

# L'esperienza del giudizio: tra riduzione formalistica e pretese di giustizia

The Experience of Judgment: between Formalistic Reduction and Justice Demands

**ALESSIO LO GIUDICE**

Università degli Studi di Messina.

E-mail: [alessio.logiudice@unime.it](mailto:alessio.logiudice@unime.it)

## ABSTRACT

In questo testo, alla luce dei limiti che caratterizzano l'attività conoscitiva del soggetto quale ente finito, si sottopone a vaglio critico la possibilità di ridurre l'esperienza del giudizio giuridico a mera ed esclusiva operazione di tipo logico. Inoltre, si mostra come, per il soggetto che giudica giuridicamente, occorra considerare anche la pressione delle richieste di giustizia riconducibili alle aspettative sociali ed esistenziali che si associano al giudizio. La complessità, che così scaturisce, dell'esperienza del giudicare, equivale, dunque, ad un vero e proprio dramma, inteso come conflitto del giudice con se stesso e generato dalla consapevolezza della propria inadeguatezza, da una parte, e dall'obbligo, comunque, di giudicare, dall'altra.

In this paper, considering the limitations that characterize the cognitive activity of the subject as a finite entity, the possibility of reducing the experience of legal judgment to a mere and exclusive logical operation is critically examined. Furthermore, it is shown how, for the subject who judges legally, it is also necessary to consider the pressure of justice demands linked to social and existential expectations that go with the judgment. The resulting complexity of the judging experience thus equates to a true drama, understood as the internal conflict of the judge, generated by the awareness of his/her own inadequacy on one hand and the obligation to judge on the other.

## KEYWORDS

soggetto, sillogismo, giustizia, dramma, Costituzione

subject, syllogism, justice, drama, constitution

# L'esperienza del giudizio: tra riduzione formalistica e pretese di giustizia

ALESSIO LO GIUDICE

1. *L'impossibile riduzione logicistica del giudizio* – 2. *La pressione della giustizia nella pratica del giudizio* – 3. *La pretesa di giustizia e il dramma del giudizio* – 4. *Le traiettorie di giustizia nella Costituzione*.

## 1. *L'impossibile riduzione logicistica del giudizio*

Il problema specificamente moderno del giudizio è dato dall'abisso che separa l'intelletto dalla volontà. Tale problema ci mostra uno dei volti drammatici della facoltà di giudicare sul caso particolare. Lo scarto tra conoscere e volere è una delle ragioni della drammaticità del giudizio se intendiamo alla radice il dramma del giudizio quale manifestazione del conflitto del giudice con se stesso. Infatti, la consapevolezza dell'inadeguatezza dell'essere umano a giudicare un altro essere umano si fonda, innanzitutto, sulla consapevolezza dei limiti intrinseci del giudicare.

Ebbene, un limite strutturale è proprio dato dal carattere finito della cognizione in contrapposizione alla tendenziale proiezione infinita della volizione. Un limite che rende la volizione stessa precaria, fragile e priva di un fondamento stabile. Del resto, che il giudizio giuridico debba comunque misurarsi con la questione della conoscenza è indubbio. L'accertamento dei fatti rappresenta, a ben vedere, un fondamento necessario di qualsiasi decisione giurisdizionale. Per ragioni etico-sociali di carattere generale, comunque riconducibili all'ideale dello Stato di diritto, non si può infatti giudicare giuridicamente la condotta di un altro individuo senza aver appurato previamente in cosa essa consista, pena la caduta del giudizio stesso in mera attribuzione, *lato sensu*, di torto e di ragione, con le punizioni e gli eventuali premi che ne derivano. Un'attribuzione che sarebbe basata sul puro arbitrio e sul sentimento politico, morale, religioso o sociale del giudice o di chi egli rappresenta.

Ma l'accertamento è un fondamento anche per ragioni giuridico-istituzionali, nella misura in cui nello Stato di diritto compiuto, il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.). Infatti, a prescindere dal significato che si associa al termine legge, si tratta comunque di un richiamo a disposizioni prescrittive che contengono un riferimento ad una fattispecie generale e astratta che corrisponde a fatti possibili.

Di conseguenza, è proprio sulla base dell'accertamento dell'esistenza, nello spazio e nel tempo, di uno di questi fatti possibili che il giudice procede nella valutazione giuridica della condotta. Valutazione che avviene in ossequio a quanto stabilito dalla singola norma in cui la fattispecie generale e astratta, accertata come fatto concreto, è compresa.

Ma è proprio la conoscenza dei fatti ad essere sempre e comunque limitata, incompiuta, difettosa in misura più o meno maggiore a seconda dei casi. Fare i conti con questo limite e, allo stesso tempo, con la necessità di giudicare compiendo il salto dal conoscere al volere, equivale dunque a fare i conti con il dramma del giudizio. Con la facoltà di giudicare quale fonte di un'azione comunque conflittuale.

Tra i tentativi più significativi di ignorare il problema del giudizio, i suoi limiti intrinseci, seguendo la vana illusione di individuare un fondamento oggettivo per la facoltà del giudicare giuridico, vanno annoverate, entro certi termini, la teoria e la pratica del sillogismo giuridico. Nell'ambito di tale esperienza, dominante e prevalente dal XVIII secolo sino alla prima parte del Novecento, il significato giuridico di giudizio è solitamente attribuito alla decisione del giudice a conclusione di un processo. In particolare, ciò che può consentire lo sviluppo di considerazioni generali di carattere teorico sarebbe la cosiddetta decisione-attività o giudizio-attività che comprenderebbe il complesso procedimento deliberativo che conduce il giudice alla decisione finale.

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 (*Premessa maggiore normativa*: “*Chiunque commetta P dovrà subire Q*”; *premesse minore fattuale*: “*Il soggetto B ha commesso P*”; *conclusione pratica*: “*Il soggetto B dovrà subire Q*”). 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 (1994, 22): «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». 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 dunque 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<sup>1</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, contribuirono alla crisi della pretesa stessa di addivenire a teorie logico-razionali definitive in relazione alla decisione giudiziaria<sup>2</sup>.

In realtà, ciò che tali tendenze mettono in discussione non è soltanto il modello sillogistico ma la possibilità stessa di elaborare una teoria generale del giudizio, che è operazione profondamente diversa da quella che invece conduce a riflettere su una possibile filosofia 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 adeguato al caso<sup>3</sup> concreto (interpretazione in senso stretto<sup>4</sup>), 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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Sulla complessità del caso giuridicamente rilevante cfr. GAZZOLO 2018.

