

Alessio Lo Giudice

*Il problema del giudizio: in contrappunto con il pensiero  
di Franco Cordero*

*Abstract.* The article offers a reflection on the complexity of the experience of judgment, starting from an analysis of Franco Cordero's thoughts on this topic. Cordero's work is examined using the method of counterpoint, as in his reflections on judgment he oscillates between emphasizing the possibility of reducing the entire legal experience to a web of judgments, and the tendency to reduce judgment, even that of a legal judge, to a predominantly logical and controllable operation. By proposing an existential conception of legal judgment, the article engages with Cordero's thought and ultimately identifies, within his peculiar philosophical-legal perspective, the rationale for the predominantly logical-formal meaning of judgment that he suggests. The concern raised is that this interpretation might inevitably lead to a partial removal of the question surrounding the concept of justice.

*Keywords:* Judgment, Justice, Syllogism, Freedom, Experience

## 1. Il diritto come trama di giudizi

Nella voce *Giudizio*, scritta per il *Novissimo Digesto* e aggiornata nel 1991 per il *Digesto*, Franco Cordero, proponendo di leggere l'intera esperienza giuridica attraverso lo schema del giudizio, afferma: «si guardi alle categorie formali d'ogni immaginabile discorso giuridico ovvero alle concrete previsioni che rappresentano il contenuto delle norme, alla prescrizione dei comportamenti od alla statuizione degli effetti, la vita del diritto si risolve in un'inesauribile trama di giudizi, del legislatore, dell'interprete, del subditus, degli organi preposti all'applicazione delle norme»<sup>1</sup>.

Questa riduzione del discorso giuridico a trama di giudizi acquista, naturalmente, un significato specifico che dipende dall'accezione peculiare di giudizio giuridico assunta come presupposto. A monte, per Cordero, la struttura sintattica del giudizio, necessariamente immutabile, non consente una sensata distinzione tra giudizi giuridici e giudizi non giuridici, poiché si tratta, comunque, di un termine, il giudizio, che designa «una figura dialettica risultante dalla combinazione di tre

1 Cordero 1961. Per una riflessione di carattere generale che trae spunto proprio dalla concezione del diritto come un insieme di decisioni, cfr. Pastore 2015.

segni verbali: un soggetto ed un predicato, tra i quali la copula introduce un rapporto d'eguaglianza o disequaglianza»<sup>2</sup>.

Bisognerebbe, allora, individuare un carattere che consenta una prima delimitazione del campo del giudizio giuridicamente rilevante. Per Cordero, tale carattere va colto nel contenuto rappresentativo dei termini che ogni giudizio collega e, in particolare, in ciò che corrisponde al soggetto. Infatti, «ciò di cui si predica qualcosa di giuridico, non può identificarsi in nient'altro che in un comportamento»<sup>3</sup>. Seguendo un approccio pragmatico-sociologico, si comprende, dunque, secondo Cordero, come anche quelle disposizioni nelle quali, apparentemente, una cosa o uno stato di fatto si pongono formalmente come soggetti, si risolvono, a ben vedere, in schemi in cui il soggetto sostanziale della formulazione è comunque un comportamento. Si tratta di una concezione coerente con l'orientamento normativistico kelseniano<sup>4</sup>. La struttura della norma, come schema qualificativo che esprime un giudizio ipotetico (se x, allora y), infatti, presuppone che l'oggetto del giudizio qualificante (del legislatore) sia ridicibile ad atti e comportamenti. In particolare, è il nesso di imputazione (la previsione di una conseguenza al determinarsi di una specifica condizione comportamentale), nella grammatica kelseniana, a condensare il giudizio che il legislatore esprime in relazione a un comportamento che, così e sol per questo, assume rilevanza giuridica<sup>5</sup>.

Una volta individuato nel comportamento il soggetto grammaticale necessario del giudizio, un'ulteriore delimitazione del campo del giudizio giuridico si otterrebbe concentrandosi sulla natura del predicato. E la caratteristica principale del predicato giuridico è di rifarsi «ad un criterio di valutazione dettato da un precetto dell'ordinamento»<sup>6</sup>. Da qui deriva, secondo Cordero, la possibilità di verificare l'operatività del giudizio giuridico in relazione alle norme che determinano doveri e a quelle che conferiscono poteri. Si tratta di una distinzione che, come è noto, è stata più volte oggetto della riflessione filosofico-giuridica attenta alla complessità del concetto di diritto. Da tale distinzione discende, secondo Cordero attraverso plurime combinazioni concettuali, la possibilità di configurare ulteriori categorie indispensabili per leggere il fenomeno normativo. Non è un caso che, in una delle più influenti teorie novecentesche del diritto, come è quella di Herbert Hart, sia attribuito un ruolo cruciale, per penetrare nel cuore concettuale di un ordinamento giuridico, alla combinazione tra norme secondarie che conferiscono poteri e norme primarie che impongono obblighi.

Ma i giudizi di valore sulle condotte astrattamente intese, a cui fa riferimento Cordero nella sua analisi elementare del termine giudizio giuridico, equivalgono, come già accennato, ai giudizi del legislatore, «la cui caratteristica risiede

2 Ibi.

3 Ibi.

4 Per individuare i riferimenti all'esplicita adesione di Cordero alla teoria di Kelsen, si veda, tra gli altri, Cordero 1978 e Cordero 1985, parte I. Per una riflessione più specifica sul kelsenismo di Cordero, cfr. Pino 2021.

5 Cfr. Kelsen 2021.

6 Cordero 1961: 2.

nell'essere ipoteticamente formulati»<sup>7</sup>. Giudizi che coincidono, di conseguenza, con valutazioni, appunto, ipotetiche, attraverso cui si definirebbe giuridicamente il comportamento previsto qualora si realizzasse concretamente (situazioni soggettive). Ovviamente, l'esperienza giuridica del giudizio non si risolve in tali tipi di giudizi. Essi rappresentano un elemento essenziale di ogni ordinamento giuridico di diritto positivo, ma, allo stesso tempo, sono il presupposto di un altro tipo di giudizio. Non più ipotetico, bensì storicamente reale. Infatti, sulla base delle situazioni soggettive desumibili dal giudizio ipotetico del legislatore, il giudice qualifica concretamente le condotte degli individui. Lo stesso Cordero afferma, dunque, che «qui l'orizzonte muta: usciti dal campo della pura speculazione, ci si avventura su quello dei fatti, ma è pur sempre un giudizio, o meglio una serie di giudizi, lo strumento grazie al quale è dato d'estrarre dalla norma la regola del caso singolo»<sup>8</sup>.

L'impressione è che Cordero proponga uno scivolamento assai rapido dal giudizio del legislatore al giudizio del giudice, e che ciò sia una spia dell'oscillazione tra l'enfasi posta sulla possibilità di ridurre l'intera esperienza giuridica a una trama di giudizi e la tendenza a ridurre il giudizio, anche quello del giudice, ad un'operazione prevalentemente logica e controllabile.

In effetti, il giudizio del legislatore e il giudizio del giudice si differenziano profondamente dal punto di vista dell'esperienza. Da una parte, siamo di fronte, come visto, a un giudizio ipotetico di valore, di matrice comunque politica, su condotte astrattamente previste e senza l'attivazione di una relazione immediata tra chi giudica (il legislatore) e coloro che si troveranno a vivere concretamente la situazione prefigurata dalla norma. Dall'altra, siamo innanzi ad una situazione esistenziale in cui chi giudica (il giudice) è chiamato a prendere posizione (alla luce dei dati normativi e delle condotte concrete poste in essere) su atti e fatti reali con il potere di produrre conseguenze pratiche rilevanti nella vita di altri soggetti realmente presenti.

