



MARIO PERINI

Trasparenza, dissenting e Democrazia



Copisteria Sguanci, Firenze 2000

1

2

I - Dissenting

I - Premessa

La presente analisi avrà per oggetto la *dissenting opinion*, cioè la manifestazione, nell'ambito di una sentenza emessa da un organo collegiale, di posizioni dei singoli componenti incompatibili con quelle della maggioranza. La *dissenting* sarà analizzata come elemento di una sentenza, in particolare dal punto di vista della sua struttura. Come generalmente viene riconosciuta l'influenza reciproca tra struttura² e stile³ delle sentenze, così, anche nel nostro lavoro, quantunque si dia maggior risalto all'elemento 'esteriore' delle decisioni giudiziali, si mostrerà con adeguato rilievo l'intersecarsi di questi due elementi.

E' necessario preliminarmente attribuire un significato ai termini essenziali che saranno usati: 'sentenza', 'motivazione', '*dissenting*'⁴.

Con l'espressione '**sentenza**' si intende fare riferimento ad un 'discorso', cioè ad "*un insieme di proposizioni tra loro collegate ed inserite in un medesimo contesto autonomamente identificabile*"⁵. A questa caratterizzazione 'neutrale' si può aggiungere che la sentenza, negli ordinamenti contemporanei, costituisce la manifestazione di volontà (diretta del giudice o mediata del legislatore) con cui viene imposta autoritativamente una regola di condotta per una fattispecie concreta, ad opera di organi giurisdizionali dello Stato⁷.

¹ In questo senso si veda TARUFFO M., "*La motivazione della sentenza civile*", Padova, Cedam, 1975, pp. 299-301. L'autore ritiene che lo stile, inteso come modello di una decisione in relazione alle sue peculiarità espressive e argomentative, determini la struttura della sentenza ed in particolare della sua motivazione, poiché "*esprime ed incorpora un'ideologia della motivazione, a sua volta connessa con un'ideologia del giudizio e della giustizia in genere.*" (p. 301).

² Intesa come forma esteriore della decisione, "*con ciò intendendo far riferimento ai seguenti quesiti: se essa si presenti o meno come atto ufficiale, se abbia carattere personale, se abbia o meno carattere collegiale...se essa consti o debba constare di più parti autonome e, nel caso, di quali.*" ANZON A., "*Forma delle sentenze e voti particolari*", in ANZON A. (a cura di), "*L'opinione dissidente*", Milano, Giuffrè, 1995, pp. 168-169. Con quest'espressione, cioè, ci si riferisce a come la sentenza appare 'a prima occhiata', senza far alcun riferimento a quale sia il suo contenuto.

³ Per stile della sentenza, o sarebbe meglio dire stile della motivazione della sentenza, si intende far riferimento alla "*presenza di alcune peculiarità espressive e argomentative (brevità/lunghezza, chiarezza/confusione, precisione/imprecisione, e così via) ...[e alla presenza]...di una certa continuità e ripetitività nella prassi di un certo ordinamento o di un certo organo giudiziario.*" TARUFFO M., "*La motivazione della sentenza civile*", cit., p.299. Oppure anche: "*The term 'style' is here used to refer both to the style of the decision in a strict sense (e.g. concise, lengthy, disputative) and also to its method (e.g. casuistic, conceptualistic).*" in GORLA G., "*Diritto Comparato e diritto comune europeo*", Milano, Giuffrè, 1981, p. 705.

⁴ Il significato da attribuire agli altri due termini che compariranno nella presente analisi, cioè 'democrazia' e 'trasparenza', sarà precisato successivamente.

⁵ TARUFFO M., "*La motivazione della sentenza civile*", cit., p. 30.

⁶ Diverso è il discorso per il passato in cui anche al termine dell'ordalia era forse possibile configurare una 'sentenza', ma questa, sebbene potesse essere ricondotta alla definizione di Taruffo, non costituiva d'altra parte una manifestazione di volontà.

⁷ Non è possibile in questa sede attribuire un significato ai termini 'giurisdizione' e 'organi giurisdizionali'; si può genericamente affermare che questa è la funzione storicamente attribuita a soggetti imparziali e consistenti nell'applicazione del diritto. Ovviamente anche i termini 'imparziale', 'applicazione', 'diritto', 'organo' avrebbero bisogno di una attribuzione di significato, impossibile da indicare qui neanche a grandi linee.

Perché si sia alla presenza di una sentenza è dunque indispensabile che vi sia una manifestazione di volontà (l'imposizione di una regola di condotta) ed è pertanto indispensabile che vi sia un *decisum* o *dictum* (*judgment*).

Anche questa (eventuale) parte della sentenza può essere considerata come un 'discorso', ma, a differenza dal *decisum*, può essere vista, a seconda dell'ideologia che si segue, o come una manifestazione di giudizio, cioè come un insieme di valutazioni, o come una mera manifestazione di conoscenza.

La sentenza può essere opera di un singolo individuo o di una pluralità di soggetti, facenti parte di un collegio. In questa seconda ipotesi è possibile che uno dei componenti si esprima in modo diverso e relativamente alla medesima questione. In teoria le soluzioni che si possono adottare di fronte ad una simile eventualità sono varie ed il loro numero aumenta se, oltre al *decisum*, la sentenza è munita anche di una motivazione¹⁰. In particolare può essere stabilita la regola della maggioranza unitariamente all'unanimità della decisione: la decisione - e l'eventuale motivazione - è quella deliberata dalla maggioranza dei membri del collegio¹¹. Può averi l'applicazione del principio maggioritario, ma con la possibilità che i singoli membri esprimano una loro propria 'opinione'¹². Questa, a sua volta, può essere conforme nel *decisum* al deliberato dalla maggioranza, ma diversa rispetto alla motivazione adottata (*concurring*), oppure può distinguersi dalla decisione della maggioranza sia nel *decisum* che per la motivazione (*dissenting*). Le possibilità si ampliano se si fa riferimento anche alla variabile della pubblicità e a quella della ufficialità delle posizioni dei singoli membri rispetto a quella della maggioranza¹³. Si possono avere sentenze in cui compaiono opinioni dissenzienti o concorrenti, ma non anche il nome dei giudici che le hanno espresse¹⁴. Oppure è possibile che la sentenza, *decisum* e

8. Ci si riferisce unicamente a quelle ipotesi in cui si fa ricorso al principio maggioritario, fermo restando che è anche possibile imporre la regola dell'unanimità e in caso di contrasti emanare una sentenza di *non liquet*.

9. Questa è la soluzione adottata in Italia con l'art. 276 c.p.c..

10. Questa è la soluzione positivamente esistente nei paesi anglosassoni, ma con molteplici varianti: ad esempio in Gran Bretagna la sentenza, 'collegiale' è l'insieme delle opinioni dei giudici, e la decisione del collegio viene determinata solo a posteriori una volta che tutti i membri si sono espressi. Negli Stati Uniti d'America, invece, a livello di Corte Suprema, ormai dai tempi del giudice John Marshall è invalsa la prassi di manifestare l'opinione della maggioranza della Corte con la facoltà per i singoli giudici di esprimere in seguito le loro *concurring* e *dissenting opinions*. Una situazione analoga a quella inglese si aveva presso la Corte Fiorentina in cui le opinioni dei singoli giudici erano all'atto complessivo costituite dall'altro complesso costituito dalla 'motivazione'. La possibilità di stabilità per la prima volta nel 1502 in età repubblicana, di manifestare opinioni dissenzienti, denominata 'voto di riserva' era conservata nell'ambito del Granducato di Toscana, sebbene con un intervallo durante il quale (influenza napoleonica, fino al 1859, cioè fino all'unificazione del Regno d'Italia. Cfr. GORLA G., "Le opinioni non segrete dei giudici dissenzienti nelle tradizioni dell'Italia preunitaria", in AA.VV., "Il segreto nella realtà giuridico italiana", Padova, Cedam, 1983, pp. 145 e sgg.; GORLA G., "Procedimento individuale. Voto dei tribunali fra i secoli XVI e XVIII", in SBRICCOLI M. e BETTONI A. (a cura di), "Grandi tribunali e Role nell'Italia di antico regime", Milano, Giuffrè, 1993; BENTIV. V., "Per il ritorno al voto di scissura nelle decisioni giudiziarie", in MORATI C. (a cura di), "Le opinioni dissenzienti", Milano, Giuffrè, 1964; NABELMANN K.H., "The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy", in *The American Journal of Comparative Law*, 1959, pp. 415 e sgg.

11. "One of the sharpest points of contrast between the two legal cultures is the prevalence within the English speaking legal system of multiple opinions, both concurring and dissenting, at the appellate court level. dissent is resolved, and the published motivation is then presented as the single - and, as it might appear - uncontested opinion of the whole court", MACCORMICK N., "Judgements in the Common Law", in PERELMAN CH. et FORIERS P. (eds.), "La motivation des décisions de justice", Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1978.

