

La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali: principi costituzionali e sovranazionali

1. Il testo dell'intervento assegnatomi è amplissimo, poiché ha ad oggetto la questione dell'obbligo di motivazione non della sola sentenza, ma di tutti i «provvedimenti giurisdizionali», in coerenza con la previsione dell'art. 111, sesto comma, Cost., in ambito civile penale e, quindi, richiederebbe un'analisi del *quomodo* dell'obbligo in ciascuno di essi. La vastità del tema impone una scelta, inevitabilmente arbitraria. Con tale consapevolezza, mi limito ad un rapido esame dei principi costituzionali e sovranazionali, al fine di accertare quali siano le indicazioni dagli stessi desumibili in ordine al contenuto di tale obbligo.

2. L'obbligo di motivazione viene fatto risalire ad una nota prammatica di Ferdinando IV di Napoli e fu stabilito per scongiurare malignità e frodi e garantire la legalità. In seguito si è imposto quale valore fondamentale di ogni ordinamento giuridico che la Costituzione, per così dire, si è limitata a certificare.

Infatti, l'essenzialità dell'obbligo ed i suoi caratteri fondamentali, come è stato osservato (G. Monteleone) erano stati **scolpiti poco prima della promulgazione della Costituzione da una sentenza delle SU civili del 1947, la n. 1093**. Terminata la guerra, fu istituita un'Alta Corte, quale giudice speciale con la competenza di pronunciare, con sentenza in unica istanza, la decadenza e le sanzioni accessorie a carico dei senatori di nomina regia che coi loro voti e la loro azione politica avevano favorito o sostenuto l'avvento ed il consolidarsi della dittatura e l'entrata in guerra dell'Italia.

Una sentenza di detta Corte fu impugnata dinanzi alle SU penali che dichiararono inammissibile il ricorso, in quanto aveva ad oggetto una sanzione ritenuta di carattere non penale. L'impugnazione fu riproposta alle SU civili che, ai sensi dell'allora nuovo art. 362 c.p.c., la ritennero viziata da «eccesso di potere giurisdizionale», in quanto si era ritenuta non vincolata all'obbligo di motivazione.

Le SU affermarono: l'obbligo per il giudice «di specificare le ragioni del suo convincimento [...] è un elemento essenziale di ogni decisione di carattere giurisdizionale» e, «se la maggioranza delle costituzioni moderne non precisa quest'obbligo, è perché si è oramai affermato in tutti gli ordinamenti giuridici dei paesi civili il principio di carattere generale, e cioè è inconcepibile una decisione di carattere giurisdizionale senza motivazione». Le SU ritennero quindi la sentenza mancante della motivazione viziata da «eccesso di potere giurisdizionale».

La sentenza delinea i caratteri dell'obbligo sui quali vi era già allora sostanziale unanimità: è insito nella configurazione della divisione dei poteri e costituisce strumento una tecnica di garanzia della stessa; è il portato ineludibile di una magistratura professionale, elemento di legittimazione della stessa e garanzia del principio di legalità e della soggezione del giudice alla legge; è strumentale al diritto di difesa, specie con riguardo ai rimedi impugnatori.

I Costituenti trassero ispirazione anche da questa sentenza per inserirlo nella Carta fondamentale, a carattere rigido e vincolante. La circostanza che si trattava di principio "acquisito" spiega che l'unico contrasto fu tra la formulazione dell'art. 7 del progetto Calamandrei («Le sentenze e gli altri provvedimenti dei giudici devono essere motivati») e quella poi accolta («Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati»), dovuta all'on. Leone, preferita sul rilievo che «La dottrina e la legislazione sono d'accordo nel richiedere la motivazione soltanto per i provvedimenti che abbiano carattere essenzialmente giurisdizionale, cioè per quei provvedimenti che risolvono un conflitto fra due parti».

Il risultato è stato una formula generica, come imposto dalla natura della norma costituzionale, ma anche dal fatto che si trattava di un principio oramai coesistente al grado di civiltà giuridica raggiunto, già puntualmente declinato dai codici di rito e dalla giurisprudenza quanto al suo contenuto.

