

RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

ANALISI E VALUTAZIONE DELL'ARGOMENTAZIONE GIUDIZIALE

UN MODELLO E LA SUA APPLICAZIONE
ALLA SENTENZA SEZ. UN. CIV., 09/09/2021,
N. 24414, IN MATERIA DI ESPOSIZIONE DEL
CROCIFISSO NELLE AULE SCOLASTICHE

MANUEL **ATIENZA**
GIOVANNI **BLANDO**



Analisi e valutazione dell'argomentazione giudiziale.

Un modello e la sua applicazione alla sentenza Sez. Un. civ., 09/09/2021, n. 24414, in materia di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche

Analysis and evaluation of the judicial argumentation.

A model and its application to decision no. 24414/2021 of the Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, on the crucifix exhibition in the classrooms

MANUEL ATIENZA

Professore Emerito di Filosofia del Diritto, Facultad de Derecho, Universidad de Alicante.

E-mail: manuel.atienza@ua.es

GIOVANNI BLANDO

Ricercatore di Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II. E-mail: giovanni.blando@unina.it

ABSTRACT

In questo saggio Manuel Atienza intende proporre un modello generale per analizzare e valutare criticamente le argomentazioni giudiziali. Prendendo le mosse dalla cornice teorica elaborata in uno dei suoi lavori più celebri, *Diritto come argomentazione*, Atienza distingue il momento dell'analisi – volto a identificare, per “capire” e “comprendere”, gli argomenti utilizzati in un ragionamento giudiziale – e quello della valutazione – destinato, invece, a vagliare criticamente tali argomenti. Per rendere più fruibile lo strumento dell'analisi, l'autore ne propone l'applicazione schematica ad un caso fittizio. In merito alla valutazione, invece, egli chiarisce i concetti di oggettivismo morale, universalità, coerenza, consequenzialismo, morale sociale, morale giustificata e ragionevolezza, proponendoli come criteri basilari per valutare le argomentazioni giudiziali. Nella parte finale del saggio, Giovanni Blando propone un'analisi e valutazione critica della sentenza Sez. un. civ., 09/09/2021, n. 24414, sulla scorta del modello elaborato da Manuel Atienza. Dopo aver distinto gli argomenti utilizzati dalla Corte, l'Autore sviluppa alcune riflessioni critiche sulle scelte dei giudici in materia di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche.

In this essay, Manuel Atienza intends to propose a general model to analyze and critically evaluate judicial reasoning. Moving from the theoretical framework elaborated in one of his most famous works, *Diritto come argomentazione*, Atienza distinguishes the moment of the analysis – aimed to identify, and then to “understand” and “comprehend” the arguments used in a legal reasoning – and that of evaluation – meant to critically evaluate those arguments. To make the instrument of analysis more accessible, the Author proposes to apply it to a fictional case. Instead, regarding evaluation, he clarifies the concepts of moral objectivism, universalism, coherence, consequentialism, social morality, justified morality and reasonableness, upholding them as basic criteria for evaluating judicial arguments. In the final part of the essay, Giovanni Blando proposes an analysis and a critical evaluation of the judgment Sez. Un. civ., 09/09/2021, n. 24414, based on the model developed by Manuel Atienza. After having distinguished the arguments used by the Court, the Author develops some critical remarks on the choice of judges regarding the crucifix exhibition in classrooms.

KEYWORDS

Argomentazione giuridica, analisi, valutazione, oggettivismo morale, ragionevolezza

Legal argumentation, analysis, evaluation, moral objectivism, reasonableness

ALLEGATI

Corte di Cassazione, Sez. Un. civ., sentenza 24414/2021

Analisi e valutazione dell'argomentazione giudiziale.

Un modello e la sua applicazione alla sentenza Sez. Un. civ., 09/09/2021, n. 24414, in materia di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche

MANUEL ATIENZA
GIOVANNI BLANDO

1. *Analizzare, valutare e argomentare* – 2. *Concezioni dell'argomentazione e analisi degli argomenti* – 3. *Un metodo per rappresentare argomenti* – 4. *Valutazione* – 5. *La ragionevolezza nel diritto* – 6. *Un caso pratico: analisi e valutazione della sentenza Sez. Un. civ., 09/09/2021, n. 24414* – 6.1. *Analisi* – 6.2. *Schema* – 6.3. *Valutazione*.

ALLEGATI: Corte di Cassazione, Sez. Un. civ., sentenza 24414/2021

1. *Analizzare, valutare e argomentare*

Nel mio libro *Diritto come argomentazione* (ATIENZA 2019) ho provato ad offrire quella che potrebbe considerarsi come la parte più generale di una teoria dell'argomentazione giuridica. La tesi fondamentale difesa in quel testo era la seguente: per rendere conto adeguatamente della dimensione argomentativa del Diritto bisognerebbe considerare (distinguere per poi integrare in una teoria complessa) le componenti formali, materiali e pragmatiche (dialettiche e retoriche) che esistono in qualsiasi argomentazione giuridica. A partire da ciò – questa era la mia intenzione – si era in grado di poter affrontare le tre grandi domande che solleva quest'approccio al Diritto: come analizzare un'argomentazione giuridica, come valutarla e come argomentare in ambito giuridico. Nel presente saggio proverò a rispondere alla prima di queste domande che, ad ogni modo, non può essere separata nettamente dalle altre due: l'analisi di un'argomentazione, infatti, può – tende a – essere intrapresa nella prospettiva di individuare quali siano i suoi punti forti e deboli, e questa operazione è spesso preparatoria per realizzare un'argomentazione. Si pensi semplicemente alla situazione di un giudice d'appello chiamato a decidere su un ricorso: per farlo deve analizzare la motivazione del tribunale appellato e delle parti, valutare la qualità degli argomenti utilizzati e, a partire da ciò, produrre la propria motivazione, la propria argomentazione.

Ad ogni modo, e quantomeno a fini didattici, ha senso distinguere tra tre situazioni nelle quali qualcuno – un giurista, nel senso più ampio dell'espressione – può avere a che fare con l'argomentazione:

1) Un organo giudiziale, un organo legislativo, un avvocato, ecc., ha realizzato – o sta realizzando – un'argomentazione e si prova a comprendere in cosa consista tale operazione o il risultato della stessa (infatti, va specificato, che l'argomentazione può intendersi sia come un processo, come un'attività, sia come un risultato, un prodotto). A tal fine è necessario mostrare quali sono i diversi elementi dell'argomentazione, quale proposito perseguiva colui che ha realizzato l'argomentazione, quali fasi di essa è opportuno distinguere, ecc. Ovviamente, intendere in questo modo l'analisi delle argomentazioni presuppone che non si guardi all'argomentazione da un punto di vista meramente logico-formale; l'analisi non è unicamente analisi della forma degli argomenti.

* I paragrafi 1-5, tradotti dallo spagnolo all'italiano da Giovanni Blando, vanno attribuiti esclusivamente a Manuel Atienza. Il paragrafo 6 esclusivamente a Giovanni Blando.

2) Al posto di (o, forse meglio, oltre a) comprendere l'argomentazione che qualcuno ha realizzato – o sta realizzando – il giurista (o, in generale, chi esamina un'argomentazione) può avere interesse a giudicarla, ossia a rispondere alla domanda se si tratti o meno di una buona argomentazione. La “bontà” di un'argomentazione può intendersi in termini formali, materiali e pragmatici. Una buona (corretta) argomentazione dal punto di vista formale può essere scarsamente solida dal punto di vista delle ragioni che offre e risultare o meno persuasiva.

3) Infine, il giurista (il giudice, l'avvocato, il teorico, ecc.) può trovarsi in una situazione in cui è necessario argomentare: per giustificare una decisione, per presentare un ricorso capace di persuadere il giudice o qualche organo amministrativo affinché decida in senso a lui favorevole, per persuadere l'avvocato della controparte del fatto che sia conveniente per entrambe le parti una negoziazione, per mostrare la necessità di un cambiamento giurisprudenziale, l'ingiustizia di un determinato provvedimento legislativo, la correttezza o la non correttezza di una determinata teoria, ecc.

Ovviamente, nel caso di 1) e 2) si tratta di attività *ex post* nel senso che presuppongono un'argomentazione già data, mentre 3) ha luogo *ex ante*. Ciò non vuol dire che si tratti, in un caso, della posizione di un osservatore o spettatore e, nell'altro, di quella di un partecipante all'argomentazione. Comprendere e, soprattutto, valutare un'argomentazione significa assumere un atteggiamento piuttosto compromesso, posto che (è opportuno insistere sul punto) l'argomentazione non può considerarsi esclusivamente in termini formali; detto altrimenti, l'analisi non è finalizzata unicamente a *capire*, ma anche, appunto, a *comprendere*; e la valutazione non è tale solamente in termini logico-formali, non si tratta cioè solamente di valutare la correttezza logica degli argomenti. Inoltre, la posizione *ex ante* è quella in cui può trovarsi qualcuno che assume un punto di vista molto astratto, ossia qualcuno che prova a elaborare non una teoria su come egli deve argomentare in una determinata situazione ma su come si deve argomentare (o come si argomenta) in situazioni differenti (quella dell'avvocato che deve preparare un ricorso, del giudice che deve emanare una sentenza, ecc.) o in un senso assolutamente generale, facendo cioè astrazione da qualsiasi situazione.