12. Questa era la proposta di Costantino Mortati per l'eventualità dell'introduzione della *dissentant* a Corte Costituzionale, cfr. MORATI C., "Preghiere", in MORATI C. (a cura di), "Le opinioni dissenzienti", cit., p. X; questa era la situazione esistente in Danimarca prima della riforma del 1958, cfr. NABELMANN K.H., "The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy", cit.. Sul punto relativamente alla Corte costituzionale italiana, cfr. ANZON A., "Per l'introduzione dell'opinione dissente dei giudici costituzionali", in *Pol. Dir.*, 1992, pp. 329 e ss.; ROMBOLI R., "L'introduzione dell'opinione dissente nei giudizi costituzionali: strumento normativo.

richiede la sua controllabilità; 2) tramite la possibilità di conoscere una pluralità di ipotesi ricostruttive delle scelte di fondo della vicenda e tramite un occhio critico interno al collegio, si mette in grado i cittadini di compiere un più incisivo controllo dell'esercizio della funzione giurisdizionale nel suo complesso. In sostanza il *dissent* garantisce non solo una maggiore 'conoscibilità' dell'attività giurisdizionale (viene palese il modo di agire degli organi collegiali), ma anche una sua migliore 'intelligibilità'¹⁰. La *dissenting*, in tale ricostruzione giustificata dall'interessamento¹¹ di estendere il controllo diffuso sui poteri pubblici e dunque la democrazia, ovviamente, al pari della motivazione in generale, deve essere resa accessibile potenzialmente ad ogni cittadino¹².

Mario Perini

108. Detto altrimenti, relativamente alla Corte Costituzionale italiana: "...le opinioni dissenzienti (ma anche quelle concorrenti) scaltano l'idea stessa dell'univocità della giurisprudenza dedotta da una presuppota univocità della Costituzione e introducono un pluralismo di punti di vista ugualmente legittimi. Se uno di essi deve prevalere, non è perché solo questo sia legittimo o vero, e gli altri illegittimi o falsi, ma semplicemente perché ad una decisione deve pur sempre giungere la causa. ... L'opinione dissente (e concorrente) sostituisce alla convinzione che le soluzioni dei casi costituzionali siano vere o false, l'idea che siano più o meno ragionevoli (e che anche l'apprezzamento del grado di ragionevolezza di una o di un'altra soluzione possa mutare nel tempo)." (ZAGREBELSKY G., "Intervento", in ANZON A. (a cura di), "L'opinione dissente", cit., pp. 156-157).

109. Per questa dicotomia cfr. sopra p. 2 e nota n. 51.

110. Cfr. WRÓBLEWSKI J., "Volunt separatum dans la théorie et l'application judiciaire du droit", cit., pp. 367 e sgg.

111. E' certo che la pubblicità diretta a rafforzare la democrazia presuppone, ma a sua volta porta come conseguenza, un'elevata coscienza e maturità sociale.

112. LORD WILBERFORCE, "Intervento", in AA.VV., "La sentenza in Europa (Metodo, tecnica e stile)", cit., p. 361.

Diritto Pubblico il controllo presuppone ed è intimamente collegato alla trasparenza, ne consegue che l'esercizio di poteri da parte di qualunque organo statale dovrebbe avvenire pubblicamente.

Relativamente alla giurisdizione, tradizionalmente il controllo diffuso è reso possibile grazie alla pubblicità del processo ed alla motivazione delle sentenze¹⁰¹; nella prospettiva sopra delineata, dunque, "l'ottica 'privatistica' del controllo esercitato dalle parti e l'ottica 'burocratica' del controllo esercitato dal giudice superiore vanno integrate nell'ottica 'democratica' del controllo che deve poter essere esercitato da quello stesso popolo nel cui nome la sentenza viene pronunciata"¹⁰². Ciò comporta, però, che la motivazione delle sentenze sia strutturata in modo da poter rendere effettivo questo controllo¹⁰³ e occorre pertanto rafforzare quella che si è detta funzione extraprocessuale.

In particolare uno degli aspetti¹⁰⁴ che dovrebbe essere sviluppato negli ordinamenti di *civil law* ed in particolare in Italia, è l'eliminazione a livello di organi collegiali¹⁰⁵ della segretezza della Camera di Consiglio e della conseguente introduzione dell'istituto della *dissenting*¹⁰⁶. Questo, infatti, come si è detto nel paragrafo '3 - *Funzioni della dissenting*', permette di far risaltare nella motivazione proprio la funzione diretta al controllo diffuso. La presenza del *dissent* nella motivazione realizza in questo modo vari scopi: 1) rende palese il fatto che l'attività di *legis executio* porta con sé una certa qual 'libertà' (di creazione o valutazione) a favore dell'organo investito della funzione: esistendo una pluralità di soluzioni accettabili¹⁰⁷ in riferimento ad una medesima controversia¹⁰⁸, la legittimazione della *legis executio*

motivazione, abbia carattere unitario, ma sia possibile per i membri del collegio manifestare non ufficialmente (ad esempio tramite organi di stampa) le loro opinioni¹³. Ancora può prevedersi la possibilità di redigere per scritto le posizioni individuali discordanti rispetto a quelle della maggioranza e contestualmente imporre la loro segretezza¹⁴.

Essendo argomento della presente esposizione la motivazione della sentenza e non tanto il suo dispositivo (*decisum*), quando si userà l'espressione *dissenting* si farà riferimento al dissenso rispetto alla motivazione, cioè propriamente sia al *dissenting* che al *concurring*, per i quali può essere fornita la seguente definizione: "le *votum separatum* y existe, c'est-à-dire le membre du tribunal a le droit de formuler sa propre opinion même quand elle n'est pas conforme aux opinions des autres"¹⁵.

2 - Modelli di motivazione e *dissenting*

Dal punto di vista del diritto positivo, oggetto della presente indagine e delle eventuali valutazioni critiche sarà il modello continentale di sentenza e in particolare, per comodità espositiva, quello italiano¹⁶. Esso, infatti, nelle sue linee fondamentali e ai fini del presente esame fornisce un buon

¹⁰⁰ "Se si riconosce la inadeguatezza (del resto palese) della dottrina cognitiva dell'interpretazione, questo modo di vedere resta privo di fondamento. Si pone allora il problema di assoggettare anche il potere giurisdizionale, come ogni altro potere dello Stato, a controlli 'esterni'.", GUASTINI R., "Commento all'art. 101 Cost", cit., p. 171.

¹⁰¹ In questo senso cfr. BENTHAM J., "Oeuvres", cit., III libro, ch. XXV ("Des moyens de publicité").

¹⁰² TARUFFO M., "La motivazione della sentenza civile", cit., p. 407.

¹⁰³ "Défendeur d'un pouvoir, dans un régime démocratique, le juge doit rendre compte de la manière dont il en use par la motivation.", PERELMAN CH., "La motivation des décisions de justice, essai de synthèse", cit., p. 422.

¹⁰⁴ Un altro consiste nell'evidenziazione all'interno della motivazione della giustificazione esterna. Su questo concetto cfr. tra gli altri WRÓBLEWSKI J., "Motivation de la décision judiciaire", cit.. Tale tipo di giustificazione, infatti, si può ritenere che svolga principalmente una funzione extraprocessuale, permettendo di operare un controllo sulla correttezza delle regole di giudizio e di ragionamento accolte dal giudice nello svolgimento dell'attività giurisdizionale; permette cioè di controllare proprio la parte più 'libera' dell'attività svolta dal giudice. Crediamo che si muova nello stesso senso Taruffo, quando afferma con un occhio ai sistemi di *common law* che: "Si ritiene indispensabile, cioè, che il giudice razionalizzi espressamente le proprie decisioni di 'politica del diritto', sia perché ciò rappresenta una garanzia intrinseca contro l'arbitrio di tali decisioni, sia perché si tratta dell'unico strumento che consente un controllo critico e democratico sulla loro giustizia sostanziale e sulla loro coerenza con i valori sociali, etici e politici dell'ambiente in cui il giudice opera." (TARUFFO M., "La motivazione della sentenza civile", cit., pp. 305-306); in altro punto poi afferma che: "Le delimitazioni del discorso giustificativo tendono infatti ad atteggiarsi in maniera diversa a seconda che esso venga diretto primariamente alle parti, al ceto dei giuristi o all'opinione pubblica. ... Nel terzo caso ... è più probabile che si ritenga necessaria la giustificazione espressa delle scelte di fondo di natura etico-politica, che investono i valori dell'ambiente sociale, e che quindi prevalga, o almeno sia presente, l'aspetto valutativo della motivazione." (TARUFFO M., "La motivazione della sentenza civile", cit., pp. 310-311).

¹⁰⁵ In Italia, relativamente agli organi collegiali amministrativi, è prevista espressamente la possibilità per i singoli membri di rendere palese il proprio dissenso rispetto alla maggioranza: "Ogni membro ha diritto che nel verbale si faccia constare del suo voto e dei motivi del medesimo, ed eziandio di chiedere le opportune rettificazioni." (art. 281 T.U. com. e prov., R.D. 3 marzo 1934 n. 383).