3. La conclusione pacifica è che la previsione costituzionale rende illegittima ogni disposizione di legge ordinaria che dovesse esonerare il giudice dall'obbligo di motivazione e stabilisce una regola che, come tutte quelle del processo, secondo quanto scriveva Piero Calamandrei, altro non è che «una massima di logica e di buon senso», la cui codificazione è tuttavia coesistente ad un sistema democratico.

Peraltro, come ancora scriveva questo autorevole studioso, la storia del processo è «la storia della trasformazione della pratica giudiziaria in diritto processuale»; per dare «credito alla sentenza dei giudici, si cominciano a cercare nei meccanismi sempre più precisi della procedura le garanzie per assicurare che essa sia in ogni caso il prodotto, non dell'arbitrio, ma della ragione».

La vera questione è allora quella del contenuto dell'obbligo: cosa occorre perché lo stesso possa ritenersi adempiuto ?

La risposta, a livello costituzionale, va data attraverso l'individuazione della *ratio* dell'obbligo (che ho sopra già indicato), desunta altresì dal coordinamento di plurime norme costituzionali e, in particolare:

- degli artt. 13, 14, 15 e 21 Cost. [concernenti i provvedimenti limitativi della libertà personale, della libertà di domicilio e della libertà di corrispondenza, il sequestro di stampa, che richiedono un atto motivato];

- dell'art. 24 Cost. Il diritto di difesa postula infatti il potere della parte di sottoporre al giudice le sue argomentazioni, di sollevare le eccezioni che sono nella sua disponibilità, di utilizzare mezzi di prova, di svolgere cioè una complessa attività processuale. Tutto ciò non avrebbe senso se il giudice non fosse poi tenuto a chiarire attraverso la motivazione su quali prove ha fondato un suo convincimento, quali argomentazioni gli hanno consentito di pervenire a determinate affermazioni, perché si sia eventualmente determinato ad una ricostruzione giuridica e, in sintesi, se veramente egli abbia giudicato *iuxta alligata et probata* e se ciò abbia fatto dando applicazione ad una norma di legge;

- dell'art. 111 Cost. ed il principio del «giusto processo» [che peraltro ha rilevanza meno pregnante di quello che talora gli si attribuisce, se si considera che la Corte costituzionale ne ha ritenuto la valenza meramente esplicativa, essendo già desumibile ed essendo stato desunto dagli artt. 3 e 24 Cost.];

- dell'art. 111 Cost, nella parte in cui, prevedendo il ricorso per cassazione per violazione di legge contro le sentenze, inevitabilmente postula che il giudice debba esplicitare il percorso argomentativo seguito;

- dell'art. 101 Cost. che stabilisce il principio della soggezione del giudice alla legge, il quale esige che il giudice indichi le norme ritenute idonee a regolare una certa fattispecie ed espliciti le ragioni che lo hanno indotto ad attribuire loro un determinato significato.

Dalla Costituzione si desume che l'obbligo della motivazione è strumentale a due finalità: una interna al processo [conoscibilità dei motivi e delle ragioni su cui si basa un provvedimento, per garantirne la correttezza e le impugnazioni]; una esterna al processo [garantire a tutti i cittadini un controllo esterno e diffuso dell'esercizio del potere giurisdizionale in un'ottica di trasparenza della funzione giurisdizionale e permettere altresì la realizzazione della funzione nomofilattica, grazie alla conoscibilità delle ragioni della sentenza di Cassazione].

4. Si tratta di indicazioni importanti, ma ancora generiche, come dimostra lo sconfinato dibattito esistente in materia civile e penale, risalente almeno al lontano 1952, anno in cui Piero Calamandrei titolava una delle sei conferenze tenute in Messico "La crisi della motivazione", ravvivato dalle recenti riforme.