La distinzione non riguarda nemmeno il considerare l'argomentazione come un risultato o come un processo: si può analizzare e valutare tanto una cosa come l'altra; e colui che deve argomentare (o indicare a qualcun altro come farlo) può soffermarsi tanto sul processo quanto sul prodotto (e, di solito, su entrambe le cose).

Infine, la distinzione *ex ante/ex post* non può caratterizzarsi nemmeno in termini di linguaggio descrittivo o prescrittivo. Per comprendere un'argomentazione bisogna certamente analizzarla, ovvero mostrare – descrivere – quali sono le sue componenti e come si relazionano tra loro, ma ciò non è possibile senza interpretare. In questo senso, quando qualcuno analizza un'argomentazione – per esempio, la motivazione di un giudice – ci sono molti passaggi in cui l'analista deve prendere una decisione: per esempio, ritenere che vi sia una premessa implicita con una certa forma e contenuto o che un determinato argomento (una determinata ragione) punta in una direzione piuttosto che in un'altra. Tutto ciò presuppone l'adozione di qualche principio interpretativo (per esempio, il principio di carità), sicché il discorso utilizzato per analizzare (l'*analizzante*) non può intendersi come una semplice descrizione dell'*analizzando*, di ciò che si tratta di analizzare.

Allo stesso modo, per quanto riguarda la valutazione delle argomentazioni, non si tratta strettamente ed esclusivamente di prescrivere. Il giudizio valutativo si basa su una comparazione tra l'argomentazione che si è svolta e un modello di ciò che può considerarsi come una buona argomentazione. In questo senso, esso include un giudizio prescrittivo: per esempio, se un argomento viene qualificato come fallace, ciò vuol dire che *non si sarebbe dovuto* argomentare così; e se la valutazione fosse positiva, si potrebbe allora dire che l'argomentazione è o è stata quella che avrebbe dovuto essere. Esistono, tuttavia, problemi di valutazione delle argomentazioni che non hanno a che vedere con l'attività prescrittiva in senso stretto: ad esempio, la determinazione dei

criteri di valutazione è simile all'elaborazione di regole ideali (VON WRIGHT 1989, 51 ss.), un'operazione che riguarda più l'analisi di un concetto (quello di "buon professore" o quello di "buona argomentazione") che la prescrizione di condotte. Neanche la spiegazione delle ragioni per cui la coerenza svolge un ruolo così importante nell'argomentazione o la discussione se vi sia o meno un'unica risposta corretta nel Diritto (se sono possibili diverse giustificazioni e, pertanto, diverse argomentazioni) ha molto a che fare con l'attività prescrittiva.

Infine, la terza questione, quella su come argomentare, è essenzialmente ambigua se relazionata alla divisione del discorso in descrittivo e prescrittivo. Essa può intendersi, infatti, nel senso di come si argomenta di fatto o di come si deve argomentare; o, più precisamente, la risposta alla stessa coinvolge tanto aspetti descrittivi quanto aspetti prescrittivi.

Quando ci si sofferma sul problema di come analizzare le argomentazioni giuridiche, bisogna far fronte ad una difficoltà importante: esistono, infatti, tipologie e contesti argomentativi/i molto diversi tra loro: l'argomentazione del giudice, quella dell'avvocato, quella del legislatore, ecc.; e, nel caso del giudice, l'argomentazione che ha luogo durante la deliberazione in tribunale o quella plasmata nel testo della sentenza. È opportuno chiedersi, allora, se nonostante ciò abbia senso pensare a un modello di analisi comune.

La logica formale fornisce un modello (o più di uno) che, per molti aspetti, torna utile; ciononostante, si tratta di un modello molto astratto in quanto non permette di cogliere aspetti rilevanti delle argomentazioni.

Nemmeno prendendo le mosse dagli elementi materiali dell'argomentazione può elaborarsi un modello di carattere generale che risulti utile: l'analisi di un'argomentazione giuridica non può consistere esclusivamente nell'identificare il tipo di ragioni addotte (se si tratta di ragioni formali, sostanziali, ecc.) e il loro peso relativo che, peraltro, è differente a seconda del tipo di argomentazione e del contesto in cui si argomenta.

La prospettiva pragmatica sembrerebbe offrire condizioni migliori per dar conto di tutti gli aspetti dell'argomentazione ma presenta la seguente difficoltà: se il modello è troppo generale, allora forse non è particolarmente utile, e se risulta utile (coglie gli elementi rilevanti dell'argomentazione), allora non è completamente generale. Ad esempio, il modello di Perelman (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA 2013), quello della retorica, che si basa sulla distinzione tra oratore, discorso e uditorio, viene utilizzato per tutte le argomentazioni ma è proprio quest'aspetto a conferirgli uno scarso potere di analisi. La ricchezza analitica si raggiunge solamente quando si distinguono diversi generi retorici (deliberativo, giudiziale, epidittico, ecc.) e si propongono classificazioni, distinzioni, ecc., per ciascuno di essi (per esempio, la teoria degli stati della causa con riguardo all'argomentazione giudiziale). Il modello di analisi di Toulmin (TOULMIN 1958; TOULMIN-RIEKE-JANIK 1978), quello della logica informale, quello della dialettica, risulta, senza dubbio, di grande interesse, ma forse non è completamente generale. A differenza di ciò che succede con gli schemi della logica formale standard, quelli di Toulmin mirano, come noto, a comprendere l'argomentazione in quanto interazione umana che ha luogo tra un proponente e un opponente. Ma ciò che riflettono gli schemi non è altro che l'argomentazione svolta dal proponente e quindi non riescono a dare completamente conto del processo dialettico di un'argomentazione. Ovviamente, si può pensare a (e sono stati elaborati) schemi che correggano questo deficit (ossia, che includano anche l'attività dell'opponente), ma la loro utilità analitica sembra essere limitata: da un lato, perché le regole dell'argomentazione (l'onere della prova, il gioco delle presunzioni, ecc.) sono molto differenti a seconda del tipo di discorso che si considera (discorso razionale, strategico, ecc.); dall'altro lato, perché se si intende, ad esempio, analizzare una sentenza, lo schema basato sulla distinzione tra i ruoli del proponente e dell'opponente non sembra il più indicato.

La strategia che seguirò consiste nel prendere a riferimento un tipo caratteristico di argomentazione giuridica, la giustificazione giudiziale, e costruire un modello adeguato alla stessa che possa tuttavia estendersi con una certa facilità (con aggiunte e qualche modifica) ad altri tipi di argomentazione giuridica.

2. Concezioni dell'argomentazione e analisi degli argomenti

Ciascuna delle tre concezioni o, meglio, prospettive dell'argomentazione (formale, materiale e pragmatica) conduce a una maniera distinta di analizzare gli argomenti, posto che ognuna di esse enfatizza un determinato aspetto dell'argomentazione.

La concezione formale si focalizza sugli argomenti prescindendo dal loro contenuto e dal loro contesto. Potrebbe fornire, dunque, un modello astratto (o la base di un modello) che potrebbe poi essere arricchito da altri elementi. E il primo passo per l'analisi sembrerebbe consistere in un metodo per rappresentare gli argomenti.

Ovviamente, la logica formale standard mette a disposizione un metodo di rappresentazione utilizzato con frequenza per analizzare le giustificazioni giudiziali, soprattutto dagli autori della teoria standard dell'argomentazione giuridica¹. Alexy (ALEXY 1998) elabora in tal senso un modello generale di giustificazione interna (di sillogismo sussuntivo) la cui forma (semplificata) sarebbe:

- (1) (x) (Tx → Orx)
- (2) (x) (M_{1x} → Tx)
- (3) (x) (M_{2x} → M_{1x})
- (4) (x) (Sx → M_{nx})
- (5) Sa
- Ora (1)-(5)

Un esempio di argomento che riempirebbe lo schema anteriore sarebbe:

- (1) Chi commette un omicidio deve essere punito con la pena della reclusione.
- (2) Chi uccide un'altra persona con premeditazione commette un omicidio.
- (3) Chi approfitta della vulnerabilità o della buona fede dell'altro, agisce con premeditazione.
- (4) Chi uccide una persona mentre dorme, approfitta del suo stato di vulnerabilità.
- (5) X ha ucciso Y mentre quest'ultimo dormiva.
- (6) Pertanto, a X deve essere irrogata la pena della reclusione.

MacCormick (MACCORMICK 2001) ha utilizzato la logica proposizionale (ma lo stesso potrebbe farsi – per evitare alcuni problemi tecnici – con la logica dei predicati) per rappresentare la giustificazione del tribunale in un caso famoso del *common law*: il caso *Daniel v. White and Sons and Tarbard*. Concretamente, la giustificazione era rappresentata come una serie di *modus ponens*, il cui inizio e la cui fine sarebbe:

p → q (1) Se una persona trasferisce la proprietà delle sue merci ad un'altra persona per una somma di denaro, allora esiste un contratto di vendita di tali merci tra le due parti, chiamate rispettivamente “venditore” e “compratore”.

p (2) In questo caso, una persona (la signora Tarbard) ha trasferito la proprietà di un bene (una bottiglia di limonata) ad un'altra persona (il signor Daniels) per una somma di denaro.

* q (3) In questo caso, è stato effettuato un contratto di vendita di questa merce (una bottiglia di limonata) tra la parte venditrice (la signora Tarbard) e la parte compratrice (signor Daniels)

..........*.....*.....*

¹ Il nucleo concettuale di quella che definisco “teoria standard dell'argomentazione giuridica” viene elaborato alla fine degli anni Settanta e risiede nei lavori di Wróblewski, Alexy, MacCormick, Peczenik e Aarnio (v. ATIENZA 1990; ATIENZA 2019, 5).