¹⁰⁶ Individuano un stretto legame tra pubblicità dell'opinione dissenziente e regimi democratici da una parte e segretezza della Camera di Consiglio e regimi autocratici dall'altra, i seguenti autori: DOUGLAS W.D., "The Dissent; a Safeguard of Democracy", cit.; NADELMANN K.H., "The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy", cit.; MORTATI C., "Considerazioni sul problema dell'introduzione del 'dissent' nelle pronunce della Corte Costituzionale italiana", cit., in particolare p. 164.

¹⁰⁷ Usiamo l'espressione 'accettabili' in modo da poter far riferimento sia alla ricostruzione secondo cui il *votum separatum* è l'espressione di una indeterminazione oggettiva circa i valori e le regole rilevanti per la controversia, sia a quella secondo cui la *dissenting* è semplicemente l'espressione di differenze soggettive fra le valutazioni operabili dai giudici. Per questa dicotomia si veda WRÓBLEWSKI J., "Votum separatum dans la théorie et l'idéologie de l'application judiciaire du droit", cit..

aspetti procedurali e ragioni di opportunità", in *Pol. Dir.*, 1994, pp. 281 e ss.; ROSELLI O., "Verso la dissenting opinion?", in *Quad. cost.*, 1994, pp. 513 e ss.; VIGORITI V., "Corte costituzionale e dissenting opinions", in *Foro it.*, 1994, I, 2060; PANIZZA S., "L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale", Torino, Giappichelli, 1998.

¹³ Questa è una situazione che si è verificata più volte in Italia a livello di Corte Costituzionale. Un esempio è costituito dal commento di un giudice costituzionale (Andriotti) all'ordinanza della Corte Costituzionale italiana 15 dicembre 1980 n. 164, in *Foro it.*, I, 1981, p. 292. Si veda anche l'intervento di PIZZORUSSO in OCCHIOCUPO N., "La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale", Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 132 e sgg.. Il commento di decisioni giudiziarie nell'ambito di riviste giuridiche da parte di giudici che hanno preso parte alla loro adozione è presente anche in Francia; cfr. NADELMANN K.H., "The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy", cit.. Così anche accadeva nell'*ancien régime* nei tribunali di Napoli e in Sicilia, cfr. GORLA G., "Le opinioni non 'segrete' dei giudici dissenzienti nelle tradizioni dell'Italia preunitaria", in AA.VV., "Il segreto nella realtà giuridica italiana", Padova, Cedam, 1983, pp. 145 e sgg..

¹⁴ Questo è il modello accolto in Italia in seguito alla riforma della disciplina della responsabilità civile dei magistrati, operata con la legge 13/4/1988 n. 117, in particolare art. 16. Secondo questa disciplina si può (era obbligatorio prima della sentenza della Corte Costituzionale n. 18/89) far rilevare nel verbale della Camera di Consiglio il proprio dissenso e i motivi di questo. Questo verbale è conservato in busta sigillata a cura del Presidente del tribunale; essa verrà aperta in caso di azione di risarcimento esperita dal privato danneggiato ingiustamente dalla sentenza collegiale. Lo scopo è quello di tenere indenne dall'azione di risarcimento il giudice dissenziente. Cfr. CAPPONI B., "Commento all'art. 16 della legge 13 aprile 1988 n. 117", in "Le nuove leggi civili commentate", 1989, pp. 1394 e sgg.. Questa stessa disciplina si ritrovava in Prussia tra XVIII e XIX secolo. Anche in Spagna, in seguito all'Ordinanza di Medina del 1479, e nei paesi che subirono l'influenza spagnola fu stabilita la possibilità di dissenso segreto, ma non in funzione di tutela del singolo giudice in vista di un'azione per risarcimento del danno; cfr. NADELMANN K.H., "The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy", cit..

¹⁵ WRÓBLEWSKI J., "Votum separatum dans la théorie et l'idéologie de l'application judiciaire du droit", in AA.VV., "L'ordinamento giudiziario", III, Rimini, Maggioli, 1985, p. 349. Secondo l'autore, il *votum separatum*, dal punto di vista teorico, si caratterizza per tre elementi: 1) l'esistenza di una collegialità e dunque di una decisione 'collegiale'; 2) la forma che esso assume; 3) il procedimento seguito per fornire il 'voto separato'.

¹⁶ In generale su tale modello si veda: GORLA G., "La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella 'Common Law': riflessi di tale struttura sull'interpretazione della sentenza, sui 'Reports' e sul 'Dissenting'", in *Giur. it.*, I, 1, 1965, p. 1239; SCHLESINGER R.B., "Comparative Law - Cases, Text, Materials", Mineola, New York, The Foundation Press, 1970, pp. 268 e sgg.; TARUFFO M., "La motivazione della sentenza civile", cit., pp. 319-353; PERELMAN CH. e FORTIERS P. (eds.), "La motivation des décisions de justice", Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1978; GORLA G., "Sulla via dei 'motivi' delle 'sentenze': lacune e trappole", in *Foro it.*, V, 1980, pp. 201 e sgg.; GORLA G., "Diritto Comparato e diritto comune europeo", Milano, Giuffrè, 1981; AA.VV., "La sentenza in Europa (Metodo, tecnica e stile)", Padova, Cedam, 1988; SBRICCOLI M. e BETTONI A. (a cura di), "Grandi tribunali e Rote nell'Italia di antico regime", Milano, Giuffrè, 1993.

III - Dissenting, Trasparenza e Democrazia

Un modello di legittimazione come questo⁹⁴ deve essere modificato in un ordinamento che si ispiri all'ideale assimilazione tra governanti e governati: accanto a principi soggettivi di legittimazione a carattere non democratico, che pure possono essere ritenuti compatibili con la piena affermazione della democrazia⁹⁵, è indispensabile che, a livello di attività esercitata da tutti gli organi statali, siano riconosciute forme di legittimazione democratica (legittimazione obbligatoria⁹⁶).

Finché la funzione giurisdizionale, come quella di *legis executio* in generale, era considerata applicazione meccanica della volontà generale del popolo (la *legge*), si poteva forse comprendere il motivo per cui l'attività svolta dagli organi titolari di tale funzione non fosse soggetta a nessun controllo "democratico"⁹⁷. Essendo possibile, date certe norme, una ed una sola soluzione corretta, l'unica esigenza che poteva eventualmente sussistere era quella di garantire i privati da "illegitime" invasioni della loro sfera privata, e dunque di assicurare la "correttezza" della decisione.

Se la *legis executio*, come ormai comunemente accettato a livello di teoria generale del diritto, comporta sempre e comunque uno spazio di "libertà"⁹⁸, diviene indispensabile che le relative funzioni siano soggette ad un controllo "diffuso"⁹⁹ da parte dei governati¹⁰⁰. Poiché, come si è detto, a livello di

94 Uso le espressioni legittimazione soggettiva e oggettiva, riprendendole da ROMANO-TASSONE A., "Sulla C.D. funzione democratica della motivazione dei pubblici poteri", in RUGGERI A. (a cura di), "La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale", Torino, Giapichelli, 1994, pp. 33 e 38. Quest'autore ha sua volta mutuato queste espressioni, modificandone in parte il significato, da WEBER M., "Wirtschaft und Gesellschaft".

95 KELSEN H., *Il primato del Parlamento* Milano, Giuffrè, 1982, pp. 61-77 (Democrazia nell'amministrazione); KELSEN H., "General Theory of Law and State", cit., Parte II, cap. IV, par. B, 1-1.

96 D'norma invece gli autori che hanno affrontato il problema della democrazia nell'ambito delle funzioni di *legis executio* hanno fatto riferimento all'aspetto soggettivo della legittimazione degli organi "esecutivi". In questo senso cfr. KELSEN H., *Il primato del Parlamento*, cit. (Democrazia nell'amministrazione); SCHMITT C., "Verfassungslehre", trad. it. "Dottrina della Costituzione", Milano, Giuffrè, 1984, pp. 360 e 388. Quest'ultimo autore però nel terzo significativo che ritiene si possa ascrivere all'espressione "giustizia popolare" sembra riferirsi non tanto al soggetto esercente la funzione, ma all'attività in sé considerata.

97 La precisazione è importante in quanto esistevano ed esistono molte forme di controllo degli atti e delle azioni degli organi "esecutivi", dirette a scopi diversi da quello di legittimazione democratica: ad esempio il controllo finalizzato alla tutela individuale esperibile da un soggetto che si ritiene lso dall'azione; il controllo diretto alla uniforme applicazione delle norme dell'ordinamento da parte di organi "superiori", ecc.