<sup>4</sup> Per una riflessione teorico-generale sui presupposti, i modelli, le tecniche e le prassi dell'attività interpretativa cfr. VELLUZZI 2002, nonché 2012; 2013; 2020. Si segnala, inoltre, il recente lavoro di PINO 2022, in cui, nell'ambito di una riflessione sistematica sulle teorie e sulle prassi dell'interpretazione, ampio spazio è dedicato all'analisi fenomenologica, semantica e pragmatica del linguaggio nel ragionamento giuridico.

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>5</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, 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 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»<sup>6</sup>.

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 certamente 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<sup>7</sup>. 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, 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»<sup>8</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. Per questa ragione, sono anche in questo caso oltremodo significative le perentorie considerazioni svolte da Francesco Carnelutti in *Torniamo al “Giudizio”*: «La cosiddetta scienza giuridica, risolvendo il giudizio nel sillogismo, continua, purtroppo, a fondarsi sull'ignoranza»<sup>9</sup>. L'ignoranza,

<sup>5</sup> CAPOGRASSI 1950.

<sup>6</sup> CAPOGRASSI 1950, 7.

<sup>7</sup> In relazione alla molteplicità di questioni poste dall'analisi del ragionamento giuridico, si rinvia, tra gli altri a AARNIO 1977; MACCORMICK 2001; GUASTINI 2001; GIANFORMAGGIO 2008; SCHAUER 2016; TUZET 2019.

<sup>8</sup> TARUFFO 1989, 2.

<sup>9</sup> CARNELUTTI 1949, 169.

per Carnelutti, ha per oggetto proprio il giudizio, la facoltà del giudicare e la sua traduzione giuridica di carattere necessariamente esistenziale.

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»<sup>10</sup>.

Il giudizio giuridico equivale dunque strutturalmente a un'operazione intellettuale creativa ma non arbitraria, che comporta un inevitabile margine di drammatica discrezionalità, e che non ammette, quindi, una riduzione logicistica<sup>11</sup>.

Come sostiene Carnelutti (1949, 179), riferendosi ancora al giudizio, «quello, che noi dobbiamo conoscere, è un dramma». 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<sup>12</sup>. Questa 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 anche 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, come sottolineeremo ancora più avanti, nasce e procede dal particolare alla ricerca della regola.

## 2. La pressione della giustizia nella pratica del giudizio

Le considerazioni critiche sui limiti del sillogismo, che conducono a precisare l'irriducibilità del giudizio ad un'operazione esclusivamente logica, consentono di comprendere con maggiore chiarezza la portata dei limiti del giudizio.

Limiti che derivano dallo scarto tra conoscere e volere. Limiti che dovrebbero condurre a interrogarsi sulla sensibilità che andrebbe coltivata ai fini del giudizio. Sulle ampie prospettive che, di conseguenza, andrebbero dischiuse nell'atto del giudicare<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> TARUFFO 1989, 6.

<sup>11</sup> 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 BARAK 1995. Discrezionalità comunque limitata, sebbene ampia, è, a mio parere, anche quella prevista da HART (2002, 150), allorché propone una specifica teoria mista dell'interpretazione a partire dall'inevitabile struttura aperta del diritto. Quando il caso non rientra perfettamente nella famiglia di casi “normali” sulla base dei quali è stata redatta la disposizione: «L'interprete sceglie di aggiungere a una serie di casi un nuovo caso, a causa di somiglianze, che si possono ragionevolmente ritenere sia giuridicamente rilevanti sia sufficientemente strette. Nel caso delle norme giuridiche i criteri della rilevanza e della strettezza della somiglianza dipendono da molti fattori complessi che pervadono l'intero ordinamento giuridico e dagli scopi o dalla *ratio* che si possono attribuire alla norma».

<sup>12</sup> Come anticipato nella nota 12, una classica riflessione sul significato da attribuire al margine di discrezionalità del giudice nella soluzione dei casi poco chiari si trova notoriamente in HART 2002, cap. VII.

<sup>13</sup> Queste sensibilità e queste prospettive contribuiscono a determinare le condizioni sostanziali del giudicare considerando, come sostiene GARAPON (2007), quanto sia ambivalente lo spazio formale del rituale giudiziario, del teatro procedurale, in grado tanto di porre un argine nei confronti delle passioni quanto di produrre ingiustizie eclatanti.

Ma a tali limiti, che consentono di cogliere il senso dell'inadeguatezza dell'essere umano a giudicare un altro essere umano e, di conseguenza, il senso del conflitto interno e del dramma che caratterizza il giudizio, va aggiunto un ulteriore elemento di complicazione. Un elemento che è giuridico in senso peculiare, quale tratto caratteristico di tale tipo di giudizio e, allo stesso tempo, causa di drammaticità più profonda. Mi riferisco alla necessità di rispondere alla pretesa di giustizia che ogni giudizio giuridico porta con sé.

In primo luogo, infatti, l'aspettativa sociale incorporata nel giudizio equivale a una pretesa di giustizia. Nel giudizio penale, ad esempio, la vittima del reato riterrà giusto che il colpevole sia punito. Tendenzialmente, l'opinione pubblica, nel senso generico di tale accezione, potrà coltivare la stessa pretesa. Il rappresentante della pubblica accusa potrà ritenere giusto proporre al giudice la condanna di chi ritiene essere il colpevole del reato. D'altra parte, l'imputato, in base alle circostanze, potrà pretendere, secondo giustizia, di essere assolto o di essere punito per quanto gli spetta. Ma anche nel giudizio civile una simile pretesa è chiaramente all'opera. Si pensi ad un'azione avviata per il risarcimento di un danno considerato ingiusto. A fronte di un'ingiustizia, si pretenderà, secondo giustizia, il risarcimento del danno subito, con tutte le diverse posizioni delle parti coinvolte che agiranno, dal rispettivo punto di vista, secondo una pretesa di giustizia.

