GIUDICARE IN IPOTESI E RINUNCIARE AL GIUDIZIO NON SONO LA STESSA COSA. A PARTIRE DAL CASO LIMITE DEL REATO ESTINTO

di Alessio Lo Giudice
(Professore Ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università di Messina)

SOMMARIO: 1. Il caso limite del reato estinto; 2. Il presunto sconvolgimento dell'*ordo decidendi*; 3. Disordine decisionale?; 4. Sulla questione filosofica del giudizio; 5. I limiti della logica sillogistica; 6. Il giudizio giuridico come giudizio riflettente; 7. Il giudizio come ipotesi necessaria.

1. Le pagine di Franco Cordero dedicate alla "Decisione sul reato estinto"[1] sono in grado di ispirare molteplici riflessioni teorico-generali e filosofico-giuridiche. Riflessioni che, per la varietà e l'importanza dell'oggetto, meriterebbero certamente un approfondimento di carattere sistematico. In questa sede, ritengo però più opportuno limitare deliberatamente il raggio d'azione dell'analisi, focalizzando l'attenzione sul tema del giudizio e su alcuni spunti di riflessione che, rispetto a tale tema, scaturiscono in maniera significativa dalle considerazioni di Cordero.

Del resto, è lo stesso Cordero ad "autorizzare" una tale impostazione considerando quanto afferma nella nota voce "Giudizio", scritta per il Novissimo Digesto e aggiornata nel 1991 per il Digesto, intendendo spiegare in che termini lo schema del giudizio consenta di rappresentare l'intera esperienza giuridica: «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»[2]. Mi limiterò, dunque, a mostrare "soltanto" come il caso limite del reato estinto, per come è affrontato da Cordero, il quale, non a caso, lo associa ad una situazione in cui il giudizio è ben presente, riveli profili estremamente significativi della struttura del giudizio giuridico in sé.

[1] F. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, in Id., *Ideologie del processo penale*, cap. V, Milano 1966, 91-125.
[2] F. Cordero, *Giudizio*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1961 (ora *Digesto*, 4ª ed., vol. V Penale, 1991), 2 (edizione online).

2. Cordero sottolinea più volte come i fatti estintivi della punibilità provochino una contrazione dell'accertamento perché conducono a dichiarare l'estinzione di ciò di cui non abbiamo conoscenza. Non sappiamo cioè se le condotte in oggetto configurino, oltre ogni ragionevole dubbio, il reato di cui occorre dichiarare l'estinzione. L'evidente impasse logica (dichiaro estinto ciò di cui ignoro l'esistenza) si affronta tecnicamente con il ragionamento ipotetico del giudice: anche qualora il reato esistesse il reo non potrebbe essere punito. Si affronta, o si supera, quindi, con una decisione *in jure* che, secondo Cordero, deve fondarsi su una norma incriminatrice della cui validità non possa dubitarsi. Resta il fatto che il sillogismo a cui è chiamato il giudice in caso di decisione sul reato estinto, quale presupposto stesso del proscioglimento, vede nella sua premessa minore non un fatto ma un'ipotesi di fatto che, naturalmente, rientra nell'ordine delle possibilità. È possibile, cioè, ma solo possibile, che se si fosse proceduto con l'acquisizione probatoria, si sarebbe giunti ad affermare la sussumibilità della condotta in oggetto entro la fattispecie di reato per cui si è palesata una causa di estinzione. Con assoluta chiarezza, afferma Cordero che «se il fatto sussista, se l'imputato lo abbia commesso, se quel fatto sia illecito, sono questioni alle quali non è stata data una risposta con effetto di giudicato [...] Si dica piuttosto che, acquisito un dato accertamento in diritto, il legislatore reputa superflua l'indagine sulla fondatezza dell'accusa: il processo mira ad accertare in modo positivo o negativo il potere di punire, e per venire a capo della questione basta un giudizio ipotetico, quando l'asserito fatto è tale che la possibilità di infliggere una pena dovrebbe comunque ritenersi esclusa»[3].

