



## A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, Milano-Udine, Mimesis, 2023, pp. 202\*

L'attività dei giudicanti, contrariamente a quanto si pensi, non può (né deve) essere una mera applicazione meccanica della legge. Tale rappresentazione – eredità dell'assolutismo politico che nel parificare i processi argomentativi alle rigide forme del sillogismo attraverso un processo di monopolio epistemologico in cui le premesse cognitive erano, *ex ante*, stabilite dal legislatore (cfr. M. Manzin, *Il primato della legalità e ragionamento processuale. Il sillogismo giuridico nella prospettiva del Rule of Law*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2, 2019, in part. pp. 159-160) – prova ad essere ribaltata dalla recente opera di Alessio Lo Giudice il quale, adottando una prospettiva giusfilosofica ed esistenzialistica, tenta di restituire, da una parte, umanità all'attività dei giudici e a sottolineare l'importanza del processo nella vita sociale, dall'altra parte.

Per sostenere la propria tesi, Lo Giudice trae spunto da un saggio del 1949 di Francesco Carnelutti, iconicamente intitolato *Tornare al giudizio*. In questo scritto il giurista critica la riduzione del giudizio a un semplice esercizio di sillogismo, evidenziando che lo *ius dicere* sia in realtà un dramma perché, da un lato, mette in contrapposizione due soggetti (il giudicante e il giudicato) che nutrono desideri, necessità, convinzioni e, dall'altro lato, il giudice deve pur sempre tenere conto della sua fallibilità, in quanto essere umano, nel giudicare le azioni altrui (cfr. pp. 9-14).

Nella contemporaneità – caratterizzata dalle pretese di oggettività (si pensi, per esempio, alle applicazioni dell'intelligenza artificiale nel giudizio predittivo ovvero programmate per sostituire il giudice umano) e dal rifiuto dal giudizio (è significativa, in tal senso, l'istituzione degli arbitrati privati per la risoluzione delle controversie) – ritornare a riflettere sulle implicazioni del giudizio può restituire una dimensione "autentica" al giudicante e al diritto: quest'ultimo è un fenomeno essenzialmente umano, formato da molteplici costellazioni di fattori culturali, sociali e politici.

Nel primo capitolo (pp. 25-37) l'attenzione dell'autore è rivolta alla crisi del giudizio giuridico che, nel corso del XX secolo, ha conosciuto diverse forme. Da una parte, il realismo giuridico americano enfatizzava la natura irrazionale e arbitraria del giudizio; dall'altra parte, si dubitava sulla terzietà del giudice, dal momento che era visto come l'espressione dei gruppi di potere.

\* Contributo sottoposto a *peer review*.

D'altro canto, diverse opere letterarie del Novecento si sono soffermate sulla sfiducia dei/delle cittadini/e nei confronti dei giudici. L'autore, molto opportunamente, si sofferma su brevi racconti, *Antologia di Spoon River* (1915) di Edgar Lee Master e *Impiccagione di un giudice* (1949) di Italo Calvino, in cui emerge appieno lo scetticismo dei consociati nei confronti dei giudicanti (cfr. pp. 30-37). Siffatte opere, fra l'altro, rappresentano assai bene la funzione giudicante come uno strumento per l'utile del più forte.

In forza di ciò, il secondo capitolo (pp. 38-68) è dedicato alla mancanza di conoscibilità del giudizio da parte dei consociati, marcando una netta distanza tra l'essere umano e il giudizio stesso. Lo Giudice, in questa prospettiva, riflette su due opere di un autore che, più di tutti, hanno descritto l'inaccessibilità della giustizia da parte degli individui: Franz Kafka.

Lo scrittore ceco, com'è noto, nel romanzo *Il processo* (1925) ha ritratto un carattere ineluttabile, mistico e necessario al procedimento giudiziario: il protagonista del romanzo, Joseph K., non conosce i capi d'imputazione mossi nei suoi confronti, eppure sa che è necessario approntare delle difese in quanto, e qui l'autore interpreta bene la filosofia kafkiana, «[l']inconoscibilità della Legge e del giudizio, che non sono accessibili ma che, allo stesso tempo, ci riguardano personalmente, mostrerebbe come l'unico giudizio sull'essere umano che ha il carattere della necessità non proviene dall'essere umano stesso ma da un'istanza che, imperscrutabilmente, lo trascende» (p. 45).