A ben vedere, l'affermazione circa la riducibilità del diritto ad una trama di giudizi rischia, dunque, di perdere la sua potenziale carica euristica se non si distinguono, sul piano anzitutto esistenziale, le diverse esperienze del giudizio. Cordero, invece, tende a comprenderle in un unico contenitore nel quale prevale, proprio a causa del riferimento al giudizio del legislatore, un'accezione logico-formale che, seppure irrinunciabile in termini categoriali, poco o nulla dice sulla dimensione conflittuale e drammatica dello *ius dicere*, in cui paradigmaticamente si incontra il problema del giudizio giuridico.

In realtà, rispetto al giudizio del giudice, l'accezione del giudizio cognitivo tipica della logica, dove esso si risolve nell'operazione mentale che consente l'unione di soggetti a predicati dotati di significato, non riesce a dare adeguata contezza della complessità del giudicare. Sebbene rilevante in tutti gli studi sul giudizio, come mostrato da Cordero, l'analisi delle condizioni logiche dello schema proposizionale "a è b" comporta un'indagine di tipo diverso da quella filosofico-esistenziale

7 Cordero 1961: 3.

8 Ibi.

in senso stretto e, in una certa misura, distante dal nucleo di senso aperto dalla questione del giudizio giuridico come giudizio pratico.

D'altra parte, la riflessione che qui si propone, in contrappunto con il pensiero di Cordero, non si basa certamente sulla possibilità di giungere a individuare i criteri del giudizio vero o corretto<sup>9</sup>, né a esplorare il processo psicologico<sup>10</sup> o logico<sup>11</sup> o argomentativo<sup>12</sup> che condiziona e guida il giudice o che è comunque desumibile, analizzabile e controllabile a partire dal linguaggio normativo utilizzato dalla giurisprudenza.

Si tratta, invece, di proporre una comprensione filosofica dell'esercizio della facoltà di giudicare<sup>13</sup> del giudice in relazione al momento della decisione giurisdizionale in senso stretto. Una riflessione che ha per oggetto la natura esistenzialmente problematica della facoltà di giudicare tenuto conto, come si vedrà, della pretesa sociale di giustizia che l'esperienza e il senso comune, in ogni caso, associano al giudizio del giudice. Non si tratta dunque di elaborare congetture, seppur ragionevoli, su ciò che avviene nella mente del giudice, bensì di isolare, e provare a chiarire, i termini del problema filosofico del giudizio quale esperienza radicalmente umana.

## 2. L'irriducibile opera del giudicare

Che la semantica della *reductio ad iudicium* del diritto sia ispirata da un'accezione prevalentemente logico-formale, se non logicistica, del giudizio, pare confermato dalle riflessioni critiche di Cordero rispetto alle derive seguite dalla scienza processuale nello studio del giudizio. E anche da queste note critiche si comprende ulteriormente come Cordero, sebbene presenti una sorta di anatomia del giudizio come esito del processo, non si soffermi in profondità sulla cruciale distinzione tra il giudizio che il legislatore compie dando vita alle norme e il giudizio del giudice chiamato a dirimere una controversia o ad accertare la commissione di un reato.

Se, da una parte, Cordero mostra, infatti, apprezzamento nei confronti di Francesco Carnelutti, quale autore di una «limpida, seppur incompiutamente espressa,

9 Sulla questione della correttezza del giudizio cfr., tra gli altri, Tuzet 2010.

10 Per una preziosa e recente riflessione condotta a partire dal punto di vista delle scienze cognitive e delle neuroscienze, si veda Forza, Menegon, Ruminati, 2017. Cfr. anche Manzin, Puppo, Tomasi 2021.

11 Tra i testi che forniscono un'efficace ricostruzione dei principali modelli logico-argomentativi desumibili dall'esperienza della decisione giudiziale cfr. Canale, Tuzet, 2019 e, naturalmente, Guastini 2011. Per una riflessione generale intorno alla logica giuridica fondata invece sull'approccio della retorica, cfr. Puppo 2012.

12 La letteratura sorta intorno al tema del giudizio e della motivazione delle decisioni giudiziali a partire dal punto di vista delle teorie dell'argomentazione è ormai sterminata. Riferimenti ineludibili per chi voglia accostarsi a tale approccio sono, tra gli altri, Perelman, Olbrechts-Tyteca 2001; Alexy 1998; Atienza 2019.

13 Per una riflessione sulla facoltà di giudicare in generale in chiave sociologica, cfr. Grassi 2021.

intuizione del dato irriducibile insito nell'opera del giudicare»<sup>14</sup>, dall'altra, a Guido Calogero, a Carnelutti stesso e Salvatore Satta, rimprovera di aver condotto la scienza processuale a ripiegare su stessa, dopo aver «costruito l'edificio degli atti, dei rapporti e delle vicende»<sup>15</sup> relative al processo. In particolare, a Guido Calogero, che in un passo illuminante de *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* afferma: «quel che fa il giudice di "logico" è cosa da nulla; e quel che fa veramente, non è logico»<sup>16</sup>, contesta di aver bandito la fiducia che correttamente era stata riposta sulle categorie dogmatiche della tradizione processualistica. A Carnelutti, ma anche a Giuseppe Capograssi, rinfaccia invece di essere andati «alla ricerca delle segrete dimensioni interiori del processo, sotto il segno di un ritorno criticamente consapevole al concetto arcaico di giudizio e al patrimonio di saggezza intuitiva che vi è racchiuso»<sup>17</sup>. E, infine, Salvatore Satta è criticato per aver preteso di scoprire «certe costanti, da cui si vorrebbe desumere una nozione universalmente valida del processo, preesistente alle arbitrarie prescrizioni dei singoli ordinamenti positivi»<sup>18</sup>.

Tali critiche nei confronti di tendenze alogiche, intuitive e strutturali, mostrano come Cordero sembri aver deliberatamente rimosso il problema del giudizio come questione esistenziale. Ciò non significa, però, che non sia consapevole della rilevanza di tale questione. Le tendenze criticate, infatti, vengono, allo stesso tempo, indicate come espressione dell'acuirsi «dell'attenzione per il fondo meno agevolmente sondabile dell'esperienza giudiziaria»<sup>19</sup>. Un fondo che quindi esiste anche per Cordero quale sottosuolo esistenziale che necessariamente determina quest'esperienza e quindi il significato del giudizio giuridico. Ma se, davvero, si intende affermare, come fa Cordero, la riducibilità del diritto ad una trama di giudizi, ciò che sta sotto la superficie logico-formale del giudizio del giudice non può essere ignorato, poiché incide sulla possibilità stessa di apprendere un adeguato concetto di diritto. E ancora, sempre in riferimento a Carnelutti e alla sua riflessione sul giudizio, Cordero afferma che si tratta «dello scrittore cui si deve il più penetrante tentativo d'analizzare questa materia, che trascende la sfera dei consueti interessi del giurista»<sup>20</sup>. Nuovamente, quindi, un riferimento al fondo insondabile che chiama in causa competenze e sensibilità non esclusivamente giuridiche, ma anche filosofiche, psicologiche, morali, sociologiche, teologiche e, oggi potremmo dire, neuroscientifiche. Ma è per questa ragione, dunque, che Cordero pare rimuovere l'idea del giudizio come problema? È per l'irriducibilità dell'opera del giudicare ad una comprensione esclusivamente giuridica, che Cordero rinuncia a percorrere, criticando anche coloro che vi si incamminano, il sentiero tracciato dalle riflessioni sul fondo insondabile del giudizio? In altre parole, l'ostilità di Cordero nei

14 Cordero 1961: 3.

15 Ibi.

16 Calogero 1964: 51.

17 Cordero 1961: 3-4.

18 Cordero 1961: 4.

19 Ibi.

20 Ibi.

confronti di questi percorsi è data soltanto dalla convinzione che, molto semplicemente, non spetterebbe al giurista seguirli? O c'è dell'altro? In ogni caso, questa rinuncia non rischia di apparire incoerente con la *reductio ad iudicium* di cui sopra? Una tale riduzione non comporterebbe, invece, la necessità di incamminarsi per i sentieri giuridicamente inesplorabili del giudizio giuridico?

