

ORIENTAMENTI

FABIANA FALATO

L'opinione dissenziente. Tra democraticità del giudizio e pluralismo culturale

A GIUSEPPE RICCIO

L'impegno è individuare e presentare i motivi dell'opportunità di rivisitare, limitatamente alle giurisdizioni superiori, la preclusione della divulgazione dell'opinione dissenziente. Gli indirizzi di metodo offerti abbandonano l'anacronistico retaggio del pensiero giuspositivista che ancorava la difesa della certezza del diritto all'apparente unanimità della sentenza tutelata dalla segretezza della camera di consiglio per preferirvi un approccio diverso, fondato sul processo di positivizzazione dei diritti procedurali oltre i confini nazionali e sulla convinzione che la giurisdizione si espande quanto più si estende l'area delle possibili violazioni del diritto protetto, proponendo dialettiche più complesse e meno condivisibili sintesi.

The dissenting opinion. Between the democratic nature of judgment and cultural pluralism

The commitment is to identify and present the reasons for revisiting, limited to the higher courts, the preclusion of the disclosure of dissenting opinion. The methodological guidelines offered abandon the anachronistic legacy of legal positivist thought that anchored the defense of legal certainty to the apparent unanimism of the sentence protected by the secrecy of the council chamber to prefer a different approach, based on the process of positivisation of procedural rights beyond national borders and on the conviction that jurisdiction expands as the area of possible violations of the protected law extends, proposing more complex dialectics and less shareable syntheses.

SOMMARIO: 1. L'approdo. - 2. L'attualità della ricerca. Punti fermi sul *valore* dell'opinione dissenziente. - 3. Alcune buone ragioni per rimeditare il divieto di pubblicazione della *dissenting opinion* nelle sentenze emesse dalle Corti Superiori. Convergenze. - 4. ... altre per confermarlo nei giudizi di merito. Divergenze. - 5. Camera di consiglio, opinioni, testimonianza. Situazioni inesplorate.

1. *L'approdo*. Sollecitata da una rinata¹ curiosità, ho riletto lo studio, inedito,

¹ Dal confronto col Maestro ("la differenza generazionale, che ripropone, in discontinuità metodologica, il rapporto tra storia e politica, tra eventi e leggi, tra politica e magistratura, tra cives e giudici, tra insegnanti ed allievi. E, se i primi (= i maestri) hanno avuto il privilegio di partecipare al secolo breve, alle sue vicende ed ai suoi dibattiti, al progressivo svilupparsi della sensibilità democratica ed al necessario acculturamento sui nuovi valori costituzionali, i secondi (= gli allievi) hanno avuto l'opportunità di immergersi nella nuova dimensione della Procedura penale e confrontare regole e sistemi, autoritari e democratici, soprattutto, hanno potuto acquisire vecchi saperi dogmatici e nuovi valori politici dell'epoca costituzionale; tutte situazioni che hanno rinnovato metodi e contenuti, valori e discipline, significati normativi e comparazioni sistemiche, detti pandettistici e più aggiornate resistenze costituzionali sui valori di legalità e giustizia, valori arricchiti da nuovi riferimenti sovranazionali e da rinnovate tecniche di

di Giuseppe Riccio sulla influenza della cultura post-moderna nel dibattito relativo all'opinione dissenziente. Questa volta, però, per sottrarmi a ogni mediazione col testo e, soprattutto, alle suggestioni che - ricordavo - l'introduttore suscita, ho invertito la lettura dell'opuscolo, come se l'opera fosse priva d'introduzione (che, invece, a tratti, richiamo qui). In fondo, mi interessava mettere ordine nei ricordi e, forse, rinnovare riflessioni, ricorrendo la sensazione che - non solo sul piano pedagogico - *L'opinione dissenziente tra democraticità e pluralismo culturale (2016)* è fonte di utili meditazioni sui rapporti tra "Stato di diritto e gestione della collegialità e del sistema di votazione in corso d'opera della discussione e nel momento finale della delibera", ricavati dal confronto critico - di indiscussa attualità - delle diverse esperienze di cui l'Autore si serve per denunciare i difetti della mentalità, della cultura, della vita giuridica di legislatori e giudici; soprattutto, per biasimare "l'atteggiamento neutrale del giurista, che fu vizio metodologico della Scuola tecnico-giuridica del secolo scorso e che oggi si ripete, inspiegabilmente" (*Metodi e prospettive de la Procedura Penale*, ESI, 2017). È l'(ulteriore) espressione - in linea di continuità con le altre Opere - dell'approccio del Maestro alla ricerca delle complesse problematiche su cui si costruiscono "i presupposti del rinnovamento della Procedura Penale e l'acculturamento" politico della polis alla cui conoscenza è servente l'Accademia, soprattutto quella che si interessa delle libertà della persona, quella, cioè, che ha coscienza ed esercita in ogni sede la cultura delle garanzie e che in ogni sede rifugge da approssimazioni burocratiche che privano i comportamenti, dovunque compiuti, del senso stesso del garantismo, regola e valore della persona, nonché principio ordinante delle vicende direttamente o strumentalmente interessate al pianeta-giustizia" (*Ritorno al Garantismo*, 2021, Scritto inedito). E alla pratica delle

formazione del diritto. Da questa relazione nasce l'autocritica; e riguarda l'esercizio della responsabilità verso altri e la spendita dei saperi acquisiti nel tempo e trasmessi a generazioni di giovani giuristi, i cui cammini ripercorro ora attraverso le Presentazioni con cui ho commentato la loro opera, compiuta insieme, attraverso la scelta del tema, la ricerca del metodo, il governo delle tradizioni e dei concetti, l'esercizio dialettico, lo spirito critico, la costruzione degli argomenti; insomma, i punti di forza dei discorsi intorno al diritto, costruiti, singolarmente, argomento dopo argomento, idea dopo idea": Introduzione, in *Metodi e prospettive de la Procedura Penale*, ESI, 2017), nel 2016, scaturisce il nostro *Segreto della camera di consiglio e opinione dissenziente. Un rapporto da (ri)meditare per le decisioni delle Corti Superiori*, I Libri di Archivio Penale, 8, Pisa che, nella occasione del "Ricordo", si contestualizza.

vie della *Scuola critica* “che ha quale irresistibile fondamento la non neutralità del giurista, contegno che non solo vuole significare la combinazione dei prodotti intellettuali dei ceti delegati all’interpretazione (giuristi e giudici), ma che si spinge sul terreno della politica del diritto, i cui presupposti appartengono, appunto, al mondo dei valori ed agli enti giuridici elaborati dal dotto” (*La Procedura Penale. Tra storia e politica*, 2010).

Rimeditare su questi saperi è opera preziosa, tanto quanto ogni analisi giuridica; essi acquistano, poi, maggior pregio, se si considera la decisa sensibilità istituzionale e politica del Giurista che li offre: “*Perciò ti chiedi come e perché criticare sforzi e fatiche in un’epoca che assiste al tentativo di produrre un cambiamento atteso; quando finalmente avverti la percezione del “risorgimento”. Sennonché, sono quei dubbi e quelle perplessità che motivano l’opera politica del giurista; nell’un caso e nell’altro egli è chiamato a valutare il rapporto di razionalità tra legge e prassi e tra progetti ed iniziative politiche; è chiamato ad apprezzare sforzi e fatiche e la loro rispondenza alle ragioni del sistema; è chiamato a comprendere le cause di una innegabile crisi e le rispettive “responsabilità” di politici e magistrati, perché no, anche dell’Accademia; è chiamato a presentare analisi storiche e sociologiche che il politico dovrebbe conoscere come premessa della sua opera; è chiamato a capire le difficoltà che si frappongono al risultato razionalmente e corrispondente al superamento della crisi ed ai bisogni della società; è chiamato ad approfondire se le dinamiche della politica riescono ad operare la sintesi tra storia e politica, tra sociologia e diritto, tra analisi dell’essere e prospettive del dover essere: è questa l’opera del giurista in epoca di conflitti istituzionali, di incerti valori, di assoluta irrazionalità. In queste epoche il giurista non può tacere; la sua fedeltà al diritto (= ai diritti) gli impone analisi e critiche; conoscenza dei problemi ed esame delle soluzioni, per individuare il loro razionale collegamento (se esiste) o per denunziarne l’irrazionale corto circuito. Solo così il giurista contribuisce a risolvere il delicato rapporto tra gli eventi (= la storia) e le iniziative promosse per provare a vincere la crisi (= la politica)”* (*Garantismo e dintorni. A proposito della crisi della Giustizia*, 2015).