La decisione, dunque, sul reato estinto, equivale a un salto cui corrisponde un vuoto cognitivo evidente. Sulla base di un'ipotesi fattuale e non di un accertamento, e sempre che manchi la prova dell'innocenza dell'imputato, si pronuncia il proscioglimento per estinzione del reato. Il salto del giudizio, in questo caso, copre evidentemente lo scarto che separa una cognizione necessariamente insufficiente dall'atto di volontà del giudice. E che si tratti di un caso limite, è Cordero stesso ad evidenziarlo quando sostiene che saremmo di fronte allo sconvolgimento dell'*ordo decidendi*, anche perché vi è una chiara differenza, alla luce delle diverse conseguenze giuridiche, tra la decisione che assolve e quella che dichiara estinto il reato. Basti pensare al cortocircuito concettuale che pare innescarsi di fronte a un proscioglimento infondato sul piano fattuale a cui, nondimeno, possono seguire conseguenze e responsabilità giuridiche, ad esempio di tipo patrimoniale. Di fronte al fatto estintivo, l'azione può, infatti, rimanere penalmente illecita sebbene non sia stato compiuto, per ragioni giuridiche, un accertamento adeguato. La questione, d'altra parte, si complica ulteriormente se seguiamo, come ci sembra ragionevole

[3] F. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, *cit*., 97.

fare, la tesi di Cordero circa il carattere sostanziale della decisione che genera il proscioglimento per estinzione del reato. Ribadisce, infatti, Cordero, come «dichiarare l'estinzione del reato equivalga a decidere la più appariscente fra le questioni per risolvere le quali si fa un processo: non si sa se un reato esista ma è certo che, se esistesse, il reo non sarebbe punibile»[4]. Siamo cioè innanzi ad un giudizio sostanziale privato di un fondamento decisivo, e cioè l'accertamento del dovere di punire. Accertamento che non ha luogo perché è vietato procedere, per accertare, in presenza di un fatto estintivo.

3. Ma il salto del giudizio, chiaramente evidente nel caso della decisione sul reato estinto, è davvero, come afferma Cordero, uno sconvolgimento, in qualche modo delimitato, dell'*ordo decidendi*. O rappresenta un caso limite in grado di rivelare un tratto di fondo del giudizio giuridico, specie del giudizio per antonomasia qual è quello del giudice? Se optassimo per questa seconda soluzione non saremmo di fronte a un reale sconvolgimento dell'*ordo decidendi*, piuttosto avremmo innanzi la rappresentazione dell'inesistenza stessa di un tale ordine o, per meglio dire, dell'impossibilità di ridurre il giudizio ad un'operazione logicamente ordinata e quindi razionalmente necessaria. Bisognerebbe allora chiedersi, come fa Francesco Carnelutti, non a caso definito da Cordero come "lo scrittore a cui si deve il più penetrante tentativo d'analizzare questa materia"[5] (la materia del giudizio), fino a che punto il giudice, per decidere, debba cercare di ampliare il presente davanti ai suoi occhi?

Il giudice, nei casi ordinari, diversi da quelli dell'estinzione di reato, 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»[6]. Con altre parole, meno enfatiche sull'abisso che separa, nel giudizio, intelletto e volontà, lo stesso Cordero sottolinea i limiti del giudicare 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»[7]. Ma il limite, la ragionevole convinzione

[4] Ivi, 99.
[5] F. Cordero, *Giudizio, cit.*, 4
[6] F. Carnelutti, *Cosa è il giudizio?* (1948), in Id., *Arte del diritto*, Torino 2017, 56.
[7] F. Cordero, *La decisione sul reato estinto, cit.*, 101.

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, 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»[8], un modello per cui «un esito vale l'altro, purché correttamente ottenuto»[9]. 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.

4. Il salto del giudizio, quale spazio volitivo in cui l'operazione intellettualmente creativa prende forma, è, in realtà, strutturalmente presente nella decisione del giudice. Non solo quando, come nel caso del reato estinto, l'accertamento sul fatto è necessariamente limitato. Non solo quando, come nel caso del reato estinto, il salto c'è ma è guidato poiché la direzione della volontà è già predeterminata dal legislatore attraverso l'individuazione delle cause di estinzione del reato. Il salto è presente anche nella pratica ordinaria del giudizio poiché esprime la natura stessa del giudizio e la questione filosofica che esso porta con sè

E non è certo casuale che tale questione si ponga con particolare vigore nella modernità, cioè nell'ambito di quel complesso e tortuoso processo di secolarizzazione come disincantamento[10]. La secolarizzazione, infatti, al netto di tutte le interpretazioni possibili, pone in discussione i tradizionali criteri trascendenti, universali e oggettivi di giudizio, facendo ricadere sulla ragione dell'uomo tutto il peso e la responsabilità del giudizio, sia esso morale, politico o giuridico.