Il giudizio è, pertanto, un elemento necessario della vita organizzata di una società ed è, nel contempo, un'esperienza a cui i consociati non possono sottrarsi (cfr. pp. 40-46). Tale carattere della necessità, ad avviso dell'autore, si percepisce bene in un altro breve racconto di Kafka, *I patrocinatori* del 1922.

In questo racconto il protagonista è alla ricerca di difensori che possano perorare la propria difesa e nel far ciò si reca in tribunale, ma non riesce a trovare nessun patrocinatore disposto ad accogliere il suo caso e non ha nemmeno la certezza di trovarsi nel palazzo di giustizia. Ciò nondimeno, il personaggio non si allontana da questo luogo e continua la ricerca dei legali, restando in attesa del giudizio (cfr. pp. 49-52).

La necessità del giudizio nelle società, oltre all'interpretazione esistenzialistica di Kafka, si può rappresentare in termini evolutivi, ossia come fuoriuscita dal meccanismo violento e fisico della vendetta. A conferma di ciò, Lo Giudice pone l'attenzione all'*Oresteia* di Eschilo, giungendo alla conclusione che l'istituzione dell'Areopago e la trasformazione delle Erinni (le dee greche della vendetta) in Eumenidi (le benevole) sia il percorso finale di civilizzazione delle società e del diritto. Infatti, la furia meccanica e fisica della vendetta si converte nel *Logos*: Apollo (il difensore di Oreste) e le Eumenidi (che rappresentano la pubblica accusa) duellano in un senso squisitamente processuale con argomenti, idee e ipotesi.

In sostanza, è istituito il principio del contraddittorio fra le parti, dove il giudice *super partes* – ascoltando le diverse versioni offerte dai contendenti – applica i principi del diritto per la risoluzione delle controversie (cfr. pp. 61-68).

La violenza, nondimeno, resta latente e non scompare del tutto, posto che gli individui devono sempre nutrire un timore reverenziale nei confronti delle istituzioni giudiziarie e del diritto.

Ciò premesso, nel terzo capitolo (pp. 69-89) viene evidenziata la difficoltà nel giudicare, perché consiste in un atto volto a distinguere la singolarità dell'evento rispetto al dettato generale della norma. Questa operazione, pertanto, incontra significative difficoltà nel reperire dei criteri oggettivi, per cui il passaggio dal generale al particolare può essere viziato dai diversi orientamenti e dalle visioni del giudice, presupponendo uno scarto fra intelletto e volontà. Siffatto scarto, come messo in luce dall'autore, venne descritto da René Descartes nelle *Meditazioni metafisiche*: specialmente nella quarta meditazione il filosofo francese argomentò sullo scarto, o meglio l'abisso, tra intelletto e volontà (cfr. pp. 79-85).

Il dilemma del giudizio moderno, ad avviso di Lo Giudice, consiste in questo abisso ma è possibile proseguire l'indagine esistenzialistica sul giudizio, assumendo il giudizio giuridico come un giudizio paradigmatico.

Sviluppando siffatto ragionamento l'autore, nel quarto capitolo (pp. 87-170), si sofferma sulle contraddizioni e sui limiti del giudizio, rifacendosi alle argomentazioni di Franco Cordero e Giuseppe Capograssi.

Cordero, nel Volume dedicato alla *Decisione sul reato estinto* (1966), mette bene a fuoco una contraddizione del processo: le cause d'estinzione del reato, ad esempio, precludono alla ricostruzione probatoria sulla commissione di un determinato fatto, attribuendo un significato all'azione futura senza che l'azione passata sia stata adeguatamente accertata. Ciò comporta – seguendo scrupolosamente il codice penale – che deve dichiarata l'estinzione del reato o pronunciata la sentenza di proscioglimento dell'imputato, con la precisa conseguenza che nel passato può essere stata commessa un'ingiustizia (cfr. pp. 89-100).