Dunque; a proposito dell’opinione dissenziente del giudice nella camera di consiglio: “*La saltuaria operosità didattica offre nuove e diverse opportunità*

speculative su argomenti che l'insegnamento sottrae alla attenzione, solitamente concentrata sulla specificità politica della materia di cui ti occupi, sui suoi valori di essenza, sui più o meno attuati legami tra principi e regole, sui rapporti con la dogmatica, sulla dinamica dei poteri, sulle conflittuali relazioni tra organizzazione giudiziale e regole processuali, sui vizi di un garantismo "peloso", dichiarato, non realizzato, statico nella sua dimensione illuministica, non dinamico verso la tutela dei diritti della persona e l'efficienza dello Stato, temi in cui ti immergi con metodo critico, cercando le relazioni tra storia e politica, tra eventi e regole, tra fatti e procedure, tra prassi e garanzie, tra diritti e situazioni soggettive protette, tra legalità e giurisprudenza creativa, tra pluralismo delle fonti e pluralità delle Corti. Quando ti immergi in questo complesso contesto, non è difficile rendersi conto della persistenza di una irriducibile cultura inquisitoria che "crea diritto" nel contrasto tra procedura e processo; con l'effetto di rendere inconciliabili insegnamento accademico e realtà giudiziaria quando il primo si impiccia di dogmi e regola con poca cura dei prodotti giurisprudenziali, soprattutto di quelli che riducono il valore del rapporto tra fonti e sistema a cui - ora t'accordi - appartengono argomenti risalenti ed irrisoliti, su cui la dottrina processualistica non si è mai interrogata a fondo, convinta della impraticabilità del dissent nel giudizio penale, della sua estraneità rispetto al merito, nessun effetto potendo esperire in quella sede l'eventuale dissenso del "terzo" giudice. L'acritica convinzione ti spinge alla ricerca della conferma del dogma dell'Unità della responsabilità collegiale, magari della smentita del principio di non rilevabilità del mistero del giudizio, o, più semplicemente, del dibattito che produce il "libero convincimento del giudice" o l'interpretazione che si rintraccia in motivazione; ricerca che si muove con cautela, essendo la dissenting opinion negata nel nostro Paese, pure se si dispiega in un vasto territorio mondiale, indipendentemente dal tipo di sistema giuridico e giudiziario; cautela indispensabile, essendo il tema di esclusivo interesse dell'accademia costituzionalista e comunitaria, in cui sei costretto ad immergerti direttamente, proseguendo studi il cui punto di riferimento è rappresentato dalla Costituzione e dal progredire storico del costituzionalismo, dottrina che attualmente raccoglie l'istanza universalistica di salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali. La ricerca è resa più

complicata dalla mancanza di riferimenti normativi, se si escludono quelli a cui si usa far indiretto riferimento; ma l'art. 276 c.c. si interessa dei "modi della decisione" e la legge sulla "responsabilità civile dei magistrati" non prevede l'ipotesi neanche come causa di giustificazione in caso di reato commesso in camera di consiglio dal giudice secondo la linea seguita nel nostro Paese che fino ad ora ha respinto ogni iniziativa rivolta al riconoscimento nel nostro ordinamento dell'"opinione dissenziente", anche per le Corti "superiori"; principio che Gustavo Zagrebelsky rintraccia nella prassi, in rarissime occasioni, che giudica fallimentari, però, perché le reputa un pericolo per l'autorità del collegio, oltre che una forma di irrisione della sua minoranza. Ancora più delicata la questione se si considera che l'andamento carsico dell'argomento e delle iniziative per renderlo operante non ha contribuito ad arricchire il dibattito o a modificare le ragioni delle opposte tesi, a favore o contro, anche se di volta in volta è opportuno misurarsi con le sensibilità costituzionali e democratiche che hanno caratterizzato le diverse epoche in cui sono state generate le proposte, più o meno assimilabili nei contenuti, non nella forma che si snoda dalla modifica regolamentare alla iniziativa legislativa, ordinaria o costituzionale. Ed è questo intersecarsi tra progetto e realtà istituzionale a rendere, contemporaneamente, più interessante e complicata la letteratura che si è interessata al tema con eguale scansione, una letteratura di nicchia che dalla metà degli anni '60 ogni tanto compare interrompendo un generale oblio, meglio: un radicato disinteresse. Da allora, si sono susseguiti lustri di silenzio e rare riflessioni; si sono seguiti convegni e proposte che fanno apparire il tema come una sorta di conflitto interno alle istituzioni, da esso ritenuto scomodo comunque, resistendo l'idea della inutilità della dissenting opinion, per la sua innaturale incidenza nella autorità del giudizio. Non è sempre così; certamente non per tutte le istituzioni; certamente non per le Corti, nell'opera delle quali non si iscrive, solo, il dibattito che da sessant'anni alimenta il tema, ma anche, e raramente in verità, ben celato dissent in questa o in quella sentenza di legittimità e di legalità, mai in pronunce di merito, da sempre escluse qui da noi da materia quasi ovunque riservata alle Corti costituzionali ed europee, grazie alla loro problematica identificazione, essendo entrambe rivolte a dettare l'"interpretazione conforme" pur rispetto a differenti testi legislativi. Nella

quiete postuniversitaria acquista tono il tema sospeso; che avresti voluto approfondire, per tutti, per penetrare il mistero della democraticità del collegio e la sua relazione con il pluralismo intellettuale, magari per trovare fonti che ne risolvano il conflitto di genere solitamente collocato - si è detto - nella giurisdizione di legittimità o in quella di legalità - qui molto più raramente -, quasi mai - o: mai - in quella di merito; a meno di non scoprire una interpretazione estensiva della norma dell'ordinamento spagnolo che prevede la situazione nella legge sulla organizzazione giudiziaria. Nella quiete postuniversitaria il silenzio - peggio: l'oblio - non riduce il valore della materia, non ne nasconde l'utilità operativa, non ne mina la forza dirimpente né gli effetti benefici sulla democrazia, non solo sul giudizio: la politicità del tema, infatti, si insinua nella dimensione democratica del Paese, essendo Costituzione e Corte Vangelo e Chiesa della laicità dello Stato. Nella quiete postuniversitaria il tempo amico ti consente di rinnovare risalenti letture e di penetrare nel pensiero riprodotto in vecchi testi, quando la Comunità scientifica - allora attiva in politica; per non dire: guida della politica - tentava con serrato dibattito e con proposte operative di introdurre nell'ordinamento del giudice costituzionale l'opinione dissenziente in cui riponeva decisiva funzione per la democraticità del giudizio. Nella quiete postuniversitaria ritrovi intemperanze per il dissent ed all'opposto unità di indirizzo a cui il Parlamento rimase insensibile, convinto nella quasi totalità delle ragioni del silenzio dell'Assemblea costituente che non si pose il problema nel dibattito sulla istituzione della Corte e che successivamente lo negò in quello per le leggi attuative e per il funzionamento della Corte: le cautele storiche con cui Vittorio Denti riporta l'episodio delle dimissioni di De Nicola dalla Corte per insofferenza a dissensi rispetto a sue posizioni sono il segno di una autorevole società contraria all'autorità collegiale; e lo stesso Denti ricorda il complesso ed incompleto testo dell'art. 276 c.p.c., che sembra proporre il metodo nella totalità delle giurisdizioni, peraltro certamente disciplinato negli States ed in Inghilterra, testimonianza che si ricordano per capire quale funzione possa avere l'opinione dissenziente rispettivamente in questa o quella giurisdizione, rispetto alla legittimità o alla legalità oppure rispetto al merito, e per distinguere quando il dissent è metodo o quando, invece, è parte integrante del decisum. Ed è proprio

l'esplorazione delle fonti che ammette o nega la conoscenza dei rapporti interni al collegio, lì dove la sentenza-fatto (gli eventi) precede e dirige la sentenza-atto (la motivazione) condizionandola in ragione del convincimento che la dialettica collegiale ha prodotto. Si annida qui, forse, l'elemento di novità del tema, nel rapporto tra comportamento (opinione) ed atto (espressione) e nella ricerca delle radici di valore di una materia che si intromette violentemente nelle libertà personali della persona, rispetto alla quale una più ampia osservazione assolve, forse, alle esigenze stesse del giudizio, che radica la sua autorevolezza nel libero convincimento del giudice, certo inteso anche come collegio, anche si presenta come situazione soggettiva del singolo giudice, nella cui alta manifestazione dialettica si ricerca la sintesi, formalmente affidata alla regola - certo, democratica - della maggioranza, che formalmente zittisce il dissenziente non il suo pensiero, il cui oblio mortifica proprio il libero convincimento di quel giudice: insomma, è forma di democrazia, non sostanza democratica. È questo il tema ignorato dell'opinione dissenziente a proposito del giudizio penale; rispetto al quale è sensibile l'ordinamento degli Stati Uniti che affida al singolo giurato il potere di negare la dichiarazione di guilty. Al quale, ovviamente, non è scontato che debba essere riconosciuta la dissenting opinion; non lo è neanche in quella democrazia; ma non me la sento di continuare ad ignorare la sua storica esistenza e la sua utilità politica. Certo. Non va ignorato che qui da noi il dibattito è di tutt'altro genere e colore; almeno quello che si è articolato su diversi fronti dalla metà degli anni '50 alla metà degli anni '90 e successivamente. Siamo ovviamente nel 20^o secolo; nel secolo della genesi del garantismo e della riforma democratica del codice di procedura penale, realizzata per poco e subito manipolata per ricondurre il processo ai fini di difesa sociale, questa volta nel senso di "contrasto alla criminalità organizzata"; siamo nell'epoca del confronto diretto tra organizzazione giudiziaria burocratica e organizzazione giudiziaria orizzontale e dei rispettivi effetti su valori e discipline del processo, su principals e rules; siamo nel secolo della genesi della globalizzazione che Agostino Giovagnoli individua nel movimento del Sessantotto per i contrapposti referenti ad est e ad ovest; siamo nel secolo della crisi delle categorie giuridiche di vecchio stampo che propongono nuove dinamiche legislative e giudiziarie, che non moltiplicano,