Nei limiti del mio intervento, che non concerne le norme di legge ordinaria che disciplinano la motivazione e come queste sono interpretate, devodare per nota la tensione subita dal contenuto dell'obbligo, nel senso di un suo ridimensionamento, negli ultimi anni, apparendo sufficiente ricordare che, almeno a partire dalla riforma del 2009, gli interventi normativi, in ambito civile, anche codificando gli orientamenti della giurisprudenza, hanno condotto, in estrema sintesi: ad una riduzione dell'obbligo esplicativo della c.d. 'narrativa'; ad escludere che occorra occuparsi di

tutte le deduzioni difensive; a ritenere ammissibile la motivazione mediante il ricorso alle tecniche della «ragione più liquida» e dello «assorbimento»; ad ampliare casi e modi della motivazione «*per relationem*». Infine, con riguardo alle sentenze della Corte di cassazione, in considerazione della funzione essenzialmente extraprocessuale della motivazione, hanno confortato l'ammissibilità di una motivazione stringata, limitata al richiamo dei precedenti, quando a questi è data continuità, in virtù di una tecnica incentivata dalla diversificazione dei riti e dall'espansione di quello camerale.

Il senso ed il contenuto della motivazione sono stati infine compiutamente esplicitati dalle pronunce della Corte che - dopo la novellazione dell'art. 360 n. 5 c.p.c. e la scomparsa del controllo sulla motivazione - hanno tuttavia identificato il «minimo costituzionale» dell'obbligo di motivazione la cui violazione è violazione di legge.

Di ausilio è poi la giurisprudenza disciplinare – rilevante, perché l'obbligo di motivazione rileva anche sul piano disciplinare – che ha stabilito se e quando la tecnica cd. del «copia ed incolla» soddisfa l'obbligo di motivazione: è ammissibile a condizione che sussista e sia esplicitata una valutazione critica delle risultanze processuali.

Mi astengo dallo svolgere riferimenti all'evoluzione dell'obbligo della motivazione della sentenza penale, tema affidato alla collega Di Tomassi, e ritengo sufficiente limitarmi ad osservare, in via generalissima:

a) la sentenza delle **SU penali del 2017, Patalano** – con riguardo al dovere di rinnovazione del dibattimento in appello, nel caso di impugnazione di sentenza di proscioglimento all'esito del rito abbreviato – ha declinato l'obbligo di motivazione in termini stringenti e, soprattutto, l'ha condizionato ad una data modalità di celebrazione del processo, evidenziandone il carattere non retorico.

Peraltro tale interpretazione è stata sospettata di illegittimità costituzionale e la questione è stata rimessa alla CC del 20 marzo della Corte costituzionale.

b] la riforma **Orlando** ha arricchito di contenuti la lettera e) dell'art. 546 c.p.p. ed ha inteso fornire un modello standard di motivazione che mi sembra particolarmente stringente, certo più dettagliato di quello precedente.

5. La questione è dunque quella del contenuto della motivazione e – in coerenza con il contenuto dell'intervento affidatomi – occorre volgere lo sguardo anzitutto alla giurisprudenza costituzionale, per accertare le indicazioni da questa desumibili. Riferimenti al contenuto della motivazione sono evincibili da plurime pronunce della Corte; non sono invece molte quelle che prendono direttamente in esame la questione qui in esame.

E' dunque opportuno ricordare che:

a] con una recente sentenza la Corte si è limitata a ribadire l'obbligo senza identificarne il contenuto [sent. n. 77 del 2018, in tema di compensazione delle spese], in passato, specificato con la sola puntualizzazione che il parametro impone che la motivazione sia "**adeguata**" [sent. n. 64 del 1970, sul mandato di cattura], sottolineandone la finalità di garantire la corrispondenza della decisione del caso concreto alla fattispecie normativa [sent. n. 82 del 1971];

b] la Corte ha rimarcato che l'obbligo sussiste indipendentemente dal *nomen* del provvedimento, sempre che abbia natura giurisdizionale [sent. n. 103 del 1969, concernente il decreto del Pretore in tema di riorganizzazione della proprietà rurale] e lo ha riferito anche a quelli che chiudono una fase [sent. n. 4 del 1970, il decreto di citazione a giudizio davanti al pretore], il cui contenuto va identificato avendo riguardo alla funzione ed agli scopi dell'atto (nella specie, è stata ritenuta sufficiente l'enunciazione del fatto contestato, del titolo del reato, degli articoli di legge applicabili ed indica altresì i testimoni a carico e discarico che il giudice reputa utili per l'accertamento della verità), anche sent. n. 263 del 1991;

c] ha rimarcato la correlazione dei principi di pubblicità dell'udienza e dell'obbligo di motivazione, siccome strumentali e concorrenti rispetto allo scopo di garantire il «controllo sugli atti giudiziari» [sent. n. 212 del 1986].

