

MASSIMILIANO BELLAVISTA
Professore Associato di Diritto Amministrativo
presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Internazionali
dell'Università degli Studi di Siena
massimiliano.bellavista@unisi.it

**RECENSIONE A MARTIN P. GOLDING, *IL
RAGIONAMENTO GIURIDICO*, A CURA DI V.
VELLUZZI E A. ZAMBON, SOVERIA MANNELLI,
RUBBETTINO, 2020**

**REVIEW OF MARTIN P. GOLDING, *LEGAL REASONING*,
CURATED BY V. VELLUZZI E A. ZAMBON, SOVERIA
MANNELLI, RUBBETTINO, 2020**

SINTESI

Il contributo si propone di condurre un'analisi dell'opera di Golding per sottolineare alcuni argomenti fondamentali, che dimostrano una propria attualità nello studio del diritto pubblico e dell'amministrazione. Tale analisi è svolta tenendo conto della peculiare metodologia dell'opera, e del suo inserimento nell'ambito del sistema di *common law*.

ABSTRACT

The paper aims at reviewing Golding's work to highlight some of the most important topics that are of current interest in the field of public law and administrative law. This review is carried out considering the methodology of the work and the peculiarity of the common law system.

PAROLE CHIAVE: Golding – ragionamento giuridico – common law

KEYWORD: Golding – legal reasoning – common law

INDICE: 1. Un testo apparentemente dedicato solamente alla didattica – 2. Forme di precomprensione, autenticità del ragionamento giuridico e razionalizzazione della decisione – 3. Ragione esplicativa e ragione giustificatrice – 4. L'appello al diritto e l'appello ai diritti

1. Un testo apparentemente dedicato solamente alla didattica

Questo volume è la traduzione del pregevole testo di M.P. Golding “*Legal Reasoning*”, la cui prima edizione è datata al 1980.

Si tratta di un testo formalmente dedicato alla didattica (come sottolineato, pure, nell'introduzione all'edizione italiana), ma ciò non deve, o non dovrebbe, trarre in inganno il lettore.

Dietro la modestia dell'intento, sta la ricostruzione teorica del ragionamento giuridico, supportata da una mole non indifferente di materiale (ragionato dall'autore) proveniente principalmente dalla giurisprudenza, ma in taluni casi, anche, dalla dottrina.

Infatti, dall'analisi del caso, si perviene alla ricostruzione teorica, secondo un percorso (tipico dei sistemi culturali di *common law*) inverso a quello indicato dalla blasonata *giurisprudenza dei concetti* continentale, dalla quale ancora oggi si stenta ad emanciparsi.

Non è, dunque, l'astratta costruzione dei concetti giuridici a guidare l'interpretazione della norma e la conseguente decisione operativa, ma è la "spietata" dissezione dell'argomentazione giuridica pratica (che sostiene la soluzione data ad un certo caso concreto) a causare l'occasione per la ricostruzione teorica del ragionamento giuridico operativo.

Questa operazione è tanto più importante, dal momento che (ed oltre gli intenti didattici dell'autore) essa costituisce un'occasione di riflessione sulle dinamiche del potere pubblico, in relazione ai fatti della vita.

Il porre l'accento sul ragionamento giuridico, piuttosto che sulla sua ipostasi nella motivazione è fattore altrettanto importante; tenuto conto del fatto che esso libera lo studio della decisione dalle anguste maglie della forma contenuta nella motivazione.

L'indagine è condotta dall'autore con metodo analitico. Non deve, perciò, trarre in errore la semplicità del linguaggio (non tradita, grazie ai curatori, dall'edizione italiana), visto che il testo è un susseguirsi di analisi e ragionamenti attraverso i quali l'autore porta per mano il lettore.

L'opera si articola in tre capitoli attinenti: il primo, allo studio del "ragionamento giuridico"; il secondo ai "tipi di argomentazione giuridica"; il terzo al "precedente ed all'analogia".