solo, fonti e Corti, ma che offrono nuove opportunità ai diritti degli individui qualunque ruolo o funzione essi esplicano. Ebbene, se questa è l'epoca in cui è vissuto il tema e se questi sono i presupposti dei nuovi indirizzi culturali, non può non essere rinnovato l'atteggiamento intellettuale con cui si muovono pensieri ed argomenti relativi al tema su cui speculiamo, ovviamente nei limiti di una informazione. Ed è questa, la linea da seguire”.

E dunque? Tentiamo l'opera di offrire una prospettiva storicamente contestualizzata (rispetto a quella del 2016) del valore dell'opinione dissenziente, limitandola, qui, alle relazioni tra *dissenting*, metodo giuridico e pluralismo ideologico nel segno del dialogo con le riflessioni del Maestro.

2. L'attualità della ricerca. Punti fermi sul valore dell'opinione dissenziente.

La modernità della questione non è in discussione. La svelano, sul piano delle prassi, la sostituzione del giudice relatore della sentenza n. 278 del 2020 (relativa alla sospensione della prescrizione a causa della emergenza da Covid-19) per la redazione della sentenza; su quello legislativo, la Proposta di legge costituzionale C. 2953 (Colletti ed altri), “Modifiche alla legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, concernenti l'introduzione del ricorso diretto di costituzionalità d'iniziativa di una minoranza parlamentare qualificata e della dichiarazione dell'opinione dissenziente da parte dei giudici della Corte costituzionale”, assegnata alla I Commissione (Affari costituzionali) l'11 maggio 2021 e il disegno di legge C. 2560 (Pagano ed altri), “Modifica all'articolo 18 della legge 11 marzo 1953, n. 87, in materia d'indicazione della maggioranza con cui sono adottati i provvedimenti nei giudizi davanti alla Corte costituzionale e di espressione dell'opinione dissenziente”, assegnato alla 1^a Commissione permanente (Affari costituzionali) in sede referente il 14 ottobre 2020; e sul fronte letterario, l'ultima fatica di Beniamino Caravita, *Ai margini della dissenting opinion*, Giappichelli, 2021 che, conducendo un'indagine di tipo quantitativo, valorizzata dall'analisi concreta e puntuale dei casi e delle diverse questioni e tenuto nel dovuto conto le caratteristiche dei Presidenti e, soprattutto, dei giudici coinvolti, ha riscontrato, dal 1988 a oggi, 87 circostanze di sostituzione: «non tantissimi, specie se paragonati alla quantità di decisioni rese dalla Corte nel periodo 1988-2020, pari a 14.691 (tolti gli anni particolari

dello smaltimento dell'arretrato abbiamo 75 casi su 12.930 pronunce), ma nemmeno una *quantité négligeable*, specie se si considera che si tratta di un fenomeno sostanzialmente stabile negli ultimi tre decenni (26 casi di sostituzione si sono verificati tra il 2010 e il 2020, 29 tra il 2000 e il 2009, 32 risalgono al periodo 1988-1999). I giudici coinvolti, come sostituiti o come sostituiti, sono 53, alcuni dei quali con frequenze significative (ma, a ben guardare la lista dei nomi interessati, forse sono significative anche le assenze da questo possibile elenco), i Presidenti 26».

Allo stesso tempo, è indubbia la perdurante scarsa attenzione dedicata al problema dalla dottrina, già avvertita e stigmatizzata dal Maestro: *“all’iniziale dubbio retorico di Costantino Mortati, che nel 1964 introduceva il volume sul tema ritenendo che il dissent avrebbe potuto assicurare la migliore funzionalità del sempre più diffuso controllo di legittimità costituzionale, ha fatto eco trent’anni dopo Francesco Paolo Casavola, che nel 1995 presentava la pubblicazione degli Atti del seminario in argomento svolto l’anno prima in Consulta con il “personale favore” per la proposta del Mortati, manifestando la convinzione che il “rischio di un coinvolgimento nella politica-conflitto” avrebbe potuto essere superato con la introduzione dell’opinione dissenziente, in un’epoca “in cui convincono rispetto e disprezzo, conoscenza esperta e asinina ignoranza per le regole della Corte che custodisce la Costituzione” (sic!), giudizio che si spera non fosse diretto alla rivoluzione accademica prodotta dalla giurisprudenza della Corte del 1992 in materia di letture dibattimentali. Cosa sia successo nei trent’anni che dividono l’identico pensiero dei due autorevoli giuristi lo riassume Adele Anzon, che testimonia come il problema non abbia suscitato una costante attenzione, neanche da parte della Corte costituzionale, essendosi attestato, piuttosto su un andamento carsico nei quarant’anni che dividono il lavoro della Corte dalla sua istituzione, anni durante i quali si susseguirono timide iniziative parlamentari prive di reale cura da parte dei destinatari. La decennale cadenza delle proposte istitutive del principio, dibattuto invano in occasione della approvazione della legge n., 87 del 1953 istitutiva della Corte, poi, non ha sortito effetto, non essendo stata discussa alcuna delle proposte parlamentari presentate: non quella di Mortati - a metà degli anni ’60 - non quella di De Martino - del 9 luglio 1973 -*

non quella di Rodotà - del 6 febbraio 1981 - , che sul piano formale rappresentano il ventaglio delle possibili soluzioni del tema, proponendo, rispettivamente, la modifica delle norme integrative della disciplina della Corte, oppure la legge costituzionale, ovvero, la legge ordinaria”.

Anni dopo, infatti, la convinzione trova radice nel limite dell’opera riformatrice delle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» attuata con delibera in sede non giurisdizionale l’8 gennaio 2020, escludente l’opportunità d’introdurre l’opinione dissenziente.

Le modifiche, infatti, hanno riguardato l’intervento nel giudizio di legittimità costituzionale dei soggetti che non rivestono la qualità di parte nel processo *a quo*, regolamentato tramite l’inserimento nell’art. 4 del co. 7, che ne stabilisce il presupposto e l’introduzione dell’art. 4 *bis*, concernente (con il modificato art. 4, co. 3) i *modi*; la facoltà, ammessa in tutti i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale (fatta eccezione per il giudizio di ammissibilità del *referendum*), di «qualsiasi formazione sociale senza scopo di lucro e qualunque soggetto istituzionale, se portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione in discussione (...) di presentare brevi opinioni scritte per offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio» (art. 4 *ter*); la «possibilità di convocare esperti di chiara fama, qualora [la Corte] ritenga necessario acquisire informazioni su specifiche discipline», disciplinando le modalità dell’acquisizione dell’opinione espressa dai predetti nell’art. 14 *bis*. Non anche la regolamentazione dell’opinione di minoranza, realizzabile anch’essa con un intervento manipolatore della Corte costituzionale sulla disciplina deliberativa della decisione. Sicché, il processo costituzionale continua a operare con un problematico senso di collegialità, in cui necessariamente si fanno entrare in motivazione tutte le opinioni, spesso le più disparate, mentre l’unico *dissent* ammesso è una forma di “conflitto” affermata in via di prassi: si può sapere che c’è stato un contrasto nel collegio ma non se ne conoscono le ragioni.

Il discorso è articolato; e riguarda metodo e contenuti del raffronto tra opinione dissenziente e dissenso.

La scansione non è meramente nominalistica, perché *dissenting opinion* e *dissent* qualificano distinte fasi dell’evento della camera di consiglio.

Nei dizionari si è soliti attribuire ai due vocaboli un rapporto di sinonimia. Il che non è scorretto. Solo che, quando si ricorre alla semantica dei concetti, quel rapporto risulta più complesso. Di qui, il bisogno di tracciarne le linee differenziali quanto alle forme e ai contenuti; unici criteri per far emergere i significati codicistici, soprattutto quando i termini hanno specifico valore giuridico.