La portata di questo peso, e quindi del problema conseguente, è ben presente nelle *Meditazioni metafisiche* di Cartesio. Nella quarta meditazione, dedicata al vero e al falso, egli, riflettendo sulla causa degli errori, individua il problema del giudizio: «Venendo a considerare più dappresso me stesso, e ricercando che natura abbiano i miei errori [...] mi rendo conto che dipendono da due cause che vi concorrono insieme: dalla mia facoltà di conoscere e dalla mia facoltà di scegliere, o libertà dell'arbitrio, ossia dall'intelletto e, congiuntamente, dalla volontà»[11]. Conoscere e volere sarebbero, dunque, le cause dell'errore di giudizio che spesso ci accompagna.

[8] F. Cordero, *Procedura penale. Nona edizione*, Milano 2012, 97.

[9] Ivi, 101.

[10] Per la celebre interpretazione del processo di secolarizzazione come disincantamento si rinvia, naturalmente, a M. Weber, *La scienza come professione* (1919), Milano, 2008.

[11] R. Descartes, *Meditazioni metafisiche* (1641), Roma-Bari 2007, 92-93.

Errore apparentemente inspiegabile, per Cartesio, considerando la sua concezione del soggetto razionale quale unico fondamento di verità. E infatti, per il padre del razionalismo moderno, la causa dell'errore non risiede nell'intelletto in sé o nella volontà in sé, bensì va colta nella difficile congiunzione tra queste facoltà della mente.

L'intelletto non è colpevole dell'errore: «Attraverso il solo intelletto, difatti, mi limito a percepire le idee sulle quali posso poi pronunciare un giudizio; e in questo percepire, considerato rigorosamente a sé, non si trova alcun errore, in senso proprio»[12]. Ma anche nella volontà, che si esprime attraverso la libertà dell'arbitrio, non si annida la causa evidente dell'errore. Essa, infatti, consiste semplicemente: «nel procedere a affermare oppure negare, o a perseguire oppure aborrire, quanto c'è proposto dall'intelletto, senza sentirsi determinati da una forza esterna»[13]. La libertà strutturale del giudizio, giudicare senza essere determinati da una forza esterna, è sublimata nell'espressione di Cartesio, a conferma del fatto che non è nella libertà del volere che può essere individuata la causa dei nostri errori.

Ma allora da dove provengono gli inevitabili errori di ciascuno, si chiede ancora Cartesio? Ecco da cosa: «dal solo fatto che, dato che la volontà è più ampia dell'intelletto, io non la trattengo nei medesimi limiti di questo, bensì la estendo anche a quel che non intendo; e, poiché rispetto a ciò essa è indifferente, facilmente deflette dal vero e dal buono, ed è così che mi inganno o pecco»[14]. L'errore 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, invece, nella scelta dell'oggetto del suo volere. Da questo scarto nasce l'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, per Cartesio, siamo di fronte a un vero e proprio salto nel buio che conduce fatalmente all'errore. In tutti questi casi, per Cartesio, la soluzione sarebbe astenersi dal giudizio.

Ma, al di là della soluzione proposta, se così si può chiamare, ciò che conta è la questione che Cartesio pone. Una questione che va intesa in senso radicale oltre la riflessione di Cartesio. Infatti, esiste davvero la possibilità di coniugare perfettamente intelletto e volontà? In altre parole, è possibile giungere a un grado di conoscenza quantitativamente e qualitativamente certa e definitiva in modo da determinare con altrettanta certezza e definitività il mio giudizio e la mia volontà? In particolare, è possibile questo quando si tratta di giudicare la condotta di un'altra persona o

[12] Ivi, 93.
[13] Ivi, 95.
[14] Ibi.

comunque situazioni storiche che comprendono fatti sociali? A ben vedere, nella quarta meditazione Cartesio coglie il problema ontologico del giudizio in quanto presa di posizione sul particolare. Infatti, 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, dalla riflessione moderna. 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 esclusivamente logico-deduttiva? 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?