- $x \rightarrow y$ (15) Se un venditore ha infranto una condizione di un contratto il cui rispetto gli era stato richiesto, allora il compratore è autorizzato ad ottenere dal venditore i danni e i pregiudizi equivalenti alla perdita risultante direttamente e naturalmente per il mancato rispetto della condizione da parte del venditore (il compratore ha altri diritti che qui non interessano).
- x..... (16) In questo caso, la parte venditrice ha infranto una condizione del contratto, il cui rispetto gli era stato richiesto.
- y..... (17) In questo caso, il compratore è legittimato ad ottenere dal venditore i danni equivalenti alla perdita risultante direttamente e naturalmente dal mancato rispetto della condizione da parte del venditore.

Questo metodo di rappresentazione presenta, tuttavia, una serie di inconvenienti, o di insufficienze, legati alla natura della logica formale:

- 1) Non dà conto del flusso dell'argomentazione. Ciò che rappresenta non è il processo, l'attività di argomentare, ma piuttosto il risultato dell'argomentazione: l'insieme delle premesse e delle conclusioni – parziali e finali – e delle regole che giustificano il “passaggio” dalle premesse alla conclusione. Ciò vuol dire, per esempio, che l'ordine delle premesse è indifferente o, semplicemente, che l'ordine in cui vengono presentate non coincide con l'ordine in cui appaiono nel processo reale dell'argomentazione. L'idea di Toulmin di iniziare con la pretesa (con la conclusione) obbedisce esattamente al proposito di cogliere il processo reale dell'argomentazione. Naturalmente, nell'analisi di un'argomentazione giuridica ci sono molti aspetti (per esempio, gli aspetti retorici) che riguardano proprio questo, cioè l'ordine delle premesse.
- 2) Non dà conto della differente forza che possiede ognuna delle ragioni, ognuno degli argomenti. Nella logica formale standard tutte le premesse (non superflue) hanno lo stesso valore nel senso che ognuna di esse è condizione necessaria (e il loro insieme condizione sufficiente) per giungere alla conclusione. Tuttavia, quando si prova, ad esempio, a comprendere l'argomentazione contenuta in una sentenza, è ovvio che non tutte le ragioni, non tutti gli argomenti utilizzati hanno lo stesso valore. Una ragione può avere uno scarso peso o, semplicemente, essere sostituita – sconfitta – da un'altra ragione più forte.
- 3) Non dà conto della varietà degli atti linguistici in cui consiste l'argomentare. Nella logica formale standard tutte le premesse si presentano come asserzioni; e, nel caso della logica giuridica utilizzata da MacCormick e Alexy, si potrebbe dire che vengono combinati due tipi di atti linguistici: le asserzioni secondo cui è avvenuto un fatto – la premessa fattuale –; e un giudizio di adesione normativa – la premessa normativa –, che non può essere interpretata come l'asserzione secondo cui esiste una norma, ma piuttosto come quella secondo cui un soggetto – l'argomentatore, il giudice – aderisce a tale norma. Tuttavia, nell'argomentazione di una sentenza si ha a che fare anche con altri atti linguistici, come ipotesi e interrogativi.
- 4) Nella logica formale standard, la rappresentazione degli argomenti è, per così dire, lineare. Non a caso, la metafora della catena è quella maggiormente utilizzata per indicare l'argomentazione deduttiva. Tuttavia, le argomentazioni reali somigliano piuttosto alla trama di un tessuto (la metafora è di Perelman) o ai piedi di una sedia (Wisdom): ciò che conferisce solidità alla conclusione è – naturalmente – un insieme di argomenti, di ragioni, vincolati tra loro in forma molto varia.

La concezione materiale conduce ad un'analisi dell'argomentazione incentrata sulle premesse, sulle ragioni, piuttosto che sugli elementi formali, sulla struttura dell'argomentazione. In questo senso, costruire un metodo per la rappresentazione degli argomenti, dar conto degli elementi materiali dell'argomentazione, vuol dire riflettere in qualche modo la natura e il peso delle premesse, delle ragioni. Tuttavia, com'è ovvio, le ragioni (ciascuna delle ragioni) occupa(no) una posizione precisa nell'insieme dell'argomentazione, nella sua struttura: l'analisi materiale è compatibile con – presuppone – quella di tipo formale.

Infine, la concezione pragmatica pone l'enfasi sugli aspetti dinamici dell'argomentazione, sull'argomentazione vista come attività, come processo. Molti di questi aspetti vengono, per così dire, soppressi quando si considera come esempio di argomentazione (come stiamo facendo qui) la motivazione giudiziale che si plasma nel testo di una sentenza (non la deliberazione interna del tribunale); ma non tutti. Un metodo per rappresentare questa argomentazione non deve necessariamente basarsi su uno schema dialettico dove risultano differenziate le attività del proponente e dell'opponente, vengono indicati gli oneri della prova, ecc.² Non si tratta cioè di riflettere la discussione che ha potuto aver luogo in tribunale o le diverse strade argomentative (con le possibili contro-repliche, etc.) percorribili, per esempio, dall'avvocato che si pone il problema di come costruire un'argomentazione dinanzi ad un determinato caso (o tipo di caso). Tuttavia, è certamente necessario tener conto, fino a un certo punto, dell'attività mentale, discorsiva, del redattore della sentenza, nella misura in cui essa è stata plasmata nel testo: l'argomentazione parte da un qualche punto (da qualche problema) e cerca di raggiungerne un altro (una soluzione); pone gli argomenti secondo un determinato ordine; non solo afferma ma interroga anche, fa supposizioni che, a un certo punto, conferma o meno, ecc.

3. *Un metodo per rappresentare argomenti*

Un metodo per rappresentare argomenti giuridici (in linea di massima, l'argomentazione svolta dal giudice quando motiva una decisione) dovrebbe dunque dar conto degli elementi formali, materiali e pragmatici indicati. Non può, per questo motivo, essere il metodo della logica formale *tout court*, ma dovrebbe piuttosto avvicinarsi a uno schema come quello elaborato da Toulmin che, in qualche modo, raccoglie le esigenze prima segnalate o, almeno, una buona parte di esse. È questo, d'altronde, lo scopo che si persegue nei libri di logica informale (v. MARRAUD 2007): una rappresentazione delle argomentazioni che si avvicini a come, di fatto, le persone argomentano.

In alcuni lavori precedenti (v. ATIENZA 1991, cap. 7) ho proposto un metodo di rappresentazione degli argomenti mediante diagrammi a frecce. L'idea mi è venuta leggendo un lavoro di Eike von Savigny (VON SAVIGNY 1976) sull'argomentazione nella scienza della letteratura e mi sembrava che, in qualche modo, ciò che io proponevo potesse intendersi come un'estensione, o generalizzazione, degli schemi di Toulmin. Successivamente ho potuto constatare che il grande processualista statunitense Wigmore (WIGMORE 1937; v. ANDERSON-TWINING 1991) aveva proposto e sviluppato, a partire dal 1913, un metodo di analisi (il "chart method") che presentava grandi similitudini con esso, sebbene Wigmore lo avesse ideato come strumento specifico per l'argomentazione in materia di fatto. L'idea fondamentale nel mio modello consisteva nel concepire l'argomentazione come un flusso di informazioni che si muove a partire dalla formulazione di un problema per arrivare alla proposta (argomentativa) di una soluzione. Le relazioni di inferenza venivano rappresentate mediante frecce (con diversi orientamenti e forza) che connettevano enunciati i quali erano, a loro volta, il contenuto di diversi atti linguistici che sono simboleggiati mediante figure geometriche³; per esempio, un rettangolo per rappresentare l'affermazione di enunciati empirici (universali o singolari), un rombo per una domanda che si pone nel corso dell'argomentazione e che può avere una o più risposte, ecc.

Nel tempo ho affinato quel modello. Esso non dà conto, ovviamente, di tutti gli elementi che si possono incontrare (e analizzare) in un'argomentazione, ma molti di essi vi sono ricompresi. Nel modello si riflettono tanto l'aspetto inferenziale, il passaggio da alcuni argomenti ad altri,

² In realtà, non deve, se intende catturare l'argomentazione così come è riflessa nel testo della sentenza. Ciononostante, gli schemi dialettici possono risultare utili per altri propositi. Si veda, per esempio, PRAKKEN, SARTOR 2002.

³ Anche Wigmore rappresentava i diversi "tipi di prova" con figure geometriche: l'asserzione di un testimone che afferma un fatto, una prova circostanziale, un fatto ammesso dal giudice, ecc.

quanto i vari tipi di enunciati (la natura delle premesse ed il suo contenuto proposizionale) e i diversi atti linguistici che vengono utilizzati in ognuno dei passaggi.

Prima di illustrarlo nel dettaglio, è importante tracciare una distinzione tra argomentazione, argomenti e linee argomentative.

Un'*argomentazione* è l'insieme dei passaggi, atti linguistici ed enunciati che si situano tra la formulazione della domanda iniziale (un problema), con la quale si apre l'argomentazione, e la risposta alla stessa (la soluzione - argomentativa - del problema), che costituisce la chiusura dell'argomentazione. Sostanzialmente, essa consiste in un insieme di argomenti e linee argomentative, anche se non tutti i passaggi di un'argomentazione sono argomentativi. Non lo sono quelli che non richiedono alcuna ragione per essere sostenuti e che si rappresentano mediante linee (e non mediante frecce).