98 Non importa ai fini della presente analisi accertare quanto si estenda tale "libertà" o in cosa consista: libertà del diritto di giudizio di valore nei casi di "penombra" o "non chiar", scelte discrezionali limitate dal sistema nel suo complesso, ecc. In tutti questi casi infatti si può dire che l'organo "esecutivo" sta soggetta a margini di libertà e che dunque occorre che tale libertà, che si esprime tramite poteri di supremazia, sia soggetta a controllo. Non abbiamo poi considerato, in quanto si sarebbe andati oltre il tema che ci siamo assegnati, il fenomeno della creazione di norme generali da parte di organi del potere esecutivo e giurisdizionale (regolamenti dell'esecutivo, atti amministrativi generali, principi generali "vincolanti" fissati dai giudici, ci si riferisce in ipotesi, infatti, il problema della legittimazione democratica dell'attività di organi non investiti secondo regole democratiche si pone con ancora maggiore evidenza.

99 Il controllo a cui si fa riferimento è quello minimo consistente nella possibilità del "pubblico uso della propria ragione" e che corrisponde ad una forma "debole" di responsabilità "politica" degli organi statali: "in senso debole" e "debole" di responsabilità "politica" degli organi statali si dice "politicamente responsabile" di fronte alla pubblica opinione, nel senso che la pubblica opinione ha il diritto di criticarlo per le sue azioni ed opinioni". GUASTINI R., "Commento all'art. 101 Cost", cit., p. 170 nota n. 13. Si potrebbe obiettare a questa ricostruzione che è eccessivo "scomodare" la democrazia e la legittimazione democratica degli organi "esecutivi" solo per giungere ad affermare la necessità di riconoscere a tutti i cittadini la libertà di parola "relativamente alla gestione della Cosa Pubblica. Riteniamo, però, che tale esigenza, sebbene "minima", sia talmente importante e così poco realizzabile in taluni settori, ancora coperti dal segreto o affidati a tecnocrati, che giustifichi il ricorso all'ideale democratico.

esempio dei caratteri peculiari delle decisioni giurisdizionali di tipo "burocratico"¹⁰¹. Questo modello, seguito anche a livello di Comunità Europee da parte della *European Court of Justice*¹⁰².

Con l'espressione "decisione burocratica"¹⁰³ si fa riferimento ad un modello caratterizzato dall'anonimato, neutralità, personalità e specializzazione dell'organo che l'adotta, dalla sua intrinseca apparente mera tecnica loro applicazione¹⁰⁴. Quando l'organo decidente è collegiale, le sue determinazioni appaiono, quindi, essere adottate *per curiam*, cioè sono riconducibili all'organo nel suo complesso¹⁰⁵, come se si trattasse di un "essere animato", capace di atti di conoscenza. Esse dunque sono rivoluzionarie francesi¹⁰⁶, e intimamente connesse la presenza (dell'obbligo) della motivazione, inessa come espressione del fondamento logico-giuridico della decisione. Anche la motivazione, come in generale le dei giudici componenti il collegio.

Questo modello di decisione è la conseguenza di una determinata struttura ed organizzazione degli uffici giurisdizionali, che a sua volta è il frutto di una determinata ideologia dello Stato (divisione dei poteri, democrazia limitata al potere legislativo¹⁰⁷) e dell'ordinamento giuridico nel suo complesso (giuspositivismo¹⁰⁸).

Profondamente diverso¹⁰⁹ appare il modello delle sentenze nei paesi di *common law*, in particolare del Regno Unito¹¹⁰. Questo si caratterizza per la personalizzazione dell'organo decidente, per la non unitarietà dell'atto decisionale collegiale derivante dalla espressione separatamente (*seriatim*) delle

107 Cfr. WEBER M., "Wirtschaft und Gesellschaft", trad. it. "Economia e società", Milano, Edizioni di Comunità, 1980, libro I, parte I, 3, par. 3-5; vol. III, parte II, 7, par. 7-8; TARUFFO M., "La motivazione della sentenza civile", cit., p. 304; TARUFFO M., "Motivazione", voce dell'Enciclopedia Giuridica Treccani.

108 Cfr. CAPOTORTI F., "Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee", in AA.VV., "La sentenza in Europa (Metodo, tecnica e stile)", cit.

109 Essendo un modello ricostruttivo, non ha importanza che poi nella realtà si trovino singole sentenze non conformi o non pienamente conformi a questo.

110 In questo senso si parla anche di "formal style", cfr. MACCORMICK M., "Judgements in the Common Law", in PERELMAN CH. et FORIERS P. (eds.), "La motivation des décisions de justice", Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1978.

111 La decisione emessa dall'organo giudiziario collegiale, nel nostro ordinamento, tanto in materia civile che penale, è un atto unitario, alla formazione del quale concorrono i singoli membri del collegio, in base allo stesso titolo ed agli stessi doveri. ... la decisione, sia essa sentenza, ordinanza o decreto, non rappresenta la somma di distinte volontà e convincimenti dei membri del collegio, ma la loro sintesi - operaia secondo la regola maggioritaria - la quale rende la decisione impersonale e imputabile al collegio nel suo insieme". Corte Costituzionale 1-19 gennaio 1989 n. 18, in *Giur. Cost.* 1989, p. 88.

112 L'obbligo della motivazione in realtà era presente in molte legislazioni italiane pre-rivoluzionarie, ma nell'ambito di un modello di sentenza (cosiddetto "stile reale"), profondamente diverso da quello "burocratico". A questo proposito si vedano le opere di GORLA citate alla nota n. 16.

113 Cfr. KELSEN H., *Il primato del Parlamento* Milano, Giuffrè, 1982.

114 In generale BOBBIO N., "Il Positivismo giuridico", Torino, Giapichelli, 1979.

115 Un'importante differenza tra il modello continentale e quello insulare di decisione, ed in particolare della motivazione di queste, consiste nel fatto che le decisioni "burocratiche" sono "pubbliche" in forma ufficiale, mentre quelle "insulari" sono *reported* ma non "ufficialmente".

116 ATTALI P.S., "Judgements in England", in AA.VV., "La sentenza in Europa (Metodo, tecnica e stile)", cit., pp. 140 e segg.

fattispecie concreta, esiste un'unica conclusione corretta al sillogismo giuridico. La configurazione del ragionamento del giudice, monocratico o collegiale che sia, come processo logico-deduttivo, cioè meramente conoscitivo, che investe tutte le fasi dell'interpretazione- dalla scelta della norma alla sua interpretazione, alla qualificazione giuridica dei fatti- si riconduce alla convinzione del giudice come organo neutrale, passivo, rispetto agli interessi coinvolti nella controversia, che 'trova' l'unica soluzione corretta⁸⁸.

Questo modello di sentenza ('burocratica', contenente una mera dichiarazione di scienza), richiede l'uso di un linguaggio tecnico e di uno stile 'formale'. La sentenza, infatti, opera di professionisti, deve apparire il frutto dell'applicazione di regole della scienza logico-giuridica. In questo modo la motivazione svolge quasi esclusivamente quella che si è detta funzione endoprocessuale; è cioè diretta a perseguire unicamente uno scopo all'interno dell'universo processuale⁸⁹. Secondo questo modello, la funzione extraprocessuale è assolutamente inutile in quanto non serve legittimare democraticamente dei poteri che in realtà sono 'nulli', consistendo nella mera applicazione della legge.

E' dunque possibile comprendere per quale motivo, in gran parte degli ordinamenti che hanno subito direttamente l'influenza francese post-rivoluzionaria, il principio democratico viene realizzato quasi esclusivamente a livello di organo legislativo. Solo il Parlamento, infatti, è libero di agire e creare diritto, eventualmente nei limiti dei valori politici fissati nella Costituzione⁹⁰. Il Potere giurisdizionale⁹¹ è un 'potere' neutro e dunque non ha bisogno di una legittimazione democratica, o meglio la sua legittimazione deriva, da una parte, dal fatto di compiere una mera applicazione di norme create dall'organo rappresentativo del popolo; dall'altra, di svolgere tale attività in maniera (apparentemente) 'razionale' e logica, senza alcun spazio di libertà⁹². Dunque la legittimazione del giudice deriva indirettamente dalla democraticità dell'organo che crea le norme, e direttamente dall'imparzialità nell'applicazione di queste.

Questa è una possibile spiegazione di un dato di fatto del diritto positivo, almeno dell'ordinamento italiano: sebbene sia pienamente riconosciuto il principio di democrazia⁹³, esso non spiega i suoi effetti sul Potere giudiziario, come anche su quello Esecutivo.

volontà dei singoli giudici²⁷, per la discorsività dello stile²⁸, per l'assenza (dell'obbligo) della motivazione²⁹, per l'apparente carattere volitivo e non meramente cognitivo della decisione. E' tipica di questo modello la presenza, nell'ambito delle sentenze degli organi collegiali (per lo più di seconda o terza istanza), di una pluralità di 'motivazioni' (*dissenting and concurring opinions*) relativamente alla stessa decisione (*judgement*). Quest'ultimo elemento è il frutto di un'evoluzione storica ben precisa, in cui la decisione si formava oralmente in udienza con la manifestazione delle posizioni dei singoli componenti dell'organo decidente³⁰.