Per cogliere il senso del problema a cui qui si allude, bisognerebbe, in realtà, chiedersi, come fa Carnelutti, fino a che punto il giudice, per decidere, debba cercare di ampliare il proprio patrimonio di conoscenza. Il giudice sarebbe, naturalmente, tentato di proseguire all'infinito proprio perché ha sì ascoltato i testimoni e valutato le tracce del delitto, ma il delitto non lo ha visto e non può vederlo. Nonostante questo, egli deve andare avanti, deve giudicare: «Il giudizio, così, è un salto nel buio: dal noto all'ignoto; dal passato del giudice al passato dell'imputato, e poscia, al futuro. Ora la sua natura unitiva comincia a svelarsi: il giudizio unisce, mediante il presente, il passato al futuro. Un compito sovrumano»<sup>21</sup>. Con altre parole, meno enfatiche sull'abisso che separa, nel giudizio, intelletto e volontà, lo stesso Cordero sottolinea il limite del giudizio giuridico: «La materia del processo consiste in una somma di conoscenze indefinitamente perfettibili, ma l'inadeguatezza degli strumenti e gli stessi bisogni pratici per i quali si giudica fissano un limite, fissato dalla ragionevole convinzione che non si possa progredire oltre sulla via dell'approssimazione della verità»<sup>22</sup>. Ma il limite, la ragionevole convinzione che non si possa progredire oltre, risponde a un parametro oggettivo, indiscutibile? Risponde ad una necessità logico-razionale?

In realtà, risponde, come Cordero confessa, a un'esigenza pratica, è un limite pratico, tanto più evidente, come egli ci ha magistralmente insegnato nei suoi scritti, in un modello accusatorio che rinuncia per principio alla ricerca della verità con la V maiuscola. Un modello per il quale, come scrive Cordero nel suo Manuale di Procedura Penale, «l'unico valore sta nell'osservanza delle regole»<sup>23</sup>, un modello per cui «un esito vale l'altro, purché correttamente ottenuto»<sup>24</sup>. Questo limite di natura pratica, dunque, non è in grado di nascondere il problema filosofico del giudizio. E cioè lo scarto tra intelletto e volontà o, per essere più precisi, quello tra necessità e libertà.

### 3. Il salto del giudizio

È proprio lo scarto tra intelletto e volontà a determinare il salto del giudizio quale spazio volitivo in cui l'operazione intellettualmente creativa del giudicare prende forma. Lo scarto dipende dalla sproporzione che esiste tra l'ampiezza degli oggetti dell'intelletto e quelli della volontà. L'intelletto ha dei limiti: posso conoscere qualcosa, non posso conoscere tutto. La volontà è tendenzialmente illimitata,

21 Carnelutti 2017: 56.

22 Cordero 1966: 101.

23 Cordero 2012: 97.

24 Cordero 2012: 101.

invece, nella scelta dell'oggetto del suo volere. Da questo scarto nasce, cognitivamente, la possibilità dell'errore. Precisamente, quando la volontà si posa su ciò che non intendo e, si badi bene, non soltanto su ciò che non conosco assolutamente ma anche su ciò che non conosco sufficientemente. In tutti questi casi, con intensità naturalmente diverse in corrispondenza delle specifiche situazioni, siamo di fronte a un vero e proprio salto nel buio. Negare l'esistenza di questo salto equivarrebbe a sostenere che, invece, è possibile coniugare perfettamente intelletto e volontà. In altre parole, sarebbe possibile giungere a un grado di conoscenza quantitativa e qualitativa certa e definitiva in modo da determinare con altrettanta certezza e definitività il mio giudizio e la mia volontà. In particolare, equivarrebbe a sostenere che è possibile coniugare perfettamente, secondo una necessità logica, intelletto e volontà anche quando si tratta di giudicare la condotta di un'altra persona o comunque situazioni storiche che comprendono fatti sociali.

In realtà, per sostenere una tale possibilità bisognerebbe negare lo statuto ontologico dell'essere umano quale essere finito<sup>25</sup>. Bisognerebbe, cioè, immaginare un essere umano privo di limiti, cognitivi innanzitutto, e in grado, di conseguenza, di apprendere tutto ciò che bisogna conoscere prima di prendere posizione, di giudicare. L'esperienza di ciascun essere umano non consente, naturalmente, di accettare una tale concezione. La nostra esperienza, infatti, ci restituisce, al contrario, l'immagine di un essere finito, carente, determinato, nelle sue scelte, da variabili non sempre prevedibili e controllabili, da fragilità innegabili, da pregiudizi e precomprensioni mai del tutto eliminabili. Di conseguenza, nel problema ontologico del giudizio, in quanto presa di posizione sul particolare, si riflette la finitudine degli esseri umani e la necessità di assecondare la tensione relazionale che ci caratterizza, e che ci conduce inevitabilmente ad esprimere giudizi, a partire, appunto, da siffatta finitudine. Tra intelletto e volontà c'è comunque uno scarto che, a volte, assume la forma di un abisso. L'abisso del giudizio. È questo il senso filosofico della questione del giudizio, reso palese, in un modo o nell'altro, nella modernità, ad esempio nell'analisi delle cause dell'errore svolta nella quarta delle *Meditazioni metafisiche* cartesiane<sup>26</sup>.

Ma, se così stanno le cose, è possibile ignorare la portata di un tale abisso pretendendo di ridurre la pratica del giudizio ad un'operazione prevalentemente logico-formale? O, al contrario, occorrerebbe assumere la consapevolezza dello scarto e dell'abisso che è in gioco nel giudizio per affrontarlo come problema esistenziale e quindi, inevitabilmente, giuridico?

Carnelutti segue la seconda strada e, per questo, è criticato da Cordero. Carnelutti coglie nello scarto tra intelletto e volontà, e nel salto del giudizio, altrettante chiavi di lettura per comprendere il carattere proiettivo del giudizio. Il passato reso presente, il fatto davanti agli occhi del giudice, è solo una parte di ciò che si cerca nel giudizio. Anzi, è l'unica parte accessibile (e solo in parte) alla

25 Per una riflessione sullo statuto esistenziale della finitudine e sulla sua rilevanza giuridica cfr. Montanari 2008.

26 Descartes 2007: 92-95.

conoscenza. Il futuro, cioè il significato che si attribuisce al passato (il contratto o il delitto), reso presente nel processo, e in grado di regolare la vita a venire, non è, invece, dato. La norma, dunque, quale significato della disposizione giuridica adeguato a inquadrare la fattispecie concreta, non è mai veramente data. Di conseguenza, per giudicare a partire necessariamente dal particolare, ci sarebbe bisogno, sostiene Carnelutti, del senso del tutto. Cioè del senso dell'ordine. Dell'ordine delle cose, delle relazioni umane, e quindi del bene, che ci consentirebbe di trovare la regola a partire dal fatto perché è dal fatto stesso dei rapporti tra gli uomini che possiamo ricavare i principi che devono governare il loro stare assieme. Pragmaticamente, il senso del tutto, per Carnelutti, si risolve dunque nel buon senso: «tale è la disposizione dello spirito indispensabile al fine di giudicare. Così si volge la fatica del giudice quando non ha le mani legate. La libertà del giudicare non è se non la facoltà di regolarsi secondo il buon senso»<sup>27</sup>.