Un *argomento* è una ragione (formulata per mezzo di un enunciato) a favore o contro una determinata tesi (anch'essa espressa nella forma di un enunciato). Esso consta, pertanto, di tre elementi: la ragione (premessa), la tesi (la conclusione), e il vincolo - l'essere una ragione a favore o contraria - che si stabilisce tra le prime due (l'inferenza). Le ragioni (gli argomenti in senso stretto) possono essere più o meno complesse. Intendo dire che può trattarsi di una ragione che si esprime con un semplice enunciato o una ragione che si traduce in una serie di enunciati che, a loro volta, possono analizzarsi in termini di ragioni e tesi, di premesse e conclusioni.

Infine, una *linea argomentativa* è un insieme di argomenti orientati nello stesso senso: a difendere una tesi o a confutarla.

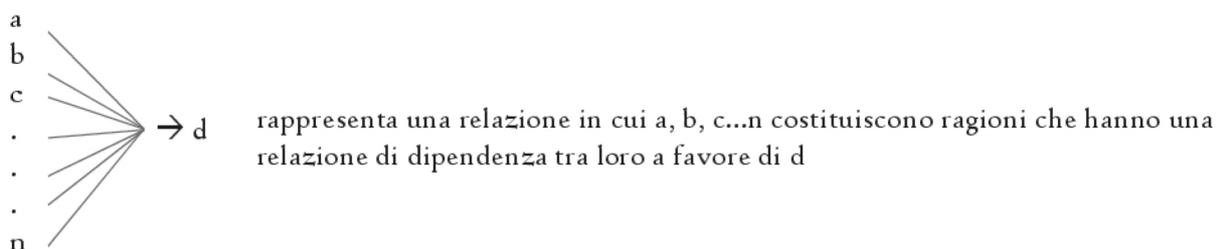
Inoltre, va tenuto presente che la nozione di ragione o di argomento in senso stretto ha un carattere soggettivo giacché, per essere considerata/o come tale, è sufficiente che svolga la funzione caratteristica di essere qualcosa che l'argomentatore adduce a favore o contro una determinata tesi, a prescindere dal fatto se sia o meno sincero o se si tratti di buone ragioni o piuttosto di ragioni irrilevanti, fuorvianti e false. L'obiettivo, si ricordi, è quello di costruire un metodo per analizzare le argomentazioni. La critica, la valutazione, deve avvenire in un momento successivo.

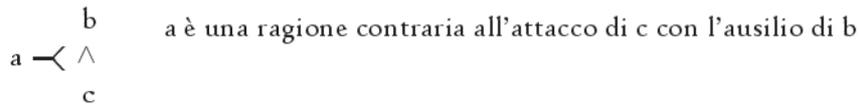
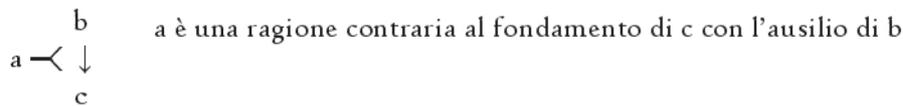
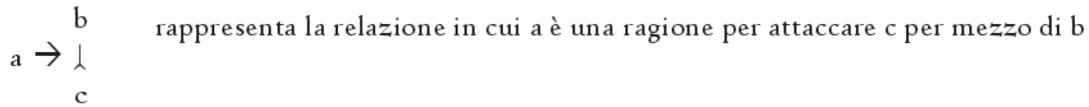
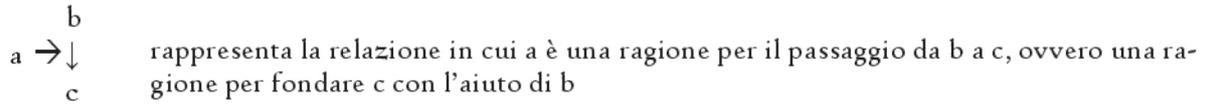
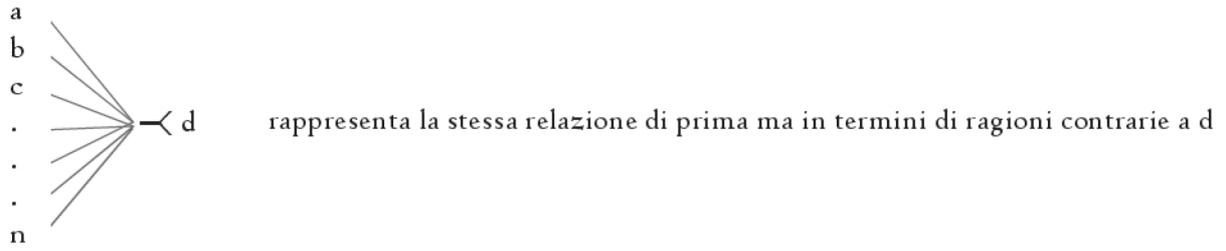
Dunque, un argomento semplice si rappresenta con una freccia che unisce due enunciati: la ragione (la premessa) e quello a favore o contro il quale è una ragione (la conclusione, la tesi):

$a \rightarrow b$ si leggerà come: a è una ragione in favore di b ; e

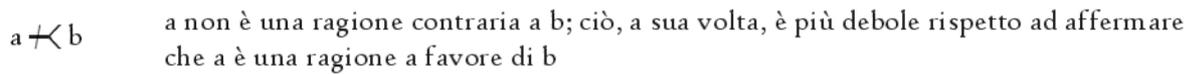
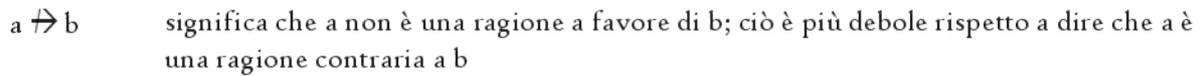
$a \leftarrow b$ come: a è una ragione contraria a b .

Tuttavia, gli argomenti possono, molte volte, assumere una forma complessa, possono cioè combinarsi tra loro in diversi modi. Così:



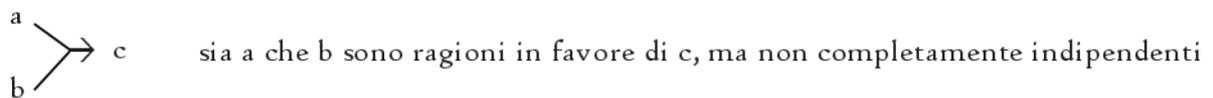


Inoltre, l'idea di essere un argomento a favore o contrario può essere negata. Così:

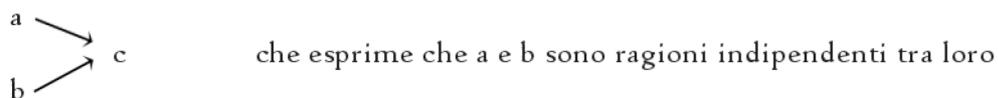


Inoltre, l'insieme di due o più ragioni può essere una ragione a favore o contraria a qualcosa, in due sensi distinti:

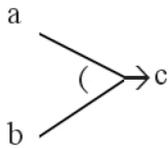
1) Nel senso fino ad ora utilizzato,



Ossia, la relazione anteriore è distinta da:



2) Ma esiste anche un altro senso. Quando ciò che si vuole esprimere è che la ragione è costituita dall'insieme di a e b , ma non nel senso che ognuna di esse è separata dall'altra, e può rappresentarsi così:



Infine, dato che il peso delle ragioni può essere molto diverso, esso può rappresentarsi aggiungendo i simboli del “più” (+) e del “meno” (-) sul segmento corrispondente. Così:

$a \rightarrow b$ esprimerà la relazione in cui a è una ragione in favore di b , il cui peso non viene specificato, mentre

$a \overset{+}{\rightarrow} b$ rappresenta la relazione in cui a è una ragione dal peso considerevole (potranno includersi più segni “+” per rappresentare pesi superiori), e

$a \overset{-}{\rightarrow} b$, la relazione in cui a è una ragione in favore di b , che ha (l’argomentatore gli attribuisce) scarso peso.

Eccetera.

Infine, la nozione di inferenza deduttiva, ossia del fatto che qualcosa è una ragione in favore di un'altra cosa e che ha un peso tale che, se la ragione in questione è valida (vera, corretta, ecc.), allora lo è anche ciò a favore del quale è una ragione (volendolo dire in maniera diversa: non è una ragione defettibile). Tutto ciò può esprimersi così:

$a \Rightarrow b$

E quando si tratta di una ragione contraria:

$a \Rightarrow < b$

Quest'ultimo passaggio è interessante perché permette di rappresentare adeguatamente l'ultimo passaggio della giustificazione giudiziale (l'idea della giustificazione interna), che costituirebbe sempre un passaggio deduttivo. Anche altri passaggi dell'argomentazione, che corrisponderebbero a ciò che suole definirsi “giustificazione esterna”, possono avere carattere deduttivo, sebbene molti altri non lo abbiano (siano cioè argomenti defettibili). Ad ogni modo, la distinzione giustificazione interna-giustificazione esterna non coincide del tutto con quella tra argomentazione deduttiva (non defettibile) e non deduttiva (defettibile).

