

Il ragionamento giuridico, tra autorità e ragioni. Un approccio filosofico-giuridico al valore del precedente

*Ordinario di
Filosofia del Diritto
nell'Università
di Palermo

Isabel Trujillo*

1. L'indagine sulla natura del ragionamento giuridico è uno dei possibili approcci della filosofia del diritto al suo oggetto. A questo riguardo non rileva la determinazione di cosa è giuridico e di cosa non lo è attraverso la distinzione del sistema giuridico dagli altri sistemi normativi (il classico approccio che vede contrapposti il giuspositivismo e il giusnaturalismo), ma se esista e in cosa consista la specificità del ragionamento giuridico. La questione centrale qui è se si possa identificare un "pensare da giuristi" (*Thinking like a lawyer* è il titolo dell'ultimo libro di Fred Schauer¹) e se tale ragionamento si distingua dal ragionamento comune. Se la risposta è affermativa, insegnare a "pensare da giuristi" dovrebbe costituire la funzione prioritaria degli studi universitari nelle facoltà di Giurisprudenza. Non basta insegnare le norme giuridiche vigenti, non basta insegnare le tecniche di argomentazione che il giurista adopera. L'uso delle norme e delle tecniche è infatti intrinsecamente collegato al modo di intendere la specificità e la finalità del ragionamento giuridico.

Una domanda ulteriore – e subordinata alla prima – è se lo stile di pensiero del giurista sia uno unico o se esso cambi a seconda del soggetto che "usa" il diritto: il giudice, l'avvocato, lo

scienziato del diritto, il funzionario, il cittadino. Nel presente contributo ci si concentrerà sulla prima domanda e si riterrà che il ragionamento di questi diversi soggetti presenti caratteristiche comuni.

Il "pensare o ragionare da giuristi" non sarebbe cruciale se tale pensiero non si traducesse in atti rilevanti per la pratica giuridica. La domanda sulla specificità del ragionamento giuridico è, infatti, filosofico-giuridica e non psicologica. Nella prospettiva che si sta assumendo, il problema è quello della risoluzione dei casi concreti nell'ottica del partecipante alla pratica giuridica: l'avvocato nella consulenza al cliente, il giudice nella sentenza, il funzionario nell'applicazione del regolamento, il cittadino nel decidere di osservare la legge². Questo specifico punto di vista è quello che felicemente Herbert Hart ha indicato come il "punto di vista interno", senza il quale – peraltro – sarebbe impossibile comprendere il fenomeno giuridico³. È il punto di vista di chi usa la regola per guidare il proprio comportamento e come criterio di valutazione dell'altrui condotta.

2. Uno dei modi di affrontare la questione è indagare se il ragionamento giuridico sia da considerarsi artificiale o naturale, cioè se esso si distingue e in



che cosa dal ragionamento delle persone comuni. Anche se bisogna precisare cosa si intende per ragione naturale e per ragione artificiale – vi sono diverse letture di tale distinzione – la risposta a questa domanda sembra dover essere positiva. Ci si divide al momento di identificare i tratti di specificità. Una parte dei teorici sostiene che il carattere artificiale del ragionamento giuridico risiede nel fatto che esso implica un addestramento, una disciplina di ragionamento. Più approfonditamente, secondo Gerald Postema, il diritto è una pratica disciplinata di ragionamento con queste caratteristiche: è pragmatica perché usa il metodo del *problem-solving*; è contestualizzata; il ragionamento di tipo analogico è la sua principale tecnica; è consapevolmente una pratica non sistematica, ma piuttosto discorsiva, comune e condivisa. Alla luce di queste indicazioni – il contesto è quello del *common law* – il precedente è obbligatorio, non perché si appella ad una autorità, ma perché è il risultato di una pratica discorsiva e si inserisce nella logica della pratica⁴.