#### 4. L'illusione del sillogismo

Carnelutti, dunque, segue la seconda strada tra quelle in precedenza indicate, e cioè quella che conduce ad esplorare in profondità la complessità del giudizio sul presupposto dello scarto tra intelletto e volontà. Cordero pare, invece, prediligere la strada che indirizza verso una, quanto meno parziale, neutralizzazione/rimozione del problema, e pone l'enfasi sul tratto prevalentemente logico-formale del giudizio stesso. Una tale predilezione sembra, del resto, confermata dall'esplicito apprezzamento nei confronti del modello sillogistico quale prodotto della prima stagione della scienza giuridica processualistica, dedita a costruire una dogmatica processuale. Cordero afferma infatti come «uno degli apporti più ragguardevoli di questa felice stagione del pensiero processualistico è l'uso dello schema sillogistico come chiave di volta per intendere e rappresentare la trame delle operazioni conoscitive del giudice»<sup>28</sup>.

Ebbene, appare assolutamente ragionevole pensare al sillogismo come forma adeguata di rappresentazione esteriore del ragionamento del giudice. Infatti, in primo luogo, il sillogismo garantisce la controllabilità di tale ragionamento e la possibilità della stessa contestazione in sede di impugnazione, e, in secondo luogo, rappresenta uno schema di riferimento che fornisce al giudice stesso dei parametri argomentativi e comunicativi per la sua decisione.

Meno ragionevole è, invece, ritenere che il sillogismo sia una chiave di volta per intendere, e quindi sondare e comprendere, il processo conoscitivo che ha condotto il giudice ad assumere una determinata decisione.

Non è un caso, infatti, che, a partire dai primi decenni del Novecento, la nascita di importanti dottrine antiformalistiche in Europa (la *Giurisprudenza degli interessi* e la *Scuola del diritto libero* ad esempio), e negli Stati Uniti (basti

27 Carnelutti 2017: 60.

28 Cordero 1961: 3.

pensare agli esponenti del *Realismo giuridico*), mette seriamente in discussione il monopolio teorico della concezione sillogistica<sup>29</sup>. Nel prosieguo del Novecento, e anche dopo la Seconda guerra mondiale, tanto l'evoluzione della logica nell'ambito della metodologia scientifica, quanto la rilevanza che venne sempre più attribuita ai profili di ordine valoriale, personale e psicologico per comprendere il processo decisionale del giudice, contribuiscono alla crisi della pretesa stessa di addivenire a teorie logico-razionali definitive, come quella sillogistica, in relazione alla decisione giudiziaria<sup>30</sup>.

A ben vedere, ciò che tali tendenze mettono in discussione non è soltanto il modello sillogistico, ma la possibilità stessa di elaborare una teoria generale, in senso logico-formale, del giudizio. Del resto, una critica interna alla struttura sillogistica consente di comprendere la natura problematica delle stesse premesse, in senso stretto, su cui essa si fonda. La costruzione delle premesse del sillogismo giudiziale è, infatti, un'operazione irriducibile a uno schema logico-teorico definitivo. Basti pensare, nel caso dell'individuazione della premessa maggiore normativa, alle variabili di ordine tecnico, morale, politico e psicologico che presiedono alla scelta tra più disposizioni possibili, all'individuazione del significato normativo della disposizione adeguata al caso concreto (interpretazione in senso stretto), alla possibile combinazione tra diverse scelte normative parimenti appropriate. D'altra parte, le difficoltà sono presenti, e forse in misura maggiore, anche nella costruzione della premessa minore fattuale. Si pensi al margine di inevitabile discrezionalità che condiziona la valutazione degli elementi probatori, come nel caso della testimonianza. Ma si pensi anche a come il regime probatorio, determinando quali prove, quando e come possono essere acquisite, e separando tendenzialmente la legittimazione delle prove stesse dalla loro efficacia, incida sull'accertamento del fatto minando l'ideale oggettività della decisione a cui mira il modello sillogistico.

Del resto, i limiti strutturali che incontra l'operazione di costruzione delle premesse hanno a che vedere con quella che Giuseppe Capograssi definiva come la doppia magia del processo: «far rivivere quello che non vive più, che è oramai spento, e farlo rivivere nella coscienza e nel giudizio di uno che è perfettamente assente ed estraneo all'esperienza che deve risorgere»<sup>31</sup>. La presenza, rispetto a ciò che è accaduto, è, nel processo, e nel giudizio in cui esso si risolve, letteralmente impossibile. È proprio questa necessità, di rendere presente ciò che non è, a determinare l'esigenza di costruire le premesse di fatto e di diritto, che non possono essere date poiché nel presente del giudizio non vi è nulla di dato in relazione all'oggetto della decisione. Come ancora sostiene Capograssi riferendosi al giudice «non gli è presente l'azione, perché oramai è passata; e, si può dire, non gli è

29 La letteratura sull'antiformalismo giuridico è, naturalmente, sterminata. In questa sede ci si limita a segnalare, per il suo taglio ricognitivo, il lavoro di Tanzi 1999.

30 Ampia è la letteratura critica nei confronti del modello sillogistico. Tra le più celebri analisi critiche si annoverano, secondo percorsi naturalmente diversi, quelle, ad esempio, di Calogero 1964; Kelsen 1985; Perelman 1979. Si segnalano, tra le altre, per il loro carattere anche critico-ricostruttivo, le riflessioni di Barberis 2015; Manzin 2014.

31 Capograssi 1950: 5.

presente nemmeno la legge, perché la legge è generale e l'azione da giudicare è, più che particolare, puntuale, di un'assoluta puntualità [...] Così si può dire che il giudice non ha nulla, deve procurarsi tutto»<sup>32</sup>.

Il modello sillogistico ha comunque avuto il merito di isolare la distinzione di carattere orientativo, nell'ambito dell'attività giuridica decisoria, tra giudizio di diritto e giudizio di fatto. Ma, seppur importante sul piano conoscitivo, la distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto non assume, nella pratica del giudizio, un carattere rigido. Al contrario, la costruzione di entrambi i giudizi avviene parallelamente, secondo un gioco di rimbalzo, che conduce colui che giudica ad analizzare i fatti per farsi un'idea sulla norma da applicare e ad analizzare le norme per farsi un'idea sulla configurazione del fatto da accertare. Questo andirivieni tra fatto e norma non segue un ordine di precedenza. Ha natura dialettica e procede secondo l'esigenza di avvicinare semanticamente l'enunciato generale che descrive la fattispecie astratta con l'enunciato particolare che descrive la fattispecie concreta.