Passiamo ora all'aspetto materiale dell'argomentazione, cioè quello relativo agli enunciati di cui si compone un'argomentazione. Tra questi, alcuni esprimono ragioni, argomenti in senso stretto, ed altri no, posto che, come visto, non tutti i passaggi di un'argomentazione sono passaggi argomentativi (sono argomentativi solo quelli uniti dalle frecce).

In un'argomentazione giuridica possono darsi tipi di enunciato molto distinti tra loro: enunciati empirici, normativi, teorici, ecc. In realtà, non esiste alcun tipo di enunciato immaginabile che non possa fungere da premessa di un'argomentazione giuridica. Una distinzione importante che,

in ogni caso, bisogna fare è quella tra enunciati (o ragioni) del sistema giuridico ed enunciati extrasistemati, provenienti dalla pratica giuridica⁴. Gli enunciati del sistema giuridico sono, a loro volta, molto diversi. Ne *Las Piezas del Derecho* (ATIENZA, RUIZ MANERO 1996), Juan Ruiz Manero ed io abbiamo proposto una classificazione che è essenzialmente la seguente:

- enunciati normativi di carattere pratico:
 - normativi:
 - esprimono norme:
 - deontiche o regolative:
 - principi:
 - in senso stretto
 - direttrici
 - regole:
 - di azione
 - di fine
 - non deontiche o costitutive:
 - regole che conferiscono poteri
 - regole puramente costitutive
 - esprimono l'utilizzo di poteri normativi (atti normativi)
 - valutativi
- enunciati di carattere non pratico: definizioni

Per quanto riguarda gli enunciati non appartenenti al sistema giuridico, è probabilmente impossibile elaborarne una tipologia completa. Tuttavia, cinque tipi importanti di enunciati sono: gli enunciati interpretativi, gli enunciati teorici, gli enunciati giurisprudenziali, gli enunciati empirici e gli enunciati valutativi. Per *enunciati interpretativi* si intendono quelli che figurano nel processo di interpretazione, quando cioè si tratta di attribuire significato a un testo dubbio. Qui è possibile distinguere, a sua volta, tra gli enunciati propriamente interpretativi come «“tutti” nell’art. 15 della Costituzione spagnola significa tutti i nati», che permette di passare da un enunciato del sistema (per esempio, l’art. 15 della Costituzione spagnola «tutti hanno diritto alla vita») ad un nuovo enunciato: “tutti i nati hanno diritto alla vita”; gli enunciati interpretati, ossia il risultato dell’interpretazione: “tutti i nati hanno diritto alla vita”; e le regole o canoni di interpretazione (le ragioni per comprendere che “tutti” deve intendersi qui come “tutti i nati”). Gli *enunciati teorici* sono quelli estratti dalla dogmatica (da ciascuna branca della dogmatica) oppure dalla teoria generale del diritto; molti di essi, ovviamente, svolgono la funzione di appoggiare un canone o regola dell’interpretazione. Per *enunciati giurisprudenziali* si intendono quelli elaborati da giudici e tribunali nelle giustificazioni delle proprie decisioni: che si tratti di *rationes decidendi* (e valgano o meno come precedenti) o di semplici *obiter dicta*. All’interno della categoria degli *enunciati empirici*, invece, bisogna distinguere, per esempio, tra quelli che rappresentano il fatto principale che si intende provare, i fatti probatori (i fatti secondari, che sono rilevanti per provare i fatti principali) e le regolarità (leggi scientifiche, massime di esperienza) che garantiscono il passaggio dai fatti probatori ai fatti provati⁵; a loro volta, i fatti principali

⁴ Per operare questa distinzione bisogna muovere dal presupposto che il Diritto non è solamente un sistema di norme ma anche una pratica; e nella pratica giuridica argomentativa si fa uso di molte premesse che non sono enunciati del sistema. Approfondisco la distinzione in ATIENZA 2019, 232 ss.

⁵ Ovviamente, con riguardo a tutti questi tipi di enunciato, possono svolgersi analisi più raffinate, nel caso in cui la rappresentazione lo richieda. Gli schemi di Wigmore forniscono un buon esempio in tal senso, in relazione ai tipi di prova (di “evidence”). Ad ogni modo, un problema può essere rappresentato dal fatto che l’analisi si conduca tanto a fondo che il suo risultato appaia difficile da utilizzare. Twining ha suggerito di ridurre tutte le categorie di Wigmore (che, in realtà, non sono solamente categorie di enunciati), a 8: asserzione di un testimone; prova circostanziale o proposizioni inferite; spiegazione alternativa; corroborazione di una prova; il giudice o *fact finder* lo per-

(quelli rilevanti sulla base del presupposto fattuale della norma considerata)⁶ possono sottoclassificarsi in fatti costitutivi (del delitto o della domanda in un processo civile) o eccezioni (nei processi civili, fatti impeditivi, estintivi o modificativi della domanda; in ambito penale, quelli che servirebbero per rigettare l'ipotesi accusatoria), ecc. Infine, gli *enunciati valutativi* (enunciati che non fanno parte del sistema giuridico) sono quelli che esprimono approvazione o disapprovazione verso qualunque tipo di fatto, evento o stato di cose; detto altrimenti, quelli che includono termini valutativi.

Quanto agli aspetti pragmatici dell'argomentazione, bisogna aggiungere quanto segue. Un'argomentazione può intendersi come un atto linguistico complesso in cui ciò che si fa pronunciando o scrivendo determinati discorsi (l'aspetto illocutivo) è offrire ragioni in favore o contrarie rispetto a una determinata tesi; ciò, a sua volta, può produrre l'effetto (aspetto perlocutivo) di giustificare una decisione, persuadere qualcuno, provocare una certa azione, ecc. Ciò che viene rappresentato nello schema è l'aspetto illocutivo, posto che, ad esempio, sebbene un giudice argomenti per giustificare una decisione, persuadere un certo uditorio, ecc. (questi sarebbero gli effetti perlocutivi), è possibile che raggiunga o meno il suo scopo; e, naturalmente, il giudice che non giustifica (o non giustifica bene) la propria decisione o che non riesce a persuadere gli altri membri del collegio o i membri del tribunale superiore non ha, per ciò solo, cessato di argomentare.

L'atto illocutivo di argomentare, ovviamente, richiede che l'argomentatore pronunci o scriva discorsi la cui forza o intenzione non è sempre la stessa; in altri termini, l'atto illocutivo consiste in una serie di atti illocutivi semplici di diverso tipo: in un'argomentazione si fanno affermazioni, domande, supposizioni, ecc. Quest'aspetto dell'argomentazione verrà segnalato nello schema con una lettera maiuscola che viene anteposta all'enunciato corrispondente, in ciascuno dei passaggi di cui si compone l'argomentazione. Quelli che compaiono nello schema (e che probabilmente possono considerarsi come gli atti illocutivi – semplici – più caratteristici di un'argomentazione) sono i seguenti:

- la definizione di un problema con cui si apre l'argomentazione, che viene rappresentata con la maiuscola P. Nell'argomentazione giudiziale si tratta sempre di un problema "semplificato" per permetterne la traduzione al codice binario caratteristico dell'istanza di applicazione del Diritto (molto diverso è il caso dell'argomentazione legislativa). In questo modo, il problema consisterà in determinare se qualcuno è colpevole o innocente, se una legge è costituzionale o incostituzionale, se X è o meno proprietario del bene Y, ecc.
- La risposta finale, la soluzione del problema, che si rappresenta con la maiuscola S, consiste nello scegliere una tra le componenti della disgiunzione prima definita. Come detto, l'ultimo passaggio dell'argomentazione ha un carattere deduttivo (sebbene in qualche caso possa presentarsi nella forma del ragionamento entimematico, ovvero, è possibile che alcune delle premesse – necessarie – della deduzione non siano espresse). Quest'ultimo passaggio deduttivo ha sempre luogo nell'argomentazione giudiziale, anche quando l'argomentazione segue fondamentalmente lo schema della ponderazione (tra principi o valori) o dell'adeguamento (ragionamento mezzo-fine). La spiegazione consiste nel fatto che la ponderazione giudiziale (come ho sostenuto più dettagliatamente in ATIENZA 2019, 173 ss.) è un procedimento di giustificazione o di argomentazione che richiede due passaggi: nel primo (che è cruciale) si verifica il transito dai principi alla regola; successivamente si applica la regola al caso. Qualcosa di simile accade anche con l'adeguamento: se si parte dal presupposto che il giudice, nel decretare, per esempio, a chi corrisponda la custodia dei figli in una causa di divorzio, deve decidere secondo il miglior interesse del minore e si accetta che nel caso in questione (o in generale)

cepisce con i suoi sensi; il tribunale lo accetta senza l'appoggio di prove; inferenza; generalizzazione (v. ANDERSON-TWINING 1991).

⁶ Si veda TARUFFO 2002, cap. X.

tale obiettivo si raggiunge affidando la custodia alla madre, allora la conclusione che deriva necessariamente dalle premesse è che si deve concedere la custodia alla madre.