Ne è convinto l'autorevole Autore: *“Epperò, affrontare il tema con la modesta pretesa di individuare nuovi indirizzi e più attuali ragioni del dissenso giudiziale richiede in premessa chiarimenti semantici, dovendosi determinare, per un verso, il significato del vocabolo ora usato e la diversità che esso determina a seconda se il disaccordo riguarda le parti – per le quali il ricorso al dissenso è originario e previsto in una pluralità di situazioni – e/o il giudice – per il quale non si trova una disposizione che usa quella parola nelle occasioni, verticali, di disaccordo con altro giudice –; e, per altro verso, l'ampiezza della categoria in un sistema con pluralità di giurisdizioni. Nel primo campo si manifesta il complesso significato del vocabolo; che in prima impressione contiene l'insieme degli atteggiamenti di disaccordo e di critica nei confronti di specifiche istituzioni organizzate per l'esercizio di una funzione, il cui risultato comporta effetti tra singoli e/o sulla comunità delle genti. In termini più incisivi, la mancanza di consenso evidenzia disapprovazione, diversità di parere e di opinioni, critica radicale, vivace e serrata, operata all'interno di organi collegiali verso posizioni rappresentate dalla maggioranza del contesto plurisoggettivo chiamato ad esprimere valutazioni e giudizi su fonti e provvedimenti, ma anche su comportamenti nel caso in cui essi siano ritenuti contrari agli interessi della società. Così ricostruito, il termine unifica azione e risultato del dissentire; discordanza di opinione e diverso giudizio, raggiunto attraverso un percorso ricostruttivo degli eventi considerati; dunque, non un fraintendimento delle reciproche volontà, quanto un conflitto di opinioni non riconducibili ad unità. In tale dimensione, il dissenso si presenta come sentimento o filosofia attraverso cui si manifesta disaccordo e opposizione nei confronti di un'idea manifestata da un'entità istituzionale. In sintesi, se per lo storico Rj Aleksandrovič Medvedev il dissidente non è semplicemente colui che la pensa diversamente, bensì colui che esprime esplicitamente tale disaccordo e lo*

manifesta in qualche modo ai suoi interlocutori, nel nostro caso la radice unica non riesce a limitare la profonda diversità tra dissenso ed opinione dissenziente, tra mancanza di consenso e palese opposizione, tra atto non voluto e differente ragionamento; pure se nel gergo, ovviamente la sinonimia esprime entrambe le posizioni. Non nel gergo giuridico; non nel sistema processuale penale; non nel processo di parti; non in un modello che ha profonde ispirazioni di common law, i cui intuiti sentori sono oggi rivelati dallo studio delle tradizioni giuridiche, attraverso il quale ci si libera di luoghi comuni e di incompresi passaggi epocali”.

La radicata sottoscrizione del distinguo tra *dissenting opinion* e *dissent* all'interno della comune categoria dogmatica del segreto della camera di consiglio lascia emergere (anche) le ontologie della posizione critica assunta: *“Ancora sul terreno della semantica, ulteriore analisi riguarda la diversità giuridica tra dissenso ed opinione dissenziente, giacché nel nostro codice il primo termine trova molteplici richiami riferiti ai rapporti tra le parti peraltro in situazioni non omogenee, il secondo non lo si rintraccia neanche nell'indice. “Dissenso”, nel codice, significa non consenso; dunque, non può essere riferito agli atti del giudice che quando nega la richiesta di una parte o una autorizzazione egli non dissente in senso tecnico giacché il rifiuto della richiesta è niente più che il contenuto tipico del provvedimento destinato alla pluralità dei soggetti - anche se ignari della richiesta - ed allo sviluppo del processo. Di tutt'altro genere il contenuto della molteplicità di disposizioni in cui l'accordo tra le parti costituisce il presupposto per il compimento di un atto o di un rito; lì dove il connubio è rivolto soprattutto alla prova o al giudizio, mai a mera attività investigativa indipendente dell'una o dell'altra parte. Qui, consenso o dissenso non rappresentano l'esito di un ragionamento necessario all'esercizio della funzione; qui, quei vocaboli rappresentano l'incontro della volontà delle parti o il loro dissociarsi rispetto al compimento di un atto o di un rito, che, dunque, può essere assunto o celebrato solo alla prima condizione; ed è così anche se il termine “volontà” è difficilmente associato ai comportamenti del pubblico ministero, perché a lui si attribuiscono poteri discrezionali, politicamente e tecnicamente esclusivo appannaggio del giudice, se di esso si ricorda la semantica giuridica originaria”; sicché, “la conclusione*

della analisi dei profili semantici della vicenda che ci interessa sembra potersi così definire: “dissenso” riguarda attività e comportamenti; l’“opinione dissenziente” attiene al giudizio; un buon punto di partenza per affrontare il merito dell’argomento”.

In questi termini, appare evidente che il problema dell’opinione dissenziente si radica, oggi, sul modo di coniugare persuasione, decisione, deliberazione sul doppio fronte dell’interpretazione, indirizzata ai valori sociali; del giudizio che pratica quei valori; e della motivazione che li esprime. Situazioni del processo dominate dal giudice sia quando si riferiscono all’accertamento, innestando il libero convincimento (persuasione), che quando attengono alla comprensione argomentata del diritto da applicare al giudizio (interpretazione). A questi nessi, poi, sono affidati il merito e la legittimità; modi della giurisdizione rispetto ai quali gli effetti della *dissenting opinion* si manifestano con differenti espressioni.

Ebbene, il riconoscimento legale della *dissenting opinion* (intesa come voto contrario) nel co. 5 dell’art. 125 c.p.p. esprime la centralità democratica della situazione nei giudizi di merito e di legittimità; non anche in quelli costituzionali, in cui i metodi di esercizio dei poteri giurisdizionali sono regolati dall’art. 17, co. 4. Ammettendo la possibilità di ciascun giudice di manifestare la propria opinione (rispetto alla maggioranza del collegio), la disposizione riconosce a quella divergente la natura di regola di comportamento: il giudice che non ha espresso un voto conforme alla decisione può chiedere che venga compilato sommario verbale contenente l’indicazione del dissenziente, della questione o delle questioni alle quali si riferisce il dissenso e dei motivi dello stesso, succintamente esposti; specularmente, la previsione dell’onere del presidente di conservare il verbale in plico sigillato presso la cancelleria impedisce la possibilità di renderli conoscibili al di fuori della camera di consiglio anche in questi giudizi.

A ben vedere, qui (merito e legalità) - ma anche lì (legittimità): la differenza insiste nel difetto di codificazione - la disposizione manifesta il riflesso naturale della previsione di eventi di *dissenting* sulla situazione soggettiva dei giudici del collegio, a meno di non voler ritenere che la dialettica collegiale sia mera formalità, non anche ricostruzione reale dell’avvenimento vissuto - di qua-

lunque genere -; non confronto di convinzioni derivate dall'ascolto delle parti durante l'assunzione dei mezzi di prova - ovunque espletata (anche nel giudizio costituzionale: artt. 12 e 13) -; non tutela delle posizioni difensive - in qualunque materia, essendo convinti che "*il difensore è il soggetto delegato alla copertura tecnica della parte privata e, quindi, destinato a curare dialetticamente la legalità processuale e sostanziale di ogni vicenda*" (*La Procedura Penale. Tra storia e politica*, cit.) -.

3. *Alcune buone ragioni per rimeditare il divieto di pubblicazione della dissentin opinion nelle sentenze emesse dalle Corti Superiori. Convergenze.* L'omologazione dei sistemi di giustizia in relazione al metodo della collegialità, svelato dal combinato disposto degli artt. 125, co. 4, c.p.p. e 17, co. 1, consente d'indagare sui rapporti tra interpretazione e giurisdizione, diritti e giudizio, opinione dissenziente e democrazia, riferendoli - con opposte soluzioni, si anticipa - alle decisioni dei giudici costituzionali, di cassazione e comuni. L'abbrivio, dettato dalle scansioni delle attività della camera di consiglio preordinate alla sentenza, consente di migliorare i ragionamenti sui modelli decisionali e sulla metodologia giudiziale, di natura prettamente giuridica, con il profilo politico della vicenda, imposto (l'ultimo) dal condizionamento ermeneutico determinato dall'obbligo della interpretazione adeguatrice al diritto europeo. È innegabile, infatti, che il rinnovato contesto delle relazioni tra fonti, riflettendo su quelle tra ordinamenti e sistema C.E.D.U., sul valore e sugli effetti delle decisioni delle Corti sovranazionali e internazionali, finisca per incidere sull'attività interpretativa del giudice nazionale che assume, così, natura evolutiva (ammessa da Corte cost., n. 158 del 2020).

In altri termini, la politicità e la giuridicità del sistema delle fonti, come chiavi di lettura per ricostruire il paradigma europeo, scoprono un ruolo della giurisprudenza inedito rispetto al passato, coerente con il ridimensionamento della funzione del diritto statale. Di conseguenza, se la legge non opera più in regime di monopolio ma si completa con un sistema delle fonti pluralista e articolato, nonché con metodi altri di produzione del diritto, è fisiologica la maggiore complessità dell'opera intellettuale affidata al giudice contemporaneo, che deve individuare la norma applicabile al caso concreto tenendo con-

to della compatibilità delle scelte compiute con la Costituzione e, mediatamente, con gli strumenti internazionali al cui rispetto l'ordinamento (e, dunque, anche la giurisdizione) si è vincolato.