Particolarmente importante è la sent. n. 49 del 1999. [Nel giudizio da questa deciso era stata censurata la norma che prevedeva l'impugnazione del decreto della Corte d'appello che decideva il reclamo avverso il decreto ministeriale di irrogazione delle sanzioni previste dal TU in materia di banca con ricorso per cassazione per violazione di legge e non ex art. 360 n. 5 c.p.c. (ciò, ovviamente, prima della novellazione dell'art. 360 cpc del 2006), lamentando che essa accordava una tutela giurisdizionale meno intensa rispetto a quella prevista per la sentenza che conclude il giudizio di opposizione alle comuni ordinanze-ingiunzione che applicano sanzioni pecuniarie amministrative. La censura è stata ritenuta infondata sul rilievo che], secondo cui «rientra nella discrezionalità del legislatore, da esercitare nei limiti della ragionevolezza, modellare i procedimenti per l'applicazione delle sanzioni amministrative e disciplinare l'esercizio della tutela giurisdizionale»; è stata valorizzata la specialità delle sanzioni in materia bancaria, per giudicare non illegittima la limitazione del controllo che, evidentemente, riguarda direttamente l'obbligo di motivazione;

d] i precetti codicistici sono stati giudicati sufficienti a dare attuazione al principio costituzionale, sottolineando che la motivazione della sentenza: esige che sia indicato «l'iter logico che ha portato ad essa, senza che abbiano rilievo e necessità di menzione eventuali opinioni dissenzianti, tanto in relazione alle singole questioni che al *decisum*» [sent. n. 18 del 1989]; è sempre possibile e necessaria, «indipendentemente dalla natura più o meno vincolata o discrezionale del giudizio che, di volta in volta, si tratti di motivare; a variare saranno requisiti di una motivazione "reale", adeguata alle peculiarità del suo oggetto» [sent. n. 1 del 1980], e l'ampiezza del contenuto della motivazione è stata correlata all'ampiezza della discrezionalità del giudice [sent. n. 70 del 1994].

6. In definitiva, la Costituzione pone il principio dell'obbligo o di motivazione come principio, il cui svolgimento è affidato ai codici di rito. La questione è quella del

contenuto di detto obbligo; il «minimo costituzionale» dello stesso va desunto in via interpretativa alla luce della sua finalità e del complesso dei parametri che ho sopra richiamato, avendo riguardo alla giurisprudenza costituzionale sopra richiamata..

7. E' dunque opportuno volgere lo sguardo alle norme sovranazionali ed internazionali, dando per note le questioni concernenti l'*an* ed il *quomodo* del vincolo per il giudice nazionale derivante dal diritto comunitario e convenzionale alle quali, per ragioni di tempo, non è possibile neppure accennare.

Ebbene, le Carte internazionali dei diritti dell'uomo [dalla Dichiarazione universale del 1948, al Patto di New York del 1966, alla Convenzione di Roma del 1950, alla Convenzione americana del 1969], non giovano: nessuna stabilisce infatti l'obbligo di motivazione delle decisioni giudiziali, pur sancendo la pubblicità dei processi e l'imparzialità del giudice.

8. Quanto al diritto comunitario, è possibile osservare: il Trattato sull'UE non prevede l'obbligo di motivazione; il TFUE, all'art. 253, u.c., dispone, ma a «fini interni»: «La Corte di giustizia stabilisce il proprio regolamento di procedura» ed è l'art. 36 dello statuto della Corte di giustizia a stabilire che «Le sentenze sono motivate»; il regolamento di procedura dinanzi al tribunale, all'art. 116, prevede che la sentenza deve contenere: «... l) l'esposizione sommaria dei fatti; m) la motivazione». Infine, la Carta dei diritti fondamentali, all'art. 47 non lo prevede espressamente, ma detto obbligo è desumibile dalla previsione del «diritto a un ricorso effettivo» ed a che la causa «sia esaminata equamente, pubblicamente».

Si tratta di disposizioni sostanzialmente omologhe al nostro parametro costituzionale, che nulla aggiungono ad esso.