La parte più consistente degli studi sull'argomento, invece, si è soffermata soprattutto sull'idea secondo cui il ragionamento giuridico è "autoritativo": questo lo distinguerebbe dagli altri tipi di

ragionamento. Per ragionamento autoritativo si intende quello in cui è l'autorità a stabilire il corso di azione da seguire: in altre parole, la soluzione del conflitto che emerge dal caso concreto dipende da quello che il diritto esige. Non si tratta solo di sostenere che occorre usare l'argomento di autorità nella giustificazione di una decisione: ciò rappresenta solo un'implicazione del problema. L'idea portante di questo approccio è che chi decide secondo diritto non decide sulla base di ragioni autonome, personali, soggettive, ma sulla base di ragioni autoritative, e dunque – si dovrebbe dire – eteronome. L'operatore del diritto decide sulla base di ciò che è imposto, e – per questo – obbligatorio.

Su quest'ultima affermazione, sul suo reale significato e sulle sue implicazioni, è tuttavia importante riflettere. Sicuramente, essa mette al centro dell'attenzione non già il soggetto che pone il diritto, il Legislatore, alla cui preminenza nel sistema delle fonti corrisponde la tecnica argomentativa del ricorso all'autorità, ma piuttosto i vincoli posti dal diritto. Per comprendere il significato dell'autoritatività del diritto bisogna soffermarsi sui vincoli che scaturiscono dal diritto. Il ragionamento giuridico è artificiale allora in quanto si muove



Il valore del precedente

entro certi vincoli che il ragionamento comune non ha. Autoritativo, dunque, significa vincolato. Bisogna però capire la natura di tali vincoli. Il ragionamento giuridico serve a rispondere alla domanda su quale azione si debba compiere, su quale sia la decisione corretta, la scelta giusta per il caso concreto, e risponde ricorrendo a ciò che è obbligatorio. Questo è il primo significato della tesi secondo cui il ragionamento dei giuristi è quello che è determinato dall'autorità del diritto.

La tesi però contiene altre premesse implicite. Che il ragionamento giuridico sia autoritativo per eccellenza, in fondo, si evince dal fatto che il ragionamento giuridico si riferisce alle norme, è un ragionamento su e con norme giuridiche. Il punto è che quando si insiste su questa caratteristica si vuole dire che gli argomenti che si possono usare nel ragionamento giuridico valgono "in quanto" promanano dall'autorità. Qui è possibile ravvisare il problema indicato nel titolo dell'intervento, l'antinomia tra autorità e ragioni. Il ragionamento giuridico è quello in cui si decide sulla base di ciò che è obbligatorio e basta. La questione decisiva allora è se seguire il precedente è obbligatorio, così come è obbligatorio seguire la legge.

3. Il punto di partenza di Joseph Raz in un bel libro sull'autorità del diritto è proprio quello della (apparente, a suo modo di vedere) opposizione tra autorità e ragioni⁵. Egli risolve questa antinomia con una trovata geniale, sostenendo cioè che anche l'autorità del diritto è in realtà una "ragione" per agire o per decidere in un certo modo. Così, chi decide sulla base di ciò che il diritto impone agisce sulla base di "ragioni", anche se di un tipo speciale. Raz distingue infatti le ragioni di primo ordine o tipo (che sono ragioni autonome, tutte quelle ragioni che si possono avere per agire: ragioni prudenziali, etiche, di utilità) e le ragioni di secondo ordine (le ragioni autoritative, cioè – nel senso spiegato – le ragioni eteronome, poste dal produttore del diritto). Le ragioni autoritative o di secondo ordine sono quelle ragioni in cui la volontà di qualcuno che io compia una certa azione è una ragione perché io compia tale azione. Queste ultime sono ragioni di un tipo speciale, sono cioè ragioni escludenti: hanno come caratteristica fondamentale quella di escludere le altre. Quando vi è una ragione giuridica, tutte le ragioni autonome che si possono avere per agire o per decidere in un determinato modo, non devono essere prese in considerazione. L'auto-

Il ragionamento giuridico, tra autorità e ragioni. Un approccio filosofico-giuridico al valore del precedente



La
Magistratura
Organo
della
Associazione
Nazionale
Magistrati

rità del diritto è una ragione escludente, ma pur sempre una ragione perché si compia una certa azione. Così, secondo Raz, l'antinomia autorità-ragioni è superata.