In secondo luogo, è proprio chi giudica ad essere comunque animato dall'aspirazione a giungere ad una decisione giusta. Ciò anche in virtù della consapevolezza, sulla base dello scarto tra conoscere e volere, dell'impossibilità di addivenire ad una decisione esatta. Chi giudica, deciderà, anche (ma non solo) rispondendo all'aspettativa sociale di giustizia, coltivando la speranza di giudicare giustamente, e cioè pretendendo da se stesso la capacità di decidere attribuendo a ciascuno ciò che gli spetta, tentando di porre fine, nei limiti del possibile, e attraverso una pronuncia ragionevolmente accettabile, al conflitto o alla ferita che sono presupposti del giudizio stesso. Come sostiene Ricoeur, «l'atto di giudicare consiste nel de-terminare delle sfere di attività, nel de-limitare le pretese dell'uno e le pretese dell'altro, e finalmente nel correggere le distribuzioni ingiuste, quando l'attività di una parte consiste nell'invasione del campo di esercizio delle altre parti»<sup>14</sup>.

Naturalmente, la pretesa di giustizia di cui qui si scrive rinvia comunque a un legame tendenziale tra diritto e giustizia<sup>15</sup>. Per l'economia del ragionamento qui proposto, è infatti sufficiente riferirsi ad una prospettiva tendenziale di giustizia, come scopo dell'ordinamento sociale in cui si sostanzia il diritto, e che si riflette consequenzialmente nella pretesa a cui deve rispondere il giudizio giuridico<sup>16</sup>.

In tal senso, la pretesa di giustizia è connaturata alla natura radicalmente umana dell'esperienza giuridica<sup>17</sup> e quindi, proprio in quanto tratto caratteristico del giudizio giuridico, consente, tramite quest'ultimo, di farci accedere ad una concezione altrettanto radicalmente umana del diritto.

Ma in cosa consiste più precisamente la pretesa di giustizia cui deve rispondere il giudizio giuridico e per quali ragioni è associata a tale giudizio?

<sup>14</sup> RICOEUR 1998.

<sup>15</sup> Com'è noto, la letteratura intorno a tale rapporto è sterminata poiché esso coincide con la questione filosofico-giuridica per eccellenza. In questa sede, ci si limita a richiamare, per la profondità teoretica delle questioni sollevate, il recente scritto, che contiene il saggio di Wener Jaeger *Elogio del diritto*, di CACCIARI, IRTI 2019; e LIPARI 2021.

<sup>16</sup> Basti pensare, a conferma di questa impostazione, come anche in teorie che paradigmaticamente espungono il concetto di giustizia, in quanto irrazionale, dalla grammatica giuridica conoscibile, come nel caso di Kelsen, nondimeno si ammette la giustizia stessa come aspirazione dell'ordinamento sociale: «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 per ciò ricerca nella società. La felicità sociale si chiama giustizia» (KELSEN 2000, 57).

<sup>17</sup> È talmente connaturata che quando si prospettano questioni che oltrepassano i limiti antropocentrici della vita dell'essere umano nel presente, come nel caso delle questioni che riguardano i diritti delle generazioni future o i diritti dell'ambiente, la declinazione teorica di tali istanze non può non comprendere una pretesa di giustizia. CFR. MENGA 2021; PORCIELLO 2022.

In una recente e pregevole indagine filosofica sull'idea di giustizia, Corrado Del Bò sostiene che la giustizia sia una questione di spettanza, «nel senso che ogni volta che qualcuno lamenta un'ingiustizia è perché ritiene, a torto o a ragione, di non aver avuto quanto gli o le spettava»<sup>18</sup>. Si tratta di una concezione coerente con quanto appena appreso dalle parole di Ricoeur sulla natura dell'atto di giudicare. Ma, naturalmente, è altrettanto coerente con la consolidata tradizione teorica che si affina nel mondo antico attraverso il pensiero di Platone e Aristotele, e che, pur con tutte le differenze del caso, trova una celebre sanzione nella definizione del *Digesto* attribuita ad Ulpiano: «giustizia è la volontà ferma e ininterrotta di attribuire a ciascuno il suo diritto»<sup>19</sup>.

La specificazione giuridica del “suo” consente non solo di includere all'interno di tale ultima nozione attribuzioni tanto favorevoli quanto sfavorevoli, ma anche di enfatizzare il nesso strutturale tra pretesa di giustizia e giudizio giuridico a prescindere dal contenuto specifico che si associa, appunto, al “suo” di ciascuno.

D'altra parte, sul piano della pretesa generale di giustizia, consolidate teorie di orientamento diverso ribadiscono come la spettanza cui bisogna fare riferimento abbia a che vedere con «il trattamento del simile in modo simile»<sup>20</sup>. Secondo Gustav Radbruch, il nucleo stesso dell'idea di giustizia coinciderebbe con il principio di uguaglianza, non a caso sistematicamente violato nel contesto dell'esperienza nazionalsocialista caratterizzata, tra l'altro, da un diritto e una giurisprudenza manifestamente ingiusti.

Del resto, anche in un autore per molti versi distante da Radbruch, come Herbert Hart, il concetto viene ribadito e specificato<sup>21</sup>. Per Hart, infatti, il principio all'opera nelle diverse applicazioni del concetto di giustizia «è che gli individui hanno diritto nei loro rapporti reciproci a una certa posizione relativa di uguaglianza o disuguaglianza»<sup>22</sup>. Un principio che ha a che fare sia con la distribuzione sociale di pesi e benefici sia con la necessità di ripristinare un certo ordine dei rapporti quando questo venga turbato (è qui evidente, per certi versi, l'eco della distinzione aristotelica tra giustizia distributiva<sup>23</sup> e giustizia peggiorativa).

La pretesa di giustizia ha dunque a che vedere con il mantenimento o il ripristino di un equilibrio o di una proporzione. Per questo, nella versione hartiana, il precetto della giustizia si specifica in relazione ad una specificazione del principio di uguaglianza: «Tratta tutti i casi uguali in modo uguale [...] e tratta i casi diversi in modo diverso»<sup>24</sup>. Certamente, affinché tale precetto possa essere reso operativo e non ridotto a pura forma, occorre individuare i criteri che consentono di affermare l'uguaglianza dei casi, in vista di un loro trattamento come uguali, e la diversità tra i casi stessi in vista di un loro trattamento come diversi.

Tale precisazione non può non essere demandata alla concretizzazione storica del principio di uguaglianza, e quindi del precetto di giustizia, nelle diverse forme di vita sociale. Concretizzazione che si incarna, ad esempio, nelle Costituzioni adottate all'indomani della fine della Seconda guerra mondiale, attraverso principi generali che esigono di essere materialmente e contingentemente determinati in virtù del confronto continuo con i casi concreti.