Neanche le poche pronunce della Corte di giustizia aiutano nel dare più preciso contenuto all'obbligo di motivazione.

La Corte di giustizia, con la sentenza *Heylens* del 1982, in riferimento ad un provvedimento amministrativo, riconobbe la stretta connessione fra la motivazione e l'esercizio effettivo del diritto di difesa, riferito poi dalla sentenza *ASML* del 2006 ai provvedimenti giurisdizionali, rimarcando - molto sinteticamente e mediante richiamo della giurisprudenza EDU - che la conoscenza della motivazione condiziona la possibilità di proporre ricorso in maniera utile ed effettiva.

Il principio è stato ribadito dalla sentenza Trade Center del 2012, che, nondimeno, ha altresì rimarcato: «la portata dell'obbligo di motivazione può variare a seconda della natura della decisione giudiziaria di cui trattasi, e dev'essere analizzata in relazione al procedimento considerato nel suo complesso e sulla base dell'insieme delle circostanze pertinenti».

Rilevano, inoltre, con riguardo all'obbligo di motivazione delle sentenze del Tribunale UE, quale stabilito dalla Corte di giustizia: la sentenza *Commissione* del 2017 (C-613/13);, secondo cui l'obbligo per il Tribunale di motivare non può, in linea di principio, estendersi fino ad imporgli di giustificare la soluzione adottata in una causa rispetto a quella adottata in un'altra di cui è stato investito»; la sentenza *Nexans* del 2014 (C-37/13), la quale ha affermato che l'obbligo non impone «di fornire una spiegazione che segua esaustivamente e uno per uno tutti i ragionamenti svolti dalle parti della controversia. La motivazione del Tribunale può quindi essere implicita».

Dunque dalle norme comunitarie e dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo non sembrano evincibili criteri di riempimento più specifici quanto al contenuto della motivazione rispetto alle norme costituzionali e ordinarie.

9. Volgendo l'attenzione alla CEDU, va osservato che l'art. 6 della Convenzione CEDU non fa espresso riferimento alla motivazione della sentenza.

La Corte di Strasburgo ha valorizzato i principi della pubblicità e del giusto processo ed il diritto di difesa, e dagli artt. 6 e 13, allo scopo di affermare che questi comportano, quale normale conseguenza, che la decisione deve essere motivata.

Si tratta di un principio sostanzialmente riproduttivo della nostra norma costituzionale e che non aiuta nel tentativo di riempimento del suo contenuto, neppure agevolato dalla giurisprudenza della Corte EDU.

Tale giurisprudenza non è anzitutto agevolmente ricostruibile (anche per questioni, per così dire, tecniche relative alle modalità di reperimento) e prevedibile, in considerazione delle sue fisiologiche oscillazioni, perché le sentenze di Strasburgo sono “concrete”, nel senso che risolvono casi particolari e specifici, in quanto, come ha efficacemente osservato V. Zagrebelsky, il testo della Convenzione «è sovente vago e ridotto all’essenziale» e «la definizione dei singoli diritti resta generale e vaga»; è quindi rimessa «al giudice la responsabilità di adattare la portata dei diritti e delle libertà fondamentali alle esigenze dei tempi e allo sviluppo delle correnti culturali e sociali espresse dalla società europea contemporanea» ed «il contenuto della Convenzione (e degli obblighi che da essa derivano) è essenzialmente quello che si trae dalla giurisprudenza che nel corso degli anni essa ha elaborato». La CEDU, come ha sottolineato la Corte di Strasburgo, deve essere considerata uno «strumento vivente» [sentenza 1978, *Tyrer*] e l’interpretazione della stessa deve essere «dinamica ed evolutiva» [sentenza 2002, *Goodwin*].

Con questa avvertenza, e tenuto conto del fatto che la CEDU e la Corte di Strasburgo non prefigurano un modello generale ed astratto di motivazione, poiché, come ancora osservato da V Zagrebelsky, neppure è immaginabile che la Corte aderisca ad un’idea astratta di motivazione obbligatoria e completa (ciò che porterebbe, ad esempio, a ritenere illegittimo il sistema anglosassone della giuria), dalla giurisprudenza della Corte EDU si evince che la motivazione, non diversamente dalla Costituzione, risponde:

- ad esigenze endoprocessuali [sentenza 2000 *Karakasis*], diritto di difesa, strumentalità alla possibilità del controllo del giudice superiore;
- ad esigenze extraprocessuali [sentenza 2007 *Tatishvili*], garantire che i cittadini possano conoscere e controllare il funzionamento dell’amministrazione della giustizia.

