

Il processo di innovazione organizzativa nella realtà giudiziaria

Daniela Piana

SOMMARIO: 1. Introduzione -2. La logica del cambiamento, fra burocrazia e post-burocrazia - 3. Il magistrato come attore giudiziario cognitivamente situato - 4. I magistrati dinnanzi al cambiamento: vischiosità istituzionali e dissonanze cognitive - 5. Legami deboli: necessità e virtù

1. Introduzione

«Il modello è per definizione quello in cui non c'è niente da cambiare, quello che funziona alla perfezione; mentre la realtà vediamo bene che non funziona e che si spappola da tutte le parti; dunque non resta che costringerla a prendere la forma di modello, con le buone o con le cattive»¹.

L'attività politica è intrinsecamente legata alla funzione di governo, ovvero all'insieme di azioni e strategie adottate nell'ottica di garantire il raggiungimento di obiettivi collettivi. La funzione di governo ha una diretta relazione con l'esercizio del potere, se per potere intendiamo l'influenza del corso delle azioni altrui sia sull'insieme di strumenti considerati legittimi, sia sull'insieme delle finalità verso cui tendere. Mentre possiamo misurare la razionalità dei mezzi sulla base della capacità di governo di allocare autoritativamente risorse, la razionalità dei fini attiene ai valori condivisi da una collettività e quindi si garantisce attraverso la allocazione persuasiva di risorse di tipo simbolico e cognitivo.

Se la funzione del governare non necessariamente deve essere orientata a cambiare lo status quo, è anche vero che intrinsecamente la realtà sociale contiene al suo interno i semi del suo proprio cambiamento. Ciò equivarrebbe a dire che per governare ci si deve confrontare anche con la capacità di guidare e monitorare il cambiamento. Per fare questo l'istituzione preposta a coadiuvare i processi di cambiamento assume o come obiettivo predeterminato o semplicemente come ideale verso cui tendere un modello, quello che la realtà non è, ma che potrebbe essere. Infatti per migliorare occorre essere forniti di un parametro di riferimento, un modello del "dover essere", o quantomeno dell'"essere meglio di". Italo Calvino rende Palomar particolarmente sensibile alla questione del modello. Certo un modello è di cruciale importanza. Ma dove trovarne uno? Alla fine di una stancante peregrinazione alla ricerca del modello e delle strategie per diminuire ovvero annullare il gap che esiste fra modello e realtà, fra ideale e reale, Palomar conclude: "Il modello è per definizione quello in cui non c'è niente da cambiare, quello che funziona alla perfezione; mentre la realtà vediamo bene che non funziona e che si spappola da tutte le parti; dunque non resta che costringerla a prendere la forma di modello, con le buone o con le cattive"².

¹ CALVINO, *Palomar*.

² Il riferimento al famoso testo di Italo Calvino si spiega ricordando il tentativo da parte di Palomar di trovare il modello dei modelli, ovvero quell'insieme di parametri, logiche, standard capaci di rendere non solo intelligibile il reale in tutte le sue manifestazioni, ma anche gestibile il reale in tutte le sue pro-

La scelta dicotomica fra reale e ideale si potrebbe anche tradurre nei termini delle politiche del cambiamento organizzativo in un *impasse*. Delle due l'una. O abdicando ogni programmazione e progettazione del futuro si concepisce l'insieme delle vicende umane come l'effetto di comportamenti determinati da strutture, insieme di regole stabili e prevedibili, le quali guiderebbe in modo così puntuale le azioni degli individui da non meritare queste ultime alcuna attenzione da parte di un osservatore. O esercitando una pervicace resistenza a tale abdicazione si concepiscono gli affari umani come l'effetto d'insieme di azioni che, sotto-determinate da regole, ma comunque intelligibili, vanno intese come l'espressione di forze cognitive e motivazionali situate. Abbandonati i modelli e le teorie onnicomprensive, non resta che dedicarsi al meno entusiasmante, ma di certo più sostenibile, studio delle situazioni d'azione.

La posizione raggiunta da Palomar mette sotto scacco il ragionamento pratico sotteso alle azioni di progettazione del cambiamento. Se non posso generalizzare né dedurre dal modello quelle caratteristiche verso cui indurre la realtà a modificarsi anche la cognizione della progettualità politica viene minata alla base.

Il tipo di conoscenza che le scienze sociali ci forniscono incide molto sulla efficacia e sulla efficienza del nostro ragionamento pratico. Infatti, teorie sociali empiricamente adeguate ed utilizzate in modo pertinente possono aiutarci a fare scelte opportune. Al contrario teorie sociali applicate ad ambiti per i quali le variabili non sono rilevanti finiscono per deviare la scelta su alternative *empiricamente non sostenibili*.

La tesi che cerchiamo di sostenere in queste pagine consiste nell'affermare che le politiche di innovazione organizzativa adottate nel nostro Paese in materia di politica giudiziaria mancano di una base di conoscenza empirica che permetta loro di ridurre il gap fra il modello e la realtà. Come possono intervenire le scienze sociali in questo?

Le teorie sociali forniscono una conoscenza avente validità di medio raggio³. Abbiamo lungamente compreso che le *grandes théories* non rappresentano uno strumento cognitivo adeguato a guidarci nel mondo complesso costituito dagli affari umani. Tuttavia la delimitazione dell'ambito di validità di ipotesi e euristiche di ricerca implica che a fronte di strumenti fallibili occorre avere strategie di gestione dell'errore e della fallibilità dell'azione che si basa su tali presupposti conoscitivi. Esiste un valore aggiunto insito paradossalmente nella debolezza e quindi nella limitata certezza degli strumenti cognitivi con cui possiamo avvicinarci al mondo sociale per cambiarlo. Tale valore aggiunto si sostanzia nella necessità di attivare dei meccanismi di controllo non soltanto funzionanti *ex ante* e *ex post* l'azione, ma anche *in itinere*.

blematiche e criticità. In altri termini Calvino critica con Palomar la possibilità di sussumere sotto un unico ed esclusivo modello la infinita varietà della fenomenologia umana, sia individuale, sia collettiva.