Ma la logica della pretesa di giustizia rimane comunque sufficientemente precisata nella dinamica della spettanza attraverso la specificazione del principio di uguaglianza.

<sup>18</sup> DEL BÒ 2022, 55-56. Per una preziosa ricostruzione dei nodi teoretici che scaturiscono dall'ideale della giustizia cfr. MAGRÌ 2019, 87-123.

<sup>19</sup> *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius cuique tribuens* (D.1.1.10pr).

<sup>20</sup> RADBRUCH 2002, 159.

<sup>21</sup> Ulteriori conferme di tale impostazione, sebbene entro quadri teorici differenziati, si hanno, ad esempio, in ROSS 1965; PERELMAN 1959.

<sup>22</sup> HART 2002, 186.

<sup>23</sup> Com'è noto, una celebre e centrale declinazione contemporanea di tale concezione della giustizia si ha nell'opera di RAWLS (1982), che ha rappresentato il punto di riferimento filosofico-politico del dibattito tardo novecentesco intorno alla giustizia.

<sup>24</sup> HART 2002, 187.

Un tale principio non va però inteso in senso esplicitamente e irriducibilmente comparativo<sup>25</sup>. In altre, parole, le questioni di giustizia non sono riducibili esclusivamente a situazioni in cui si tratta di comparare esplicitamente e concretamente casi specifici per comprendere quale sia il trattamento giusto. Attribuire a ciascuno il suo diritto implica infatti garantire a ciascuno ciò che gli spetta a prescindere da un'esplicita comparazione con gli altri. Le questioni di giustizia sono, in senso ampio, questioni di attribuzione di diritti.

Ho scritto “a prescindere da un'esplicita comparazione” perché una comparazione implicita è, a mio parere, sempre rilevante per un trattamento che aspira ad essere giusto. Chi decide, infatti, in tanto può ritenere giusto riconoscere ad un individuo un diritto, in quanto possa ammettere che ad un'altra persona, nelle medesime circostanze materiali e formali, lo stesso diritto andrebbe garantito. Per queste ragioni, la componente relazionale è concettualmente ineludibile nelle questioni di giustizia<sup>26</sup>. Non a caso, come sostiene Hart, la giustizia «è la più pubblica e la più giuridica delle virtù»<sup>27</sup>.

Ma a mostrare con precisione ancora ulteriore il nesso tra giudizio giuridico e pretesa di giustizia è proprio un elemento come la relazionalità, nelle sue diverse accezioni che comunque implicano la relazione tra più soggetti, unito a componenti ulteriori quali il carattere attivo e doveroso dell'azione cui fa appello la giustizia stessa<sup>28</sup>. Infatti, l'atto del giudicare consiste proprio in un'azione doverosa, in un contesto in cui sono presenti relazioni intersoggettive, e volta ad attribuire a ciascuno il suo diritto, in termini distributivi, compensativi o semplicemente ricognitivi (il riconoscimento del diritto).

Un atto che, non a caso, si oppone alla violenza brutta; che oppone alla giustizia arcaica della vendetta la giustizia civile. Per questo motivo, il legame tra giudizio giuridico e pretesa di giustizia è fondativo ed essenziale rispetto all'esperienza giuridica che si afferma in Occidente:

«l'atto fondamentale attraverso cui si può dire che la giustizia è fondata in una società, è l'atto in virtù del quale la società priva gli individui del diritto e del potere di fare giustizia a se stessi, l'atto per mezzo del quale la forza pubblica confisca per se stessa questo potere di dire e applicare il diritto»<sup>29</sup>.

### 3. La pretesa di giustizia e il dramma del giudizio

L'essenziale connessione della pretesa di giustizia con il giudizio giuridico è, a ben vedere, un elemento ineludibile di complicazione di tale giudizio. Anzi, come anticipato in precedenza, la pretesa di giustizia a cui risponde il giudizio giuridico contribuisce in maniera determinante a corroborare la lettura del giudizio come dramma.

Infatti, da una parte, è innegabile come l'esperienza giuridica sia plasmata dalla pretesa di giustizia, dall'altra, il contenuto specifico della risposta a tale pretesa non è mai deducibile da una regola generale ed esplicita, universalmente accettabile, pronta ad essere applicata ai casi singoli.

Anche accettando il criterio della spettanza (l'attribuzione a ciascuno del suo diritto), esso può essere certamente inteso come il nucleo concettuale che illumina la struttura del concetto di giustizia, ma resta sempre da stabilire il contenuto del “suo” di ciascuno, i criteri di individua-

<sup>25</sup> Cfr. DEL BÒ 2022, 64: «se la giustizia riguarda il *suum cuique tribuere*, che cosa sia il dovuto che va attribuito a ciascuno può dipendere sia da considerazioni comparative sia da considerazioni non comparative».

<sup>26</sup> Come sostiene MACIOCE (2019, 13): «una definizione della giustizia come eguaglianza, o come principio di distribuzione, non è pensabile senza la categoria della relazionalità».

<sup>27</sup> HART 2002, 196.

<sup>28</sup> In questo senso, si rinvia ancora a MACIOCE 2019, 13-14, per un prezioso riferimento a caratteristiche della giustizia ulteriori a quella di relazionalità, come *agency* e *doverosità*.

<sup>29</sup> RICOEUR 1998, 163.



zione dei destinatari (chi è ciascuno), ciò che consente di classificare i casi come uguali o come diversi in maniera rilevante.

Tutti questi elementi non sono universalmente individuati ed anche quando sono esplicitati nei testi normativi ciò avviene attraverso disposizioni di carattere generale o generalissimo che demandano la loro concretizzazione dinamica all'opera di chi è chiamato a giudicare (si pensi, ad esempio, al principio di uguaglianza sancito nell'art. 3 della Costituzione italiana).

Il dramma del giudizio nasce, dunque, anche dalla necessità di fornire una risposta alla pretesa di giustizia che, però, non potrà fondarsi mai, una volta e per tutte, su un contenuto accettato, chiaro e assoluto di giustizia. Questa condizione problematica non può che alimentare un ulteriore senso di inadeguatezza in chi giudica. Il giudice sa bene che dovrebbe essere animato dalla necessità di rispondere alla pretesa di giustizia, dall'istanza universale che il giudizio porta con sé, ma non ha a disposizione una chiara, immediatamente operativa e indiscutibile regola di giustizia. L'indisponibilità di un concetto definitivo di giustizia entro il quale sussumere i casi concreti, pur in presenza delle disposizioni di diritto positivo, rappresenta dunque un'ulteriore ragione del conflitto del giudice con se stesso, già evidenziato attraverso la riflessione sullo scarto tra conoscere e volere.