Il contenuto dell'obbligo di motivazione è, quindi, declinato dalla Corte:
in linea generale:

* affidandosi alle circostanze del caso concreto, tenendo conto delle specifiche norme procedurali nazionali, ma anche delle tradizioni, della dottrina del singolo Stato, della natura della decisione e della stessa forma nella quale la sentenza è redatta, astenendosi dal controllo sulla correttezza dell'esame del giudice nazionale e sull'adeguatezza e sul grado di dettaglio della trattazione degli argomenti [sentenze *Van de Hurk* del 1994; *Ruiz Torija* del 1994; *Garcia* del 1999; *Urabe* del 2013];

in dettaglio:

* affermando che la motivazione non può essere affidata alla mera riproduzione delle norme applicate, senza una valutazione dei fatti [sentenze *Georgiadis* del 1997, *Markoulaki* del 2007], salvo che si tratti di decidere se sussistono i presupposti per adire un giudice superiore [sentenze *Salè* del 2006; *Gouru* del 2009];

* precisando che l'obbligo riguarda le sole questioni che presentano carattere di essenzialità, non occorrendo spiegare perché un elemento di prova sia stato preferito ad un altro [sentenze *Helle* del 1997, *Ruiz Torija* del 1994; *Van de Hurk* del 1994], né occorre una risposta dettagliata ad ogni argomentazione [sentenza *Lindner* del 2002];

* ritenendo ammissibile la motivazione *per relationem*, essendo comunque rinvenibili casi in cui la Corte ha condannato il fatto che non era stata data risposta ad un motivo di ricorso [sentenza *Dulaurans* del 2000], benchè con una pronuncia è stato ritenuto che possono esservi casi in cui la motivazione è implicita nella stessa decisione [sentenza *X v. Federal Republic of Germany* del 1982];

* reputando ammissibile la motivazione per 'incorporazione', con riguardo ad una decisione di un tribunale di grado inferiore [sentenza *Jokela* del 2002], con la precisazione che ciò va indicato [sentenza *Albina* del 2005]: il giudice deve dimostrare di avere preso in esame i fatti e non di averli recepiti acriticamente.

In definitiva, uno sguardo necessariamente sintetico alla giurisprudenza della Corte EDU permette di ritenere che:

a) la valutazione della congruità della motivazione va effettuata caso per caso ed è condizionata dalla natura e dalle circostanze del caso concreto, nonché dal tipo di provvedimento [sentenze *Ruiz Torija* del 1994, *Helle* del 1997];

b) il contenuto dell'obbligo va stabilito verificando che sia sufficiente a rendere effettiva l'impugnazione [sentenze *Hirvisaar* del 2001; *Jokela* del 2002] e ad assicurare l'effettività della tutela della garanzie fondamentali; per questa ragione è stato ritenuto ammissibile il verdetto della giuria popolare privo di motivazione, se sussistano adeguate garanzie che consentano all'imputato ed al P.M. di comprendere le ragioni della decisione [sentenza *Taxquet* del 2010].

Si tratta di affermazioni abbastanza vaghe e, comunque, che non sembrano enunciare vincoli più stringenti di quelli desumibili dalla nostra Carta fondamentale, non sembrando la stessa Corte di Strasburgo non sembra immune da talune incertezze [la procedura in sede di giudice unico, chiamato a decidere la ricevibilità o l'irricevibilità dei ricorsi, prevedeva che il ricorrente riceveva unicamente una lettera con la quale veniva informato che il ricorso non aveva soddisfatto i requisiti per essere ricevibile, con evidente elusione dell'obbligo di motivazione ed apertura alla possibilità di "filtri" sostanzialmente immotivati all'accesso alle Corti supreme nazionali. La Corte di Strasburgo, in data 1° giugno 2017, ha comunicato, ufficialmente, nel proprio sito internet, che dal giugno 2017 sarebbe cambiata la procedura ed il ricorrente, insieme alla decisione di irricevibilità, firmata dal giudice unico, avrebbe ricevuto una lettera nella quale trovare i riferimenti in base ai quali desumere i motivi dell'irricevibilità].