Questa tesi è avvincente e suggestiva, ma solleva alcune perplessità. Prima di tutto è ancora lecito domandarsi se, ammesso che la ragione autoritativa sia una ragione per agire, sia perciò stesso eliminato il problema della antinomia tra autorità e ragioni. Questo problema è più chiaro se si pensa che solitamente con la qualificazione di autoritativo s'intende dire che la decisione giuridica è indipendente dal contenuto (*content-independent*). La ragione giuridica, cioè, è una ragione che poggia non sulla ragionevolezza di ciò che è imposto, ma sul fatto stesso del suo essere "posta". Autoritativa è la ragione che vale per volontà dell'autorità. Ma quest'affermazione, a sua volta, può significare più cose, per lo meno tre: che si tratta semplicemente di una ragione "intenzionale", cioè di qualcuno⁶; oppure che è ragionevole che uno decida al posto di tutti quando le possibili soluzioni sono tante⁷; oppure ancora che si tratta di una ragione imprescrutabile e insindacabile e, in ultima analisi, arbitraria.

Schauer per esempio sembra decisamente a favore dell'ultima

ipotesi, quando per spiegare il ragionamento per precedenti, sostiene che seguire il precedente per la sua ragionevolezza non è tipico del ragionamento giuridico. Addirittura egli afferma che l'uso "giuridico" del precedente si dà solo quando si seguono decisioni che, se non fosse perché sono precedenti, non sarebbero mai seguite⁸. È la fonte o lo statuto del precedente che gli conferisce forza, non il carattere convincente o l'idea che la decisione è stata corretta⁹. Più in generale, egli sostiene che il ragionamento giuridico è quello in cui si seguono modelli di azione che altrimenti sarebbero state rifiutate. Si potrebbe dire la stessa cosa della legge, in quanto autoritativa: il ragionamento giuridico è tale quando la legge determina una soluzione che, se non fosse perché la legge la impone, non sarebbe mai seguita¹⁰. La caratteristica più saliente del ragionamento giuridico sarebbe dunque che esso segue regole che portano a scegliere soluzioni che altrimenti non sarebbero state scelte, le soluzionii cioè – si potrebbe dire, forse forzando un po' la mano – peggiori. In questo senso, questo tipo di risposta rappresenta una lettura antinomica dei rapporti tra autorità e ragioni.

La tesi accettabile di Schauer è che il ragionamento giuridico è

Il valore del precedente



La
Magistratura
Organo
della
Associazione
Nazionale
Magistrati

Il valore del precedente



un ragionamento “vincolato”. La sua tesi controversa è quella secondo cui il ragionamento giuridico è un ragionamento senza ragioni vere e proprie, se non quelle di secondo ordine, cioè quelle ragioni che consistono nella volontà di qualcuno che si compiano certe azioni. Ridotta all’osso, la tesi è che il diritto è, in ultima istanza, comando dell’autorità politica e sia obbligatorio in quanto tale.

4. A questo punto si possono seguire diverse strade. Una è quella di indagare i rapporti tra autorità politica e diritto e se e come si possa pensare che quest’ultimo rappresenti un limite all’arbitrio della prima. In altri termini, bisogna valutare se la ragionevolezza dell’autorità condizioni in qualche misura il suo riconoscimento come tale. In un certo senso, questa verifica è quanto negli stati costituzionali di diritto giustifica l’esistenza del meccanismo del controllo di legittimità costituzionale: l’autorità non solo deve essere legittimata all’origine, attraverso certe procedure, ma anche nel suo esercizio. Una seconda strada è quella di confrontare queste ipotesi con la pratica giuridica e con il punto di vista degli operatori del diritto. Qui si seguirà la seconda.

Certamente, la tesi debole di Schauer – cioè che il ragiona-

mento giuridico è vincolato – è convincente e risponde bene alla comprensione che i giuristi hanno del ragionamento giuridico. Ma ciò contrasta con un principio rilevante anche in quei sistemi in cui seguire il precedente è obbligatorio: la logica del precedente vuole che le decisioni giuridiche siano certe e costanti nel tempo, ma anche che le cattive decisioni non si ripetano¹¹. Il carattere autoritativo del diritto – l’obbligatorietà del precedente nei sistemi di *common law* – è condizionato al suo proporre “buone soluzioni” per i casi concreti entro certi vincoli. Altrimenti, risulta difficile da spiegare un obbligo preciso dell’operatore del diritto, quello di motivare le proprie decisioni. Se il ragionamento giuridico è determinato dall’autorità del diritto, perché sarebbe necessario giustificare le decisioni? Basterebbe fare riferimento alla norma per restare dentro dei vincoli. Ed invece bisogna giustificare la pertinenza della norma (o del precedente) al caso concreto.