D'altra parte, sono proprio l'assenza di un concetto universale (ed esplicitamente positivizzato) di giustizia, da una parte, e la pretesa di giustizia che comunque si associa all'esserci del diritto e all'operare del giudizio giuridico, dall'altra, a determinare lo spazio di possibilità della critica del diritto. Tale spazio non potrebbe nemmeno pensarsi se la giustizia fosse riducibile compiutamente e definitivamente a un insieme di regole di diritto positivo. In tal caso, non ci sarebbe lo spazio per stimolare criticamente una pratica del diritto che sia sempre più adeguata alle esigenze radicalmente umane degli individui.

È una lezione che si apprende, ad esempio, riflettendo sul ruolo dell'elemento della forza nel diritto e proprio sulle teorie del diritto come forza. In tale contesto critico, come ci ricorda Massimo La Torre, la funzione svolta della pretesa di giustizia è fondamentale:

[1]a fenomenologia dell'esperienza e della controversia giuridica (sì certo anche penosa e dolorosa) però sembra dirci [...] che dentro il diritto si lotta anche contro il diritto (contro una certa concezione e interpretazione di questo) e allo stesso tempo per il "diritto", per essere nel proprio diritto ed essere riconosciuti come tali, e che di conseguenza la pretesa di giustizia non vi è mai del tutto estranea. Ma se vi fosse estranea, se in un certo contesto che si presenta apparentemente come giuridico non potesse nemmeno essere pensata, sarebbe probabile che lì di diritto ce ne sia veramente poco o niente. Saremmo di fronte al diritto contro se stesso<sup>30</sup>.

Del resto, lottare contro il diritto per il diritto, per l'affermazione di un'istanza di giustizia, comporta, come sostiene Jean-Luc Nancy, cogliere la trascendenza concettuale a cui la giustizia rinvia oltre la legge ma a partire, comunque, dalla legge:

se noi comprendiamo con chiarezza che la legge, di per sé, non sempre è giusta, è perché abbiamo un'idea del giusto in quanto tale, della giustizia come idea, come ideale, e non soltanto come istituzione. Dunque, abbiamo l'idea di una giustizia al di là delle leggi, forse addirittura di una giustizia per la quale non vi può essere legge, una giustizia che non può essere racchiusa in una legge, una giustizia superiore a qualunque legge<sup>31</sup>.

Evocare un pensiero sull'istanza universale della giustizia, più che una conoscenza specifica dei contenuti dell'universale della giustizia sotto forma di regola, ha un'indubitabile portata pratica.

<sup>30</sup> LA TORRE 2020.

<sup>31</sup> NANCY 2007, 16.

Ci consente sicuramente di registrare con precisione il dramma di chi giudica, chiamato a fare i conti con una pretesa di giustizia proiettata inevitabilmente in universale ma priva di un contenuto determinato una volta e per tutte. Ma ci consente anche di capire come e perché nel diritto vi siano necessariamente tracce del tentativo storico di codificare la pretesa di giustizia. Tracce, intese come riferimenti, volte a indicare direzioni storicamente caratterizzate del cammino che una comunità percorre verso la giustizia. In altre parole, il dramma del giudice rimane tale, ma nel pensiero sulla giustizia che egli elabora, trattando i singoli casi, è supportato e orientato, non determinato univocamente, da quelle norme dell'ordinamento che più di altre si pongono il compito di concretizzare in maniera contingente l'idea di giustizia.

#### 4. *Le traiettorie di giustizia nella Costituzione*

Negli ordinamenti contemporanei tale concretizzazione si palesa in diversi ambiti del diritto positivo ma, certamente, l'adozione delle Costituzioni negli Stati di diritto costituzionale occidentali ha svolto un ruolo fondamentale al fine di precisare le traiettorie di fondo di un pensiero giuridico sulla giustizia funzionale alla decisione del caso concreto. Pur non essendo rinvenibile, naturalmente, alcun concetto normativo di giustizia assoluto e indiscutibile nelle Costituzioni contemporanee, sono nondimeno presenti, soprattutto nella prima parte fondamentale, principi generali che, quali regole di ingaggio, guidano il giudice nel corpo a corpo con la legge ordinaria, nel tentativo, mai compiutamente riuscito, di cogliere la giustizia nella legalità<sup>32</sup>.

Si tratta di una tecnica normativa e di una prassi decisionale, potenziale o reale a seconda dei contesti etico-politici di fondo, che corrisponde alla necessità, dopo la Seconda guerra mondiale, di fornire ai giuristi armi giuridiche adeguate contro l'eventualità di un diritto positivo manifestamente ingiusto, come nel caso del diritto nazionalsocialista. Il costituzionalismo contemporaneo ha reagito elaborando un'articolazione istituzionale che sarebbe in grado, da una parte, di soddisfare l'esigenza di giustizia divenuta irrinunciabile dopo gli orrori della Seconda guerra mondiale, e dall'altra di garantire comunque la certezza del diritto attraverso il controllo del giudizio.

Un controllo presuntivamente non arbitrario perché ancorato al tentativo di positivizzare traiettorie di giustizia. Per semplificare, si potrebbe sostenere, dunque, che lo Stato di diritto costituzionale del dopoguerra si caratterizzi per la positivizzazione, soprattutto nell'ambito della categoria dei diritti fondamentali insopprimibili per via democratico-parlamentare, di una serie di principi di origine morale<sup>33</sup>. Positivizzazione che si associa con la previsione di un organo, quale la Corte Costituzionale, deputato a verificare la costituzionalità, e quindi la validità, delle leggi ordinarie, sulla base di parametri che, per quanto appena scritto, hanno un'origine anche morale<sup>34</sup>.

Ma siffatto assetto condurrebbe a un giudizio non più drammatico perché ancorato alla tendenziale oggettività, sebbene storica, di alcuni principi di giustizia? O, al contrario, ci consegna un equilibrio possibile tra, da una parte, l'inevitabile (sebbene moderata) soggettività di un giudizio che si misura con parametri di portata generale, e, dall'altra, l'illusione di un giudizio calcolante e oggettivo?

<sup>32</sup> Discorso, per certi versi analogo, può essere svolto anche in relazione a fonti sovranazionali che tendono a concretizzare istanze di giustizia, e che incidono direttamente sugli ordinamenti anche, e non a caso, per via giurisprudenziale. Si pensi, tra gli altri, al caso della CEDU.