Con diversa intensità, da caso a caso, il processo interpretativo a cui qui si fa riferimento riguarda la pratica decisoria nel suo complesso. Al punto tale che quest'ultima non coincide mai con un puro giudizio determinante del tipo: data la norma si opera la sussunzione del fatto. A tal proposito, sono ancora oggi oltremodo significative le perentorie considerazioni svolte da Carnelutti nel suo celebre articolo pubblicato nel 1949 nel terzo numero della "Rivista di Diritto Processuale", e intitolato *Torniamo al "Giudizio"*: «La cosiddetta scienza giuridica, risolvendo il giudizio nel sillogismo, continua, purtroppo, a fondarsi sull'ignoranza»<sup>33</sup>. L'ignoranza, per Carnelutti, ha per oggetto proprio il giudizio, la facoltà del giudicare: «Le nostre idee sono molto meno chiare intorno a che cosa sia giudicare»<sup>34</sup>.

Il giudizio giuridico è, dunque, un procedimento complesso, «nel quale giocano un ruolo essenziale i giudizi di valore formulati dal giudice: la categorizzazione dei fatti in vista della loro sussunzione nella fattispecie astratta non è infatti operazione puramente logica, ma implica spesso valutazioni e scelte intorno ai concetti generali da usare, la concretizzazione della fattispecie astratta implica, a sua volta, scelte valutative per la definizione del significato "concreto" dei relativi enunciati»<sup>35</sup>.

Il giudizio giuridico comporta allora un inevitabile margine di drammatica, sebbene limitata, discrezionalità che non ammette una riduzione logicistica<sup>36</sup>. Come sostiene Carnelutti, riferendosi ancora al giudizio, «quello, che noi dobbiamo conoscere, è un dramma»<sup>37</sup>. La discrezionalità è, naturalmente, variabile, ed è maggiore quando la fattispecie concreta si colloca non tanto entro il nucleo di luce e

32 Capograssi 1950: 7.

33 Carnelutti 1949: 169.

34 Carnelutti 1949: 168.

35 Taruffo 1988: 6.

36 Per un'analisi del tema della discrezionalità giudiziaria, nella quale si prende posizione a favore della discrezionalità limitata, e mai assoluta, del giudice, si rinvia a Barak 1995.

37 Carnelutti 1949: 170.

di significato della norma quanto invece nella sua zona di penombra. In un'area, dunque, dove è incerta la possibilità di applicare la norma stessa<sup>38</sup>.

Anche di fronte alla complessità del giudizio, che emerge dalla riflessione critica sul sillogismo, Cordero presenta un approccio ambivalente. Da una parte, ricorda come sia stato osservato (ancora da Carnelutti) che «il rapporto tra giudizio – o meglio tra i giudizi che si rintracciano nella sentenza – e motivazione è quello stesso che intercorre tra l'apprensione intuitiva e lo svolgimento dimostrativo, tra i motivi e le ragioni»<sup>39</sup>. Dall'altra, riferendosi sempre al sillogismo, sostiene come tale distinzione tra i motivi, e quindi tra la complessità del processo che determina il giudizio, e le ragioni presentate nella motivazione, sia il frutto di un'eccessiva «svalutazione a cui sono stati fatti segno codesti schemi di logica formale-deduttiva, nel quadro di una tendenza a sottolineare l'apporto creativo in cui si manifesta l'opera culturale del giudice»<sup>40</sup> (tendenza che egli individua, ad esempio, nel pensiero di Calogero). Cordero riconosce poi come, senza dubbio, «la maggior fatica sta nel porre le premesse»<sup>41</sup>, ma aggiunge anche come non si possa negare che «lo svolgimento dimostrativo, naturalmente soggetto alle regole della sillogistica, rappresenti un momento insopprimibile dei procedimenti mentali del giudice [...] senza contare che l'attenzione del legislatore più che sulle radici emotive ed intuitive della *Urteilsfindung* sembra cadere su quel successivo lavoro dialettico a tesi obbligatoria, che è la motivazione»<sup>42</sup>.

A ben vedere, alla luce di quanto sin qui scritto sulla complessità dell'esperienza del giudicare, si tratta di affermazioni discutibili. Innanzitutto, lo schema sillogistico pare potersi definire certamente come momento insopprimibile dell'argomentazione comunicativa del giudice, in vista del naturale inserimento della sentenza nel circolo giurisdizionale, ma altra cosa è ritenere tale schema quale momento insopprimibile del procedimento mentale che internamente conduce il giudice a voler decidere in un determinato modo. Come mostrato in precedenza, infatti, il salto del giudizio, quale problema che ha a che vedere con il procedimento mentale del giudice, non è leggibile attraverso lo schema sillogistico o attraverso altre forme logiche. Inoltre, ancora più discutibile è l'affermazione circa l'attenzione del legislatore, poiché, anche ammettendo che tale attenzione, come sostiene Cordero, sia tutta rivolta alla motivazione e non alle radici, da Cordero stesso definite emotive e intuitive della sentenza (io preferisco definirle esistenziali), questo dato non pare di certo rilevante ai fini di una migliore comprensione del giudizio. A maggior ragione, se intendiamo, seguendo Cordero, il fenomeno giuridico in generale alla stregua di una trama di giudizi. Infatti, la comprensione profonda dell'esperienza del giudizio giuridico non

38 Una classica riflessione sul significato da attribuire al margine di discrezionalità del giudice nella soluzione dei casi cosiddetti difficili o poco chiari si trova, naturalmente, in Hart 2002: cap. VII.

39 Cordero 1961: 7.

40 Ibi.

41 Ibi.

42 Ibi.

dipende affatto dall'esatta individuazione della direzione verso cui si volge lo sguardo del legislatore. Dipende, invece, dalla consapevolezza della complessità dell'esperienza del giudicare e della sua irriducibilità ad un'operazione logico-argomentativa. Ancora una volta, l'ostilità di Cordero nei confronti dei percorsi di ricerca che intendono indagare tale complessità sembrerebbe legata alla necessità di far ricorso, ove si volesse seguirli, a competenze extra-giuridiche. Ma, ribadendo l'interrogativo posto in precedenza, è questa la reale ragione dello scetticismo nei confronti delle tendenze che, in un modo o nell'altro, conducono ad accertare l'esistenza di uno spazio di inevitabile libertà del giudice nel giudicare? O c'è dell'altro?

## 5. La giustizia incombente

Probabilmente, c'è dell'altro. E per comprendere da dove nascano le precise ragioni che inducono Cordero ad oscillare tra la *reductio ad iudicium* dell'esperienza giuridica, da una parte, e la svalutazione delle opzioni teoretiche che tendono a sondare la profondità umana del giudizio, dall'altra, bisogna soffermarsi su una forma concettuale che aiuta a leggere la complessità del giudizio.

Bisogna dunque, alla luce di quanto mostrato in precedenza rispetto al problema del giudizio, tenere conto del carattere parzialmente alogico del giudizio giuridico. Carattere che deriva, soprattutto, dalla natura soggettiva dell'esperienza giuridica del giudicare. Per questo, è d'ausilio teorico la possibilità di intendere il giudizio giuridico come giudizio riflettente, sulla base della concezione che Immanuel Kant elabora in relazione al giudizio di gusto.