³ Il dibattito epistemologico è vastissimo e esonda i limiti di questo lavoro la sua trattazione critica. Ci sentiamo però di fare riferimento a R. BOUDON, *Il posto del disordine*, Bologna, 1990, 110 e ss. dove l'autore discute delle teorie di medio raggio; ID., *L'arte di persuadere se stessi*, Milano, 1993.

Torneremo su questo aspetto in seguito. Veniamo ora invece alle istituzioni giudiziarie e alla loro organizzazione. Dal punto di vista delle scienze sociali gli uffici giudiziari possono essere considerati come unità organizzative dove si svolgono processi decisionali complessi.⁴ Essi ricevono informazioni e attraverso procedure decisionali più o meno consolidate generano un output. Il modo con cui si guarda agli uffici giudiziari non è neutro rispetto alle modalità che ci si può sentire legittimati a intervenire su di essi per poterli riformare, modificare, innovare. In altri termini, le pagine che seguono vogliono essere sia un invito a esplicitare i presupposti analitici e metodologici su cui si fondano le nostre riforme giudiziarie, sia l'elaborazione di un modello di analisi per guardare e dunque meglio governare il cambiamento all'interno dei tribunali e delle procure.

2. La logica del cambiamento, fra burocrazia e post-burocrazia

Uno dei tratti distintivi del pensiero moderno è quello di avere identificato con la unitarietà dell'azione politica e del controllo del territorio la sistematicità e la coerenza dello strumento giuridico attraverso cui tale azione viene istituita. L'assetto organizzativo burocratico rappresenta in tal senso il precipitato istituzionale di una più profonda e durevole visione del mondo che mette l'accento sulla sequenzialità, linearità e prevedibilità degli ordini sociali costruiti dalla mente dell'uomo. Non è tanto importante chiedersi se questo modo di guardare alla realtà sociale trovi verifica e corroborazione dell'effettivo stato delle cose. D'altronde, sul piano delle azioni che creano istituzioni, che fissano regole e procedure e che elaborano strategie politiche, il "come si pensa che sia organizzato il mondo" diventa importante quanto se non più di come in realtà il mondo è organizzato.⁵ È dunque sul presupposto di una realtà organizzata in modo gerarchico che si basa la larga parte delle azioni politiche che attengono alla presenza dello Stato nella società. In particolare questo si interseca con la settorializzazione del settore pubblico. Ciascuno dei settori è organizzato in modo gerarchico e gestito secondo una razionalità decisionale di tipo burocratico.⁶

Un assetto burocratico unisce in sé alcune proprietà distintive. In primo luogo una razionalità sinottica, la quale prevede che fra l'input e l'output del processo decisionale non vi sia alcuna invenzione, ovvero alcuna creazione di informazione. Deve conseguentemente esistere una (quasi) perfetta linearità fra le premesse della decisione e la decisione stessa. In secondo luogo l'unitarietà strutturale prevede che i passi che

⁴ Lo studio organizzativo degli uffici giudiziari è oggi un filone affermato nelle scienze sociali a livello internazionale. Ricordiamo alcuni lavori che hanno segnato in Italia e all'estero le principali direttrici di studio: S. ZAN, *Fascicoli e tribunali: il processo organizzativo in una prospettiva organizzativa*, Bologna, 2003; M. FABRI, P. LANGBROEK, *The Administration of Justice in Europe*, Bologna, 2003; ID., *The Right Judge for Each Case*, Antwerp, Interscientia, 2007; A. AIKMAN, *The art and practice of court administration*, CRC Press, 2007.

⁵ M. DOUGLAS, *Come pensano le istituzioni*, Bologna, 1990.

⁶ H. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1967 e per una interpretazione interazionista delle burocrazie, M. CROZIER, *Il fenomeno burocratico*, Milano, 1969.

portano alla decisione siano rappresentabili come l'esito dell'esecuzione di un algoritmo, una procedura, la quale, proprio per come è congegnato, è in grado di generare in modo perfettamente consequenziale il processo decisionale dall'inizio alla fine. Essendo che ogni passo decisionale è la conseguenza di quello precedente, non esiste alcuna possibilità di innovazione all'interno del processo. In tal senso, immaginando il sistema giudiziario come un sistema dove il livello decisionale L_1 determina in modo lineare e univoco il livello L_2 , un modello di razionalità di tipo sinottico prevede che non sia possibile alcuna innovazione comportamentale da parte dei magistrati ordinari rispetto a quanto indicato dalle norme previste dal legislatore da un lato e dai criteri di condotta individuati dalla magistratura apicale. La neutralità dei livelli decisionali che sono subordinato a L_1 prevede che la cognizione e la rappresentazione mentale che le unità subordinate hanno dell'intero sistema e del processo decisionale non siano rilevanti ai fini della comprensione della decisione stessa. Questa visione della realtà e le scelte istituzionali che ne derivano sono compatibili con un tipo di cambiamento che trova la sua origine all'esterno del sistema (sociale o politico). All'interno del settore della giustizia se si presuppone che la macchina giudiziaria sia organizzata in modo gerarchico si può desumere da questo che le decisioni giudiziarie si modificano perché si modificano le norme che esse applicano o all'interno delle quali esse si collocano (si pensi alle norme che definiscono i comportamenti leciti dei magistrati o le norme che definiscono i poteri del capo ufficio). Le scienze sociali hanno messo in rilievo come la razionalità degli attori sociali tenda ad avvicinarsi ad un modello di razionalità adattiva, ovvero ad una razionalità che si esplica soprattutto nella gestione della complessità. In questa prospettiva le decisioni vengono prese seguendo regole routinarie, che incorporano strategie di classificazione delle situazioni a cui vengono fatte corrispondere norme, enunciati normativi generali che sono ritenuti pertinenti nella fattispecie.⁷ Pertanto ci sono ragioni empiriche per dubitare che il rapporto fra attore e sistema organizzativo si articoli come previsto da un modello strettamente burocratico. Possiamo dunque fare a meno della organizzazione burocratica? Non crediamo che questo sia possibile. Tuttavia occorre fissare i due poli di una realtà che oscilla fra un modello di razionalità sinottica e un modello di razionalità adattiva. Una volta fissati i due poli – i due ideal-tipi – siamo in grado di individuare le criticità dei processi di cambiamento e, conseguentemente, di specificare in modo più adeguato come governare tali processi. I due modelli di razionalità diventano rilevanti per l'analisi delle politiche di innova-