<sup>33</sup> Sulla logica che ispira lo Stato di diritto costituzionale, tra i tanti, si segnala PINO, VILLA 2016; SILVESTRI 2011; COSTA, ZOLO 1992; MONTANARI 1992; LO GIUDICE 2022.

<sup>34</sup> Cfr., tra gli altri, SILVESTRI 2005. La moralità dei parametri costituzionali di controllo delle leggi ordinarie solleva, naturalmente, la questione classica del rapporto tra diritto e morale. Al netto di una letteratura pressoché sterminata, si segnala, anche per la chiarezza critico-ricostruttiva, il volume di PORCIELLO 2021.

La tecnica del bilanciamento in senso stretto, sempre più affinata nel corso degli ultimi decenni, rappresenta, in realtà, una significativa cartina di tornasole della cifra filosofica compresa in qualsiasi giudizio giuridico. Infatti, la mia impressione è che, proprio misurandosi con alcune riflessioni consolidate e di carattere generale, che hanno per oggetto determinati profili del giudizio nell'ambito costituzionale, si possa comprendere il senso di giustizia delle Costituzioni, e la fisionomia del giudizio giuridico che da tale senso scaturisce.

In questa sede, non si intende proporre un'indagine sulla dottrina e sulla giurisprudenza in tema di bilanciamento<sup>35</sup>. L'obiettivo non è infatti quello di procedere ad una ricognizione tecnico-giuridica dei diversi profili che incidono su tale metodo. Si tratta, invece, di delineare, rispetto alla questione del giudizio, l'orizzonte concettuale che fa da sfondo all'idea stessa di bilanciamento. Per queste ragioni, si è scelto di fare cenno, in termini generali, alla teoria filosofico-giuridica che, più di altre, ha tentato di fornire una solida base razionale (argomentativa e discorsiva) allo Stato costituzionale incentrato sulla tutela dei diritti fondamentali. Mi riferisco alla teoria della ponderazione o bilanciamento proposta da Robert Alexy nell'ambito della sua concezione dei diritti fondamentali<sup>36</sup>.

Il modello di Alexy è stato più volte rivisto nel corso degli anni senza che sia mai venuto meno l'impianto di fondo<sup>37</sup>. Si tratta di una teoria della ponderazione notevolmente influente, più volte esplicitamente seguita dai giudici costituzionali europei e latino-americani. Il modello intende incidere su alcune questioni cruciali nell'ambito dei giudizi costituzionali, quali la soluzione dei conflitti fra principi e la razionalizzazione delle prassi argomentative utilizzate nelle corti. La teoria proposta da Alexy si inquadra, in realtà, entro una concezione più ampia, che qui non è possibile approfondire nei suoi presupposti filosofici<sup>38</sup> e nelle sue più ampie implicazioni giuridiche. Una teoria volta a proporre una sorta di costituzionalismo discorsivo fondato sulla capacità dei giudici di rappresentare argomentativamente, con gli strumenti della razionalità pratica (di cui quella giuridica non sarebbe altro che un caso particolare), il tessuto valoriale che ispira e determina i principi e le regole dell'ordinamento costituzionale.

Una concezione dello Stato di diritto fondata sui diritti, entro la quale le norme sono valutate sulla base del loro contenuto e della loro giustificabilità argomentativa coerentemente con il contenuto dei diritti fondamentali e dei principi che essi veicolano.

Entro questo progetto, i diritti fondamentali, inclusi nelle Costituzioni con l'intenzione di positivizzare i diritti umani, hanno una origine morale. Trovano il loro fondamento ultimo nell'antropologia presupposta dalla teoria del discorso, la quale implica la garanzia della libertà e dell'eguaglianza degli agenti intesi innanzitutto come soggetti parlanti (discorsivi). Ciò comporta, di conseguenza, il reciproco riconoscimento dell'altro come soggetto autonomo e quindi come persona dotata di dignità, quindi come soggetto titolare di diritti umani. Dal punto di vista semantico, i diritti fondamentali vanno intesi, per Alexy, quali principi che, a differenza delle regole, hanno portata generale e non rispondono alla logica del "tutto o niente".

Si tratta di "precetti di ottimizzazione" (*Optimierungsgebote*), chiamati a guidare le Corti Costituzionali nell'opera di massimizzazione degli obiettivi sistematici dell'ordinamento alla luce delle possibilità giuridiche e fattuali: «i principi (*Prinzipien*) sono norme che prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali»<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Nell'ambito di una letteratura davvero copiosa si segnalano PINO 2010; MORRONE 2014; BIN 1992.

<sup>36</sup> ALEXY 2012.

<sup>37</sup> Per una riflessione di carattere generale sulla teoria del diritto di Alexy mi permetto di rinviare a LO GIUDICE 2020.

<sup>38</sup> Tali presupposti sono ampiamente approfonditi in ALEXY 1998 e 1997.

<sup>39</sup> ALEXY 2012, 106. Come è noto, rispetto alla distinzione tra principi e regole, altrettanto significativa, anche per la sua influenza sul costituzionalismo statunitense, è la teoria, solo parzialmente affine a quella di Alexy, di DWORKIN 2010. Per un'efficace ricostruzione della logica dei principi, cfr. ZAGREBELSKY 2008. Sul ruolo dei principi nell'ordinamento costituzionale italiano cfr. SILVESTRI 2009.

Di conseguenza, l'applicazione dei principi, a differenza delle regole, non è presieduta dallo schema sillogistico. I principi, infatti, trovano applicazione secondo uno schema graduale e quindi comportano l'utilizzo della tecnica del bilanciamento (*Abwägung*).

Tale tecnica implica l'istituzione di un ordine di priorità relativo tra principi, che possono anche entrare in conflitto, nella prassi applicativa. Un ordine che può giustificarsi soltanto attraverso i parametri posti dal cosiddetto principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). Quest'ultimo principio o giudizio è volto a determinare l'adeguato grado di concretizzazione di un determinato principio rispetto ad un altro, in un caso dato ed entro un ordinamento specifico.