5. La prima possibilità, tra quelle appena indicate, è stata, entro certi termini, rappresentata dalla teoria e dalla pratica del sillogismo giuridico. Dal XVIII secolo sino alla prima parte del Novecento, la teoria generale del giudizio è stata infatti dominata dalla teoria del sillogismo giudiziale. Si tratta, come è noto, di una forma di sillogismo pratico che individua nella norma generale e astratta la premessa maggiore, nel fatto accertato la premessa minore, e nella decisione del giudice, logicamente necessaria alla luce delle premesse, la conclusione. Il rinvio a questa struttura concettuale ha origine nella pretesa illuminista di razionalizzare il processo decisionale del giudice attraverso formule logiche presuntivamente adeguate a rendere oggettivamente valida la decisione stessa. Esemplare, da questo punto di vista, è la configurazione del sillogismo penale nelle parole di Cesare Beccaria: «In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena»[15]. Secondo il positivismo giuridico classico, che sostenne il modello sillogistico parallelamente ai processi moderni di codificazione anche a salvaguardia dell'esclusiva prerogativa normativa del potere sovrano, il giudice dovrebbe già possedere gli strumenti necessari a individuare la premessa maggiore (tramite il sistema delle fonti) e la premessa minore (tramite le regole probatorie).

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 pensare agli esponenti del *Realismo giuridico*), mise seriamente in discussione il monopolio teorico della concezione sillogistica[16]. Nel prosieguo del Novecento, e anche dopo la seconda guerra mondiale, tanto l'evoluzione della logica nell'ambito della metodologia scientifica, quanto la

[15] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), Roma 1994, 22.

[16] La letteratura sull'antiformalismo giuridico è, naturalmente, sterminata. In questa sede ci si limita a segnalare, per il suo taglio ricognitivo, il lavoro di A. Tanzi (a cura di), *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Milano 1999.

rilevanza che venne sempre più attribuita ai profili di ordine valoriale, personale e psicologico per comprendere il processo decisionale del giudice, contribuirono alla crisi della pretesa stessa di addivenire a teorie logico-razionali definitive in relazione alla decisione giudiziaria[17].

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 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»[18]. 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, e non può esser, tale, 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

[17] 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 G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), Padova 1964; H. Kelsen, *Teoria generale delle norme* (1979), Torino 1985; Ch. Perelman, *Logica giuridica. Nuova retorica* (1976), Milano 1979. Si segnalano, tra le altre, per il loro carattere anche critico-ricostruttivo, le riflessioni di M. Barberis, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XLV, 2015, 163 ss.; M. Manzin, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino 2014.

[18] G. Capograssi, *Giudizio Processo Scienza Verità*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1, 1950, 5.

giudice «Non gli è presente l'azione, perché oramai è passata; e, si può dire, non gli è 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»[19]

Alla luce della necessità del giudice, da una parte, di "procurarsi tutto", e, dall'altra, di addivenire ad una decisione che non possa essere accolta come arbitraria, la declinazione delle teorie generali del giudizio contemporanee, nel senso dell'analisi del ragionamento giuridico, esprime la necessità di individuare un orientamento equilibrato tra i poli estremi del modello logicistico-sillogistico, da una parte, e dell'irrazionalismo e intuizionismo giudiziario dall'altra[20]. Si spiegano in questo senso i tentativi di elaborare la teoria del giudizio attraverso l'analisi logica e semantica del linguaggio giuridico, l'analisi dei giudizi di valore nell'attività interpretativa, l'analisi delle argomentazioni in senso retorico.

Ma, a ben vedere, data la diversità di presupposti teorici e metodologici che tali approcci comprendono, è impossibile affermare che esista oggi una teoria generale del giudizio giuridico. Inoltre, le teorie del ragionamento giuridico, come ha ben mostrato Michele Taruffo, sebbene rilevanti quali contributi per la teoria del giudizio, non possono essere considerate vere e proprie teorie del giudizio: «esse sono infatti teorie dell'interpretazione, idonee quindi nelle ipotesi migliori a costituire teorie del "giudizio di diritto", ma non ad esaurire la complessa struttura della decisione come sintesi di giudizi di diritto e giudizi di fatto. Anche l'elaborazione di una "logica del giudizio di fatto", che pure conosce rilevanti contributi, soffre del limite uguale e contrario»[21].

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

---

[19] Ivi, 7.

[20] In relazione alle molteplicità di questioni posta dall'analisi del ragionamento giuridico, si rinvia, tra gli altri a A. Aarnio, *On legal reasoning*, Turku 1977; N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978), Torino 2001; R. Guastini, *Giuridico, ragionamento*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Treccani, Roma 2001 (https://www.treccani.it/enciclopedia/ragionamento-giuridico_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/); L. Gianformaggio, *Filosofia del diritto e ragionamento* giuridico, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Torino 2008; F. Schauer, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione* (2009), Roma 2016; G. Tuzet, *Dover decidere. Diritto, incertezza e* ragionamento, Roma 2010; D. Canale, G. Tuzet, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino 2019.