⁷ L'autore di riferimento per il concetto di razionalità adattiva è H. SIMON, *L'architettura della complessità*, Bologna, 1987. Tuttavia la tradizione di ricerca empirica sviluppatasi sulla stessa direttrice è particolarmente ampia e differenziata. Ai fini del nostro argomento può essere interessante citare i lavori di G. GIGERENZER, *Adaptive Thinking*, Oxford, 2000 e dello stesso autore con R. SELTEN, *Bounded Rationality*, Cambridge MIT Press, 2001. Citiamo inoltre A. RUBINSTEIN, *Modelling bounded Rationality*, Cambridge, MIT, 1998.

zione organizzativa del settore giudiziario per due ragioni. In primo luogo essi si sostanziano in due modalità diverse di governo del cambiamento. La razionalità sinottica prevede un governo del cambiamento *top-down*. Affinché il cambiamento venga trasmesso in modo uniforme, occorre che i comportamenti devianti siano chiaramente e univocamente definiti e sanzionati dal livello sovra-ordinato. La razionalità adattiva invece prevede che il governo del cambiamento avvenga in itinere. Poiché non è garantita la trasmissione degli input da un livello decisionale L_1 a L_2 , il governo del cambiamento avviene per aggiustamenti incrementali. Si rende necessario in questo secondo modello un processo di monitoraggio costante per avere cognizione dell'andamento del cambiamento stesso - ovvero della implementazione di una riforma o semplicemente di una innovazione organizzativa.

Il punto veramente importante di questo secondo modello risiede nell'accento che esso mette sull'importanza della cognizione, sulla conoscenza che l'attore ha del sistema nel quale si situa ed agisce. In una organizzazione i cui livelli L_1 , L_2 , L_n si adattano al cambiamento indotto da input top down seguendo una razionalità non sinottica l'attore che è situato al livello L_2 o L_n dovrà necessariamente fare qualcosa in più rispetto a rispettare l'input top down così come arriva dal vertice della gerarchia. Tale attore dovrà anche mettere in campo una approfondita conoscenza del sistema organizzativo - o sotto-sistema a seconda del ruolo che svolge - nel quale si muove. Solo così infatti sarà in grado di colmare il gap che resta fra l'input giunto dal vertice e la situazione nella quale egli si trova ad agire.⁸

Questi gap che possono e devono venire colmati da una solida conoscenza del sistema organizzativo (la chiameremo razionalità cognitiva) implicano tuttavia una diversa distribuzione delle sanzioni e dei costi nei casi di errore.

Non basterà più avere un meccanismo di sanzione disciplinare che stigmatizza l'errore attraverso un controllo del vertice sulla base della piramide gerarchica. Occorrerà che vi siano meccanismi di correzione dell'errore o di aggiustamento dei processi di cambiamenti di tipo orizzontale o comunque situati a livello locale.

Siamo pertanto dinanzi ad una richiesta di meccanismi di *accountability* - di rendere conto - che devono articolarsi secondo diverse razionalità decisionali: meccanismi che mettono in corrispondenza l'attore giudiziario con la situazione d'azione, innescando da un lato l'apprendimento delle norme di comportamento e dall'altro la modifica delle finalità perseguite, ovvero la correzione degli strumenti utilizzati per perseguire i fini. L'*accountability* quindi si articola in formale ed informale, orientata a correggere i fini delle azioni o i mezzi delle azioni, indirizzata però sempre a modificare le ragioni che un attore giudiziario ha per compiere determinate azioni - razionalità di tipo strumentale o di tipo assiologico. composita la razionalità che orienta l'azione dell'attore giudiziario sociale, composito sarà anche il suo meccanismo di

⁸ Ci permettiamo di rimandare al nostro *La scommessa di Pascal*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005, cap. 4 dove questo argomento è sviluppato ampiamente.

apprendimento e, quindi, molteplici i modi attraverso cui l'attore giudiziario svolge la funzione del "rendere conto".⁹ Pertanto accettiamo che l'attore giudiziario sociale agisce in base ad una forma di razionalità nella quale coesistono interessi e idee, massimizzazione di utilità e adeguatezza cognitiva con le credenze di cui l'attore giudiziario dispone. Pertanto, anche le sanzioni che gli attori possono articolarsi in sanzioni formali o informali, le une e le altre coesistenti e aventi diversi pesi a seconda delle condizioni di contesto.