In particolare, per Alexy, è cruciale il rapporto tra bilanciamento e razionalità: «Un bilanciamento è razionale se la proposizione di preferenza, a cui esso conduce, può essere razionalmente giustificata»<sup>40</sup>. Il bilanciamento è, infatti, decisivo nei cosiddetti casi difficili dove bisogna stabilire una relazione di priorità condizionata (*bedingte Vorrangrelation*) fra i principi concretamente in gioco. L'obiettivo sarebbe giungere a poter affermare che, date certe condizioni, il principio X è prioritario rispetto al principio Y. Questa relazione è generata da ciò che Alexy definisce come legge del bilanciamento in base alla quale: «Quanto più alto è il grado di non-realizzazione di un principio o di lesione di un principio, tanto più grande deve essere l'importanza della realizzazione dell'altro principio»<sup>41</sup>.

Come ben si comprende, le questioni cruciali, nell'applicazione di un diritto ispirato a giustizia (le traiettorie di giustizia incarnate nella Costituzione proprio dai principi), si pongono naturalmente al livello del bilanciamento operato dal giudice. Livello entro il quale, seguendo la concezione del peso relativo dei principi elaborata, come abbiamo mostrato, da Alexy, la gerarchia tra i principi stessi si riconfigura in relazione ai casi specifici. Ma si tratta di una composizione che, sostiene Antonio Ruggeri,

risulta governata nelle sue concrete movenze da un autentico “metaprinzipio” [...] quello della ricerca del massimo standard di tutela raggiungibile di volta in volta a beneficio dei diritti (e, in genere, dei beni della vita) evocati in campo da ciascun caso e, per ciò stesso, valevole limitatamente al caso stesso, pronta cioè ad essere rivista in altri casi, diversamente connotati<sup>42</sup>.

Una composizione, quindi, pensata a beneficio di ciò che spetta a ciascuno in termini di diritti, quindi a beneficio del sempre parziale soddisfacimento delle pretese di giustizia così come emergono dal caso concreto e non sulla base di statiche e assolute determinazioni del contenuto ultimo della giustizia.

Il sistema della Costituzione, dunque, si manifesta quale traiettoria di giustizia, si determina dinamicamente attraverso il caso specifico presentato dinanzi al giudice costituzionale. Un sistema che aspira alla giustizia, dunque, che si realizza veramente nel giudizio<sup>43</sup>. Non a caso, nella concezione di Alexy assume un ruolo peculiare la pretesa di correttezza che caratterizzerebbe qualsiasi discorso giuridico quale caso particolare di un discorso pratico. La pretesa di correttezza non implica, in questo caso, che le proposizioni giuridiche, come quelle contenute in una sentenza, siano assolutamente razionali. Comporta, invece, il «fatto che esse possano essere motivate razionalmente nell'ordine giuridico vigente»<sup>44</sup>. Ciò equivale a sostenere che, in relazione alla pretesa di giustizia a cui deve rispondere il giudizio giuridico, e con particolare riferimento a

<sup>40</sup> ALEXY 2012, 183.

<sup>41</sup> ALEXY 2012, 185.

<sup>42</sup> RUGGERI 2019, 23. Cfr., tra gli altri lavori, anche RUGGERI 2015 e 2019.

<sup>43</sup> Sulla giustizia della Costituzione e sul ruolo dei giudici, cfr., *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna?*, intervista (a cura di R.G. Conti) ad Antonio Ruggeri e Roberto Bin, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 10 aprile 2019. Una sistematica riflessione sul rapporto tra l'idea di giustizia e il ruolo dei giudici costituzionali si trova, naturalmente, in SILVESTRI 1997.

<sup>44</sup> ALEXY 1998, 175. Sul cruciale ruolo della motivazione delle pronunce del giudice costituzionale cfr. SAITTA 1996.

quello costituzionalmente rilevante, l'interpretazione delle tracce di giustizia presenti nei principi costituzionali debba essere posta a fondamento razionale della decisione. Debba guidare chi giudica, nel salto del giudizio, a partire dall'urgenza del caso<sup>45</sup>.

Del resto, le critiche nei confronti della deriva ermeneutica o argomentativa<sup>46</sup> che, in qualche modo, tali visioni determinerebbero, sono discutibili proprio alla luce della struttura del giudizio giuridico proposta nel corso di questo lavoro. Si paventa il rischio di un giudice costituzionale sciolto dalla inderogabile soggezione alla legge<sup>47</sup>. Ma tali critiche inducono, in realtà e di riflesso, a comprendere come, proprio attraverso la logica dei principi, il giudizio di bilanciamento in senso ampio, comprensivo anche del bilanciamento sistematico che i giudici ordinari in un sistema costituzionale sono comunque tenuti a compiere<sup>48</sup>, rappresenti una terza via tra soggettivismo arbitrario e oggettivismo illusorio.

Da una parte, le traiettorie di giustizia incarnate dalla Costituzione guidano chi giudica nel tentativo di soddisfare le pretese di giustizia che si presentano, dall'altra, tali traiettorie, e anche le tecniche di giudizio praticate, non conducono mai a una decisione indiscutibile, oggettiva, frutto di un calcolo logico.

Il caso concreto preme affinché il salto del giudizio, sull'abisso del giudizio, sia affrontato con responsabilità, con la consapevolezza di dover ancorare la decisione a tracce di giustizia concretamente condivise (i principi). Ma altrettanta consapevolezza può sorgere circa la necessità di coltivare una sensibilità giudicante, e non una capacità di calcolo, che rinvia alla presenza irriducibile dell'umanità dei soggetti comunque coinvolti, delle loro aspirazioni e delle loro pretese.

<sup>45</sup> A riprova del carattere sostanziale e non formale o prettamente ordinamentale della questione, si pensi a cosa ALEXY (1998, 172) afferma in relazione alle decisioni in cui manca la pretesa di correttezza: «Vi sono ragioni, dunque, a favore della tesi per cui la mancanza della pretesa di correttezza in una decisione, pur non togliendole il carattere di decisione giudiziale valida, rende questa comunque difettosa, non solo in senso morale».

<sup>46</sup> Cfr. ZACCARIA, VIOLA 1999, per comprendere come non si tratti di deriva ma di comprensione profonda del circolo che si innesca per giungere all'applicazione del diritto.

<sup>47</sup> Cfr., tra gli altri, BIN 2019, 11-29; FERRAJOLI 2014, 211-222, e FERRAJOLI 2018. Sulla politicizzazione del giudizio costituzionale cfr. BISOGNI 2017.

<sup>48</sup> In tal senso cfr. D'ANDREA 2005.