Sarà permesso a chi (come colui che scrive) non si ispira al metodo degli analitici, di vagare all'interno del testo e, quindi, della ricostruzione proposta dall'autore (senza darne conto rigorosamente), al fine di segnalare argomenti che potrebbero, o potranno, essere l'abbrivio per riflessioni ulteriori.

2. Forme di precomprensione, autenticità del ragionamento giuridico e razionalizzazione della decisione

Il ragionamento giuridico può essere inteso sia in senso lato, sia in senso ristretto: nel primo caso esso attiene al sistema di valori ed alle esperienze che condiziona ogni persona, per il fatto di essere tale, a prescindere dalla funzione che esercita; nel secondo caso, lo stesso si riferisce alla sola argomentazione che l'operatore pratico del diritto pone a giustificazione di una decisione presa.

Da ciò consegue che il ragionamento in senso lato può essere interessante per studi che riguardino la psicologia, la morale ecc., mentre quello in senso stretto è di pertinenza della logica.

Tale ricognizione di confini, nondimeno, non risulta essere indiscutibile; dal momento che, come dimostra l'autore durante l'analisi di numerosi casi

concreti (i quali, visti con gli occhiali di oggi, potrebbero a torto essere considerati curiosi, se non proprio paradossali), dall'analisi del ragionamento in senso stretto è facile desumere quali possono essere i fattori extragiuridici che sono stati in grado, anche solo in parte, di aver determinato la decisione.

È la ritornante questione delle forme di precomprensione (sia perdonato l'uso di questa locuzione, decisamente poco attinente al metodo analitico) delle quali l'operatore pratico del diritto (per il fatto di "esserci" in un certo tempo ed in un determinato luogo) difficilmente rimane indifferente nell'esercizio delle proprie funzioni.

E questo vale in tutti gli ordinamenti e sistemi giuridici. La differenza fra la giurisprudenza continentale e quella di *common law* sta solo nella differente capacità di velare tali forme di precomprensione.

L'ombra lunga della giurisprudenza dei concetti permette, qui, di ammantare la decisione (attraverso una prosa meno trasparente rispetto a ciò che avviene oltre manica ed oltre oceano) di un'oggettività che, spesso, tale non è.

La qual cosa non vuol dire che le decisioni della giurisprudenza di *common law* siano migliori delle decisioni di quella di *civil law*, ma significa che le prime sono certamente maggiormente autentiche delle seconde.

Sotto un altro profilo è utile sottolineare che se è vero che la conoscenza scientifica (come più volte sottolineato, anche, da Ernst Cassirer) non ha una dimensione esclusivamente oggettiva (nutrendosi di fattori soggettivi, come l'intuizione), è pure vero che la medesima precisazione, come sottolinea l'autore, può essere fatta per la conoscenza giuridica del fatto e la conseguente decisione.

L'esistenza del fattore soggettivo, tuttavia, non inferisce necessariamente in maniera negativa sulla validità del risultato. Tutto dipende, infatti, dal successivo processo di razionalizzazione; il quale, per certi versi, sottopone a prova di veridicità il prodotto scaturito dal, od anche grazie al, fattore soggettivo.

Inoltre, il ragionamento giuridico non può essere autoreferenziale, poiché il medesimo, nei suoi risultati, ha un pluralità di destinatari; essi sono tanto le parti (le quali devono essere rassicurate che la decisione non è certo arbitraria, anche se può essere errata), quanto il consorzio sociale (al quale si deve mostrare l'affidabilità dell'esercizio della funzione pubblica).

Su questa linea, più la razionalizzazione della decisione è completa, maggiormente l'autore mostra rispetto sia per le parti (soprattutto per quelle soccombenti) sia per i consociati.

Così facendo, però, si allarga il sistema di legittimazione del potere pubblico, il quale non può rimanere ancorato al solo rispetto formale della norma giuridica, dovendo lo stesso ulteriormente dimostrare la correttezza della decisione (sebbene l'atto che la racchiude possa essere annullato o riformato nel contenuto) ovvero che essa è seria, non essendo frutto d'arbitrio, ancorché possibilmente imperfetta.