Questo modo di osservare quanto avviene nelle organizzazioni complesse risulta pertinente nella interpretazione dei comportamenti sociali, indipendentemente dal contesto organizzativo ed istituzionale nel quale vengono esplicitati. Il valore aggiunto qui proposto risiede infatti nel mettere a disposizione una lente di ingrandimento dei processi decisionali di tipo radiale. Un attore che svolge un ruolo all'interno di una istituzione si muove sulla base di una combinazione - variabile - di tipi di motivazioni - fissi. Una motivazione al valore - ragioni di tipo etico - e una motivazione all'obiettivo - ragioni di tipo strumentale. Se questo è vero la sanzione di comportamenti devianti dovrà modularsi seconda il tipo di configurazione che caratterizza un determinato settore organizzativo o istituzionale. Sanzioni formali ed informali corrispondono a sanzioni che aumentano i costi di un comportamento diminuendone il suo valore strumentale e a sanzioni che aumentano il costo etico di un comportamento diminuendone la suo valore reputazionale, deontologico.

3. Il magistrato come attore giudiziario cognitivamente situato

I compiti svolti e i ruoli ricoperti dai magistrati oggi sono più numerosi, complessi e diversificati sia di quanto non lo fossero quando è stato disegnato l'ordinamento giudiziario dello Stato italiano, sia di quanto non si evinca dalla descrizione che ne danno media e dibattito politico. Una discrasia che lascia aperta una faglia insidiosa, non soltanto per la capacità della magistratura di adempiere le molteplici funzioni a cui oggi è chiamata, ma anche per la legittimità stessa della funzione giudiziaria. Tale legittimità dipende in modo particolare da come la magistratura è rappresentata e percepita dalla comunità politica nella quale lavora. Una faglia che si disegna lungo il territorio nazionale in modi diversi, evidenziando, come un calco del nostro disomogeneo e variegato Paese, le diversità culturali, storiche, istituzionali delle regioni italiane e dei distretti giudiziari che a ciascuna di esse corrispondono. Una rappresentazione della professione "magistrato" più aderente alla realtà dovrebbe invece andare di pari passo con una più adeguata conoscenza di come essi lavorano, delle regole comportamentali e organizzative alle quali rendono conto, del modo con cui intera-

⁹ A. SINCLAIR, *The Chameleon of Accountability: Forms and Discourses, Accounting, Organisations and Society*, 1997, 20: 219-237; M. BOVENS, *Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework*, *European Law Journal*, 2007, 13, 4: 447-468; A. SCHEDLER, "Conceptualizing Accountability" *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Ed. Andreas Schedler, Larry Diamond, and Marc F. Plattner. Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999, 13-28.

giscono con l'ambiente esterno, sociale, politico, mediatico, culturale.

Se è vero dunque che una prospettiva scientifica che intende studiare e comprendere i comportamenti delle istituzioni giudiziarie basata innanzitutto su un modello cognitivo dell'attore giudiziario sociale ha il vantaggio di tenere conto allo stesso tempo della varietà e della pluralità delle ragioni, dei riferimenti normativi, delle informazioni e degli orientamenti di condotta (gestionali, deontologici, ecc) che entrano in gioco nella *mise en oeuvre* delle decisioni giudiziarie, va anche detto che questo modello porta con sé una necessaria richiesta di "rendere conto" delle decisioni.

In un modello sinottico il rendere conto è di norma superfluo. Se infatti fra l'input del sistema - la norma - e l'output - la decisione - esiste una linearità e una consequenzialità perfetta, l'unico rendere conto deve esplicarsi rispetto alla norma. Ma quando la razionalità non è sinottica, la questione si complica.

Se si prendono decisioni che hanno un impatto sulla collettività facendo perno su una razionalità cognitiva di queste decisioni si deve rendere conto.

Se i magistrati fossero *bouche de la loi*, i meccanismi di *accountability*, la necessità di rendere conto del proprio operato, si ridurrebbero di molto. Non potendo altro fare se non conoscere il diritto e applicarlo in modo cieco e meccanico, nessun altro meccanismo del rendere conto sarebbe necessario se non quello che fa capo all'appello, al ricorso, attraverso il quale i magistrati di grado superiore, più esperti e con maggiori competenze, possono correggere la decisione del collega di grado inferiore, non perfettamente aderente alla lettera delle norme giuridiche o eventualmente della dottrina. Quanto emerso dalle ricerche svolte negli ultimi due decenni sul cosiddetto *judicial decision making*, i processi di decisione che attengono all'amministrazione della giustizia, mostra che esiste una discrezionalità dovuta anche alla personalità del magistrato. Così come in altri contesti istituzionali, anche se le istituzioni forgiavano e plasmano l'identità della persona che occupa una carica pubblica, esse non possono sradicarne completamente i tratti. D'altronde ci si potrebbe chiedere se questo sia nemmeno auspicabile. Vi è infine un ulteriore elemento tale per cui si potrebbe pensare che la questione delle garanzie di indipendenza non esaurisca la questione del governo della magistratura, nel senso che non risponda a tutte le criticità legate all'esercizio della funzione giudiziaria. Si tratta del processo di pluralizzazione e frammentazione del diritto stesso.

Quand'anche volessimo ammettere che il magistrato deve rendere conto solo ed esclusivamente al diritto e che sia in grado di attenersi senza alcuna distorsione dovuta a personalità, storia, orientamenti valoriali, al diritto, resta aperta la domanda di "quale diritto?".