Insomma, se non è atteggiamento ingiustificatamente progressivamente ritenere che nell'epoca post-moderna si assiste al trasferimento del dominio sul diritto e sui diritti dal legislatore alla giurisdizione, non deve meravigliare la convinzione della necessità che le categorie dommatiche della decisione - il ragionamento giuridico e fattuale e la motivazione, prima del dispositivo -, si arricchiscano della personalità di ciascun giudice costituente il collegio; abbisognino del dialogo sulle ragioni della decisione e sulla loro argomentazione, essendo inefficace sul fronte della democraticità del provvedimento giudiziale il mero affidamento alla relazione del giudice relatore di turno o il semplice esercizio del diritto di voto, anche se non si nega la interferenza tra gli eventi, poiché giudicare e votare sono termini della medesima situazione (la deliberazione del provvedimento giudiziale in camera di consiglio), entrambi trovano sintesi nella collegialità che si manifesta, dapprima, nella possibilità di ciascun giudice di interloquire sulle scelte della maggioranza e immediatamente dopo, appunto, nella messa al voto. In tal modo i contributi ermeneutici individuali generano il contenuto, il prodotto della camera di consiglio, del collegio, ovvero, la sentenza che, pur perdendo individualità in quanto sostenuta dal più ampio consenso, conserva individualità sotto il profilo del singolo contributo all'accertamento del fatto.

Da questa prospettiva, l'opinione dissenziente manifestata nella fase deliberativa ed espressa nella votazione non pregiudica la unità né la unicità della decisione; non rappresenta una rottura della collegialità e nemmeno ne compromette la riferibilità al collegio. Essa, non da ultimo, non costituisce un rischio per l'indipendenza del giudice, considerato che la stessa Corte costituzionale già nella sentenza n. 18 del 1989, dichiarando la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 L. 13 aprile 1988, n. 117 in riferimento agli artt. 101 e 104 Cost., affermò che «nel nostro ordinamento costituzionale non esiste un nesso imprescindibile tra indipendenza del giudice e segretezza e che nessuna norma costituzionale stabilisce il segreto delle deliberazioni degli organi giudiziari di qualunque ordine e grado, quale garan-

zia della loro indipendenza, né a tal fine impone il segreto delle opinioni dissenzienti; che il segreto costituisce materia di scelta legislativa senza alcun rapporto con l'indipendenza del giudice ed è un valore morale che si realizza in tutta la sua pienezza proprio quando si esplica nella trasparenza del comportamento».

Si rifletta. Il diritto comune europeo e il contesto pluriculturale sono altrettanti segni del processo di modernizzazione del diritto e della giurisdizione che compongono le antinomie tra ordinamenti e sistema C.E.D.U. per il tramite della interpretazione conforme al diritto UE e al diritto convenzionale delle legislazioni (combinato disposto degli artt. 101, 2° co.; 11; 117, 1° co., Cost.), pur lasciando impregiudicata l'autonomia dei criteri ermeneutici rispettivamente previsti (art. 12 prel. c.c.; artt. 31 [32 e 33] Convenzione di Vienna del 1969); richiedono di favorire la certezza del diritto attraverso l'idea di una ermeneutica aperta, che manifesti tensione verso il valore delle disposizioni piuttosto che delle regole, di una interpretazione che sia evolutiva e che si esprima per orizzonti anziché per concetti. In questo senso il diritto vivente supera i limiti dettati dal nazionalismo e si orienta al confronto con le massime di decisione elaborate da Corti altre, spesso addirittura richiamandole in funzione di precedente. Tale progressivo arricchimento, a sua volta, attenuando la rigidità dell'assolutismo della legge, esalta il ruolo politico della giurisdizione, affrancandola dalla visione riduttiva dell'analisi logica del linguaggio giuridico e determina il superamento dell'idea della decisione giudiziale modellata sullo stampo del sillogismo, per aprire all'argomentazione persuasiva, fondata sul plausibile e sul ragionevole, quali criteri di scelta tra possibili interpretazioni del fatto, giammai fra proposizioni veritative.

Ebbene, se l'indagine casistica diviene metodo per il progressivo riconoscimento dei giudizi di valore nel processo di individuazione della regola e richiede l'abilità del giudice di intercettare le esigenze del multiculturalismo e di rispondervi efficacemente, l'indirizzo apre al dialogo fertile tra le diverse vedute dei giudici che non può essere limitato dal divieto di esplicita manifestazione nella parte motiva del provvedimento giudiziale. Rivisitare la segretezza della deliberazione e ammettere, di conseguenza, la esternazione della *dissenting* nella motivazione della sentenza; dunque, rendere pubblico

l'intero percorso dialettico che ha determinato la decisione, contribuirebbe ad affievolire la contrapposizione tra la soggettività, storicamente condizionata, dell'*ars interpretandi* e la statica oggettività della legge.

In altri termini, se da un lato, è innegabile che la comprensione e la certezza del diritto sono espressioni di un processo guidato da norme, di un procedimento codificato; dall'altro, è altrettanto certo che l'attività dell'interprete, applicatore della legge, indissolubilmente legata al fatto, richiede una razionalità che non è puramente tecnica ma pratica, prudenziale. Il compito del giudice, infatti, è arrivare alla compenetrazione tra l'universalità della disposizione e la varietà e la naturale mutabilità dei casi e delle situazioni, la cui sintesi si rivela nella motivazione. Obiettivo al quale non è estranea la comunicazione dei contributi dei singoli giudici al ragionamento giuridico e fattuale: la esternazione in sentenza della *dissenting opinion*, presupponendo dialettica processuale e pluralismo dialogico, risponde ai bisogni del controllo di razionalità dell'argomentazione giuridica e di legalità della decisione giudiziale.

In senso lato, l'esternazione del convincimento contrario, piuttosto che la sua mera verbalizzazione da custodire col segreto del plico sigillato, potrebbe rendere ulteriormente efficace la capacità della motivazione di esprimere coerenza, da un lato, tra i passaggi che la compongono e il dispositivo che ne consegue; dall'altro, tra la sentenza e i precedenti con cui la prima si salda, creando indirizzi giurisprudenziali consolidati e perciò persuasivi, pur lasciando inalterata la possibilità del giudice successivo di discostarsene. Ancora. Se l'interpretazione giuridica non fissa un'entità scientifica definita che vincola il giudice a una conclusa valutazione, ma le diverse norme sono altrettante cristallizzazioni di differenti punti di vista spesso divergenti, allora l'opinione dissenziente arricchisce le riflessioni sul metodo giuridico, imponendo il confronto sulle regole discorsive e sugli schemi argomentativi; e influisce sul programma della dogmatica giuridica, dunque, sulla giustizia della decisione, dal momento che solo dalla piena consapevolezza della norma giuridica (*rectius*: dei concetti giuridici contenuti nella) dipende la piena comprensione del diritto e la certezza della sua applicazione.

4. ... *altre per confermarlo nei giudizi di merito. Divergenze.* In questi eventi,

l'Autore avverte la necessità che esistano altrettante buone ragioni per rimediare il segreto sul giudizio dissenziente del giudice espresso nella camera di consiglio: *“ora, se è evidente che la differenza di genere è data dall'oggetto della specifica giurisdizione, non si comprende perché debba essere escluso da questa reale dialettica collegiale il fatto e la sua prova, cioè la giurisdizione di merito, lì dove la democraticità collegiale acquista immediata incidenza nei diritti fondamentali della persona quando non nella sua libertà personale”*.

Il medesimo itinerario, al contrario, convince a coltivare un opposto orientamento, differente, giammai migliorativo².

Dunque. Idea contro idea: insiste la (nostra) convinzione che la preclusione divulgativa della *dissentin opinion* rappresenti il fondamento garantista delle decisioni di merito.

La ragione della chiusura va ricercata, sul fronte dei principi, negli artt. 101, co. 2°, 111, co. 3°, Cost., che costruiscono la giurisdizione come funzione e quale diritto, presidiata dalle garanzie di autonomia, legalità, imparzialità e terzietà; e, sotto il profilo delle regole, nel carattere cognitivo del processo di merito, che individua nella rappresentazione del fatto a opera delle parti la fonte delle conoscenze del giudice e nella relazione tra giudice, criteri di verità e motivazione, che l'art. 192, co. 1, c.p.p. pone in qualità necessitata e tipica. Si aggiunga l'art. 533, co. 1, c.p.p., che onera il giudice di sciogliere il dubbio sulla colpevolezza dell'imputato in termini di innocenza.