*Riferimenti bibliografici*

- AARNIO A. 1977. *On Legal Reasoning*, Turun Yliopisto.
- ALEXY R. 2012 [1985]. *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino.
- ALEXY R. 1998 [1978]. *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè.
- ALEXY R. 1997 [1992]. *Concetto e validità del diritto*, Einaudi.
- BARAK A. 1995 [1989]. *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè.
- BARBERIS M. 2015. *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLV, 2015, 163 ss.
- BECCARIA C. 1994 [1764]. *Dei delitti e delle pene*, Newton Compton.
- BIN R. 1992. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè.
- BIN R. 2019. *Cose e idee: per un consolidamento della teoria delle fonti*, in «Diritto Costituzionale», 1, 2019, 11 ss.
- BISOGNI G. 2017. *La "politicalità" del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giustiziaro contemporaneo*, Giappichelli.
- CACCIARI M., IRTI N. 2019. *Elogio del diritto*, La Nave di Teseo.
- CALOGERO G. 1964. *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Cedam.
- CANALE D., TUZET G. 2019. *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giappichelli.
- CAPOGRASSI G. 1950. *Giudizio Processo Scienza Verità*, in «Rivista di Diritto Processuale», 1, 1950, 1 ss.
- CARNELUTTI F. 1949. *Torniamo al "Giudizio"*, in «Rivista di Diritto Processuale», 3, 1949, 165 ss.
- COSTA P., ZOLO D. (a cura di). 2002. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli.
- D'ANDREA L. 2005. *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè.
- DEL BÒ C. 2022. *La giustizia. Un'introduzione filosofica*, Carocci.
- DWORKIN R. 2010 [1977]. *I diritti presi sul serio*, il Mulino.
- FERRAJOLI L. 2014. *I diritti fondamentali come dimensioni della democrazia costituzionale*, in «Ricerche giuridiche», 2 (3), 2014, 211 ss.
- FERRAJOLI L. 2018. *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi.
- GARAPON A. 2007 [2000]. *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Raffaello Cortina.
- HART H.L.A. 2002 [1961]. *Il concetto di diritto*, Einaudi.
- KELSEN H. 1985 [1979]. *Teoria generale delle norme*, Einaudi.
- KELSEN H. 2000 [1934]. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi.
- GAZZOLO T. 2018. *Il caso giuridico. Una ricostruzione giusfilosofica*, Giappichelli.
- GIANFORMAGGIO L. 2008. *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di DICIOTTI E., VELLUZZI V., Giappichelli.
- GUASTINI R. 2002. *Giuridico, ragionamento*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Treccani, vol. IX, 130 ss.
- LA TORRE M. 2020. *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Leo S. Olschki.
- LIPARI N. 2021. *Elogio della giustizia*, il Mulino.

- LO GIUDICE A. 2020. *The Rule of Law and Democracy in Robert Alexy's Legal Philosophy*, in «Rivista di Filosofia del diritto», 2, 2020, 277 ss.
- LO GIUDICE A. (a cura di). 2022. *Attraverso lo Stato di diritto. Crisi e prospettive*, Esi.
- MACCORMICK N. 2001 [1978]. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli.
- MACIOCE F. 2019. *Giustizia*, in ANDRONICO A., GRECO T., MACIOCE F. (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Giappichelli, 3 ss.
- MAGRÌ G. 2019. *Giustizia*, in MONTANARI B. (a cura di), *Luoghi della filosofia del diritto. Un manuale*, Giappichelli, 87 ss.
- MANZIN M. 2014. *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Giappichelli.
- MENGA F.G. 2021. *Etica intergenerazionale*, Morcelliana.
- MONTANARI B. (a cura di). 1992. *Stato di diritto e trasformazione della politica*, Giappichelli.
- MORRONE A. 2014. *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli.
- NANCY J.L. 2007 [2007]. *Il giusto e l'ingiusto*, Feltrinelli.
- PERELMAN CH. 1979 [1976]. *Logica giuridica. Nuova retorica*, Giuffrè.
- PERELMAN CH. 1959 [1945]. *La giustizia*, Giappichelli.
- PINO G., VILLA V. (a cura di). 2016. *Rule of Law. L'ideale della legalità*, il Mulino.
- PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino.
- PINO G. 2022. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.
- PORCIELLO A. 2021. *Diritto e morale: tre questioni. Scorci di teoria del diritto*, ETS.
- PORCIELLO A. 2022. *Filosofia dell'ambiente. Ontologia, etica, diritto*, Carocci.
- RADBRUCH G. 2002. *Ingiustizia legale e diritto sovralegale* [1946], in AA. VV. (a cura di), *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina, 149 ss.
- RAWLS J. 1982 [1971]. *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli.
- RICOEUR P. 1998. *L'atto di giudicare* [1992], in RICOEUR P., *Il giusto* [1995], SEI, 159 ss.
- ROSS A. 1965 [1958]. *Diritto e giustizia*, Einaudi.
- RUGGERI A. 2019. *Teoria generale del diritto e teoria costituzionale (note sparse a partire da un libro recente)*, in «Dirittifondamentali.it», 1, 2019, <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/06/A.-Ruggeri-Teoria-generale-del-diritto-e-teoria-costituzionale.pdf>.
- RUGGERI A. 2015. *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in «Diritto penale contemporaneo», 2, 2015, 325 ss.
- RUGGERI A. 2019. *Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*, in «Rivista di diritti comparati», 2, 2019, 3 ss.
- SAITTA A. 1996. *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Giuffrè.
- SCHAUER F. 2016 [2009] *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Carocci.
- SILVESTRI G. 1997. *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli.
- SILVESTRI G. 2005. *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli.
- SILVESTRI G. 2011. *Lo stato di diritto nel XXI secolo*, in «www.rivistaaic.it», 2, 2011, <https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Silvestri.pdf>.

- SILVESTRI G. 2009. *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza.
- TANZI A. (a cura di). 1999. *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Raffaello Cortina.
- TARUFFO M. 1989. *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, 3 ss.
- TUZET G. 2010. *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Carocci.
- VELLUZZI V. 2002. *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli.
- VELLUZZI V. 2012. *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, ETS.
- VELLUZZI V. 2013. *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, ETS.
- VELLUZZI V. 2020. *Tra teoria e dogmatica II. Altri sei studi sull'interpretazione giuridica*, ETS.
- ZACCARIA G., VIOLA F. 1999. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza.
- ZAGREBELSKY G. 2008. *La legge e la sua giustizia*, il Mulino.