Al giudizio determinante, «se è dato l'universale (la regola, il principio, la legge), il Giudizio che opera la sussunzione del particolare [...] è determinante»<sup>43</sup>, Kant oppone una modalità di giudizio profondamente differente, a cui attribuisce l'appellativo di riflettente, «se è dato invece soltanto il particolare, e il Giudizio deve trovare l'universale, esso è semplicemente riflettente»<sup>44</sup>. Una modalità che non è riconducibile a nessuno schema logico a priori in grado di inquadrare (e guidare) l'atto del giudicare. Una strada, quella indicata dal giudizio riflettente, che suggerisce di procedere dal fatto alla regola. Per un caso dato bisogna cercare la regola adeguata all'interno della quale inquadrare la singola esperienza. È questo il senso di fondo del giudizio riflettente, il quale, da una parte, non è volto a determinare un'oggettività universale e, dall'altra, comporta la necessità di un modo di pensare largo che tenga conto del *sensus communis*, quindi di una sorta di intelligenza comune intesa come sano intelletto, in modo da rendere possibile un confronto tanto con i giudizi possibili quanto con quelli effettivi degli altri. Un pensiero largo che si manifesta quando il singolo è in grado di elevarsi «al disopra delle condizioni soggettive particolari del giudizio, tra le quali tanti altri sono come impigliati, e

43 Kant 1997: 28.

44 Kant 1997: 28-29.

rifletta sul proprio giudizio da un punto di vista universale (che può determinare soltanto mettendosi dal punto di vista degli altri)»<sup>45</sup>.

Del resto, è proprio attraverso la chiave di lettura del giudizio riflettente che può essere compresa anche la posizione di Satta, oltremodo emblematica per indagare ulteriormente la possibilità di pensare il giudizio giuridico a partire dalla consapevolezza dell'abisso del giudizio, dello scarto tra la cognizione e la volizione. Lo *ius dicere* non esprime soltanto conoscenza ma anche creazione; esprime «l'atto veramente creativo della conoscenza, il trovare il diritto non fuori di noi, ma in noi»<sup>46</sup>. Riecheggia, non a caso, la concezione kantiana del giudizio riflettente. Il soggetto che giudica, come uno specchio, attraverso il rapporto con il fatto, riflette sulla realtà esterna (il fatto appunto) la sua realtà interiore che si nutre della relazione con gli altri.

Di conseguenza, il diritto si scopre in noi attraverso la riflessione. Ma l'operazione del giudizio non esiste senza la pressione del fatto, e quindi dell'esperienza. Il giudizio giuridico procede, nel suo senso più intimo, dal fatto. Per questo è eminentemente giudizio riflettente. Satta condensa magistralmente questa concezione nella sua riflessione sull'intuizione nel giudizio: «è nel giudizio, cioè nel trovare nel fatto il diritto, il diritto che è dentro il fatto (*ex facto oritur jus*), che è il fatto stesso [...] È stato ormai chiarito che il giudizio procede da una intuizione, anche se, procedendo a sua volta l'intuizione da una secolare, millenaria esperienza giuridica, sembra assumere le forme esteriori del sillogismo: intuizione che deriva da *intus*, ciò che è dentro, vale a dire la legge, il principio che il fatto reca in se stesso. La decisione giudiziaria manifesta al massimo grado questa realtà»<sup>47</sup>.

Queste ultime riflessioni, unitamente a quelle precedentemente mostrate di Carnelutti e Capograssi, e tenendo conto dei rilievi critici sviluppati nei paragrafi precedenti nei confronti del modello logicistico di giudizio, conducono dunque a una più profonda comprensione filosofica del giudizio giuridico come giudizio prevalentemente, se non esclusivamente, riflettente<sup>48</sup>. In particolare, questa prevalenza si spiega nella misura in cui si comprende come il giudizio giuridico non sia mai risolvibile in un giudizio puramente tecnico e conoscitivo. Questo perché il giudizio giuridico ha per oggetto diretto o indiretto la condotta degli esseri umani. Di conseguenza, al di là delle concezioni del diritto che si prediligono, la pretesa del giudizio giuridico non è mai esclusivamente di tipo descrittivo-conoscitivo (le cose sono andate così). Il giudizio giuridico è destinato a valutare le condotte e formulare delle prescrizioni (dover essere) con la pretesa di fare giustizia. La pretesa di giustizia, a prescindere dalla specifica accezione del termine, è costitutiva del giudizio giuridico e, di conseguenza, determina l'allontanamento di tale giudizio dalla logica del giudizio conoscitivo e determinante. Del resto, si tratta sempre di giudicare il particolare umano senza possedere un concetto

45 Kant 1997: 267.

46 Satta 1994: 45.

47 Satta 1994: 49.

48 Sulla rilevanza del concetto di giudizio riflettente per la teoria del diritto cfr. Mathieu 1989; Romano 2013.

universale di giustizia sotto il quale si possano sussumere i casi. È questa la sfida del giudizio giuridico.

Il giudizio non si risolve dunque nella verifica conoscitiva della legalità o meno di un comportamento. C'è qualcosa di più. C'è la pretesa di giustizia, di individuare la giustizia nella legalità. Non bisogna contrapporre giustizia a legalità ma comprendere come il giudizio di legalità non soddisfi necessariamente la pretesa di giustizia che è implicita (e socialmente attesa) in ogni giudizio giuridico. Il processo che si risolve nel giudizio va dunque inteso come uno strumento che è pensato per cogliere la giustizia nella legalità. Questa affermazione, lungi dal ridimensionare la rilevanza dei procedimenti e dei canoni interpretativi e argomentativi che conducono a giustificare la decisione giudiziaria, intende invece porre l'accento sulla necessaria sensibilità etica che deve accompagnare l'utilizzo di tali procedimenti. Una sensibilità che induce a dirigere razionalmente il volere che affronta il salto del giudizio (che nessun canone interpretativo può colmare) verso l'esigenza di giustizia traducibile spesso, almeno, in esigenza di ragionevolezza, così come sostiene Chaïm Perelman: «Nella misura in cui il giudice ricerca una soluzione accettabile per i litiganti, per i suoi superiori gerarchici e per l'opinione pubblica illuminata, egli deve conoscere i valori dominanti nella società, le sue tradizioni, la sua storia, la metodologia giuridica, le teorie che vi sono accettate, le conseguenze sociali ed economiche di questa o quella presa di posizione, i meriti rispettivi della certezza del diritto e dell'equità in una data situazione»<sup>49</sup>.

## 6. La rimozione della giustizia?

A ben vedere, il problema del giudizio, dato dalla sua natura, dallo scarto che lo identifica, è proprio il rischio dell'ingiustizia. Cioè il rischio di muoversi in una direzione opposta a quella indicata dalla giustizia, tanto se dal salto scaturisce l'arbitrio quanto se, proprio per neutralizzare il problema dell'abisso del giudizio, ci si affida all'illusione di una decisione calcolabile<sup>50</sup>, oggettiva, necessariamente riconducibile a modelli logici predefiniti. In entrambi i casi, mancherebbe l'equilibrio e la necessità indispensabili per attribuire a ciascuno il suo diritto secondo una contestualizzata interpretazione del principio di uguaglianza<sup>51</sup>.

Nei *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Hans Kelsen, non certo il più convinto assertore della giustizia come categoria intrinsecamente giuridica, nel tentativo di tracciare i confini del diritto, sostiene che la giustizia, se intesa come valore assoluto, altro non sarebbe che “un ideale irrazionale”. Essa corrisponderebbe, per Kelsen, all'idea di “felicità sociale” o, sciolto ogni legame del diritto con la morale, alla conformità con la norma, cioè alla condotta conforme alle leggi.

49 Perelman 1979: 15-16.

50 Sulle incongruenze metodologiche che scaturiscono dalla pretesa di ridurre il diritto a dati calcolabili, si rinvia, tra gli altri, a Garapon, Lassegue 2021; Condello 2022.

51 Sul rapporto tra il concetto di giustizia e quello di eguaglianza si rinvia, tra le altre, alle classiche riflessioni di Radbruch 2002; Perelman 1959; Hart 2002; Ross 1965.