A questo sistema, l'art. 125, co. 5, c.p.p. offre una più incisiva influenza: la regola di esclusione riguarda la segretezza (intesa come divieto di divulgazio-

² Non stupisca la “contrapposizione”. Essa non è negazione dell'appartenenza; non potrebbe esserlo, avendo affidato al (mio) Maestro la responsabilità della mia formazione scientifica, rinnovando quotidianamente, oramai da quasi trent'anni e senza soluzione di continuità (anche in questo tempo di dolorosa assenza), sentimenti di entusiasmo e d'indescrivibile gratitudine.

Dicevo; non sorprendano i contrapposti indirizzi: *“il “maestro” guida, si immedesima, dialettizza gli argomenti sui quali si cimentano i tanti o i pochi che affidano a lui la formazione professionale; e questa è opera che può utilmente compiere solo chi si nutre di quelle capacità dialettiche, soprattutto quando, come nel caso di specie, il nodo centrale dell'opera nasce da suoi spunti problematici - che l'Autrice non condivide -, offerti alla platea degli ascoltatori e problematicamente colti e commentati da chi oggi scrive l'opera che si illustra. (...) Idea contro idea, il bandolo della matassa è affidato a solide argomentazioni, che, tuttavia, non mi sentirei idonee a rinnegare il mio modo di pensare e le conclusioni a cui sono pervenuto, pur essendo del tutto aperto alle nuove riflessioni, insegnamento praticato da tantissimi anni (...)”* (Presentazione a FALATO, *La querela. Tra azione pubblica e privata*, ESI, 2012, oggi in *Metodi e Prospettive de la Procedura Penale*, cit.).

ne) dei contributi della deliberazione, non investendo, invece, la possibilità per il giudice di manifestare, nella camera di consiglio, il voto contrario e la relativa giustificazione. Specularmente, la segretezza attiene al giudizio; colpisce le modalità della deliberazione collegiale; caratterizza l'attività decisionale della camera di consiglio e la motivazione del suo epilogo, precludendo di palesare, nella parte motiva della sentenza, le opinioni individuali e il risultato della votazione con cui è stata assunta la decisione.

Detto altrimenti, il segreto coinvolge il provvedimento del collegio, ovvero, la sintesi delle posizioni manifestate da ciascun giudice nel contesto della camera di consiglio. Di conseguenza, nonostante la motivazione appaia all'esterno sempre come un'argomentazione razionale, neutrale, oggettiva, spersonalizzata e malgrado si manifesti come un discorso tecnico, formalistico e lineare, essa è scaturita dal confronto sulle più disparate scelte.

Su questo terreno, si rintraccia l'atteggiamento preclusivo per la giurisdizione di merito.

Si consideri. Nel processo di merito, in cui la imparzialità del giudice, il contraddittorio (in funzione di metodo per garantirla) e la motivazione sono i paradigmi della giurisdizione e della legittimazione della funzione giudiziale; e la valutazione delle prove, la ricostruzione del fatto, la consumazione della presunzione di innocenza descrivono la legalità del giudizio, il valore della segretezza dell'opinione dissenziente influenza la tenuta della giustezza del processo, tutelando la struttura del sistema delle impugnazioni dal rischio di parzialità del giudice, anche quando la sentenza sia di condanna e la *dissenting* riguardi l'innocenza dell'imputato. Allo stesso tempo, salvaguardando il diritto dell'imputato - in particolare ma, in generale, delle parti - a un processo *razionale*, garantisce la tenuta della intangibilità del giudicato (si vedrà).

Il primo fronte: valore della segretezza, giustezza del processo, struttura del sistema del controllo di merito.

La linea normativa degli artt. 593 (598); 570-572; 597 (581, lett. c); 585 co. 4); 601; 602; 603; 605, c.p.p., rappresentativa del giudizio di appello, evidenzia che, se la caratteristica fondamentale delle impugnazioni è affidare alla iniziativa delle parti gli sviluppi del processo sottraendoli al giudice, nonché, contestualmente, attribuire rilievo dispositivo alla volontà delle stesse parti attraver-

so il vincolo cognitivo e decisorio imposto al giudice con l'atto di impugnazione, allora il presupposto garantistico del controllo è la situazione di dipendenza dal giudizio di primo grado, del quale il giudizio di appello legge gli atti e ripete le formalità della discussione e della eventuale rinnovazione della istruzione dibattimentale. Anzi, è soprattutto rispetto a queste ultime situazioni che coinvolgono direttamente il fatto valutato e deciso dal giudice precedente che si presenta più stringente il bisogno di neutralizzare qualsiasi rischio di pregiudizialità del giudice successivo, considerato, inoltre, che qui non v'è mutamento del fascicolo su cui egli forma il proprio convincimento.

Stando così le cose, la pubblicità della *dissenting opinion*, se fosse autorizzata, ferirebbe la sfera potestativa della giurisdizione quando si manifesta nella discrezionalità (normativamente guidata) interpretativa della legge ma, ancor di più, nella valutazione delle prove, nella connotazione del fatto e della responsabilità, nonché nella determinazione della pena. Precluderla, al contrario, non pregiudica la democraticità della decisione, poiché il giudice dissenziente partecipa allo svolgimento dialettico del processo esprimendo ragionamenti ed esemplificazioni contrarie; allo stesso tempo, però, non influenza il convincimento del giudice chiamato a controllarle, sottraendo il fatto alle interferenze soggettivistiche di chi lo valuta. Rischio che sarebbe concreto qualora il convincimento divergente da quello della maggioranza espresso nella camera di consiglio fosse pubblicata nella parte che descrive l'*iter* formativo della decisione e la sua giustificazione; in questo caso, infatti, il giudice successivo sarebbe posto in grado di conoscere e di valutare le ragioni per cui la sentenza, pur presentandosi formalmente come esercizio unitario del potere giurisdizionale, nella sostanza non lo è.

È opportuna una spiegazione.

Nelle ipotesi considerate dal co. 5 dell'art. 125 c.p.p., la circostanza che la sentenza costituisca la decisione sul fatto e sulla responsabilità e che la collegialità la governi, non significa che la seconda monopolizzi la prima né che esaurisca la tematica della scelta che la presuppone, nella quale rientrano l'atteggiamento del giudice che non ha espresso voto conforme alla decisione e la sua discrezionalità, la sua libertà intellettuale. Tale opzione, rappresentando una preferenza tra più possibilità, è anch'essa una decisione, seppure

non pubblicizzata. Sicché, se scegliere e, quindi, se decidere di dissentire sono operazioni connesse alla valutazione dei contenuti del fatto affidato alla giurisdizione di merito, emerge un tessuto ideologico e politico che non può non influire sull'opzione stessa e che, se conosciuto dal giudice successivo, finirebbe per pregiudicarne la libertà di convincimento.

La seconda relazione - decisione, motivazione - è più complessa, in quanto, interessando il valore democratico del giudizio rispetto alla tutela della posizione giuridica del soggetto che subisce la decisione, potrebbe avallare l'ipotesi favorevole alla previsione della divulgazione dell'opinione dissenziente anche per le decisioni giudiziali di merito.

Epperò, se si indaga adottando forme di razionalità sostanziale, cioè, se si ricerca un ordine oggettivo di valori in quelle relazioni; se l'approccio innesta le connessioni tra principi e regole, diritti e poteri, tra oneri e facoltà, rimarcando la differenza tra struttura e valore della motivazione, appare evidente che l'intuizione, se realizzata, non innalzerebbe lo standard di tutela della posizione giuridica dell'imputato ma, addirittura, lo abbasserebbe, compromettendo l'imparzialità del giudice successivo, condizionandone inevitabilmente le valutazioni (s'è detto). In questo caso, la preclusione dettata dall'ultima parte del co. 5 dell'art. 125 c.p.p. («il verbale (...) è conservato a cura del presidente in plico sigillato presso la cancelleria dell'ufficio») si giustifica alla luce del pluralismo giudiziario che, relazionato al giudice dell'appello, gli riconosce libertà di discostarsi dal convincimento del primo giudice, fatte salve soltanto le preclusioni derivanti dai parametri di legge e dal principio di ragionevolezza; in uno, dal rigore argomentativo.

Volendo approfondire. L'obbligo di motivazione si inserisce tra le garanzie procedurali previste nel Preambolo penalistico della Costituzione qualificandosi come diritto dell'imputato; nella qualità, chiude la vicenda processo, da un lato, documentando il giudizio sulla fondatezza-infondatezza della imputazione contestata e, dall'altro, garantendo il controllo postumo sulla razionalità e logicità delle determinazioni giudiziali. Dunque: l'obbligo di motivazione impone al giudice la razionalità del decidere; riconosce alle parti il diritto a una decisione logica, sistemica e sistematica e la relativa facoltà di controllare l'uso giudiziale delle regole per l'apprezzamento della domanda, sistemando-

ne i presupposti che lo regolano e le conseguenze che vi derivano nelle sfere giuridiche protette, nel contesto di una fisiologica contrapposizione tra i poteri e i doveri dei soggetti chiamati a gestirle e tra i diritti e le facoltà dei soggetti destinatari. Di qui, l'imprescindibilità della legalità del metodo nella ricostruzione del fatto storico e nell'individuazione del suo autore, che a sua volta si riflette sulla struttura della motivazione; e l'inevitabile interazione tra motivazione e libero convincimento, sulla quale andrebbe a ricadere la previsione della formalizzazione dell'opinione del giudice che dissente dalle ragioni della maggioranza.