[21] M. Taruffo, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XV, Treccani, Roma 1989, 2.

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. Per questa ragione, sono ancora oggi oltremodo significative le perentorie considerazioni svolte da Francesco 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»[22]. L'ignoranza, per Carnelutti, ha per oggetto proprio il giudizio, la facoltà del giudicare e la sua traduzione giuridica di carattere necessariamente esistenziale: «Le nostre idee sono molto meno chiare intorno a *che cosa sia giudicare*»[23]

Come sostiene Taruffo, il giudizio giuridico è un procedimento complesso e delicato «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»[24].

Il giudizio giuridico equivale quindi strutturalmente a un'operazione intellettuale creativa ma non arbitraria, che comporta un inevitabile margine di drammatica, sebbene limitata, discrezionalità, e che non ammette una riduzione logicistica[25]. Come sostiene Carnelutti, riferendosi ancora al giudizio, «quello, che noi dobbiamo conoscere, è un dramma»[26]. L'esigenza di creatività è, naturalmente, variabile, ed è maggiore quando la fattispecie concreta si colloca non tanto entro il nucleo di luce e 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[27]. Questa

---

[22] F. Carnelutti, *Torniamo al «Giudizio»*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 3, 1949, 169.

[23] Ivi, 168.

[24] M. Taruffo, *Giudizio (teoria generale)*, *op. cit.*, 6.

[25] 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 A. Barak, *La discrezionalità del giudice* (1989), Milano 1995.

[26] F. Carnelutti, *Torniamo al «Giudizio»*, *cit.*, 170.

[27] Una classica riflessione sul significato da attribuire al margine di discrezionalità del giudice nella soluzione

dinamica, del resto, si riproduce anche nell'operazione di esatta individuazione delle conseguenze giuridiche della sussunzione effettuata. In tale caso, si tratterà comunque di interpretazione della norma, nella parte in cui prescrive gli effetti giuridici del verificarsi della fattispecie astratta, e di esercizio di un ampio margine di discrezionalità nell'esatta quantificazione delle conseguenze previste.

In ultima analisi, la complessità del giudizio giuridico deriva dal fatto che le premesse su cui esso si costruisce non sono date. Al contrario, si formano in occasione del procedimento decisionale. Un particolare, un fatto, pur informe, polisemico e ingannevole, si presenta sempre agli occhi del giudice. Il giudizio, la sua urgenza, non nasce dalla norma generale. Al contrario, il giudizio nasce e procede dal particolare alla ricerca della regola.

6. Tanto le considerazioni critiche sui limiti del sillogismo, quanto le magistrali riflessioni di Carnelutti e Capograssi, consentono di esplorare la seconda possibilità individuata in precedenza a conclusione dell'analisi sul giudizio come problema filosofico. Una possibilità che presuppone la coscienza dello scarto tra conoscere e volere, e che, sulla base di tale consapevolezza, conduce a interrogarsi sulla sensibilità che andrebbe coltivata ai fini del giudizio. Sulle ampie prospettive che andrebbero prese in considerazione nell'atto del giudicare.

Per Carnelutti, ciò equivale a 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. L'unica parte accessibile alla 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. Come già sottolineato, 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»[28].

---

dei casi cosiddetti difficili o poco chiari si trova in H.L.A Hart, *Il concetto di diritto* (1961), Torino 2002, cap. VII.

[28] F. Carnelutti, *Cosa è il giudizio?*, *cit.*, 60.