A ben guardare, infatti, il panorama delle norme giuridiche di cui disponiamo oggi, ci si rende conto che esse sono plurime, che provengono da diverse culture, che si articolano a diversi livelli: diritto comunitario, diritto nazionale e in taluni ambiti diritto internazionale. Per non considerare le influenze e le contaminazioni culturali che avvengono attraverso il dialogo delle Corti supreme e costituzionali, che citano la

giurisprudenza dell'una e dell'altra. Dunque, il diritto non sembra più avere la natura di un sistema monolitico, coerente, uniforme, inossidabile.¹⁰

Vi è un modo complementare, e conseguente, di esprimere l'indipendenza giudiziaria. Dire che un magistrato agisce in modo autonomo rispetto a influenze esterne, significa che le sue decisioni sono prese sulla base di norme e standard di comportamento che non dipendono da altro che dal diritto, dalle norme giuridiche. Le garanzie di indipendenza sarebbero allora quelle condizioni istituzionali che dovrebbero potere mettere il magistrato nella condizione di svolgere il proprio compito proprio rispondendo a quel principio, ovvero di decidere soltanto sulla base del diritto. Senza nulla togliere alla fondamentale importanza del principio dell'indipendenza, vale tuttavia interrogarsi se accanto alla questione dell'indipendenza si possa porre una questione ad essa contigua il suo alter ego: la questione del rendere conto, ovvero della *accountability* decisioni giudiziarie. Si noti che in questo contesto non stiamo toccando necessariamente la questione della responsabilità civile del magistrato. *Accountability* è un termine inglese di difficile traduzione nella lingua italiana, che potrebbe corrispondere al nostro "soggetti a dovere rendere conto del proprio operato". Il termine, infatti, deriva da *to account*, che significa per l'appunto "rendere conto", in particolare nell'ambito gestionale, dove si parla della pratica di *accounting*, ovvero della pratica di rendere trasparente il di un'impresa, sovente di imprese quotate in borsa, in modo da rendere possibile il dell'allocazione di budget da parte degli azionisti.

Ritorna a questo proposito la salienza del modello di razionalità sintetica, o cognitiva. Gli attori sociali e con loro i magistrati agiscono avendo in mente diverse norme d'azione, alle quali attribuiscono un valore secondo la capacità che tali norme hanno di dare un senso di accettabilità e di legittimità alla azione o alla decisione intrapresa. Fra queste le norme giuridiche giocano un ruolo fondamentale, ma non esaustivo. Un punto nodale allora sarà la modalità con cui il sistema delle ragioni di agire, a partire dal quale il magistrato si muove, viene a formarsi e viene ad essere sottoposto a meccanismi di revisione. Quest'ultima infatti avviene anche e soprattutto a contatto con l'ambiente esterno e in tal senso, per una ragione di size, l'ambiente esterno maggiormente pregnante in proposito è quello della unità di governo locale, l'ufficio giudiziario e il territorio che lo circonda.

A questo livello i meccanismi di apprendimento che possono mettersi in atto nella macchina giudiziaria non sono l'esito di decisioni collettive prese dal legislatore, quanto piuttosto l'esito non intenzionale del comporsi nel tempo degli effetti di azioni individuali i quali, consolidandosi, determinano strutture costanti e permanenti nel tempo di vincoli, incentivi, idee e valori sociali condivisi.

Se ci accetta questo schema interpretativo le conseguenze che si traggono in materia

¹⁰ G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo fra le corti*, Bologna, 2010; T. GROPPI, M., C. PONTTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, 2013.

di politica giudiziaria e soprattutto in materia di formazione giudiziaria meritano di essere qui considerate. Innanzitutto è opportuno considerare che il profilo professionale del magistrato è l'effetto dell'interazione di molti fattori, fra cui quelli relativi alle modalità di apprendimento che si mettono in atto nell'ufficio giudiziario dove lavora. Apprendimento per imitazione, apprendimento per isomorfismo, apprendimento per "trial and error". Tutte forme di interazione con l'ambiente esterno con cui viene modulato l'assorbimento e la mediazione di conoscenze sul come fare. Proprio a quel livello crediamo che si possano costruire quelle capacità e competenze, quelle routine di lavoro e di dialogo con attori non giudiziari per gestire, governare l'intrinseca discrezionalità che esiste in tutti gli affari umani, l'esercizio della libertà. In accordo con coloro che evidenziano lo scollamento fra il quadro normativo e le prassi organizzative, ce ne distacciamo nell'affermare che la discrezionalità in sia un male. Essa è invece la linfa della adattività umana. Senza quell'elemento di flessibilità tutto il sistema istituzionale diventerebbe insostenibile. Vale per esso lo stesso principio della costruzione di edifici antisismici. Dinanzi ad uno shock, la rigidità strutturale finisce per essere un elemento di debolezza, invece che un vantaggio. Ma ciò detto, occorre trovare un modo – o forse diversi modi – per conciliare l'esistenza di una faglia aperta nel sistema giudiziario dove la norma giuridica non arriva con la necessità di tutelare il principio dello stato di diritto, del potere limitato.

E ancora. Il magistrato che deve organizzare il proprio lavoro e quindi dare delle priorità ai compiti in agenda è un magistrato che esercita una razionalità di tipo gestionale, strumentale o se si vuole, visto che l'ambiente lavorativo implica interazioni con altri colleghi, di tipo strategico. Ad esempio, si posticiperà a domani la trattazione di un dossier che richiede di discutere con un collega oggi impegnato altrove. Si deciderà di aspettare di ricevere un parere da parte del questore su una questione delicata attinente a una zona della città nella quale pare che vi sia un insediamento di microcriminalità piuttosto problematico.