Come si è detto il modello di sentenza a cui si farà riferimento è quello italiano - continentale, mentre per quanto concerne l'istituto del *dissent*, il modello sarà quello anglosassone, in particolare inglese. In questo la *dissenting* è manifestata pubblicamente in udienza e poi *reported* negli organi di stampa.

3 - Funzioni³¹ della *dissenting*

Essendo la *dissenting* un aspetto della motivazione, le funzioni di questa possono essere ricavate da quelle svolte dalla motivazione di una decisione giurisdizionale ed in genere di un atto dei pubblici poteri.

"La motivation du jugement est donc d'une haute importance, pour le public et pour le juge même. ... la motivation des jugements explique la bonne conduite des grands juges d'Angleterre."³². In base a questa ricostruzione (l'obbligo o la prassi del)la motivazione, sempre che questa sia accessibile, esplica due funzioni fondamentali: l'una di ordine 'psicologico' nei confronti del giudice, l'altra 'sociale' nei riguardi del pubblico³³. In particolare, l'organo decidente viene indotto ad adottare decisioni più

⁸⁸Più ampiamente cfr. TARUFFO M., "La motivazione della sentenza civile", Padova, Cedam, 1975, p. 165-170; per una ricostruzione storica cfr. GORLA G., "Sulla via dei 'motivi' delle 'sentenze': lacune e trappole", cit., pp. 208-209 e 211-212; ROSSI A., "La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati e gli organi collegiali", cit., pp. 262-263.

⁸⁹Cfr. TARUFFO M., "La motivazione della sentenza civile", cit., pp. 210-211

⁹⁰Per una definizione del potere politico, in particolare rispetto a quello discrezionale, si veda CUGUERRA G., "L'attività di Alta Amministrazione", Padova, Cedam, 1973, p. 72-77.

⁹¹Per quanto concerne il potere esecutivo cfr. KELSEN H. *Il primato del Parlamento* Milano, Giuffrè, 1982, pp. 61-77 (Democrazia nell'amministrazione).

⁹²Cfr. TARUFFO M., "La motivazione della sentenza civile", cit., p. 168.

⁹³Art. 1, I comma, Costituzione Italiana "L'Italia è una repubblica democratica...".

²⁷"...le opinions dei giudici inglesi (e di quelli dei paesi influenzati dal rito inglese), in qualsiasi modo rese palesi, sono atti separati dalla sentenza nel senso del dispositivo con gli elementi atti ad individuare la lite." GORLA G., "Le opinioni non 'segrete' dei giudici dissenzianti nelle tradizioni dell'Italia preunitaria", cit., p. 147.

²⁸"Judgements in the Common Law system, are written, especially today, in a somewhat discursive style." ATIYAH P.S., "Judgements in England", in AA.VV., "La sentenza in Europa (Metodo, tecnica e stile)", cit., p. 145.

²⁹Quando si afferma che nel modello anglosassone manca la motivazione, si fa riferimento al fatto che è assente un obbligo imposto dalla *common law* (ma vd. adesso la decisione *Doody v. Secretary of State* ([1993] 3 All E.R. 92) di motivare le decisioni giurisdizionali, non anche che nella prassi le decisioni non siano mai motivate. Si consideri, però, che nei paesi di *common law* "il sistema dello stare decisis è possibile in quanto il precedente non sia costituito da un dictum immotivato, ma contenga invece l'individuazione espressa della ratio decidendi su cui la questione si fonda.", TARUFFO M., "La motivazione della sentenza civile", cit., p. 347.

³⁰Cfr. SCHLESINGER R.B., "Comparative Law - Cases, Text, Materials", cit., pp. 323-4; STEIN G.P., "Judgements in the European Legal Tradition", in AA.VV., "La sentenza in Europa (Metodo, tecnica e stile)", cit., in particolare pp. 33-34; GORLA G., "La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella 'Common Law': riflessi di tale struttura sull'interpretazione della sentenza, sui 'Reports' e sul 'Dissenting'", p. 1255.

³¹In coerenza con la presente analisi 'dall'esterno' della sentenza (cfr. p. 1), saranno prese in considerazione le funzioni 'pragmatiche' delle decisioni giurisdizionali, non anche quelle 'ideologiche': "La fonction idéologique de la motivation est de déterminer les 'sources' de la décision d'une façon intelligible, de donner les arguments qui soutiennent la décision dans les contextes de la controverse qui avait lieu pendant le procès. ... La motivation légale sert aussi aux valeurs praxéologiques.", WRÓBLEWSKI J., "Motivation de la décision judiciaire", in PERELMAN CH. et FORTIERS P. (eds.), "La motivation des décisions de justice", cit., p. 126.

³²BENTHAM J., "Oeuvres complètes", Bruxelles, Louis Hauman et Compagnie, 1830, III libro, ch. XXV ("Des moyens de publicité"), p. 53-54.

³³Si preferisce usare il termine neutro di 'pubblico' anziché quello, forse più corretto, di 'uditório'; quest'ultimo infatti è legato ad una precisa concezione del ruolo del giudice e della struttura, funzione e contenuto della decisione giurisdizionale, cioè quella che risale alla teorizzazione di Perelman. Cfr. PERELMAN CH., "La motivation des décisions de justice, essai de synthèse", in PERELMAN CH. et FORTIERS P. (eds.), "La motivation

Stato, con la conseguente "burocratizzazione" dell'apparato statale". Da questa a sua volta deriva 2) giurisdittivismo ed attinente alla teoria del silllogismo giuridittiale". Sono note d'altra parte le critiche della magistrazione, e più in generale della cultura giuridittale positiva, delle idee del Quesada concezione può essere vista come la vulgata comunemente accolta a livello di cultura successivamente cosa accade nella Camera di Consiglio.

Questa concezione può essere vista come la vulgata comunemente accolta a livello di cultura successivamente cosa accade nella Camera di Consiglio.

Questa concezione può essere vista come la vulgata comunemente accolta a livello di cultura successivamente cosa accade nella Camera di Consiglio.

Questa concezione può essere vista come la vulgata comunemente accolta a livello di cultura successivamente cosa accade nella Camera di Consiglio.

Questa concezione può essere vista come la vulgata comunemente accolta a livello di cultura successivamente cosa accade nella Camera di Consiglio.

Questa concezione può essere vista come la vulgata comunemente accolta a livello di cultura successivamente cosa accade nella Camera di Consiglio.

Questa concezione può essere vista come la vulgata comunemente accolta a livello di cultura successivamente cosa accade nella Camera di Consiglio.

elaborate e "corrette": dovendo, infatti, fornire le ragioni di una determinata "scelta", non sarà possibile agire d'istinto o comunque occorrerà ripensare alla decisione presa d'istinto al fine di fornire una spiegazione convincente, nel senso di "che sia in grado di giustificarsi". Sarà dunque più difficile adottare sentenze inique e ne deriverà un bene per tutta la società. Indipendentemente da ciò, il pubblico, comunque, trarrà beneficio dalla, poiché sarà in grado di controllare l'esercizio della funzione giurisdittionale.

in tale ricostruzione viene, però, dimenticata una funzione altrettanto importante svolta dalla motivazione, e sulla base della quale è storicamente sorto l'obbligo (e la prassi) di fornire le ragioni di una decisione dei Pubblici Poteri, vale a dire la tutela dei soggetti coinvolti nel procedimento decisionale.

Quest'ultima a sua volta può indirizzarsi: a) nei riguardi di soggetti direttamente interessati dalla controversia oggetto della sentenza (es. parti del processo, soggetti legittimati ad impugnare la decisione, giudice dell'impugnazione, ecc.); b) nei confronti del pubblico.

La prima delle funzioni "estreme" della motivazione è comunemente denominata "endoprocedurale", la seconda "extraprocedurale". a) La funzione "endoprocedurale" consiste nel far sì che le parti si rendano conto con chiarezza del significato della decisione, specialmente nell'eventualità di un'impugnazione, e nel consentire al giudice dell'impugnazione di valutare adeguatamente il fondamento della decisione impugnata". b) Quella "extraprocedurale" consiste "nel rendere possibile il controllo esterno, da parte dell'opinione pubblica e della società in genere, sulla fondatezza e sulla legalità della decisione".