Se ci si sofferma sulla giustizia come felicità sociale, la giustizia equivarrebbe a un moto; meglio ancora, essa si potrebbe individuare nella tendenza a raggiungere, secondo le leggi, la “felicità” sociale. Ecco, a tal proposito, le parole di Kelsen: «Come categoria morale, il diritto non significa altro che “giustizia”. Questa è semplicemente l’espressione dell’ordinamento sociale giusto, d’un ordinamento che raggiunge completamente il suo scopo in quanto soddisfa tutti. La tendenza verso la giustizia psicologicamente considerata è la tendenza eterna dell’uomo alla felicità che egli non può trovare come individuo e che perciò ricerca nella società. La felicità sociale si chiama giustizia»<sup>52</sup>.

Occorre non essere ancorati ad un’interpretazione letterale del termine felicità: giustizia è felicità sociale nella misura in cui la giustizia e la felicità non si incontrano in un contenuto presupposto (secondo l’approccio giusnaturalistico) e precedentemente dato, tantomeno in un prodotto inteso quale mera conformità comportamentale.

La giustizia come tendenza alla felicità andrebbe allora intesa come *senso del diritto*, come *direzione* del diritto che dona significato al diritto stesso. Come tendenza costitutiva della comunità politica. Si tratta dunque di una visione totalmente diversa da quella giusnaturalistica classica, perché così intesa la giustizia non è un contenuto esterno che precede il diritto e che proviene da una fonte trascendente che si impone all’individuo stesso. Riferirsi al concetto di giustizia come *direzione intrinseca* del diritto implica, invece, prendere in considerazione la dimensione relazionale del diritto quale dimensione che riveste un ruolo necessariamente determinante anche nel momento giurisdizionale di applicazione delle norme. Significa, in particolare, vedere nel moto verso la giustizia lo scopo del diritto e quindi un fine che non può non essere cruciale nell’esperienza del giudizio.

Ma in cosa si sostanzia la giustizia intesa come *direzione*, come *senso* del diritto? Andrebbe, a tal riguardo, recuperata quella che è, probabilmente, la definizione più celebre di giustizia che sia mai stata data e che, nonostante il tempo, risulta ancora oggi efficace ed illuminante. Si tratta della definizione fornita da Ulpiano nel *Digesto*. Il giurista romano sostiene che «giustizia è la volontà ferma e ininterrotta di attribuire a ciascuno il suo diritto»<sup>53</sup>. Non è irrilevante il fatto che Ulpiano non si riferisca alla volontà collettiva o alla volontà pubblica, bensì alla volontà individuale. Ulpiano lega l’idea della giustizia ad un pensiero individuale; ad una volontà ferma, ininterrotta, di attribuire a ciascuno il suo diritto, a ciascuno ciò che gli spetta, sulla base della relazione che il diritto permette di instaurare con l’altro. È la dimensione giuridica della relazione che conduce ad attribuire a ciascuno il suo, a ciascuno ciò che è giusto e che, in senso più ampio, consente di raggiungere la “felicità” sociale.

Così compresa, la giustizia si presenta come scopo dell’esperienza giuridica, la quale trova un suo momento essenziale nel giudizio, nel momento in cui il diritto

52 Kelsen 2000: 57.

53 *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius cuique tribuens* (D.1.1.10pr). Per un inquadramento di carattere generale sul concetto di giustizia dal punto di vista filosofico-giuridico, si rinvia, tra gli altri a Del Bò 2022; Macioce 2019; Magri 2012.

è concretamente detto in relazione ad atti e persone altrettanto concreti. Ed è proprio la giustizia come direzione del diritto, come meta allo stesso tempo essenziale e sfuggente, vista l'impossibilità di ridurla a regola esplicita, a determinare definitivamente la complessità del giudizio. Infatti, chi giudica si trova non soltanto di fronte alla necessità di prendere posizione nonostante i suoi limiti cognitivi, ma anche di fronte al bisogno di soddisfare plurime pretese di giustizia pur non avendo a disposizione un contenuto esplicito e universalmente accettato del concetto di giustizia. Un contenuto che gli consenta di giungere ad un'interpretazione oggettivamente giusta delle norme giuridiche.

Alla luce del quadro delineato, le oscillazioni riscontrate nel pensiero di Cordero sembrano ragionevolmente riconducibili ad un'apparente rimozione della questione che ruota intorno al concetto di giustizia e, soprattutto, ad una rimozione di tale questione in relazione al giudizio. Tale rimozione rende, dunque, comprensibile la tendenza ad accentuare il tratto logico-formale dell'esperienza del giudizio a discapito di quello esistenziale.

L'impressione è che tale scelta abbia a che vedere con la concezione che Cordero ha dello scopo del processo. In un passo tratto dalle pagine che Cordero dedica alla questione del reato estinto, egli sostiene che «il processo mira ad accertare in modo positivo o negativo il potere di punire»<sup>54</sup>. Se questo è lo scopo (accertare il potere di punire anziché muoversi, innanzitutto, verso l'idea di giustizia così come è stata proposta in queste pagine), è necessario un ancoraggio prevalentemente logico-normativo che indirizzi la potestà punitiva, che la razionalizzi immunizzandola dalle intuizioni inevitabilmente soggettive.

Questa concezione è, a monte, derivata dai concetti specifici di esperienza e fenomeno normativi che Cordero elabora nei suoi testi più propriamente filosofico-giuridici. Nella voce *Diritto*, che scrive per l'Enciclopedia Einaudi, afferma che «il fenomeno normativo assume un'identità distinta in quanto l'adempimento costi qualcosa in repressione, distogliendo l'osservante da una linea di preferenze istintive»<sup>55</sup>. Il diritto è, quindi, uno strumento di civilizzazione, una sovrastruttura, che attraverso la repressione e la punizione, consente all'uomo che lo crea, che se lo autoimpone, di progredire, di formarsi una coscienza, di essere padrone di se stesso reprimendo la sua natura istintuale. Ne *Gli Osservanti*, Cordero scrive, infatti, che «la vera grandezza dell'uomo sta nel reprimere [la natura], violentarla, modellarla senza pause, reinventando i modelli a ogni passo»<sup>56</sup>.

Ebbene, il marcato accento posto da Cordero sulla funzione civilizzatrice e di repressione degli istinti, svolta dal diritto, sebbene colga indubbiamente uno degli elementi strutturali del fenomeno giuridico, conduce a piegare il processo e il giudizio sul versante della punizione<sup>57</sup>. Il rischio è di essere attratti da una rappresentazione estrinseca della funzione del diritto (strumento di civilizzazio-

54 Cordero 1966: 97.

55 Cordero 1978: 900.

56 Cordero 1967: 14.

57 Per una riflessione critica nei confronti dei modelli sfiduciari costruiti intorno alla centralità della sanzione giuridica, si rinvia a Greco 2021.

ne anche attraverso la potestà punitiva) mettendo così in secondo piano una rappresentazione intrinseca della funzione del diritto (strumento di giustizia). Non si tratta di contrapporre queste due rappresentazioni, entrambe fondamentali per la comprensione del fenomeno giuridico, bensì di esplorarne le possibili combinazioni. Seguire la direzione della giustizia equivale a creare le condizioni del legame sociale tra soggetti che sono ontologicamente pari<sup>58</sup>. Ma il legame sociale è espressione di civilizzazione. Come apprendiamo, infatti, sin dall'*Oresteia*, rinunciare alla logica della vendetta per istituire un giudice terzo che è chiamato a dirimere le controversie secondo giustizia, dopo aver ascoltato le ragioni delle parti, è atto di suprema civilizzazione. Così si istituisce la nuova *pòlis*, un nuovo ordine civile. In tale ordine, la potestà punitiva è certamente essenziale, e, non a caso, Atena attribuisce alle Erinni il compito di garantire l'esecuzione delle pronunce dell'Areopago. L'oggetto di tale potestà, la punizione, è però uno strumento, di cui si serve il diritto, e non può essere scambiato per la direzione e lo scopo del giudizio, e del diritto tramite esso, che resta, invece, la giustizia, intesa come la giusta distribuzione del diritto e del torto, la giusta misura che regola i rapporti tra gli esseri umani.