Ora, poiché le parti sono le uniche destinatarie delle regole di comportamento che in un sistema legale di prova costruiscono i saperi giudiziari e, nella qualità, devono essere garantite dai pericoli di un eventuale sviamento del modo di giudicare, cioè dai rischi di abuso dell'uso degli elementi di conoscenza, bisogna chiedersi, anche per questa via, se pubblicizzare l'opinione dissidente servirebbe a scongiurare tale pericolo, tenendo presente il rischio, questo concreto, di parzialità del giudizio del grado successivo.

Se si ragiona in termini di rapporto tra principi (art. 111, 6° co. Cost.) e regole (artt. 192, co. 1; 125, co. 3; 292 co. 2, lett. b); 426 co. 1, lett. d); 546, co. 1, lett. e); 598; 617, co. 1, c.p.p.), la negazione appare scontata, poiché la riferita codificazione tranquillizza della circostanza che i rimedi contro il pericolo dell'abuso risiedono nella struttura del processo. Invero, sul fronte dei principi, la previsione che la decisione debba essere spiegata e che il mezzo per controllarla sia la motivazione comporta che il difetto (mancanza) di motivazione incida sulla esistenza del provvedimento giurisdizionale, facendogli perdere i requisiti geneticamente propri, così da renderlo strutturalmente inidoneo a produrre effetti giuridici nel processo e fuori di esso. Addirittura, la natura del vizio, vale a dire, la contingenza che esso violi la garanzia dettata dal 6° co. dell'art. 111 Cost. determina che il rimedio (la inesistenza) travalichi lo stesso giudicato. Sul piano delle regole, i vizi strutturali della motivazione che ricadono sulla sentenza (artt. 546, co. 1, lett. e); 604, co. 4 e 5; 606, lett. e) c.p.p.), ovvero quelli che riguardano il percorso giustificativo del *decisum* per capi e per punti (artt. 187 e 527 c.p.p.), ne determinano la nullità (art. 124, co. 3, c.p.p.), alterando la funzione dello schema legale dell'atto (art. 546

c.p.p.). In questo contesto, divulgare la convinzione discordante della minoranza significherebbe soltanto manifestare una discrepanza riguardo alla ricostruzione del fatto e della responsabilità rispetto alla quale le parti godono già di strumenti rimediativi.

Sul terzo versante - *dissenting*, intangibilità del giudicato -: l'imputato può essere considerato colpevole soltanto quando all'irrevocabilità della sentenza-atto corrisponda l'intangibilità della sentenza-fatto, cioè solo nella ipotesi in cui l'accertamento contenuto nella prima sia il risultato di un processo legale che abbia garantito la posizione dell'imputato attraverso il rispetto delle situazioni giuridiche riconosciutegli dal Preambolo penalistico della Costituzione, oggi implementate dal sistema della C.E.D.U. e dall'ordinamento dell'Unione europea (artt. 24; 25, 1° co.; 101; 111; 112; 27, 2° co. Cost.; 6 C.E.D.U. [art. 117, 1° co. Cost.]; 47-50 C.D.F.U.E. [artt. 11 e 117, 1° co., Cost.]), tra le quali rientrano la imparzialità e la presunzione di innocenza; e rispetto alle quali abbiamo dimostrato gli effetti pregiudicanti di una eventuale rivisitazione, in termini possibilistici, del co. 5 dell'art. 125 c.p.p.

Volendo sintetizzare l'“*idea contro idea*”: l'analisi è affidata alla norma; la letteratura non si pone nemmeno il problema; la dottrina dell'insigne Giurista, invece, lo spiega in termini di necessità di rivisitare il co. 5 dell'art. 125 c.p.p., considerando il divieto di documentare l'opinione dissenziente “*un rimedio per elisioni successive rivolto al raggiungimento di una maggioranza che molto efficacemente Francesco Carnelutti considerava “artificiosa”*. Noi, con la radicata, opposta convinzione dei pericoli che potrebbe creare siffatta operazione all'autorità della decisione e ai gradi successivi del processo.

5. *Camera di consiglio, opinioni, testimonianza. Situazioni inesplorate.* Questione altra, inesplorata dal Maestro (lo scritto è incompiuto), è quella che investe il nesso tra opinione del giudice e preclusione probatoria. Sul punto, è opportuno ripetere arresti già raggiunti che, tuttavia, appaiono indispensabili per una rivisitazione delle soluzioni un tempo offerte.

Ebbene: la segretezza attiene al giudizio; riguarda le modalità della deliberazione collegiale; caratterizza l'attività della camera di consiglio e la motivazione del suo epilogo, precludendo la esteriorizzazione delle opinioni e del risul-

tato della votazione. Dunque, il segreto coinvolge la decisione collegiale intesa come sintesi delle posizioni manifestate da ciascun giudice in occasione della deliberazione della sentenza. L'asserzione fondata sul combinato disposto degli artt. 125, co. 4, ultima parte e 545 (544; 546), c.p.p.: la pubblicità del dispositivo e la lettura della motivazione, piuttosto che limitare il confine del segreto al primo ambito (modalità), rispondono al meccanismo di riferimento al collegio della decisione, anche quando non è frutto di una determinazione unanime. In tale direzione, il segreto coinvolge l'opinione dei singoli giudici; che diviene, a sua volta, l'oggetto della *notizia* sulla quale cade il segreto.

Premesse, tutte, che servono a confermare il distinguo tra segreto della camera di consiglio e segreto di ufficio; quest'ultimo caratterizzato dalla tipizzazione delle posizioni soggettive stabilite dal combinato disposto degli artt. 201 c.p.p.; 357; 358; 326, c.p. e per questo non estensibili in via analogica al giudice che abbia concorso alla deliberazione in camera di consiglio e differenziato dal primo che, viceversa, rappresenta categoria autonoma dalla quale originano, di conseguenza, una serie di effetti indipendenti (non derivati), da quelli previsti dal co. 1 dell'art. 201 c.p.p. E che ci convincono, prendendo le distanze dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che il metodo più efficace per affrontare la questione della (il)legittimità della testimonianza sull'opinione e sui voti espressi dai singoli componenti del collegio sia collegato alla maniera di intendere le interrelazioni tra fatto, imputazione e prova.

Il ragionamento (aggiornato): la regola di comportamento contenuta nell'art. 125, co. 4, ultima parte, c.p.p., fondata sul principio generale di segretezza della deliberazione, stabilisce, implicitamente, una preclusione dichiarativa in capo al giudice che ha partecipato alla camera di consiglio, garantita dalla inutilizzabilità della testimonianza in merito al procedimento formativo (opinioni e votazione) della deliberazione collegiale. Infatti, la inosservanza del divieto di divulgazione, sotto il profilo processuale, comporta la non valutabilità delle dichiarazioni rese; mentre, sotto quello del diritto sostanziale, «chiunque pubblica i nomi dei giudici con l'indicazione dei voti individuali che ad essi si attribuiscono nelle deliberazioni prese in un procedimento penale» incorre nella sanzione stabilita dall'art. 685 c.p., non anche dall'art. 326 c.p., come accade, viceversa, per la violazione del segreto d'ufficio.

Ragionando sul primo: se gli effetti della segretazione della decisione ricadono sul rapporto segreto-opinione, rappresentando il contenuto della protezione dettata dall'art. 125, co. 5, c.p.p., il divieto di utilizzabilità delle dichiarazioni attinenti al giudizio deliberativo non deriva dall'applicabilità della regola di esclusione contenuta nell'art. 201 c.p.p. in tema di testimonianza, bensì dal combinato disposto degli artt. 125, co. 5; 191; 187; 331, c.p.p. che rileva come il divieto probatorio sia fisiologico, investendo l'opinione (fatto del giudice), non anche la imputazione (fatto del processo). Non è un caso, infatti, che quando la testimonianza riguardi il fatto, cioè il reato e la sua imputazione, la preclusione cade; vale a dire che l'esame testimoniale dei componenti di un collegio giudicante, nel caso in cui l'imputazione attenga a un reato intimamente connesso con quanto si è detto e si è deciso nella camera di consiglio, si estende legittimamente ai giudizi formulati e ai voti espressi in quella sede, all'opinione espressa e alla posizione assunta da ciascun giudice, diventando, ciascun evento, altrettanto presupposto del reato stesso (si consideri, a mo' di esempio, la imputazione per il delitto di falsità in atto pubblico attraverso la redazione, ad opera del presidente estensore di un tribunale del riesame, di una ordinanza con statuizione difforme da quella deliberata in camera di consiglio). In altri termini, la preclusione dichiarativa si consuma quando l'imputazione dipende dalla convinzione espressa dal giudice nella camera di giudizio; cioè, quando da quel giudizio origina il reato.