Per l'autore, le argomentazioni di Cordero sono rilevanti nella riflessione giusfilosofica sul giudizio, dal momento che è racchiusa la possibilità (*rectius*, il rischio) di una parziale ricognizione dei fatti nel procedimento giudiziario.

Entro un analogo orizzonte argomentativo Capograssi aveva asserito il lato “magico” del processo: ricostruire il passato, facendolo vivere all'interno del giudizio, vale a dire nel presente. Tuttavia, il sillogismo – che ha avuto il merito di aver isolato il giudizio di diritto dal giudizio di fatto – è un modello che non prende in considerazione le valutazioni e gli orientamenti dei giudici, che sono invece necessari per dotare di significati concreti gli enunciati generali delle norme (cfr. pp. 105-112).

Oltre a ciò, il giudizio è un'aspettativa sociale nonché una pretesa di giustizia da parte dei consociati. Anche i giudicanti nutrono la legittima aspettativa di agire secondo giustizia e ciò riporta a una dimensione del tutto umana del diritto. Siffatta aspettativa risiede all'interno del già citato scarto fra conoscenza e volontà, di conseguenza la pretesa di giustizia consiste – per dirla *a là* Gustav Radbruch – nel garantire il trattamento del simile in modo simile: l'eguaglianza nel trattamento del giudizio è la precisa istanza di giustizia a cui aspirano sia i consociati sia i giudici, affinché a ciascuno siano attribuiti i diritti che gli spettano (cfr. pp. 117-121).

Ciò nonostante, seguendo le argomentazioni di Lo Giudice, non esistono norme generali o universalmente accettabili pronte ad essere applicate ai casi singoli che possano garantire l'eguaglianza del trattamento. Il contenuto della giustizia non potrà mai risiedere all'interno di un contenuto condiviso, per cui si aggraverà il conflitto interiore dei giudici durante la decisione dei casi concreti.

D'altra parte, la carenza di una norma generale sulla giustizia consente – come messo in rilievo dall'autore – l'emersione delle teorie critiche del diritto, permettendo così di adattare quest'ultimo alle esigenze degli individui.

Un ruolo cruciale per orientare il giudizio alle esigenze della giustizia è fornito dalle Costituzioni. Le Carte costituzionali, specialmente dopo il secondo conflitto mondiale, si caratterizzano per la positivizzazione dei diritti fondamentali e per la presenza di uno specifico organo, la Corte costituzionale, che ha il compito di validare se una legge è conforme o meno alla Costituzione e ai suoi principi.

Per delineare meglio questo aspetto, l'autore riprende la teoria del bilanciamento di Robert Alexy. Lo studioso tedesco ha rilevato che sul piano semantico i diritti fondamentali corrispondono ai principi (*Prinzipien*); quest'ultimi, non sono soggetti allo schema sillogistico, bensì trovano applicazione in un graduale schema di bilanciamento. Nelle riflessioni di Alexy il controllo di legittimità costituzionale sarebbe necessariamente legato alla pretesa di correttezza del diritto (*Anspruch auf Richtigkeit*), concepita come l'argomentazione mediante la quale ogni prescrizione giuridica solleva di per sé una pretesa di correttezza morale.

Tale pretesa, inoltre, richiede che la decisione sia la più razionale possibile e che sia assunta la forma più razionale di applicazione dei principi, ovvero sia un giudizio di proporzionalità condotto attraverso la formula del peso (la *Gewichtsformel* è un'equazione matematica introdotta dallo studioso e consiste, letteralmente, nel peso astratto dei principi in gioco) e questo sta ad indicare che i diritti fondamentali e la proporzionalità sono strettamente connessi fra loro.