La risposta alla domanda sull’obbligo di motivazione è spesso trovata nella convinzione della arbitrarietà endemica dell’interpretazione, che alla fine inevitabilmente apre le maglie a elementi soggettivi e perfino irrazionali, introducendo elementi di incertezza. In questo

Il ragionamento giuridico, tra autorità e ragioni. Un approccio filosofico-giuridico al valore del precedente



La
Magistratura
Organo
della
Associazione
Nazionale
Magistrati

senso, l'esigenza di motivazione delle decisioni è da intendere come un metodo di controllo da parte di una autorità superiore nei confronti di chi applica il diritto. L'esigenza della giustificazione cioè dipenderebbe da una certa teoria delle fonti¹². Al di là di ogni altra considerazione, questa lettura potrebbe avere senso solo laddove il sistema delle fonti è chiaro e inequivoco. Così purtroppo non è, se pensiamo alle intersezioni tra il diritto nazionale, delle autonomie, del diritto comunitario e il diritto internazionale nelle sue diverse forme¹³. Se il principio della motivazione deriva esclusivamente dalla dottrina delle fonti, bisognerebbe, allora, posta la problematicità del sistema delle fonti, rinunciare ad esso?

Inoltre, anche nei casi cosiddetti chiari (cioè quelli in cui il significato delle norme giuridiche è palese) si esige una giustificazione. Il giudice deve motivare sempre le sue decisioni. L'avvocato deve motivare le sue posizioni e le sue richieste. I dibattiti in aula non sono soltanto dibattiti sul diritto valido sulla base della verifica del *pedigree* delle norme in gioco. Inoltre, le norme possono dare origine a una pluralità di soluzioni. Sembra piuttosto convincente che i dibattiti in aula vertono sulla "migliore" decisione entro il

diritto valido e che la motivazione sia orientata a giustificare proprio che si tratti di quella migliore entro quei limiti¹⁴. È plausibile che la motivazione – nella sua funzione endo-processuale ed extra-processuale – serva a dare ragione della scelta migliore entro le circostanze del caso e secondo diritto.

L'idea intuitiva che un giurista, infatti, ha del ragionamento giuridico è che esso mira a rendere giustizia secondo diritto: *to do justice according to law*. L'espressione "secondo diritto" sta ad indicare che il ragionamento è vincolato dalle regole. Non si tratta già di scegliere tra tutte le soluzioni possibili in astratto, ma tra le soluzioni giuridiche, a confronto con la specificità del caso. È plausibile che il cittadino si aspetti che la giustificazione della decisione che lo riguarda sia mossa dalla ricerca della soluzione migliore del caso entro i limiti imposti dal diritto.

5. Usare espressioni come "scelta migliore", "buona soluzione" può risultare però troppo vago e perfino sospettoso: chi stabilisce che sia "buona" una soluzione? Sulla base di quali criteri? La riforma dell'art. 118 disp. att. c.p.c. propone un'indicazione interessante: un aspetto della soluzione migliore è che essa è coerente con le altre deci-

Il valore del precedente



Il valore del precedente

sioni della pratica giuridica. Le buone soluzioni cioè tendono ad essere costanti e uniformi nel tempo, e dovrebbero esserlo. Si tratta di un invito a garantire la certezza e la prevedibilità nell'applicazione del diritto. Una soluzione è "buona" quando resta nell'alveo delle altre soluzioni precedenti. Ciò dipende da un assunto e ha una implicazione: l'assunto è che vale il principio di non discriminazione o di giustizia formale per cui casi simili devono essere trattati in modo simile. In questo senso, la coerenza si congiunge con la correttezza di una soluzione, perché implica l'applicazione di un principio di giustizia. Il richiamo al precedente è fondato sulla ricerca di un valore, quello della certezza, che a sua volta è collegato al valore della giustizia: è infatti giusto che gli individui possano prevedere le conseguenze che deriveranno dalle proprie azioni in condizioni di eguaglianza, secondo un principio tipico dello stato diritto. La implicazione è che nel ragionamento giuridico diventa cruciale la giustificazione della somiglianza del caso presente con quello precedente – per seguire una linea argomentativa – oppure della differenza per discostarsene. Ancora una volta, un dato fondamentale del ragionamento è quello dell'attività argomentativa.