La soluzione proposta si arricchisce del combinato disposto degli artt. 194; 187; 499, co. 1 (133; 203 c.p.); 236, c.p.p. che traccia lo schema legale della testimonianza, il quale, riguardo all'oggetto, non contempla l'opinione del giudice, neppure quella dissenziente. Ne deriva che, se tale modello condiziona la testimonianza al fatto e se riconduce la funzione della prima alla proiezione probatoria rispetto al secondo, non è possibile che si producano effetti senza che si sia realizzata quella interdipendenza. Sicché, il motivo della preclusione probatoria non risiede nell'omologazione con le situazioni descritte nell'art. 201 c.p.p., bensì nella circostanza che si tratterebbe di dichiarazioni rese su opinioni e non su accadimenti; quindi, su un oggetto extravagante rispetto a quello che legalmente può concorrere a sorreggere in merito una decisione. Deve trattarsi, cioè, di questione di metodo probatorio, di scel-

te sistematiche a favore del fatto non anche di un giudizio.

Il ragionamento va approfondito. Il fatto processuale si identifica con il comportamento ed è costituito da un evento rapportabile a uno o a più soggetti; là dove, s'è detto, l'opinione è un parere. Il primo delimita il *thema probandum* e rappresenta il criterio di valutazione della rilevanza delle prove; la seconda, quando appartiene al singolo giudice (fatto del giudice), giustifica il voto in camera di consiglio, quando si riferisce al collegio (fatto del collegio) spiega la decisione esprimendosi nella motivazione. Detto altrimenti, l'opinione manifesta il convincimento del singolo giudice, fondato sulla valutazione, in solitudine, degli elementi raccolti, sui criteri personalmente applicati nella lettura del materiale decisorio; si riferisce alla osservazione della imputazione in ordine alla quale il giudice è chiamato ad esprimere un punto di vista, una regola di ragionamento. Quando l'opinione del giudice è convincimento condiviso dai componenti della camera di consiglio, diviene opinione del collegio e si esterna nella motivazione.

In sintesi: il giudizio non è altro che una teorizzazione, un concetto; esiste soltanto nella mente di chi lo propone e di coloro che lo condividono. Di conseguenza, il carattere ideologico che lo permea, pur conservando radici giuridiche (la strumentalità alla corretta soluzione del caso), esclude che possa essere considerato alla stregua di un fatto, di oggetto di prova.

Sotto altra prospettiva; più lata. Il giudizio svela la soggezione del giudice alla legge e concretizza l'applicazione delle prescrizioni legislative al caso concreto; la tensione è verso l'accertamento legale del fatto e della responsabilità dell'imputato; la manifestazione è la decisione imparziale della controversia affidata dalle parti al giudice. Come a dire, che l'opinione del giudice mostra la sua capacità di rendere giustizia, di discernere tra innocenza e colpevolezza e fonda sulla produzione normativa tempestivamente adeguata, con l'interpretazione, agli immancabili mutamenti sociali.

Ebbene, il buon governo dell'applicazione della legge è fatto del giudice (giudice-persona; giudice-collegio), non anche fatto del processo (imputazione, prova); il giudizio rientra nella sfera personale di ciascun giudicante, implica il potere-dovere di compierlo (art. 102, 1° co., Cost.), ne determina la responsabilità là dove realizzi un reato. Epperò, se l'opinione resta nella sfera perso-

nale del giudice; se si manifesta nel suo rapporto con la norma; se i giudici interpretano la legge secondo il proprio sentire – non eguale in essi –, senza il vincolo del precedente (che qui sarebbe d’ausilio), tanto che appare fisiologica la possibilità che non risulti assicurata la uniformità delle vedute rispetto alla ricostruzione dello stesso fatto, allora le divergenze delle opinioni rispetto al fatto e la conformità della decisione rispetto alle regole sono controllabili soltanto attraverso i rimedi interni, sono affidate alla volontà delle parti e alle determinazioni del giudice superiore. Del resto, a proposito dell’ontologia delle sentenze, ciascuna di esse costituisce una entità unica, frutto di una singolare operazione che, per quanto possa essere normativamente guidata dalle regole stabilite dal principio di legalità processuale, resta operazione del giudice e del collegio.

Pertanto, anche sul terreno del rapporto tra opinione e sentenza, la prima si rivela come valutazione di merito sul “contenuto”, o sulla legalità, o sulla legittimità, a seconda che la questione affidata alla deliberazione dei giudici sia la valutazione dell’imputazione, oppure il vigore della legge o la sua validità. In ogni caso, neppure in quella relazione, l’opinione si traduce in un comportamento.

In altre parole, nella categoria dell’opinione giudiziale possono farsi rientrare le attività normativo-descrittive, quelle analitiche e normativo-propositive; insomma, ogni argomento funzionale al discorso del giudice, al suo ragionamento. In ogni caso, si tratta di enunciati, non di condotte; di argomenti dogmatici necessari per la giustificazione della decisione, quando è opinione del collegio e a fondare la *dissenting* qualora resti opinione del giudice.

Su queste premesse, la inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dal giudice in merito al procedimento formativo della decisione non si manifesta come reazione a un vizio del procedimento acquisitivo, scaturendo, piuttosto, dalla ontologia della categoria che colpisce; la quale, in radice, nega alle opinioni dei giudici la natura di prova. Di modo che, un eventuale contributo conoscitivo relativo all’opinione del giudice è inutilizzabile in chiave dimostrativa, perché è inidoneo a essere oggetto di prova.

Si aggiunga che la marcata dimensione valoriale dell’opinione giudiziale, rivelandosi come situazione soggettiva del giudice (art. 525, co. 2, c.p.p.), sfugge

(salvo il caso che vedremo) a criteri di determinatezza e all'aggancio a fattispecie penali specifiche; condizioni che, viceversa, connotano (devono connotare) la imputazione, richiedendolo, non solo, l'art. 417, co. 1, lett. *b*), c.p.p., ma, soprattutto, i bisogni dettati dal diritto alla prova (artt. 190, co. 1, *incipit*; 493, c.p.p.) e quelli sottesi alle regole di ammissione (artt. 190, co. 1, ultima parte; 495, c.p.p.).

Si ragioni sull'ulteriore linea normativa degli artt. 194, co. 1 e 3; 499, co. 1; 187 c.p.p. che rimarca la inscindibilità del nesso tra testimonianza, imputazione e oggetto della prova: l'art. 194, co. 1, c.p.p. fissa l'oggetto della testimonianza e lo individua nei fatti che costituiscono oggetto di prova; il co. 3 pone un ulteriore limite dichiarativo, stabilendo che l'esame del testimone deve vertere esclusivamente su fatti determinati e specifici (come precisato anche dall'art. 499, co. 1, c.p.p.). A sua volta, l'art. 187 c.p.p. riferisce all'imputazione, alla procedibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza i confini dell'accertamento nelle varie fasi e/o nei differenti giudizi. Di conseguenza, le prove estranee a quei fatti - e, a maggior ragione, l'opinione del giudice che, s'è detto, non può essere considerata alla stregua di una prova - trovano nel *thema decidendum* uno sbarramento processuale, in virtù del quale sono da considerarsi inammissibili, se richieste e inutilizzabili, se introdotte nonostante il divieto.

Si badi bene; e qui l'anticipata specificità.

Se sono oggetto della prova, tra gli altri, i fatti che si riferiscono alla imputazione, quindi, l'insieme dei dati storici enunciati nel capo di imputazione e integranti la fattispecie di reato astratta contestata all'imputato; se implicano tanto la commissione del fatto che la sua corrispondenza alla fattispecie legislativa; se la prova è funzionale alla ricostruzione giudiziale del fatto, allora solo nel caso in cui vi sia corrispondenza tra l'opinione del giudice espressa per la deliberazione e una fattispecie penale è ammissibile la testimonianza. Qui, infatti, essa si rivela come fatto, come accadimento che, legittimamente acquisito, è valutabile dal giudice in ordine alla proposizione da provare.

Allo stesso modo, si risolve la questione del divieto di testimonianza sulle discussioni tra giudici e voti espressi da ciascun componente del collegio nel procedimento disciplinare instaurato a seguito dell'esercizio dell'azione disci-

plinare per uno dei riferiti illeciti. Ebbene, sul punto, valgono le considerazioni già svolte a proposito della situazione di reato che legittima la utilizzabilità di quelle dichiarazioni nel procedimento penale, nonostante l'autonomia dei procedimenti fa sì che siano possibili interazioni soltanto se v'è compatibilità tra le rispettive norme. Anche qui, la deposizione è ammessa, riferendosi l'addebito a un illecito disciplinare intimamente connesso a quanto deciso nella camera di consiglio.