Le Costituzioni, quindi, forniscono le indicazioni di massima per elaborare un giudizio che soddisfi le aspirazioni alla giustizia e si richiederebbe al giudicante di ancorare il giudizio a tracce di giustizia condivisa (i principi). Nel far ciò è necessario coltivare la sensibilità dei giudicanti, riscoprendo l'umanità dell'intero procedimento giudiziario e delle parti che, a loro volta, coltivano e nutrono desideri, aspettative e rivendicazioni (cfr. pp. 127-139). In concreto, questa la sostanza dell'argomentazione di Lo Giudice, l'intero procedimento giudiziario non può né deve essere circoscritto all'interno di una logica puramente oggettiva e calcolabile.

Il quinto e ultimo capitolo del Volume (pp. 144-176) si sofferma su un'idea assai originale per ridurre lo scarto fra intelletto e volontà.

Hannah Arendt, nel famoso *post-scriptum* nel Volume postumo *La vita della mente* (1978), sostiene che il giudizio, ossia l'atto del giudicare, sia un talento che consente al soggetto di affrancarsi dal mondo delle particolarità, emancipandosi così dai vincoli oggettivi. Come è

noto, la filosofa realizza in tal modo una lettura politico-sociale della *Critica del giudizio* di Immanuel Kant.

Il giudizio riflettente, per Kant, opera in base a un principio universale e soggettivo, ovverosia quello della finalità, e presiede alla formazione di giudizi estetici che si determinano attraverso i sentimenti del gusto e del piacere (o del dispiacere) nonché dei giudizi teleologici. L'obiettivo del giudizio riflettente è quello di un piacere disinteressato e Lo Giudice ne fa derivare tre massime che guidano il giudizio del gusto «1) pensare da sé; 2) pensare mettendosi al posto degli altri; 3) pensare in modo da essere sempre d'accordo con sé stesso» (p. 161).

Introdurre le riflessioni del giudizio riflettente al giudizio giuridico, consente di svolgere due considerazioni ulteriori. Da un lato, come affermato da Carnelutti, il diritto è incarnato nel giudizio e l'attività del giudice – attraverso le proprie valutazioni, i pareri, i sentimenti, nonché all'attività d'ascolto delle argomentazioni dei contendenti – serve proprio a rivelare il diritto; dall'altro lato, e ciò pone una significativa conformità al punto due delle massime sul giudizio, il processo non è un'attività meramente descrittivo-conoscitiva (sovente perdura tale visione), bensì si pone lo scopo di cogliere la giustizia nella legalità e questo è possibile solo se si indirizza i giudicanti a coltivare la “sensibilità etica” delle procedure di rito (cfr. pp. 169-176).

In conclusione, l'opera va al cuore della drammaticità del giudizio nell'epoca contemporanea: quest'ultima necessità di una rinnovata sensibilità da parte dei giudicanti, dal momento che le loro decisioni influiranno sulle posizioni giuridiche dei consociati. Per siffatta ragione i giudici dovranno “stare sul campo”, immedesimandosi nelle parti e provando in tal modo a cogliere i loro sentimenti (cfr. p. 182).

La terzietà del giudice, da questo punto di vista, non è una modalità per essere superiore alle parti, ma può essere uno strumento che consente di adottare i diversi punti di vista, simulando mentalmente di essere una parte (o entrambe) nel processo senza effettivamente esserlo.

Solo così i giudicanti, riprendendo la seconda massima del giudizio riflettente, potranno realmente pensare di mettersi al posto degli altri: questo incentiva il sentimento dell'empatia, ovverosia la capacità di comprendere e sentire i sentimenti del prossimo e perseguire, lungo questa via, la giustizia. Quest'ultima – riprendendo le riflessioni di Radbruch – è la pretesa dei consociati nel richiedere l'eguaglianza del trattamento giudiziario, in modo tale che a ciascuno siano attribuiti i diritti che gli spettano. Argomentando diversamente non ci sarebbe la giustizia quanto piuttosto “l'ingiustizia”, e si sconfinerebbe nell'arbitrio giudiziario.

Casimiro Coniglione