Per Capograssi, la sensibilità che occorre maturare, al fine di poter affrontare adeguatamente il salto del giudizio, trae linfa tradizionalmente dalla capacità di cogliere la struttura del normale andamento delle relazioni intersoggettive. Dalla possibilità di intercettare e rappresentare il senso di fondo della vita pratica degli individui, e cioè la logica ordinaria della vita, e di quella in comune in particolare, sulla quale si costruisce la logica stessa dell'esperienza giuridica. Perché è dalla vita che il diritto prende forma, è dalla vita che apprende la struttura e l'articolazione dell'esperienza ordinaria oggettivata nella ragione e nella volontà della legge. Dunque, secondo questa prassi tradizionale della scienza giuridica: «Era la vita che doveva interpretare la vita, la vita che doveva suggerire la ricostruzione della vita»[29]. E, secondo la medesima concezione, il bisogno del giudizio giuridico nasce dalla crisi puntuale dell'esperienza giuridica, oggettivata dalla legge, desumibile dalla ricostruzione delle azioni intorno a cui ruota il processo. La crisi nasce perché non è stata seguita la ragione pratica, intrinseca dell'esperienza giuridica, contenuta nella legge. Per questa ragione, il giudizio dovrebbe essere in grado di riannodare i fili interrotti dell'esperienza giuridica che è esperienza di vita; dovrebbe garantire la ripresa del flusso dell'esperienza arrestato dalle condotte dei soggetti coinvolti nel processo. Di conseguenza, nel giudicare, «La ricerca della verità prende la via faticosa e lenta della logica obiettiva, appunto perché lo scopo finale è la riparazione la reintegrazione la rimessa in marcia dell'esperienza»[30]. Ma Capograssi sottolinea proprio come la crisi della possibilità stessa di affermare la verità dell'esperienza produca la crisi del giudizio. Nel momento in cui vengono a mancare le condizioni per affermare credibilmente l'esistenza di un senso comune dell'esperienza, come direbbe anche Carnelutti, viene, allo stesso tempo, a mancare la possibilità di affrontare il salto necessario del giudizio, l'atto di libertà in cui il giudizio consiste nella misura in cui possa però ancorarsi a tutte le mediazioni della vita (della legge e del processo), a tutti i dati di senso desumibili dalle diverse prospettive esistenziali delle parti. Quando mettersi nei panni degli altri, rimanendo terzi, diviene arduo, per l'incomunicabilità intersoggettiva che caratterizza le società complesse, e per lo sfilacciamento etico delle società frammentate, giudicare non equivale più a reintegrare un'esperienza collettiva. Il giudizio rischia di trasformarsi nell'imposizione di una scelta. In questo caso, come scrive Capograssi: «il fine che una forza storica vuole imporre, l'interesse della forza storica dominante, diventano se si vuole 'la verità': è 'vero' tutto quello che favorisce questo fine, 'falso' tutto quello che l'ostacola. In ultima analisi la forza, solo la forza, diventa la 'verità'»[31].

[29] G. Capograssi, *Giudizio Processo Scienza Verità*, *op. cit.*, 8.

[30] Ivi, 9.

[31] Ivi, 21.

La crisi del giudizio che Capograssi sottolinea nel 1950, e che oggi è ancora più alimentata dall'aumentata complessità sociale, è comunque comprensibile soltanto attraverso consapevolezza del carattere parzialmente alogico del giudizio. Della natura soggettiva (non soggettivistica) di qualsiasi giudizio. Soltanto attraverso la comprensione del giudizio giuridico come giudizio riflettente, sulla scorta della nota concezione di Immanuel Kant relativa 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»[32], 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»[33]. 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 rifletta sul proprio giudizio da un punto di vista universale (che può determinare soltanto mettendosi dal punto di vista degli altri)»[34].

Ed è proprio attraverso la chiave di lettura del giudizio riflettente che può essere compresa anche la posizione di Salvatore 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. Anche in questo caso il giudizio esprime il nucleo dell'esperienza giuridica quale esperienza intersoggettiva, quale riflesso della vita stessa. Per queste ragioni, 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»[35]. Riecheggia, non a caso, la concezione kantiana del giudizio riflettente. Il soggetto che giudica, come uno specchio, attraverso il rapporto con il fatto, riflette

[32] I. Kant, *Critica del Giudizio* (1790), Roma-Bari 1997, 28.
[33] Ivi, 28-29.
[34] Ivi, 267.
[35] S. Satta, *La vita della legge e la sentenza del giudice* (1952), in Id., *Il mistero del processo*, Milano 1994, 45.

sulla realtà esterna (il fatto appunto) la sua realtà interiore (il senso del tutto a cui si riferisce Carnelutti o la verità dell'esperienza a cui allude Capograssi).

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 del 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, il suo essere come sopra abbiamo detto. 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»[36].

Le riflessioni di Carnelutti, Capograssi e Satta, unitamente ai rilievi critici, mostrati nei paragrafi precedenti, nei confronti del modello logicistico di giudizio e della rigidità della distinzione tra fatto e diritto, ci conducono alla corretta comprensione filosofica del giudizio giuridico come giudizio prevalentemente, se non esclusivamente, riflettente[37]. 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 uomini. 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. La pretesa di giustizia si comprende proprio perché si tratta sempre di giudicare il particolare umano senza, del resto, possedere un concetto 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

[36] Ivi, 49.