Decisioni, anche di tipo micro, puntuali, un pulviscolo di piccole scelte, che però determinano nel lungo periodo l'andamento delle istituzioni giudiziarie. In tal caso, la norma a cui fare riferimento non può essere solo quello del diritto. Fosse per la norma scritta, tutti i dossier dovrebbero andare avanti in modo sequenziale, nell'ordine di entrata, nell'ordine di protocollo. Invece, la realtà richiede di scegliere altrimenti.

E in tal caso è rispetto a criteri di efficienze che deve misurarsi il comportamento giudiziario. Insomma, insieme alle norme di comportamento che il magistrato impara entrando nel corpo della magistratura, ve ne sono altre che hanno fonti diverse, ma non per questo meno nobili, come criteri professionali che risentono dell'influenza di relazioni che possono esistere con un grado maggiore o minore di intensità con colleghi esterni alla magistratura italiana, con avvocati, con docenti universitari, esperti di scienze umane. In molti casi non vi è alcun bisogno di un meccanismo di *accountability*, che si accompagna ad una assegnazione formale di costi e

sanzioni. Ovvero: a comportamento deviante corrisponde una punizione. Quella che viene chiamata in letteratura *hard accountability* – che trova la sua manifestazione certamente nelle forme di controllo disciplinare che esistono in magistratura – si accompagna a forme di *soft accountability*, che si rinforzano attraverso i costi di tipo reputazionale o semplicemente di tipo cognitivo.¹¹ Si tratta, riguardo quest'ultima di una forma di rinforzo delle regole particolarmente importante. Infatti, se c'è una caratteristica della funzione giudiziaria, del rendere giustizia che non viene mai meno indipendentemente dalla cultura giuridica del Paese che si considera, è l'obbligatorietà dell'argomentazione della sentenza, così come dell'argomentazione in fase di udienza preliminare, di dibattimento delle decisioni prese dal pubblico ministero. Argomentare per giustificare l'uso del potere. Questo è il meccanismo dell'*accountability* esercizio del potere giudiziario. Nell'argomentare in favore della propria decisione, un magistrato svolge un ragionamento all'interno del quale sono incorporate le aspettative che il suo pubblico di riferimento – avvocati e magistrati insieme – accetterebbe come convincente. La razionalità argomentativa è cruciale nel guidare la decisione nella magistratura verso il rispetto di standard condivisi. Questo avviene poiché i costi di un'argomentazione deviante sarebbero molto alti dal punto di vista cognitivo, prima che istituzionale. In questo contesto diviene importante il gruppo di riferimento del personale togato.

Il "gruppo di riferimento" è un concetto usato in sociologia per denotare l'insieme delle persone alle quali un attore giudiziario sociale sente di appartenere o di essere affiliato. Nel settore giudiziario il gruppo di riferimento è costituito in generale da coloro dal cui giudizio ci si aspetta dipenda la propria carriera e la propria reputazione. Il gruppo di riferimento, se visto a livello locale, in ciascun distretto giudiziario, si configura in modo diverso sul territorio nazionale. Infatti, fra le variabili che determinano la composizione e le modalità di interazione dei membri del gruppo di riferimento, quelle relative al rapporto fra avvocatura e magistratura sono fondamentali. Tali variabili risentono a loro volta in modo significativo della distribuzione sul territorio della cultura giuridica. L'interazione con l'avvocatura svolge in questo senso un ruolo fondamentale.¹²

4.I magistrati dinnanzi al cambiamento: vischiosità istituzionali e dissonanze cognitive

Nei due precedenti paragrafi sono state delineate le premesse analitiche da cui partire per evidenziare quali sono le condizioni che di fatto si devono dare affinché il cambiamento organizzativo possa attuarsi con successo all'interno di una organizzazione complessa dove la razionalità è cognitiva, adattiva, ma non sinottica. Quali sono queste condizioni? In primo luogo l'ambiente nel quale avviene il cambiamento è

¹¹ W. VOERMANS, *Judicial Transparency Furthering Public Accountability for New Judiciaries*, *Utrecht Law Review*, 2007, Vol. 3, No. 1, pp. 148-159.

¹² P. BORGNA, *Difesa degli avvocati, scritta da un pubblico accusatore*, Roma-Bari, 2008.

caratterizzato da una compresenza di molti attori sottoposti a un basso controllo di carattere gerarchico. La razionalità adattiva prevede che il cambiamento possa essere generato sia esternamente sia internamente al processo decisionale. L'attore giudiziario ha a che fare con un cambiamento esterno quando ricerca delle informazioni, aggiorna la rappresentazione che si è fatto del problema e, di conseguenza, modifica gradualmente gli schemi di azione da adottare raggiungere la soluzione. Si è di fronte invece a un cambiamento interno nel momento in cui, nella formulazione del problema, l'attore giudiziario procede alla sua suddivisione in sotto-problemi. Questo è legato alla introduzione di fattori soggettivi, relativi all'esperienza passata dell'attore giudiziario e alle conoscenze di cui dispone sul problema e sull'ambiente. In questo caso, si può parlare di micro-innovazioni, forme di cambiamento introdotte in modo endogeno nel processo decisionale, di cui non è possibile prevedere né l'estensione né il contenuto. Chiaramente la conoscenza dell'*expertise* fattore giudiziario e la ricostruzione del tipo di problemi con cui si è precedentemente confrontato può compensare questa lacuna esplicativa del modello, se preso nella sua dimensione statica.