Questo argomento aprirebbe lo spazio di un altro, ossia quello della certezza del diritto, che, per le sue dimensioni, non può essere qui affrontato, ma se ne può fare solo un breve cenno.

La fallacia dell'assunto, che la certezza del diritto sia ricavabile dalla sola norma scritta, ha causato l'attuale stato di ipertrofia normativa che semmai determina il suo contrario; senza considerare che il normatore, nell'intento di includere quante più ipotesi possibili all'interno di una stessa disposizione, ha reso spesso la norma sempre meno decifrabile, finanche agli addetti ai lavori.

Per effetto di questo, nel nostro ordinamento, in una certa misura la certezza è, oramai affidata all'operatore pratico del diritto e, in questo senso, non ci si riferisce solo alla giurisprudenza, ma parimenti all'amministrazione.

Se così è però il ragionamento giuridico pratico deve essere quanto più possibile intellegibile, per fare in modo che esso non sia solamente comprensibile, ma sia anche misurabile in rapporto alle dinamiche interne ad uno singolo processo o procedimento.

Qualora questo risultato non venga perseguito, si corre il rischio di assommare all'opacità del testo della norma giuridica, quella della motivazione della sentenza o del provvedimento amministrativo e, quindi, di continuare a fare un cattivo servizio alla causa della certezza del diritto.

3. Ragione esplicativa e ragione giustificatrice

Nell'ambito del ragionamento giuridico operativo vi è un momento di scoperta (attinente all'esistenza di determinato fatto) ed un momento giustificativo (pertinente, come si è visto sopra, alla bontà del percorso che ha portato alla decisione) e gli stessi momenti hanno come riflesso due tipi di ragioni: quella esplicativa e quella giustificatrice.

Queste due ragioni non sono l'esclusivo frutto del foro interno di colui che decide, ma esse sono al medesimo tempo espressione della modalità con la quale si svolge il percorso decisionale ossia quella del contraddittorio fra le parti.

Lo stesso non è solo utile alle parti stesse, ma lo è pure per chi ha l'incombenza di dover decidere. Chi ha la ventura di partecipare ad un processo ha tutto l'interesse a valorizzare tutti i dati possibili a sostegno della propria tesi; è, invero, nell'incrocio fra tesi ed antitesi che il giudice acquisisce le conoscenze necessarie per poter decidere.

La circostanza che quanto rilevato valga nell'ambito della giurisdizione (ed è questo il perimetro entro il quale si mantiene l'autore), non significa che questa cosa sia indifferente per l'amministrazione.

Se dovessimo ammettere il contrario, dovremmo essere pronti, però ad accettarne le conseguenze, ovvero che la decisione amministrativa possa essere frutto di un ragionamento giuridico sorretto da dei parametri di correttezza molto al di sotto di quelli giurisdizionali.

Forse nel secolo scorso, almeno sino agli anni novanta, c'è stato più di un esponente della dottrina che ha ritenuto che dovesse essere così; ma oggi tale posizione sarebbe quanto meno antistorica e, peraltro, sarebbe contraddetta dal diritto vigente.

Invero, se si pone attenzione al contenuto della prima parte dell'art. 3 della L. 241/90, ci si può rendere conto che esso indica quali siano i criteri attraverso cui si deve snodare il ragionamento giuridico del responsabile del provvedimento.

Guarda caso, li ritroviamo gli stessi elementi propri di quello del giudice ovvero la "ragione esplicativa" e la "ragione giustificatrice"; essi si intendono nelle locuzioni "presupposti di fatto" e "ragioni giuridiche": i primi, da soli, danno seguito alla ragione esplicativa e la combinazione fra i primi e le seconde dà seguito alla ragione giustificatrice.

Pure nell'ipotesi della decisione amministrativa, il ragionamento giuridico è strettamente dipendente dal contraddittorio, per come questo è disegnato dagli articoli 10 e 10 *bis* della legge sul procedimento amministrativo.