[37] Sulla rilevanza del concetto di giudizio riflettente per la teoria del diritto cfr. V. Mathieu, *Luci e ombre del giusnaturalismo ed altri studi di Filosofia giuridica e politica*, Torino 1989; B. Romano, *Giudizio giuridico e giudizio estetico. Da Kant verso Schiller*, Torino 2013.

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 decisone 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»[38].

7. Queste riflessioni generali ci consentono di tornare con ulteriori chiavi di lettura alla questione dischiusa dalle pagine di Cordero sul reato estinto. In particolare, ci permettono di comprendere come il salto verso il futuro regolato dal giudizio stesso sia nitidamente esemplificato, in maniera quasi abnorme, dal caso limite della decisione sul reato estinto. In tal caso, infatti, viene attribuito un significato nel futuro a ciò che è avvenuto nel passato senza che questo passato sia stato efficacemente indagato. È un salto così ampio da comportare inevitabili rischi rispetto alla pretesa di giustizia che ciascun giudizio porta con sé. Il problema del giudizio, dato dalla sua natura, dallo scarto di cui si nutre, è proprio il rischio dell'ingiustizia. Come non manca di rilevare Cordero, infatti, nel caso della decisione sul reato estinto, l'incompletezza della ricostruzione probatoria potrebbe nascondere la non riconducibilità del fatto in oggetto al reato per cui va dichiarata l'estinzione o, d'altra parte, l'innocenza stessa dell'imputato. In entrambi i casi saremmo di fronte a un'ingiustizia.

Le pagine di Cordero sul reato estinto ci consegnano, dunque, una riflessione liminare, sul limite del giudizio, che ha donato a noi la possibilità di ragionare sulla natura del giudizio stesso. Tutto questo – si potrebbe certamente sostenere – va al di là delle intenzioni di Cordero stesso. Nella voce sul *Giudizio*, precedentemente citata, Cordero prova infatti ad ancorare la dinamica del processo ad una struttura prevalentemente logica, sebbene sia consapevole, naturalmente, delle componenti

[38] Ch. Perelman, *Logica giuridica. Nuova retorica*, *op. cit.*, 15-16.

non logiche, che non significa irrazionali, del giudizio. E nel fare questo, prende, di conseguenza, le distanze tanto da Carnelutti quanto da Satta (quest'ultimo definito, in una bella intervista del 2002 con Antonio Gnoli su "La Repubblica", come uno scrittore alogico). Ma prende le distanze anche da Guido Calogero, quando cita, criticamente, uno splendido passo de *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* che così recita: «quel che fa il giudice di 'logico' è cosa da nulla; e quel che fa veramente, non è logico»[39]. Io credo che una tale posizione abbia a che vedere con la concezione che Cordero ha dello scopo del processo. In un passo citato in precedenza (*supra* § 2), e tratto dalle pagine sul reato estinto, egli sostiene che «il processo mira ad accertare in modo positivo o negativo il potere di punire». Se questo è lo scopo (accertare il potere di punire), è necessario un ancoraggio prevalentemente logico-normativo che indirizzi necessariamente la potestà punitiva, che la razionalizzi immunizzandola dalle intuizioni inevitabilmente soggettive o dalle percezioni personali della giustizia.

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»[40]. 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»[41].

Ma il giudizio rappresenta l'intera esperienza giuridica, usando le parole di Cordero, perché è attraverso di esso che il diritto svolge la sua funzione civilizzatrice e di repressione degli istinti, quali, ad esempio, quelli vendicativi. Si pensi a come le cause di estinzione del reato rispondano proprio a tale funzione (amnistia, morte del reo, prescrizione etc.). Ciò avviene sempre giudicando, attribuendo un significato, per il futuro, alle azioni del passato. Ma si può comunque ben comprendere, grazie anche a Cordero, come decidere giuridicamente implichi sempre giudicare in ipotesi. Come questo sia cosa diversa dal rinunciare a giudicare. Come questo sia, inevitabilmente, ciò in cui consiste il giudizio pratico per noi in quanto uomini.

---

[39] G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, *op. cit.*, 51

[40] F. Cordero, *Diritto*, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino 1978, 900.

[41] F. Cordero, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Milano 1967, 14.

LP