10. Questo breve *excursus* – e mi avvio alla conclusione - evidenzia che la questione del contenuto della motivazione, avendo riguardo alle norme costituzionali e sovranazionali, resta complessa e lo è ancora più oggi in quanto è condizionata dalla visione della giurisdizione ed in ordine a questa si contrappongono due differenti concezioni, in una fase di profondo mutamento della società:

a) per quella c.d. tradizionale, propria della modernità giuridica, ispirata all'ideale illuministico del «diritto chiaro e preciso», la giurisdizione, nella

configurazione conseguente all'avvento delle democrazie costituzionali, è espressione di sovranità, che deve svolgersi nel rispetto della Costituzione, affidata ad un corpo di funzionari, e consiste nel risolvere conflitti dando attuazione a precisi precetti posti dal legislatore, se conformi alla Costituzione;

b) per quella che si sta imponendo a seguito dell'emergere del 'protagonismo' della società e della 'fattualità' del diritto, c.d. post-moderna, il diritto è invece «frutto di invenzione», secondo l'accezione di Paolo Grossi; anche la giurisdizione *comune* opera per principi ed il giudice costruisce la regola del caso concreto, caso per caso, mediante il loro bilanciamento, ovvero mediante la concretizzazione delle clausole generali.

La complessità è ancora maggiore, se si considera che tali concezioni potrebbero convivere, dal momento che:

- la prima - caratterizzata dall'esaltazione della fattispecie e della funzione del diritto-garanzia, e non solo del diritto-tutela - potrebbe essere ancora attuale nell'ambito penale;

- la seconda - frutto della crisi, se non del funerale, della fattispecie - potrebbe essere dominante nell'ambito civilistico.

Ebbene, è evidente che nella concezione c.d. tradizionale - in cui l'applicazione della legge è essenzialmente un'operazione di logica formale rimessa a funzionari -, la finalità della motivazione resta quella appunto tradizionale. L'adeguatezza della stessa ed il controllo restano interni al processo e neppure possono essere influenzati dalla necessità di avere «attenzione e sensibilità agli effetti della comunicazione».

Infatti, come ha rimarcato il Presidente della Repubblica [20.9.2018, intervento alla cerimonia di commiato dei componenti del CSM e di presentazione dei nuovi] ciò non significa che le decisioni giudiziarie debbano essere orientate «secondo le pressioni mediatiche né, tanto meno, [è possibile] pensare di dover difendere pubblicamente le decisioni assunte. La magistratura, infatti, non deve rispondere alle opinioni correnti perché è soggetta soltanto alla legge».

Non è dunque pensabile che la motivazione possa tramutarsi in una sorta di “giustificazione” di fronte alla “opinione pubblica”, affinché sia persuasiva, secondo una visione forse anche ‘ingenua’, a prescindere dall’errore di confondere la “opinione pubblica”, nell’accezione di derivazione illuministica, con la massa indistinta ed incontrollata di quel pure indistinto aggregato di valutazioni che emerge dai nuovi strumenti di comunicazione.

Nella concezione post-moderna, l’obbligo di motivazione è invece inevitabilmente destinato ad arricchirsi di nuovi contenuti e si interseca con le questioni – cui qui posso soltanto accennare – del titolo di legittimazione del giudice e dell’*an* e del *quomodo* della stessa come strumento appunto di tale legittimazione.

Si tratta di problemi complessi, suscettibili di soluzioni necessariamente contingenti e mutevoli, come è normale, posto che il dinamismo è carattere coesistente dell’ordinamento giuridico, che si sviluppa mediante un confronto continuo, in un percorso senza fine ed attraverso un dibattito «corale». Resta fermo che tale dibattito deve avere quale stella polare la Costituzione, che costituisce il centro verso cui tutto deve convergere, piuttosto che quello da cui tutto si diparte, dovendo dunque il dibattito svolgersi nell’osservanza delle regole della dialettica, del confronto e del bilanciamento e dei principi fondamentali stabiliti dalla Carta fondamentale.