesi alle soluzioni compromissorie. Nelle giurisdizioni di “civil law” la tendenza a considerare la Corte come un’unità anonima fa sì, che diversamente da quel che accade nel sistema anglo-americano, la motivazione delle sentenze non sia in grado di far conoscere le opinioni personali dei giudici e soprattutto i loro manifesti pregiudizi o preconcetti⁷². La nostra normativa è davvero esemplare nel respingere la “*dissenting opinion*”. In sede penale la deliberazione collegiale è l’esito di una conta complicata, in cui i voti espressi per la pena di maggiore gravità si riuniscono a quelli per la pena gradatamente inferiore, fino a che venga a risultare la maggioranza, mentre la parità di voti fa prevalere la soluzione più favorevole all’imputato (art. 527 c.p.p.). In campo civile, nell’ipotesi di dissenso si attiva un meccanismo molto complicato: si mettono ai voti due delle soluzioni per escluderne una, poi la non esclusa e quella eventualmente restante e così successivamente finché le soluzioni siano ridotte a due, sulle quali avviene la votazione definitiva (art. 276 c.p.c.).

Resta infine da chiedersi se, oltre i limiti che sono stati prima descritti, il linguaggio delle sentenze non offuschi ancora di più la proiezione esterna della motivazione. Disseminato di fraseologie tecnicistiche, finisce col sottrarre la sentenza alla valutazione non solo della generalità dei cittadini ma anche delle parti, identificando i reali destinatari nei giudici e negli avvocati, i soli a possedere gli strumenti idonei per lettura della decisione. La grande maggioranza dei non giuristi s’imbatte così in formule impenetrabili che s’impongono non con una trasparente razionalità ma con una illogica forza di suggestione, che induce più facilmente all’obbedienza rispetto alla comprensione critica e problematica delle ragioni⁷³. In Francia, già in anni lontani, la giustizia appariva come una pratica misterica e impenetrabile, facendo sorgere il sospetto che la giurisprudenza il più delle volte fosse animata dal desiderio inconfessabile di offrire decisioni destinate ad essere incomprese dalle parti⁷⁴.

⁶⁸ V. Denti, *Per il ritorno al “voto di scissura” nelle decisioni giudiziarie*, in *Le opinioni dissenzienti*, cit. in nt. 62, 3-5.

⁶⁹ Nadelmann, *Il dissenso*, cit. in nt. 62, 43-5.

⁷⁰ Denti, *Per il ritorno*, cit. in nt. 66, 6-7.

⁷¹ A. von Mehren, *Il procedimento dell’attività decisoria negli Stati Uniti e in Francia (Studio comparativo)*, in *Jus* (1953) 80.

⁷² J. H. Merryman, *La tradizione di civil law nell’analisi di un giurista di common law*, Milano 1973, 57.

⁷³ L. Mossini, *La lingua delle sentenze*, in *Studi Parmensi*, XVII (1976), 85-95.

⁷⁴ P. Mimin, *Le style des jugement (Vocabulaire – Construction – Dialectique – Formes juridiques)*, Paris 1951, 121.

Il difetto di motivazione si legava ad uno stile giudiziario zeppo di locuzioni latine, neologismi, barbarismi, anacoluti, solecismi, che rendeva oscure decisioni destinate ad avere un impatto notevole sulla vita dei consociati.⁷⁵ Il 16 settembre 1959, in un discorso pronunciato davanti alla Corte di Appello di Parigi, il procuratore generale Aydalot lamentava ancora «l'ésotérisme du vocabulaire, qui n'a pourtant besoin d'aucun artifice lorsqu'il est logique et clair». Il pubblico appariva disorientato «par les formules archaïques et ésotériques trop fréquemment employées». Nel 1962, il consigliere Le Roux, in un discorso pronunciato dinanzi alla Corte di Appello d'Orléans, criticava duramente pratiche giudiziarie oscure che rendevano la giustizia «jeux savants, subtils et distrayants d'initiés, d'esthètes ou de mandarins». E nel 1968 si notava che la parte, come un personaggio di Kafka, si perdeva in un «impénétrable maquis» ed era costretta a subire «sans en saisir le pourquoi, l'issue, favorable ou non, de son procès»⁷⁶.

Abstract.- Questo scritto intende verificare il quadro sfumato in cui si colloca il passaggio dalla giustizia di antico regime alla razionalità della decisione giudiziaria imposta dall'esperienza codicistica .

This paper aims to verify the nuanced framework in which takes place the transition from the justice of the ancient regime to the rationality of the judicial decision imposed by the code experience.

⁷⁵ Ivi, 55-154.

⁷⁶ A. Touffait, L. Mallet, *La mort des Attendus?* in *Foro Italiano*, V, 1968, 102-3.