La selezione delle innovazioni e delle informazioni sarà fatta tenendo conto non soltanto delle aspettative dell'attore giudiziario, ma anche dei vincoli di tempo e di risorse di cui quest'ultimo dispone per decidere. Il principio che guida la selezione è legato alla capacità del sistema decisionale di trattare le nuove informazioni. Questa capacità dipende dall'architettura interna del sistema, ma anche dalle sue esperienze (che sono organizzate sotto forma di *routine-pattern* di comportamento). La trasmissione dei cambiamenti avviene sostanzialmente attraverso un meccanismo imitazione delle forme di comportamento e delle soluzioni che si sono rivelate più adattive. La forma del cambiamento è, in questo caso, continua per quanto riguarda il processo decisionale visto al suo interno. Rispetto alla situazione esterna dell'attore giudiziario, si avrà un passaggio da una forma comportamentale ad un'altra secondo un alternarsi di fasi di continuità – nelle si riscontrano prevalentemente *routines* soluzioni consolidate – e di fasi di rottura, per lo spostamento su altre posizioni di equilibrio locale.

Tenuto conto di queste premesse l'accento sulla importanza del modo in cui l'attore giudiziario che prende decisioni si vede come parte di un sistema – la cognizione – induce ad aggiungere alcune considerazioni sulla origine e sul governo dei meccanismi di cambiamento.

Tale cambiamento può riguardare sia il modo in cui le ragioni sono organizzate sia il tipo di ragioni cui l'attore giudiziario fa appello per dare un senso alle sue azioni. Non solo. Uno spostamento del "punto focale" dell'azione da un tipo di interazione (per esempio conflittuale o cooperativa) ad un altro può generare un cambiamento sostanziale nel sistema di ragioni cui l'attore giudiziario fa appello per dare un senso al suo giudizio e al suo comportamento. L'acquisizione di nuove informazioni sulla realtà esterna può comportare soltanto un aggiustamento al margine del sistema di ragioni, lasciando inalterata la sua parte centrale. Pertanto la forma del cambiamento

sarà duplice. Si potrà assistere a processi di cambiamento continui, in cui le revisioni del sistema di ragioni sono marginali, ma anche a processi di cambiamento discontinui, nei quali l'attore giudiziario cambia il proprio comportamento per via del cambiamento dell'intero sistema di ragioni sul quale si è basato per decidere. Va notato peraltro che l'articolazione stessa del sistema delle ragioni – ovvero il momento di costruzione del senso dell'azione – costituisce esso stesso una fonte di innovazione, nella misura in cui la costruzione di un ragionamento che dia un senso ad una azione porta con sé un momento interpretativo che, ancora una volta, si basa sulle esperienze passate, sul modo in cui si sono argomentate e giustificate azioni simili in passato, ecc.

La trasmissione di nuove conoscenze o di nuove avviene attraverso la comunicazione e l'argomentazione. Anche il processo di trasmissione delle novità non è scevro dall'influenza di fattori interpretativi, i quali intervengono per esempio nella selezione di quelle informazioni o di quelle ragioni che più verosimilmente saranno accettate dall'altro o che con maggiore probabilità renderanno la comunicazione uno scambio di successo. La trasmissione avviene sulla base di aspettative sui comportamenti e sulle credenze degli altri attori e mette in atto un mutuo aggiustamento fra attori che partecipano alla stessa arena di azione. I tre modelli di razionalità includono, quindi, una teoria dell'apprendimento individuale, poiché avanzano ipotesi sul modo in cui le conoscenze di cui dispone l'attore giudiziario per fare le sue scelte sono revisionate, aggiornate, cambiate nell'interazione attore giudiziario-ambiente.

Dal momento che non esiste alcuna garanzia di successo del processo di cambiamento l'attenzione del governo del cambiamento va spostata dalla fase di input – garanzie ex ante – al controllo in itinere.

La conoscenza continua del processo di cambiamento diventa l'unico vero punto di riferimento per migliorare i processi decisionali e quindi, nel caso specifico qui in analisi, la organizzazione del lavoro all'interno degli uffici giudiziari. Così facendo, la necessità di utilizzare strumenti in grado di rilevare le *dinamiche*, invece che le strutture, i *processi*, più che i prodotti, induce a mettere al centro del governo del cambiamento strumenti che allontanano dalla impostazione top-down. Significa in primo luogo passare da un approccio lineare uno circolare. Nessun paradigma, pur anche opportunamente elaborato, è portare a una adeguata conoscenza dei processi decisionali nel momento in cui cerchi di ridurre tale circolarità ad un modello lineare che vada dall'input all'output. Questa complessità è l'effetto di conseguenze delle decisioni e dei giudizi degli attori che non appartengono a quanto è dato prevedere, né all'attore giudiziario stesso, né tanto meno allo scienziato sociale.

Il concetto di «effetto non intenzionale» non può che rompere l'inferenza che dalla conoscenza empirica va alla spiegazione dell'esito di un processo sociale. L'allontanamento dall'approccio razionalista sinottico²⁷ giustificato anche dalla consapevolezza della limitatezza delle valutazioni che siamo in grado di dare sulle diverse soluzioni di cui disponiamo o che immaginiamo siano possibili a fronte di un

problema collettivo.

La definizione accurata dei fini e l'adozione di procedure decisionali formalmente corrette non costituiscono quindi, lo si vede con sempre maggiore evidenza, condizione sufficiente a determinare un esito adeguato dei processi decisionali (indipendentemente dal tipo di criterio di valutazione adottato). Infatti l'aggiustamento dinamico che al suo interno si verifica fra finalità, standard di valutazione, criteri di selezione delle alternative, idee e conoscenze pratiche che determina il valore delle soluzioni finali. In un qualche modo chi si muove in una prospettiva dinamica vede scomparire l'oggetto monolitico della sua indagine e si trova costretto ad adottare strumenti che vadano a cercare le fonti della complessità, poiché probabilmente solo a partire da quelle è possibile poi ritrovare il filo rosso, o meglio i fili rossi, che sostanziano e innervano i processi sociali. Le organizzazioni giudiziarie sono dunque pensabili come sistemi di apprendimento, processi di continuo divenire in cui il flusso delle informazioni e delle conoscenze determina e subisce il cambiamento.