Alla luce di queste considerazioni emerge il valore della consistenza o coerenza degli atti giuridici tra di loro come caratteristica della pratica giuridica, non solo tra le diverse corti, ma anche nell'operato dello stesso giudice. La consistenza non è già un valore "logico" che si dà quando non vi sono antinomie tra le norme. La consistenza risponde a quella esigenza tipica di uno stato di diritto, che consiste nella uniformità nell'applicazione delle norme. La consistenza è dunque soprattutto un valore "pratico". La decisione consistente è una decisione sensata e questa è quella che non è in contrasto con le altre: sia perché si argomenta la somiglianza, sia perché si giustifica la differenza. Resta comunque essenziale l'estrinsecazione delle ragioni per una determinata scelta.

6. Tre brevi conclusioni

Applicare il diritto significa, come si diceva prima, fare giustizia secondo diritto. Talvolta però sorgono problemi perché i vincoli del diritto si ispirano a valori apparentemente diversi: quello della certezza e della prevedibilità, da un lato, e quello della giustizia, dall'altro¹⁵. Si è già visto come il valore della certezza è un aspetto di quello della giustizia, in quanto consiste nel riconoscere che gli individui hanno diritto

Il ragionamento giuridico, tra autorità e ragioni. Un approccio filosofico-giuridico al valore del precedente



La
Magistratura
Organo
della
Associazione
Nazionale
Magistrati

a coltivare legittime aspettative e a conoscere le conseguenze delle proprie azioni. E tuttavia, pur essendo in qualche modo collegati, essi spesso entrano in conflitto e bisogna disporre di criteri per risolvere tali conflitti. La pratica giuridica sembra esigere che – a condizioni ordinarie – la certezza prevalga sulla giustizia. Ma non a tutti i costi. Vi sono situazioni in cui è necessario rinunciare alla certezza come coerenza delle decisioni e ciò avviene – in uno stato costituzionale di diritto –, soprattutto, quando sono violati i diritti fondamentali degli individui¹⁶. Una violazione intollerabile dei diritti fondamentali di qualcuno esige che la giustizia prevalga sulla certezza del diritto. Del resto, i teorici della *rule of law* avevano ben chiaro che tutte le prerogative di tale sistema vanno perseguite nella misura maggiore possibile¹⁷.

Anche in seguito alle riforme suindicate, che sostanzialmente consentono di motivare le decisioni richiamandosi ad un precedente, siamo lontani dal sostenere il principio secondo cui, con le dovute differenze, *what the House of Lords says is the Law*. Tuttavia, la prospettiva del ricorso al precedente riconosce una realtà importante: nella pratica giuridica, il legislatore è solo uno dei protagonisti. Non è diritto solo ciò che il legislatore ha

imposto con la legge, ma anche quello che le corti hanno determinato, il cosiddetto “diritto vivente”, il diritto come applicato e interpretato. Ciò non significa però che il giudice è più libero di decidere, ma al contrario che lo è di meno. I suoi vincoli sono aumentati, non diminuiti. Non è soltanto limitato dal legislatore, ma è limitato anche dall’esigenza di coerenza con le proprie decisioni e con le decisioni altrui, all’interno della pratica giuridica. Che poi la pratica giuridica sia da limitare ai confini dello Stato è un altro problema¹⁸.