Leggere Cordero in contrappunto sul problema del giudizio, attraverso gli spunti che provengono da questo giurista straordinario, stimola dunque una riflessione di carattere generale sul concetto di diritto. Come afferma Cordero, il diritto può certamente essere ridotto ad una rete intricata di giudizi. Ma questa trama, lungi dall'essere disegnata esclusivamente secondo schemi logico-formali, è continuamente messa in tensione dal senso, e quindi dal moto, che determina l'incedere del diritto verso l'esperienza della giustizia.

Quando il giudice è chiamato a rendere un giudizio, quando è chiamato a riconoscere ciò che appartiene a ciascuno, muove anzitutto da una posizione soggettiva che, però, non è soggettivistica. Il giudice non è conchiuso nel suo Io. Al contrario, è alimentato dalla relazione che lo stesso giudice instaura con le parti nel senso più ampio del termine. Il giudizio che rende giustizia si compone della relazione (dunque delle fratture, degli squilibri, delle incrinature che hanno caratterizzato un certo rapporto), del contesto e del diritto positivo che lo qualifica: è a partire da questo intreccio che il giudizio si costruisce e manifesta; è attraverso questo intreccio che il giudizio permette il farsi della giustizia.

## Bibliografia

- Alexy, R., 1998 (ed. or. 1978), *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano: Giuffrè.
- Atienza, M., 2019 (ed. or. 2006), *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Napoli: Editoriale scientifica.
- Barak, A., 1995 (ed. or. 1989), *La discrezionalità del giudice*, Milano: Giuffrè.

<sup>58</sup> Per un'articolata elaborazione di tale concetto si rinvia, in particolare, Montanari 1999; Montanari 2008.

- Barberis, M., 2015, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, vol. XLV: 163-178.
- Calogero, G., 1964 (prima edizione 1937), *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova: Cedam.
- Canale D., Tuzet G., 2019, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino: Giappichelli.
- Capograssi 1950, *Giudizio Processo Scienza Verità*, in “Rivista di Diritto Processuale”, 1: 1-22.
- Carnelutti, F., 1949, *Torniamo al “Giudizio”*, in “Rivista di Diritto Processuale”, 3: 165-174.
- Carnelutti, F., 2017 (prima edizione 1948), *Cosa è il giudizio?* in Id., *Arte del diritto*, Torino: Giappichelli.
- Condello, A., 2022, *Il diritto come metodo e la scienza algoritmica. Una critica a partire da Bobbio e Scarpelli*, Pisa: ETS.
- Cordero F., 1961, *Giudizio*, in “Novissimo Digesto Italiano” (ora Digesto, 4<sup>a</sup> ed., vol. V Penale, 1991), Torino: (edizione online).
- Cordero F., 1978, *Diritto*, in “Enciclopedia Einaudi”, vol. 4, Torino: 895-100.
- Cordero F., 1985, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari: Laterza.
- Cordero, F., 1966, *La decisione sul reato estinto*, in Id., *Ideologie del processo penale*, cap. V, 91-125, Milano: Giuffrè
- Cordero, F., 1967, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Milano: Giuffrè.
- Cordero, F., 2012, *Procedura penale. Nona edizione*, Milano: Giuffrè.
- Del Bò, C., 2022, *La giustizia. Un'introduzione filosofica*, Roma: Carocci.
- Descartes, R., 2007 (ed. or. 1641), *Meditazioni metafisiche*, Roma-Bari: Laterza.
- Forza A., Menegon G., Ruminati R., 2017, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna: il Mulino
- Garapon, A., Lassegue, J., 2021 (ed. or. 2018), *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna: il Mulino.
- Grassi, C., 2021, *La facoltà di giudicare. Sociologia dell'agire normativo*, Roma: Inschibboleth Edizioni.
- Greco, T., 2021, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari: Laterza.
- Guastini, R., 2011, *Interpretare e argomentare*, Milano: Giuffrè.
- Kant, I., 1997 (ed. or. 1790), *Critica del Giudizio*, Roma-Bari: Laterza
- Kelsen, H., 1985 (ed. or. 1979), *Teoria generale delle norme*, Torino: Einaudi.
- Kelsen, H., 2000 (ed. or. 1934), *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi.
- Kelsen, H., 2021 (ed. or. 1960), *Dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi
- Macioce, F., 2019, *Giustizia. Un bisogno fondamentale*, in A. Andronico, T. Greco, F. Macioce, *Dimensioni del diritto*, pp. 3-28, Torino: Giappichelli.
- Magrì, G., 2012, *Giustizia*, in B. Montanari (a cura di), *Luoghi della filosofia del diritto. Un manuale*, pp. 87-123, Torino: Giappichelli.
- Manzin, M., 2014, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino: Giappichelli.
- Manzin, M., Puppo F., Tomasi S., (a cura di), 2021, *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 4. Ragioni ed emozioni nella decisione giudiziale*, Trento: Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento.
- Mathieu, V., 1989, *Luci e ombre del giusnaturalismo ed altri studi di Filosofia giuridica e politica*, Torino: Giappichelli.
- Montanari, B., 1999, *Itinerario di filosofia del diritto*, Padova: Cedam.
- Montanari, B., 2008, *Potevo far meglio? Ovvero Kant e il lavavetri. L'etica discussa con i ventenni*, Padova: Cedam.
- Pastore B., 2015, *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*, Torino: Giappichelli.

- Perelman, C., Olbrechts-Tyteca, L., 2001 (ed. or. 1958), *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino: Einaudi.
- Perelman, Ch., 1959 (ed. or. 1945), *La giustizia*, Torino: Giappichelli.
- Perelman, Ch., 1979 (ed. or. 1976), *Logica giuridica. Nuova retorica*, Milano: Giuffrè.
- Pino, G., 2021, *Franco Cordero, filosofo del diritto*, in "Lo Stato", n. 16: 369-378.
- Puppo, F., 2012 *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. Saggio di logica giuridica*, Padova: Cedam.
- Radbruch, G., 2002 (ed. or. 1946), *Ingiustizia legale e diritto sovraleale*, in AA. VV. (a cura di), *Filosofia del diritto*, pp. 162-173, Milano: Raffaello Cortina.
- Romano, B., 2013, *Giudizio giuridico e giudizio estetico. Da Kant verso Schiller*, Torino: Giappichelli.
- Ross, A., 1965 (ed. or. 1958), *Diritto e giustizia*, Torino: Einaudi
- Satta, S., 1994 (prima edizione 1952), *La vita della legge e la sentenza del giudice*, in Id., *Il mistero del processo*, pp. 61-80, Milano: Adelphi.
- Tanzi, A., (a cura di), 1999, *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Milano: Raffaello Cortina.
- Taruffo, M., 1988, *Giudizio (teoria generale)*, in "Enc. Giur.", XV, Roma: 1-8.
- Tuzet, G., 2010, *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Roma: Carocci.