- Tra il problema e la risposta finale, l'argomentatore affronta una serie di questioni più precise, dalle quali dipende la soluzione finale. Si noti che sto utilizzando "problema" e "soluzione" per riferirmi alla domanda iniziale e alla risposta finale di un'argomentazione; il termine "questione" lo lascio da parte per quel tipo di domanda che sta alla base della tipologia dei casi difficili; e l'espressione "domanda" la utilizzo in maniera generica, analogamente a "risposta" (può essere la risposta a un problema o la risposta a una questione). Può risultare utile in questo senso distinguere:

1) *Questioni orientate o chiuse*, ossia quelle che possono concepirsi come una disgiunzione di due o più componenti e la cui risposta, pertanto, consisterà nell'optare per una di esse. Per esempio, la domanda se l'art. 49 della Costituzione colombiana debba interpretarsi come un dovere verso i prossimi che ammette solo una risposta: Sì o No. O la domanda se lo stesso art. 49 debba interpretarsi come un dovere verso i prossimi, un dovere verso la comunità o dovere che deriva dal pericolo potenziale che esiste per i terzi.

2) *Questioni aperte*, ovvero quelle in cui la domanda è formulata in maniera tale che non è delimitato il numero di risposte possibili. Per esempio, la questione di come debba interpretarsi il principio del libero sviluppo della personalità (art. 16 della Costituzione colombiana), la cui risposta è che l'articolo proibisce di punire penalmente condotte che non cagionino ad altri un danno. Questo tipo di questioni corrispondono a quelle che Carnap chiamava "w-questions", ovvero quelle introdotte da espressioni come "chi", "che", "quale", "perché", "come" (v. HAMBLIN 1958).

- Le supposizioni (SP) sono atti linguistici che, nelle argomentazioni, possono svolgere diverse funzioni. Possono servire per introdurre una forma indiretta di argomentare (riduzione all'assurdo); Per introdurre in modo tentativo una tesi che successivamente risulterà confermata; Per segnalare i possibili significati od orientamenti di una questione chiusa. Eccetera.
- Infine, affermare (A) e negare (N) sono atti linguistici nei quali colui che li esegue (l'argomentatore) si impegna con la verità o la falsità, o con la correttezza o non correttezza (se si tratta di enunciati "pratici", che hanno direzione di regolazione non dal linguaggio al mondo, ma piuttosto dal mondo al linguaggio) del rispettivo contenuto proposizionale. Quando si tratta di enunciati normativi, resta inteso che colui che li enuncia stia considerando le norme come giudizi a cui egli aderisce; non sta semplicemente affermando l'esistenza di una norma. Naturalmente, se fosse necessario, si potrebbe pensare di utilizzare maiuscole specifiche per l'accettazione o la non accettazione di norme, valori, ecc. Le ragioni in senso stretto (rappresentate nello schema con lettere minuscole e numeri) sono sempre affermazioni o negazioni (e per questo motivo non si è ad esse anteposto nessuna maiuscola); in altri termini, è chiaro che una ragione in senso stretto non può consistere semplicemente in una supposizione o in una domanda (sebbene le supposizioni e le domande possano far parte di ragioni complesse).

Esistono altri aspetti pragmatici dell'argomentazione che non si riflettono nello schema. Tra questi ultimi rientrano gli aspetti che potrebbero definirsi, in senso stretto, dialettici, semplicemente perché l'argomentazione si presenta come una successione di atti linguistici realizzati da un argomentatore e non come un'interazione tra un proponente e un opponente. Ciò è conseguenza del fatto che il testo pubblicato di una sentenza non ha una forma dialogica: essa è (o può essere) il risultato di una discussione, la deliberazione che ha avuto luogo all'interno del tribunale, ma quel che si pubblica è l'argomentazione, la giustificazione elaborata dal relatore; e ciò è quel che prova a rappresentare il tipo di schema di cui si sta parlando. Ciò non vuol dire, tuttavia, che tale schema non possa essere arricchito per dar conto, almeno, di alcuni aspetti dialettici di un'argomentazione giudiziale. Ad esempio, nulla impedisce di poter costruire, su uno stesso

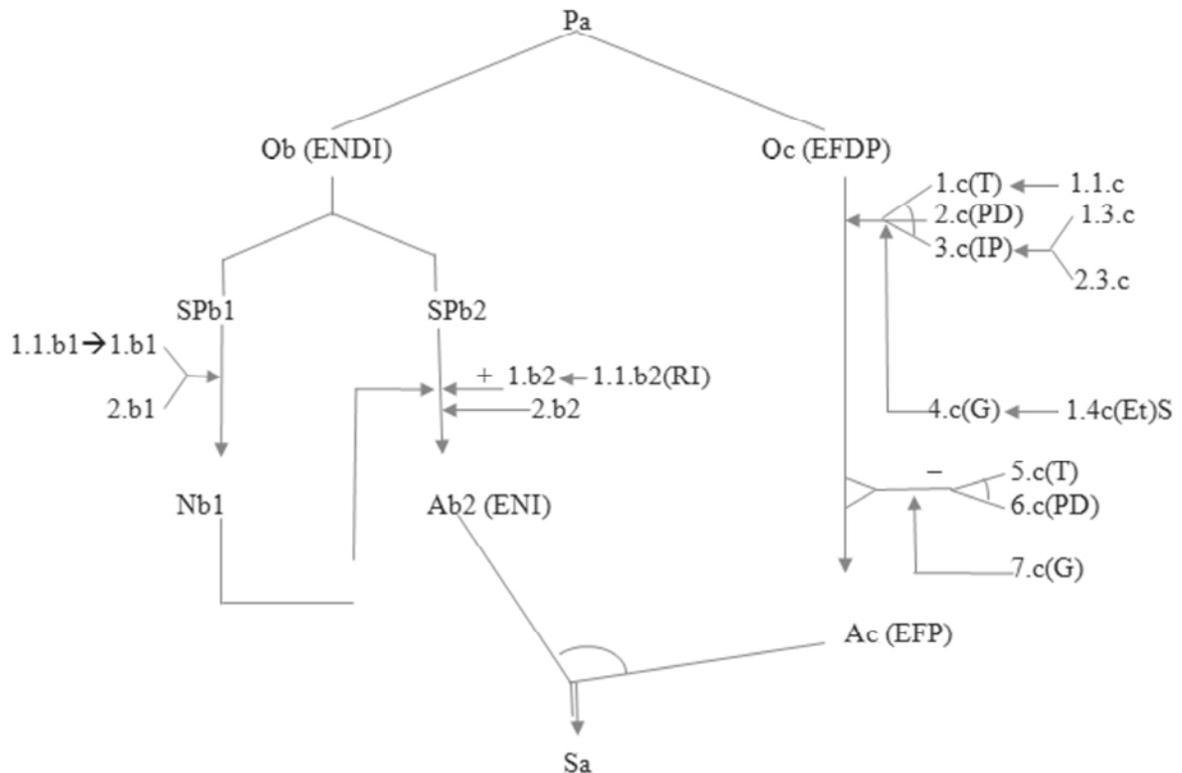
caso, ossia a partire da un medesimo problema, argomentazioni differenti: supponiamo, quella della maggioranza della corte e quella dei voti dissidenti. Lo si può fare presentando uno schema distinto per ogni argomentazione oppure provando ad integrarle in un unico schema ed utilizzando, ad esempio, colori distinti per dar conto di ciascuna delle argomentazioni. Ancora, possono essere utilizzati simboli particolari che rappresentino l'una e l'altra parte del processo, come avviene nei diagrammi di Wigmore. Ad ogni modo, è importante ricordare un aspetto ribadito con forza da Twining nei suoi commenti agli schemi di Wigmore: un'argomentazione può interessare da molti punti di vista e per questo bisogna chiarire quale sia, in ogni caso, tale punto di vista. Secondo Twining e Anderson nell'analisi che consentono di effettuare gli schemi di Wigmore, il punto di vista adottato è quello dello storico (l'osservatore) che dà conto dei diversi argomenti presentati da ciascuna delle parti in un procedimento in contraddittorio su questioni di fatto. Ovviamente, questo non è il punto di vista di un avvocato che intende prepararsi a un giudizio, una volta conclusa l'indagine sui fatti. Non è nemmeno ciò che caratterizza il modello che sto proponendo, relativo all'argomentazione svolta dal giudice.

Gli elementi retorici non vengono rappresentati all'interno dello schema, sebbene esso possa comunque facilitarne l'analisi. Lo schema non consente di valutare se la sentenza è redatta in uno stile più o meno formalista, se in essa è stato utilizzato un linguaggio neutrale o, al contrario, un linguaggio ricco di termini valutativi, ecc. Esso permette, tuttavia, di rilevare facilmente l'ordine degli argomenti o quali siano i tratti e i momenti argomentativi in cui l'argomentatore ha posto una maggiore o minore enfasi.

Inoltre, è opportuno chiarire che uno schema, una rappresentazione di un'argomentazione, non equivale all'analisi della stessa, ma rappresenta piuttosto una risorsa per facilitarne l'analisi. E, proprio per questo motivo, non deve abusarsi di tale risorsa; detto altrimenti, chi intende analizzare un'argomentazione giudiziale servendosi degli elementi di cui sopra non deve pensare che la schematizzazione sarà migliore (e l'analisi più profonda) in rapporto alla quantità dei simboli, tra quelli proposti, che vengono utilizzati. Ritengo, al contrario, che sia importante dar conto dell'essenziale dell'argomentazione, utilizzando il minor numero di elementi possibile. Probabilmente, tutto ciò che serve per elaborare uno schema adeguato di tutti o della maggior parte dei casi consiste nel dar conto della sequenza delle operazioni in cui consiste una giustificazione giudiziale: la narrazione dei fatti; la definizione di uno o più problemi; le questioni e le subquestioni da cui dipende la soluzione del problema; le risposte alle questioni (cercando di identificare la *ratio* o le *rationes decidendi*); e, infine, la soluzione del problema o dei problemi⁷.