Nell'ambito di questa seconda funzione "estrema", è possibile operare un'ulteriore specificazione, per il caso in cui la motivazione eserciti i suoi effetti nei confronti di una parte determinata del

giurisdittionale.

invece tra loro.

trova ampio spazio il segreto⁷² (camera di consiglio, motivazione unica, da cui dovrebbe trarsi il convincimento di una unanimità di consensi⁷³, ecc.). Non si ritiene che tale fenomeno⁷⁴ possa essere spiegato ricorrendo alle ragioni di opportunità fornite tradizionalmente⁷⁵, secondo cui i singoli giudici risultano essere più protetti da pressioni esterne⁷⁶ oppure che la decisione viene ad assumere una maggiore forza e dignità⁷⁷. La spiegazione è, invece, diversa e più profonda. Alla base della segretezza della camera di consiglio⁷⁸ - e dunque della apparente unanimità della sentenza⁷⁹ (decisione e motivazione) - vi sono fondamentalmente due idee fortemente radicate nella normazione positiva e a livello di organi giurisdizionali⁸⁰: 1) la concezione organicistica⁸¹ relativamente all'organizzazione dello

⁷² GUASTINI R., "Commento all'art. 101 Cost", in BRANCA G. e PIZZORUSSO A. (a cura di), "Commentario della Costituzione", Bologna, Zanichelli, 1994, p. 159; quest'autore individua come carattere distintivo in senso formale degli atti del Potere giurisdizionale rispetto a quello legislativo, l'essere deliberati nel segreto della Camera di Consiglio.

⁷³ VARANO V., "Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna", Milano, Giuffrè, 1973, p. 264 nota 160.

⁷⁴ Questa è d'altra parte anche la posizione seguita dalla Corte Costituzionale italiana nella sentenza n. 18/1989: "nel nostro ordinamento costituzionale non esiste un nesso imprescindibile tra indipendenza del giudice e segretezza...cioè quale mezzo per assicurare l'indipendenza attraverso l'impersonalità della decisione...nessuna norma costituzionale stabilisce il segreto delle deliberazioni degli organi giudiziari, quale garanzia della loro indipendenza...Tale segreto...costituisce pertanto materia di scelta legislativa e nulla ha a che vedere con la garanzia dell'indipendenza dei giudici...l'indipendenza è un valore morale, che si realizza in tutta la sua pienezza, proprio quando si esplica nella trasparenza del comportamento.", Corte Cost. 11-19 gennaio 1989 n. 18, in *Giur. Cost.* 1989, pp. 62 e sgg., in particolare pp. 100-101.

⁷⁵ Cfr. ROSSI A., "La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati e gli organi collegiali", in *Questione Giustizia* 1988, pp. 241 e sgg., in particolare pp. 260-261.

⁷⁶ In questo senso ad es. cfr. l'ordinanza del Tribunale di Roma di remissione alla Corte costituzionale italiana del 29/4/1988: "La valenza costituzionale di tale principio [principio di segretezza di cui all'art. 276, 1 comma, c.p.c.], siccome funzionale all'indipendenza dell'attività giurisdizionale (art. 104, 1 comma, Cost.) ed alla soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, 1 comma, Cost.), non sembra possa essere posta in dubbio, atteso che proprio attraverso la impersonalità della deliberazione, dalla segretezza garantita, ciascun componente del collegio è, nella massima misura sotto tale profilo concepibile, sottratto a qualsiasi condizionamento di qualunque genere, onde la segretezza delle posizioni assunte dai singoli componenti il collegio giudicante effettivamente si pone quale strumento ineliminabile di garanzia della indipendenza del giudice e della soggezione soltanto alla legge.", in *Foro it.*, I, 1988, pp. 1670 e sgg., in particolare p. 1671. Nello stesso senso si veda il parere reso dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato al disegno di legge sulla responsabilità civile dei magistrati, parere 5/2/1987 sul disegno di legge n. 2138/S/IX del 10/1/1987, in *Foro it.*, I, 1987, pp. 656 e sgg., in particolare p. 658: "...il principio della 'segretezza' della camera di consiglio, posta a tutela dell'imparziale esercizio della giurisdizione".

⁷⁷ "It is said, for instance, that in such countries the anonymity of the per curiam decision may be necessary (a) to protect the individual judges from improper pressures, and (b) to add more dignity and force to their judgements by keeping judicial disagreements from the eyes of the public.", SCHLESINGER R.B., "Comparative Law - Cases, Text, Materials", cit., p. 325. SCHLESINGER R.B., "Comparative Law - Cases, Text, Materials", Mineola, New York, The Foundation Press, 1970, p. 324-325.

⁷⁸ Per l'Italia questa regola è stabilita dall'art. 276 c.p.c. ("La decisione è deliberata in segreto nella camera di consiglio"); art. 125, IV comma, c.p.p. ("Il giudice delibera in camera di consiglio...La deliberazione è segreta."); art. 18, I comma, Norme integrative per i giudici davanti alla Corte Costituzionale del 16/3/1956 ("Le ordinanze e le sentenze sono deliberate in camera di consiglio..."); art. 685 c.p. ("Chiunque pubblica i nomi dei giudici, con l'indicazione dei voti individuali che ad essi si attribuiscono nelle deliberazioni prese in un procedimento penale, è punito con l'arresto...").

⁷⁹ Calamandrei parlava di "esempio tipico di unanimità di Stato, che salva le apparenze a spese delle coscienze." (CALAMANDREI P., "Elogio dei giudici", Firenze, Ponte alle Grazie, 1995, p. 274).

⁸⁰ Cfr. TARUFFO M., "La motivazione della sentenza civile", cit., p. 308.

⁸¹ "La maggioranza vale unanimità: la sentenza è volontà impersonale dell'organo, non delle persone che lo compongono. Vi è indubbiamente, in questa segretezza rituale, un resto tradizionale di quella luce mistica che un

'pubblico': la dottrina e la classe giudiziaria⁸². In tale ipotesi i motivi di una decisione sono diretti a contribuire all'evoluzione della giurisprudenza: questa, allora, si potrebbe convenzionalmente denominare 'funzione esterna extraprocessuale evolutiva'⁸³.

Queste stesse funzioni individuate in generale per la motivazione possono essere riconosciute anche all'istituto della *dissenting*⁸⁴. Occorre allora chiedersi se la presenza del *dissent* in una motivazione, comporti o meno un *quid pluris* rispetto alla mera esistenza della motivazione.

³⁹ Si parla sempre di funzione *extraprocessuale* in quanto non riguarda i soggetti direttamente coinvolti nella vicenda processuale, ma soggetti estranei ad essa. Cfr. TARUFFO M., "La motivazione della sentenza civile", cit., p. 335.

⁴⁰ In Gran Bretagna la funzione extraprocessuale evolutiva deve considerarsi preminente.

⁴¹ Si indicano di seguito le funzioni specifiche che alcuni autori in Italia hanno riconosciuto all'istituto della *dissenting*.

1) "l'eccitamento del senso di responsabilità del giudice, in modo da spingerlo a non occultare la propria opinione nell'anonimato della deliberazione collegiale, e da indurlo invece ad approfondire ogni lato della questione da decidere alla luce della propria personalità di giurista e di uomo." (MORTATI C., "Considerazioni sul problema dell'introduzione del 'dissent' nelle pronunce della Corte Costituzionale italiana", in MARANINI G. (a cura di), "La Giustizia Costituzionale", Firenze, Vallecchi, 1966, p. 163; cfr. anche ANZON A., "Per l'introduzione dell'opinione dissidente dei giudici costituzionali", in *Politica del diritto* 1992, pp. 329 e sgg., in particolare pp. 332-334; DENTI V., "Per il ritorno al 'voto di scissura' nelle decisioni giudiziarie", cit., pp. 12-13 e 19 e sgg.; NADELMANN K.H., "The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy", cit.; DOUGLAS W.D., "The Dissent, a Safeguard of Democracy", in *32 Seattle Wash. J. Am. Jud. Soc'y*, 1948, pp. 104 e sgg.).

2) Una diversa valutazione dei fatti o una diversa interpretazione della norma da parte di un membro del collegio giudicante, "induce tutti ad un vaglio più accurato della ragione pro e contra, con il risultato di garantire alla stessa pronuncia della pars maior del collegio una maggiore approssimazione all'ideale di giustizia" (MORTATI C., "Considerazioni sul problema dell'introduzione del 'dissent' nelle pronunce della Corte Costituzionale italiana", p. 163; cfr. anche ANZON A., "Per l'introduzione dell'opinione dissidente dei giudici costituzionali", cit., p. 332; DENTI V., "Per il ritorno al 'voto di scissura' nelle decisioni giudiziarie", cit., p. 13; RODOTA' S., "L'opinione dissidente dei giudici costituzionali", in *Politica del diritto*, 1979, pp. 637 e sgg.).

3) "Conferire alla motivazione la completezza e l'organicità, che le consentono di ben assolvere alla funzione sua propria" (MORTATI C., "Prefazione", cit., p. IX). In particolare "la maggiore ampiezza ed approfondimento della dialettica interna fra le tesi contrastanti" assicura una decisione migliore (MORTATI C., "Considerazioni sul problema dell'introduzione del 'dissent' nelle pronunce della Corte Costituzionale italiana", p. 163).