Il precedente contribuisce alla certezza del diritto rendendo le decisioni stabili nel tempo, ma, d’altra parte, in virtù del principio della motivazione delle decisioni giudiziarie, esso poggia su ragioni argomentate e scrutinabili, che facilitano la trasparenza della decisione, ma che esigono anche la giustificazione della rilevanza per il caso in esame. Diversamente, invece, la legge non è chiamata a esibire le ragioni della propria emanazione. In ciò si può riconoscere una superiorità del precedente, che è capace di articolare autorità e ragioni come vincoli del ragionamento giuridico.

Il valore del precedente



Note

1. F. Schauer, *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge-London 2009.

2. Mentre – per esempio – l’approccio tradizionale (giusnaturalistico e giuspositivistico) è volto a individuare il diritto valido (nell’un caso il diritto posto e certo, nell’altro, il diritto posto a certe condizioni di giustizia).

3. Cfr. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), a cura di M.A. Cattaneo, Einaudi, Torino 2002.

4. “[P]recedent is binding not because decided but because the result of a discourse practice”, G. Postema, *The Philosophy of Common Law*, in J. Coleman, S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford 2002, p. 597.

5. J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford 1979.

6. La ragione naturale si riferirebbe all’azione, mentre quella artificiale (content-independent) all’intenzione che qualcuno ha che io debba compiere una certa azione. Questo tipo di ragione si trova non solo nei comandi, ma anche nelle promesse, nei consigli, nelle richieste. La ragione *content-independent* consisterebbe nel fatto che chi comanda, chiede, promette si aspetta che il riconoscimento da parte del destinatario che è sua intenzione che si compia quell’azione sia la ragione per la quale questo agisce. Cfr. S. Sciaraffa, *On content-independent reasons: it’s not in the name*, in “Law and Philosophy”, 28, 2009, pp. 233-260.

7. Cfr. il concetto di autorità come sostituto dell’unanimità in contesti di pluralismo e come esigenza di coordinazione nell’opera di J. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali* (1992), a cura di F. Viola, Giappichelli, Torino 1996, pp. 251-275.

8. Schauer, cit., p. 40.

9. “It is the precedent’s source or status that gives it force, not the soundness of its reasoning nor the belief of the instant court that its outcome was correct”. Ivi, p. 41.

10. In quest’occasione l’attenzione è posta sul precedente, ma anche come lettura della legge questa visione sembra ingiustificata. È plausibile che la legge renda obbligatoria una delle soluzioni ragionevoli possibili. Il problema sta nel fatto che le soluzioni ragionevoli sono plurali. Cfr. il saggio di J. Finnis, *Natural Law and Legal Reasoning*, in “Cleveland State Law Review”, 38, 1990, pp. 1-14, contro l’idea di una sola risposta corretta di R. Dworkin, *L’impero del diritto* (1986), a cura di L. Caracciolo, Il Saggiatore, Milano 1989.

11. N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge 2008: “The value of the doctrine of precedent to the common law, we might say, is not simply that it ensures respect for past decisions but also that it ensures that bad decisions do not have to be repeated”, p. X.

12. Cfr. A. Halpin, *Reasoning with Law*, Hart Publishing, Oxford 2001, p. 34.

13. A. Pizzorusso, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in Atti Convegno Università di Roma Tre, 27-28 novembre 2008, in pubblicazione.

14. L’idea del legislatore libero e senza vincoli risponde ad una certa ideologia, oggi in discussione negli stati costituzionali di diritto. Al legislatore non si chiede di motivare le sue decisioni, ma non v’è dubbio che le leggi motivate sono le migliori. Peraltro bisognerebbe vedere se la presenza della Costituzione non implichi che anche il legislatore debba motivare le sue decisioni.

15. Il primo è privilegiato dalle posizioni positivistiche e il secondo dalle concezioni giusnaturaliste.

16. Questo è il contenuto della formula di Radbruch: nel diritto solitamente prevale la certezza, a meno che l’ingiustizia raggiunga un limite intollerabile, indicato dai diritti fondamentali degli individui. Cfr. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Sechste Auflage, Köhler, Stuttgart 1963, pp. 347-357.

17. L.L. Fuller, *La moralità del diritto* (1964), a cura di A. Dal Brollo, Giuffrè, Milano 1986.

18. Cfr. l’intervento di S. Romano sull’uso dell’argomento della comparazione, in questo volume.