Tutto ciò, dimostra la comunanza fra procedimento e processo, pure con riferimento al ragionamento giuridico che è strumentale alla decisione.

4. L'appello al diritto e l'appello ai diritti

La struttura del ragionamento giuridico si snoda generalmente secondo il metodo deduttivo (secondo la classica forma del sillogismo pratico), ma ciò non toglie che, più o meno apertamente, lo stesso possa appoggiarsi a quello induttivo (tramite il ricorso al precedente ed all'analogia).

In tutti e due le ipotesi entrano in gioco vari tipi di ragioni che possono essere poste a fondamento della scelta operata, ad esempio: l'appello al diritto; l'appello allo scopo dello stesso; l'appello ai diritti.

La ragione concernente "l'appello ai diritti" è quella che ha, al tempo stesso, più forza espansiva ed innovativa, rispetto agli altri tipi. Per questa sua caratteristica, essa è di frequente osteggiata e, conseguentemente, è oggetto di contrasti giurisprudenziali.

Su questo punto, l'autore sottolinea che al fine di limitare la forza espansiva di un diritto, di frequente si oppone l'argomento della *reductio ad absurdum*, per il quale la negazione della dell'ipotesi di partenza porterebbe a conseguenze illogiche od incoerenti; cosicché essa, come alternativa a quella principale, deve essere scartata.

In questo caso, l'ipotesi di partenza è l'assenza attuale del riconoscimento di un certo diritto, la sua negazione (ovvero l'affermazione dell'esistenza del diritto in questione) porterebbe a conseguenze assurde (magari in tema di sovraccarico dei ruoli giudiziari); sicché una volta falsificata la negazione, è confermata la tesi di partenza, ossia che l'ordinamento giuridico non riconosce tale diritto.

A contrapposizione di tale orientamento, ve ne sono altri (come rileva l'autore) che sono tese all'innovazione dell'ordinamento, pure a prescindere dai costi che ciò comporta.

In altri casi, le corti statunitensi, al fine di mantenere un orientamento conservativo, si sono trincerate dietro la riserva di legislazione che coprirebbe il tema del riconoscimento di nuovi diritti.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Se questo può essere un argomento fra gli altri nell'ordinamento d'oltreoceano, nel nostro rischia di essere decisivo, sebbene non sia necessariamente corretto.

Per rendersene conto, basterebbe porre la giusta attenzione alla prescrizione contenuta nell'art. 2, comma 1, cost., laddove recita che Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo; di per sé non esiste e non può esistere un elenco chiuso di questi, come al contrario avviene colla disciplina dei diritti reali contenuta nel codice civile.

Essi sono legati al correre della vita allo sviluppo ed al cambiamento storico dei rapporti sociali ed economici; i quali, nel porre all'ordinamento giuridico nuove esigenze, possono determinare, anche, l'emersione dallo stato pregiuridico di nuovi diritti.

Tuttavia, la dinamicità della realtà non sempre si concilia con i tempi e con i modi della legislazione; ecco perché questa non è in grado di detenere il monopolio sul riconoscimento e sulla tutela dei diritti fondamentali.

In questo senso, la giurisprudenza può recitare un ruolo fondamentale; anche l'amministrazione può non risultare indifferente, sebbene con una prospettiva più limitata rispetto alla prima, ovvero diretta alla tutela piuttosto che al riconoscimento.

Su questa linea, nell'argomentazione giuridica (e, dunque, nella decisione) la staticità "dell'appello al diritto" dovrebbe lasciare il passo alla dinamicità "dell'appello ai diritti".

A contrario non varrebbe l'argomento che nel nostro ordinamento (per il fatto di essere collocato nel sistema di *civil law*) l'appello ai diritti dovrebbe essere ricompreso in quello al diritto; dal momento che la storia ci mostra, in maniera impietosa, quante volte nel tempo i diritti fondamentali sia stati sacrificati sull'altare della norma formale.