⁷ Per *narrazione dei fatti* intendo ciò che è avvenuto nel mondo sociale e istituzionale e che ha fatto sorgere un problema giuridico. Il *problema* o *problema giuridico* equivale alla traduzione dei fatti narrati nel codice (solitamente binario) caratteristico della risoluzione giudiziale dei conflitti. Quest'ultima si realizza rispondendo a una serie di *questioni* o *subquestioni*: ad esempio, "come deve interpretarsi l'articolo X della legge Y"? O ancora: "deve considerarsi provato il fatto X?". Tra le questioni o subquestioni è possibile distinguerne di vari tipi: questioni processuali, questioni probatorie, questioni di qualificazione; questioni di applicabilità; questioni di validità; questioni interpretative; questioni relative alla discrezionalità; questioni di ponderazione (per un'analisi più approfondita delle singole questioni v. ATIENZA 2013, pp. 431-439). Le *risposte* a tali questioni o subquestioni saranno "l'articolo X deve interpretarsi nel senso S" e "il fatto X deve ritenersi provato". Nel fornirle sarà necessario identificare le *ragioni* offerte dal giudice per supportarle. Bisogna, infine, distinguere la *soluzione del problema* (es. "deve essere ratificata la sentenza") dalla *decisione* ("si ratifica la sentenza").

Lo schema riportato di seguito, riferito ad un caso fittizio, può essere utile a chiarire quanto detto finora:



L'argomentazione si genera a partire da un problema (P), espresso attraverso un contenuto proposizionale, *a*. Partendo dal problema, l'argomentazione si dirama o, meglio detto, la soluzione del problema dipende da due questioni (Q). Quella di sinistra è una questione di tipo interpretativo: come deve intendersi il contenuto proposizionale, *b*, che rappresenta un enunciato normativo da interpretare (ENDI). Quella di destra, invece, è una questione probatoria: si è verificato o meno il fatto descritto nella proposizione *c*? Per la soluzione di questa questione si ha a che fare con un enunciato fattuale da provare (EFDP).

La questione a sinistra (questione interpretativa) porta a considerare due supposizioni (SP), ovvero, l'enunciato può intendersi in due modi: come *b1* o come *b2*. La prima supposizione è negata (*Nb1*) da un argomento complesso che consta di tre ragioni: *1.b1* e *2.b1* sono ragioni (ognuna delle quali è una ragione non completamente indipendente dall'altra) a favore del passaggio dalla supposizione di *1.b1* alla sua negazione. Invece, *1.1.b1* è una ragione esclusivamente a favore di *1.b1*. Dall'altra parte, la negazione di *b1* è anche una ragione per affermare l'interpretazione contraria: *Ab2*. Però qui sorgono altre due ragioni, completamente indipendenti tra loro, per affermare l'interpretazione che in principio si era supposta: una di queste è *1.b2*, a sostegno della quale c'è anche un'altra ragione, *1.1.b2*, che è una regola d'interpretazione; e il segno «+» che appare sulla freccia indica che questa è una ragione alla quale colui che argomenta ha attribuito un peso considerevole; l'altra ragione, *2.b2*, enuncia un argomento semplice, indipendente, a sostegno del passaggio da *SPb2* a *Ab2*.

La questione di destra è risolta nel ritenere provato il fatto descritto in *c*. Per questo, il passaggio da *Qc* (EFDP) all'affermazione di *c*: *Ac* (EFP) si articola in un argomento complesso che consta di quattro ragioni. Le prime tre, *1.c*, *2.c* e *3.c*, sono elementi di prova: rispettivamente, una

testimonianza (T), una prova documentale (PD) e una perizia (P); l'arco che unisce le tre frecce indica che le tre ragioni costituiscono congiuntamente un argomento, sebbene nessuna delle tre costituisca di per sé un argomento; a sua volta, a favore di 1.c si adduce una ragione, e a favore di 3.c due ragioni, 1.3.c e 2.3.c, connesse tra loro in forma disgiunta: ognuna costituirebbe di per sé un argomento a favore di 3.c. La quarta ragione, 4.c, è un enunciato generale (ad esempio, una massima d'esperienza), a favore della quale c'è una nuova ragione, 1.4.c, che costituisce un enunciato teorico (es. una dottrina dogmatica); questa ragione conferisce forza per passare dall'insieme delle anteriori all'affermazione che *c* si è verificato (Ac). Però, c'è anche un altro insieme di ragioni (5.c e 6.c sono altri elementi di prova e 7.c un enunciato generale) dove il senso della freccia è invertito; questo perché le tre ragioni costituiscono un argomento contrario alla prova del fatto che *c* si sia verificato; tuttavia, si tratta di un argomento più debole di quello precedente (ciò è segnalato con « - »), e quindi si conclude affermando che *c* si è verificato.

4. Valutazione

Solitamente l'analisi di un'argomentazione precede la sua valutazione. Abbiamo bisogno di (o vogliamo) comprendere l'argomentazione che qualcun altro ha realizzato per poterla valutare ed assumere un determinato atteggiamento nei suoi confronti: accettare che la decisione così argomentata è giustificata, dissentire dalla stessa e scrivere un articolo dottrinale mostrando perché si tratta di un'argomentazione errata, preparare un ricorso "sfruttando" proprio gli errori argomentativi della decisione, eccetera.

Inoltre, dato il carattere pratico (vincolato all'azione) delle argomentazioni giuridiche, è importante chiarire che valutare un argomento non è esattamente lo stesso che valutare una decisione o azione; nemmeno deve confondersi la valutazione degli argomenti teorici e quella delle credenze o teorie che essi avallano. Ovviamente, si può decidere senza argomentare, senza offrire alcun tipo di ragione; in questo caso il giudizio che si esprime non avrà a che fare con alcuna argomentazione precedente (sebbene possa riguardare proprio la mancanza di un'argomentazione: se si trattava di una decisione che avrebbe dovuto essere giustificata). Ciononostante, anche quando si decide argomentativamente, entrambi gli aspetti possono separarsi: ci sono buone decisioni mal argomentate e, al contrario, buone argomentazioni in favore di decisioni sbagliate. È anche opportuno ricordare che le "buone" o "cattive" argomentazioni (come anche le decisioni) possono esserlo in due sensi differenti: in senso tecnico e in senso morale. Una buona argomentazione *in senso tecnico* è un'argomentazione abile, basata su argomenti che possono risultare efficaci per raggiungere una determinata finalità; tuttavia, allo stesso tempo, un'argomentazione di questo tipo potrebbe essere cattiva *dal punto di vista morale* (nel senso ampio dell'espressione) se, ad esempio, nasconde argomenti rilevanti che servirebbero per confutare quelli precedenti (e se colui che argomenta aveva l'obbligo di essere imparziale: una stessa argomentazione può essere cattiva – in senso morale – se colui che la effettua è, per esempio, un giudice che deve decidere su un ricorso, ma non ovviamente se il suo autore è l'avvocato di una delle due parti).

Ad ogni modo, con riguardo all'attività giudiziale, l'ideale regolativo dello Stato di diritto è che le buone decisioni siano precisamente le decisioni ben argomentate. L'obbligo di motivare (previsto, quantomeno, per quanto riguarda le decisioni più importanti) comporta il rispetto di criteri formali (autoritativi e procedimentali) e sostanziali, tendenti ad assicurare che le decisioni si accompagnino ad un'argomentazione – motivazione – adeguata. Inoltre, il rispetto di questi criteri servirebbe a garantire che una decisione ben motivata non possa essere una cattiva decisione; in altri termini, il giudice che giustifica le proprie decisioni in conformità con il Diritto decide giuridicamente bene, sebbene la decisione possa rivelarsi errata secondo altri parametri: per esempio, perché applica una norma ingiusta o perché non ritiene provato un fatto conosciuto che vulnera qualche norma giuridica.

Ciò non accade con riferimento ad altri organi giuridici per i quali le decisioni e i processi di argomentazione non hanno tra loro questo tipo di vincolo concettuale. La ragione è che gli organi legislativi o amministrativi, gli avvocati o i singoli cittadini, non hanno il grado di impegno nei confronti del Diritto che caratterizza, invece, la funzione giudiziale. Questi ultimi, piuttosto, si servono del diritto per raggiungere scopi sociali e individuali; in generale, l'adeguamento al Diritto è un limite o un mezzo, non il fine della loro attività. L'argomentazione e la valutazione degli argomenti si pone, pertanto, in maniera diversa nell'uno e nell'altro caso. Una sentenza può essere annullata per carenza o difetto di giustificazione ma questo non accade con le leggi; o quantomeno, se accade, accade molto raramente (e per via di difetti di carattere formale e procedurale); nelle norme emanate dal legislatore il testo è separato dagli argomenti utilizzati per giustificarlo mentre in quelle di origine giudiziale, nei precedenti, la norma e la sua giustificazione sono, in un certo senso, inseparabili. Quanto agli avvocati, invece, le loro argomentazioni non vengono solitamente valutate in termini di validità ma, piuttosto, in termini di efficacia.