Una delle proposte che vengono avanzate in linea con queste premesse è rappresentata dalla concezione processi decisionali come conoscenze in uso. Dal momento che la conoscenza è limitata, in quanto esito e contesto dell'azione umana, di per sé intrinsecamente fallibile, l'idea di reperire nelle decisioni una qualche garanzia *ex ante* razionalità è infondata e metodologicamente ingiustificata. Il rapporto fra politiche e conoscenza si pone anche nella direzione opposta. Non solo la conoscenza confluisce nei processi decisionali e ne rappresenta un elemento costante, ma ne rappresenta anche l'esito. Pertanto gli oggetti sui quali vertono le scelte – assetti istituzionali, forme organizzative, politiche pubbliche – esito e origine di contenuti cognitivi. Il fatto che la conoscenza li percorra in senso trasversale permette dunque alla ricerca di utilizzare le ipotesi sulla natura della conoscenza stessa, intesa come fenomeno sociale, per studiare gli elementi di regolarità che sottendono dipanarsi delle decisioni. Questa impostazione induce a optare per paradigmi che mettano in primo piano lo studio della produzione e dell'uso sociale della conoscenza.

Proprio perché la razionalità e la storia intrattengono un legame a doppio filo, lungo il quale corrono sia i vincoli che le opportunità che la seconda fornisce alla prima, l'attore giudiziario che deve scegliere di accettare la sfida del cambiamento come processo aperto che deve essere governato non solo dall'alto ma anche dall'interno degli uffici giudiziari nel quale si mette in atto. Non potendo esimersi dall'interagire con l'ambiente esterno e dovendolo fare in un contesto sociale nel quale le conseguenze delle decisioni altrui influenzano in modo non prevedibile le condizioni delle azioni e delle scelte future, vale la pena scommettere su una strategia di azione che aumenti la possibilità di acquisire conoscenze, non perché questo ci garantisce la bontà dell'esito delle nostre scelte, ma perché l'unico modo che abbiamo per evitare di approdare ad esiti che sono certamente fallaci. Il divenire dei sistemi sociali e il portato della loro storia rappresentano dunque l'orizzonte entro cui l'uomo può esercitare la propria razionalità.

5. Legami deboli: necessità e virtù

L'analisi sin qui proposta offre uno scandaglio del terreno sul quale andrebbe ad incidere una attività di riforma che volesse modificare i processi decisionali propri delle istituzioni giudiziarie. Quando una organizzazione complessa si contraddistingue per i legami deboli che innervano la sua struttura il governo del cambiamento deve fare perno, invece che sulla capacità dei livelli organizzativi sovraordinati di guidare i livelli organizzativi subordinati predeterminandone gli obiettivi e controllandone con sanzioni formali l'adeguato utilizzo delle risorse, sulla capacità dei livelli organizzativi subordinati di adattarsi e quindi di gestire l'innovazione.¹³ Il governo del cambiamento si incentra in questo caso sulla apertura ovvero flessibilità del modo con cui gli attori che agiscono all'interno di una organizzazione a legami deboli guardano alle situazioni di azione. Non è un governo top-down, ma un governo orizzontale.

Questo secondo modo di portare avanti il cambiamento non è di per sé positivo. È opportuno che non vi siano fraintendimenti su questo punto. Quello che stiamo cercando di sostenere è che qualora il target di una riforma si configuri come una organizzazione a legami deboli sarebbe fuorviante ed inadeguato gestire il cambiamento facendo appello ad una modalità top-down. Questa infatti finirebbe per scontrarsi con una condizione fattuale contraria a quella che la modalità top-down richiede: l'esistenza di una razionalità sinottica. Nel settore giudiziario quest'ultima condizione non si verifica. Prenderne atto non significa valutare positivamente l'assetto a "legami deboli". Significa però farsi carico di tutte le conseguenze che un cambiamento governato in un contesto a legami deboli significa. Fra queste conseguenze intendiamo mettere l'accento su alcune di esse.

- 1) l'importanza di un responsabile del processo di cambiamento, che si faccia carico del monitoraggio in itinere;
- 2) l'importanza delle barriere cognitive al cambiamento. Più un processo di riforma dipende dalla disponibilità degli attori a pensare in modo nuovo e farsi essi stessi attori del cambiamento, più le barriere cognitive al cambiamento e all'incertezza che da questo deriva sono importanti;
- 3) l'importanza della formazione, ovvero della offerta di strumenti cognitivi atti a risolvere il problema di cui al punto 2.

Queste osservazioni valgono più in generale in qualsiasi ambito di *policy* si verifichino condizioni di legami deboli fra l'origine delle norme e degli orientamenti dell'azione - obiettivi - e gli attori che saranno impegnati nella loro attività quotidiana a invertere quelle norme e quegli obiettivi, a trasformarli in enunciati astratti in azioni concrete.

È opportuno essere ben consapevoli di questo quando si enuncia, senza ulteriori specifiche, la preferibilità di un sistema a legami deboli a un sistema ad assetto ge-

¹³ S. ZAN, *Le organizzazioni complesse*, Roma, 2011.

ARCHIVIO PENALE 2012, n. 3

rarchico tradizionale – improntato su una razionalità sinottica.

Rassegniamoci pertanto alla non risolvibilità del cruccio di Palomar, la realtà sarà sempre refrattaria a soddisfare i nostri modelli, ma ciò non costituisce una buona ragione per tenere conto della prima in modo empiricamente adeguato per disegnare i secondi.