4) "Migliore conoscibilità e controllabilità della decisione per la trasparenza dell'iter decisionario, e dunque più ampia possibilità di critica e, ad un tempo, attuazione dei principi democratici di conoscenza e controllo dell'attività di ogni autorità pubblica" (ANZON A., "Per l'introduzione dell'opinione dissidente dei giudici costituzionali", cit., p. 333; cfr. anche ANZON A., "La motivazione dei giudizi di ragionevolezza e la dissenting opinion", in AA.VV., "Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale", Milano, Giuffrè, 1994, pp. 257 e sgg.; TARUFFO M., "La fisionomia della sentenza in Italia", in AA.VV., "La sentenza in Europa (Metodo, tecnica e stile)", cit., pp. 188 e sgg.).

5) "to discuss and enunciate general principle as pointers to the future development of the law...is sometimes best fulfilled by the delivery of more than one judgement" (CROSS R., "Precedent in English Law", Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 101). "La possibilità che uno o più giudici facciano valere un'interpretazione delle medesime divergenti da quella data dalla maggioranza e così elaborata da mostrarne la maggiore aderenza al sistema, opera beneficamente poiché facilita la formazione di una 'giurisprudenza evolutiva'" (MORTATI C., "Considerazioni sul problema dell'introduzione del 'dissent' nelle pronunce della Corte Costituzionale italiana", p. 163; cfr. anche ANZON A., "Per l'introduzione dell'opinione dissidente dei giudici costituzionali", cit., p. 332; NOVARESE F., "Dissenting opinion" e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in ANZON A. (a cura di), "L'opinione dissidente", cit., pp. 375-6; MORTATI C., "Prefazione", cit., p. IX; DENTI V., "Per il ritorno al 'voto di scissura' nelle decisioni giudiziarie", cit., p. 17).

Appare chiaramente come le prime due funzioni che questi autori riconoscono alla *dissenting* possono essere ricondotte a quella che si è denominata 'funzione psicologica o interna' della motivazione; cioè indurre il singolo giudice e di conseguenza gli altri membri del collegio ad adottare decisioni 'migliori'. Il punto sub 3) può essere

Si ritiene che questa utilità aggregativa consista nell'evitarenza alcune funzioni della motivazione rispetto ad altre; il *dissent*, cioè, produrrebbe un mutamento principalmente quantitativo in relazione alle funzioni della motivazione.

Il *dissent* accentua l'effetto interno o psicologico, assicurando una maggiore efficienza dell'attività giurisdizionale nel suo complesso. E' necessario infatti da parte di tutti i membri del collegio, dissenzienti o appartenenti alla maggioranza, un maggiore sforzo intellettuale trovandosi alla presenza di una situazione potenzialmente o effettivamente conflittuale.

Grandissima influenza il *dissent* esercita relativamente ad entrambi gli aspetti della funzione extraprocessuale⁴¹. Tramite la (pubblicità del) *dissent* sarà infatti possibile esercitare da parte del giurisdizionale in generale, per il tramite di un occhio critico interno al collegio giudicante.

Tenuto conto che l'analisi che stiamo svolgendo cerca di porre in correlazione la trasparenza, la democrazia e il *dissent*, quest'ultimo sarà in seguito considerato unicamente nel suo effetto di rafforzare la funzione extraprocessuale della motivazione⁴².

Anche a livello di giurisdizione occorrerebbe abbandonare, dunque, ogni forma di 'segreto' (a meno che non sia specificamente giustificata in relazione a singoli controversie⁴³) a favore della piena affermazione della trasparenza⁴⁴. Invece, per lo più nei sistemi giuridici che hanno subito l'influenza francese⁴⁵, nell'ambito dei collegi giurisdizionali, organi a cui sono affidate le cause più importanti,

4 - In particolare trasparenza e potere giurisdizionale

Gli atti compiuti da un qualsiasi organo dello Stato devono essere pubblici.

si è visto, infatti, nel campo del diritto pubblico il controllo ha bisogno della trasparenza e tutte le azioni e *executio* richiede questo genere di controllo, non trattandosi di mera attività meccanica vincolata. Come escludere un controllo da parte dei governati (cfr. paragrafo precedente); dall'altra di per sé la *legis* soggetti incardinati negli organi che svolgono funzioni di *legis executio* (cfr. paragrafo addotta per

Quindi in un ordinamento che si vuole democratico, da una parte la preparazione tecnica dei cosiddetti Poteri dello Stato (legislativo, esecutivo, giurisdizionale).

così, sono tuttavia messi in grado di esercitare un controllo nei confronti di queste funzioni di *legis executio*. Sarà dunque necessario che la trasparenza si estenda a tutti i

l'azione degli amministratori e dei giudici, la partecipazione funzionale o istituzionale all'amministrazione e giurisdizione, ecc.), siano tuttavia messi in grado di esercitare un controllo nei

siano esclusi dalla diretta partecipazione all'esercizio di importanti poteri pubblici (tramite ad es. certa qual 'libertà, nell'esercizio del potere'. E' dunque necessario che i cittadini, soprattutto quando

mera esecuzione della legge⁴⁶, ma comporta sempre, soprattutto per il tramite della 'interpretazione', una

67 Relativamente all'attività giurisdizionale: "Le juge est considéré, de nos jours, comme détenteur d'un pouvoir, et non comme 'la bouche qui prononce les paroles de la loi', car tout en étant tenu par les prescriptions de la loi, il possède un marge d'appréciation: il opère des choix, dictees non seulement par les règles de droit applicables, mais par la recherche de la solution la mieux adaptée à la situation. Il est inséparable que ses choix soient fonction de jugements de valeur...". PERELMAN CH. "La motivation des décisions de justice, essai de synthèse", cit., pp. 149-170; CARRIO' G. R., "Sobre la interpretación en el derecho", in Id., "Notas sobre derecho y lenguaje", Buenos Aires, 421-422; cfr. anche TARUFFO M., "La motivazione della sentenza civile", Padova, Cedam, 1975, p. 149-170; Publica Amministrazione cfr. HARLAW and RAWLINGS Law and Administration, London, Weidenfeld and Nicolson, 1984; STEWART Madison's Nightmare sta in 57 University of Chicago Law Review 1990, pp. 335 e sgg. STEWART The Reformation of American administrative law sta in 88 Harvard Law Review 1975, pp. 1667 e sgg.; A.A.VV., Valori costituzionali e Pubblica Amministrazione (Atti del convegno, Firenze 19-20 /2/1993) Firenze, Edizioni Regione Toscana, 1994 (in particolare gli interventi di Allegretti e Arena); BENVENUTI F. L'amministrazione oggettiva: un nuovo modello sta in Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione 1978, pp. 6 e sgg.; COGNETTI S. Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza sta in Rivista trimestrale di diritto pubblico 1990, pp. 94 e sgg..

68 Non interessa in questo contesto accogliere una o l'altra ricostruzione proposta su che cosa sia in positivo la *legis executio*, se libera creazione del diritto o creazione vincolata al sistema nel suo complesso ovvero a specifici parametri o ancora mera discrezionalità derivante dalla necessità di interpretare il diritto.

69 In questo senso si veda già BENTHAM, il quale ammetteva il segreto nel processo giurisdizionale solo alla presenza di specifiche e concrete esigenze relative ad una determinata controversia. BENTHAM J., "Oeuvres", cit., ch. XI, pp. 291-292 ("Cas d'exception à la publicité de la procédure").

70 In questo senso si è espressa la Corte Costituzionale italiana: "la pubblicità delle udienze ... [è] ... implicitamente prescritta dal sistema costituzionale quale conseguenza necessaria del fondamento democratico del potere giurisdizionale, esercizio appunto, come recita l'art. 101, in nome del popolo, ... [il] principio, da considerare indispensabile, in un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, come il nostro, al quale non può non conformarsi l'amministrazione della giustizia, che in quella sovrantà trova la sua legittimazione.", Corte Cost. 9-24 luglio 1986 n. 212, in *Civ. Cost.* 1986, pp. 1637 e sgg., in particolare p. 1640.

71 NADBLAMN K.H., "The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy", cit.; GORLA G., "Le opinioni non 'segrete' dei giudici dissenzienti nelle tradizioni dell'Italia preunitaria", cit., pp. 151-153; GORLA G., "Civilian Judicial Decisions", in GORLA G., "Diritto comparato e diritto comune europeo", Milano, Giuffrè, 1981, pp. 711 e sgg.

assimilato alla funzione esterna endoprocessuale della motivazione; così come quelli sub 4) e 5) alla funzione esterna extraprocessuale rispettivamente 'pubblica' e 'evolutiva'.

42 CROSS R., "Precedent in English Law", cit., pp. 90-91.

43 Cf. ATYAH P.S., "Judgments in England", cit.; CROSS R., "Precedent in English Law", cit., pp. 100-101.

44 Già da questo rilievo si può intuire che a nostro parere esiste una correlazione necessaria tra i tre termini che ho preso in considerazione.

In conclusione: perché si possa affermare che in un ordinamento politico sia pienamente accolta la democrazia, intesa come governo dei governati, è necessario che laddove la legittimazione soggettiva di un organo dello Stato non derivi direttamente dal popolo, quest'ultimo debba essere messo in grado per ogni azione o atto dell'organo di operare un controllo, nel senso di poter fare 'pubblico uso della propria ragione'⁶¹. Come si è visto, per poter far ciò è indispensabile una piena realizzazione della trasparenza a livello del diritto pubblico.

3 - A quali Poteri dello Stato si applica il principio di trasparenza?

Si afferma tradizionalmente che, perché un sistema possa dirsi democratico, sia sufficiente che i principi della democrazia (rappresentativa) siano attuati a livello dell'organo legislativo⁶², sempre che si sia alla presenza di uno stato di diritto, cioè la democrazia si coniughi a livello di ordinamento giuridico con il principio di legalità. Poiché, infatti, le funzioni di *legis executio* (giurisdizionale ed esecutiva), pur potendo comportare la creazione di norme (per lo più a carattere individuale), operano, anche se con margini di discrezionalità variabili, come 'esecuzione' della 'volontà' dell'organo rappresentativo del popolo⁶³, la legittimazione all'esercizio di poteri di supremazia da parte degli organi 'esecutivi' deriva indirettamente dalla legittimazione del Parlamento. Una tipica manifestazione di questa concezione è costituita, a livello di giurisdizione, dall'idea del potere 'neutrale' o *'en quelque façon nulle'*⁶⁴, tipica del formalismo giuridico⁶⁵ e, a livello di Pubblica Amministrazione, dal modello tradizionale di azione amministrativa, che negli Stati Uniti assume il nome di *Trasmissione Belt Model*⁶⁶.

Tale ricostruzione può essere considerata ancora valida a condizione che sia pienamente assicurata a coloro da cui il potere si dice che promani la possibilità di controllo di tutti gli organi esercenti pubblici poteri. E' stato detto, infatti, in modo convincente che l'attività di *legis executio* non è

administrative law cit., nota 36 p. 1678 e il testo correlato). Cioè l'amministratore agisce come un professionista, non diversamente che da un medico o un architetto: dati certi scopi da conseguire (il benessere economico della collettività, il benessere fisico degli individui, la costruzione di un edificio), sarebbe possibile individuare in modo obbiettivo gli strumenti atti a realizzarli. Gli amministratori sarebbero legittimati ad esercitare i poteri loro attribuiti, al di fuori di ogni controllo (effettivo), in base alla loro preparazione tecnica e al fatto che essi sono vincolati per il fatto che per attuare quei fini occorre rispettare le regole tecniche della scienza amministrativa.

61 KANT I., "Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?" (1784), cit., p. 143.

62 In questo senso cfr. Kelsen H. *Il primato del Parlamento* Milano, Giuffrè, 1982, pp. 61-77 (Democrazia nell'amministrazione); Kelsen H., "General Theory of Law and State", cit., Parte II, cap. IV, par. B, k-l.

63 Per l'Italia e relativamente alla funzione giurisdizionale, ad esempio cfr. GUASTINI R., "Commento all'art. 101 Cost", in BRANCA G. e PIZZORUSSO A. (a cura di), "Commentario della Costituzione", Bologna, Zanichelli, 1994, pp. 169-170.

64 MONTESQUIEU, C.L. DE SECONDAT, "De l'esprit des lois", trad. it., Milano, Rizzoli-BUR, 1996, vol. I, parte II, libro XI, cap. VI.

65 Cfr. CARRIO' G. R., "Sobre la interpretación en el derecho", in Id., "Notas sobre derecho y lenguaje", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979; BOBBIO N., "Il Positivismo giuridico", Torino, Giappichelli, 1979, parte II.

66 La legittimazione democratica degli ampi poteri degli organi amministrativi federali deriva dal fatto che l'amministrazione è una fedeie esecutrice della volontà di organi eletti democraticamente (Congresso e Presidente); cfr. STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., pp. 1671-6 in particolare 1675; MASHAW J.L. *Due Process in the Administrative State* Yale University Press, 1985, pp. 15-18. Si tratta, dunque, di una legittimazione derivante dal principio di legalità e da quello di democrazia rappresentativa: "The Traditional Model of administrative law thus conceives of the agency as a mere transmission Belt for implementing legislative directives in particular cases. It legitimates intrusions into private liberties by agency officials not subject to electoral control by ensuring that such intrusions are commanded by legitimate source of authority - the legislature.", STEWART *The Reformation of American administrative law* cit., p. 1675.

II - Trasparenza

I - Come controllabilità

"... kann man folgenden Satz die transzendente Formel des öffentlichen Rechts nennen: 'Alle auf das Recht anderer Menschen bezogene Handlungen, deren Maxime sich nicht mit der Publizität verträgt, sind unrecht.'⁴⁵; "La publicité se lie naturellement à l'appareil extérieur de la justice"⁴⁶, "elle est l'ame de la justice"⁴⁷. In questi brani viene individuata una stretta correlazione tra 'giustizia' e 'trasparenza' (o 'pubblicità' che dir si voglia); in particolare entrambi i due filosofi citati (Kant e Bentham) ritengono che l'assenza di pubblicità, da intendersi come possibilità di controllo, comporti comunque l'esistenza di una situazione di ingiustizia. Che i due autori facciano riferimento alla pubblicità come possibilità di controllare l'operato di un soggetto di diritto pubblico (in generale per Kant e, in particolare, dei tribunali per Bentham), lo si comprende se si analizza il contesto in cui i passi citati sono posti. Quanto al passo di Kant, la *formula trascendentale*, valida non solo nel campo dell'etica, ma anche e soprattutto del diritto, viene esemplificata affermando che il confessare pubblicamente una massima non suscettibile di pubblicità, provocherebbe la resistenza di tutti contro l'obiettivo che si intende realizzare tramite l'applicazione di tale massima. Ciò significa che quella massima, che non può essere soggetta ad un 'controllo' (essere, cioè, resa pubblica)⁴⁸ se non se ne vuole vanificare gli scopi, è ingiusta. Anche per Bentham la trasparenza (di tutta la procedura giurisdizionale) permette di assicurare giustizia attraverso la caratteristica della possibilità di controllo sull'operato dei giudici da parte dell'opinione pubblica⁴⁹.

Ai fini della presente analisi, ciò che interessa non è tanto l'affermazione secondo cui senza pubblicità, non c'è giustizia⁵⁰, quanto l'idea presupposta a questa concezione: la trasparenza nel campo del diritto pubblico esprime un' esigenza di controllo, più precisamente la 'possibilità' di esercitare un controllo.

45 KANT I., "Zum ewigen Frieden", in "Kant's Werke", Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1923, p. 381. "[S]i può chiamare formula trascendentale del diritto pubblico il seguente principio: 'Tutte le azioni relative al diritto di altri uomini, la cui massima non è suscettibile di pubblicità, sono ingiuste'; KANT I., "Per la pace perpetua; Appendice II (Dell'accordo della Politica con la morale secondo il concetto trascendentale del diritto pubblico)", trad. it., in "Scritti Politici", Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1956, p. 330.

46 BENTHAM J., "Oeuvres", cit., Bruxelles, Luis Hauman et Compagnie, 1830, p. 53 (*De moyens de publicité*).

47 BENTHAM J., "Oeuvres", cit., p. 287 (*De la publicité*). Nello stesso senso si esprime BONCENNE M., "Théorie de la Procédure Civile", Bruxelles, Société Belge de Librairie, 1839, p. 278.

48 Probabilmente questa idea è correlata all'idea illuministica secondo cui il pubblico uso della ragione deve essere libero; infatti per poterlo essere costituisce presupposto indispensabile che sia conoscibile, pubblico, l'oggetto di tale sapere. "Il pubblico uso della propria ragione deve essere libero in ogni tempo, ed esso solo può attuare l'illuminismo tra gli uomini! ...Intendo per uso pubblico della propria ragione l'uso che uno ne fa come studioso davanti all'intero pubblico dei lettori" (KANT I., "Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?" (1784), in "Scritti Politici", cit., p. 143). Nel senso sopra indicato si esprime BOBBIO N. *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista italiana di scienza politica* 1980, pp. 187-188, il quale riconosce che "l'uso pubblico della propria ragione esige la pubblicità degli atti del sovrano.", p. 187.

49 In questo senso cfr. TARUFFO M., "La motivazione della sentenza civile", cit., pp. 351-352. Simile all'impostazione di Kant, è anche l'affermazione secondo cui la pubblicità del processo è strettamente collegata alla 'libertà di parola e di stampa' (il pubblico uso della propria ragione): "N'oublions pas que le principe de la publicité demande la liberté de la presse pour tout ce qui se passe dans les cours de justice." (BENTHAM J., "Oeuvres", cit., p. 53).

50 Questo pensiero infatti è il frutto di una evoluzione storica ben precisa che parte dall'Umanesimo e fa perno sulla idea della giustizia 'laica'; infatti se pensiamo, per esempio, al Medioevo la giustizia (divina), non era conoscibile dagli uomini. Si pensi in particolare alle 'ordalie', tramite cui si manifestava la volontà del Signore e dunque la giustizia.