In definitiva, la domanda su cosa sia un buono (e un cattivo) argomento ha risposte distinte nei distinti campi dell'argomentazione giuridica perché, tra le altre cose, le finalità perseguite nella valutazione di un'argomentazione giuridica sono differenti a seconda di quale sia l'organo che argomenta e quello che effettua la valutazione. La valutazione degli argomenti è, dunque, una questione fondamentalmente contestuale; questo non vuol dire, tuttavia, che non vi siano criteri – criteri oggettivi – per realizzarla. Vuol dire, piuttosto, che i criteri non possono essere esattamente gli stessi per tutti gli organi giuridici.

Riferendosi esclusivamente all'argomentazione giudiziale di carattere giustificativo, è possibile affermare che *l'obbligo dei giudici di motivare le proprie decisioni significa che essi sono chiamati ad offrire buone ragioni nella forma adeguata a ottenere lo scopo della persuasione*. Un buon argomento, una buona giustificazione giudiziale, equivale, dunque, ad un ragionamento che presenta una struttura logica riconoscibile e che soddisfa uno schema di inferenza valido – deduttivo o no; basato su premesse, su ragioni, rilevanti e sufficientemente solide (quantomeno, più solide di quelle che potrebbero addursi a favore di un'altra soluzione); e che persuada di fatto o che dovrebbe persuadere un uditorio che soddisfi determinate condizioni ideali: informazione sufficiente, atteggiamento imparziale e razionalità. Se si guarda all'attività argomentativa (e non solamente al suo risultato), alle condizioni anteriori andrà aggiunta quella del rispetto delle regole della discussione razionale da parte di coloro che partecipano all'argomentazione, cioè degli autori della motivazione.

Inoltre, per valutare gli argomenti non bisogna accontentarsi del fatto che, com'è ovvio, *sembra che* siano soddisfatti questi requisiti. È necessario che essi vengano realmente soddisfatti, sicché risulta fondamentale munirsi di una teoria delle fallacie. Per valutare un argomento non basta sapere quali sono (essere capaci di individuare) i buoni e i cattivi argomenti ma bisogna saper riconoscere anche quelli che sembrano buoni ma, in realtà, non lo sono.

Ebbene, quanto precede non è sufficiente a valutare qualsiasi tipo di ragionamento giudiziale. Affinché lo sia, non bisogna solamente supporre che questi siano tutti i criteri possibili, ma anche che essi siano oggettivi, ossia che abbiano il medesimo significato per tutti coloro che partecipano ad un'argomentazione e che determinano, di conseguenza, quale sia la soluzione – l'argomentazione – corretta in ogni caso. In pochi dubitano dell'oggettività della logica, ossia dei criteri di natura formale: quale forma o schema argomentativo è valido e quale no; ma ciò, come anticipato, è chiaramente insufficiente per poter valutare un argomento in un'attività – il Diritto – che non ha una natura propriamente formale. Tuttavia, con riguardo ai criteri materiali e pragmatici, un tale accordo semplicemente non esiste. La teoria delle fonti, quella della validità o, soprattutto, quella dell'interpretazione sono territori in cui regna il disaccordo; non vi è, ad esempio, un accordo su come stabilire una gerarchia tra i vari canoni interpretativi, in quali condizioni uno di essi prevale sugli altri, ecc. Quanto ai criteri pragmatici, le ragioni dello scetticismo sono molteplici: non si vede perché il fatto per cui un argomento persuada (di fatto) tutti o

la maggior parte di un uditorio possa fungere da criterio di oggettività dal momento che effettività non equivale a validità; anche l'idea di un uditorio ideale (si tratti dell'uditorio universale di Perelman, della comunità dialogica ideale di Habermas, o di qualunque altra costruzione di questo tipo) suscita molti dubbi giacché – si suol dire –, trattandosi di costruzioni che non corrispondono ad alcuna realtà, servirebbero solamente a produrre congetture e supposizioni; e lo stesso vale per le regole del discorso razionale: nessuno argomenta esattamente in questo modo e, ovviamente, nemmeno il giudice.

Dunque, l'argomento scettico, quello che adducono i difensori del carattere indeterminato del Diritto, suona così: nel Diritto (a differenza di quello che può verificarsi in altri ambiti, come quello della scienza) non esistono criteri oggettivi per giudicare la qualità degli argomenti poiché, con frequenza (diciamo, nei casi difficili), non esiste un accordo su quale sia la soluzione per una questione giuridica; e ciò non solo perché ognuna delle parti contrapposte in una controversia pretende di avere ragione ed offre argomenti a proprio favore e per confutare quelli contrari, ma soprattutto perché il disaccordo riguarda anche soggetti estranei al conflitto, come i giudici chiamati a risolvere il caso, la dottrina o i teorici del Diritto, che si pongono il problema ad un livello di astrazione maggiore. All'argomento scettico è tuttavia possibile rispondere in diversi modi.

In primo luogo, quanto detto in precedenza non esclude l'esistenza di criteri oggettivi che le parti o coloro che partecipano ad un'argomentazione in qualsiasi altro modo sono incapaci di riconoscere o, piuttosto, non vogliono farlo per questioni di interesse personale, impegno politico, deformazione ideologica, ecc. In altri termini, il fatto che le persone siano in disaccordo su quale sia la risposta corretta (o vera) ad una questione (concreta o astratta, teorica o pratica) non vuol dire che una tale risposta non esista.

In secondo luogo, probabilmente l'oggettività nel Diritto va costruita in maniera diversa – meno forte – rispetto a come accade nella scienza. Si potrebbe accettare, ad esempio, che i criteri precedenti non consentano di determinare sempre un'unica risposta (e, pertanto, argomentazione) corretta per ogni caso ma non bisogna pensare, solo per questo, che quest'ambito sia privo di oggettività. L'oggettività consisterebbe nel fatto che i criteri permettono, in ogni caso, di escludere molte risposte – molte argomentazioni – come non corrette e molto spesso (o perlomeno, frequentemente) di sceglierne una come corretta.

In terzo luogo, si potrebbe mettere in discussione la mancanza di consenso che sostiene l'argomento scettico. In due modi distinti. Il primo consisterebbe nel segnalare che, se si collega l'idea di oggettività a quella di consenso, non ci si dovrebbe riferire (in particolare, in un ambito come quello del Diritto in cui gli interessi e i valori di coloro che partecipano nell'argomentazione sono così intensi) ad un consenso fattuale, quanto piuttosto ad un consenso razionale. Come detto in precedenza, infatti, l'esistenza di disaccordi fattuali non è di per sé idonea a provare che soggetti ben informati, con atteggiamento imparziale, che agiscono razionalmente, sarebbero ugualmente in disaccordo. Il secondo, invece, consiste nel rilevare che la mancanza di accordo in relazione a quale sia la risposta (l'argomentazione) corretta a un problema giuridico (disaccordo che, peraltro, rischia di essere amplificato in conseguenza del fatto che la teoria del Diritto si concentra eccessivamente sui casi difficili o molto difficili) non implica necessariamente una mancanza di accordo sui criteri da utilizzare per valutare l'argomentazione, ma piuttosto sulla loro applicazione. Difatti, non sarebbe difficile elaborare una lista con le obiezioni standard che i giuristi utilizzano solitamente quando criticano una decisione giudiziale. Ad esempio: è carente di motivazione o la motivazione è oscura e/o insufficiente; cade in contraddizione (a proposito di questioni di fatto o di Diritto); non applica il Diritto vigente o lo interpreta in maniera errata; commette un errore nel ritenere provato un determinato fatto; è *ad hoc*, ossia si basa su una ragione, un argomento, che non potrebbe essere universalizzato; è incoerente, ossia non è compatibile con i principi e i valori dell'ordinamento giuridico oppure (in materia di fatti) con la conoscenza scientifica e l'esperienza disponibile; contraddice qualche norma della morale sociale; si pone in contrasto con qualche prin-

cipio morale (a prescindere dal fatto che quest'ultimo sia o meno sostenuto dall'opinione pubblica o dalla maggior parte di essa).

In quarto ed ultimo luogo, negare che esistano criteri oggettivi significherebbe anche riconoscere che non è possibile una critica (una critica razionale, giustificata) delle decisioni giudiziali e questo sembra contraddire ciò che sono le nostre stesse pratiche che, se avessero ragione gli scettici, semplicemente non avrebbero senso. Se (nei casi difficili) non esistono questi criteri, allora l'unica cosa che resta è l'autorità; detto altrimenti, i giudici (diciamo, i giudici supremi, quelli che pongono fine alle controversie) non potrebbero commettere errori: le loro decisioni non sarebbero solamente definitive ma anche infallibili.

Coloro che difendono un qualche tipo di oggettività nel Diritto fanno appello ad una pluralità di criteri. I *criteri logico-formali* (quelli della logica deduttiva) vengono accettati da tutti o quasi tutti (inclusi i più scettici) ma il loro rispetto rappresenta un limite davvero poco significativo: è abbastanza difficile trovare una sentenza nella cui motivazione siano stati commessi errori logici in senso stretto, ossia errori inferenziali; a volte può sembrare così ma è sufficiente aggiungere qualche premessa (da considerarsi implicita) o interpretare una delle premesse in un certo modo per evitare questa impressione. Sembrano sussistere pochi dubbi anche con riguardo a criteri di razionalità molto basilari, come, ad esempio, la necessità di offrire argomenti (e argomenti che possano risultare comprensibili, che siano rilevanti per il caso e sufficientemente completi) se si ha intenzione di motivare una decisione; si può avere qualche dubbio sul fatto se sia stato o meno soddisfatto tale criterio ma non sul criterio in sé. O ancora, il criterio che impone di non cadere in contraddizione, sebbene qui sia opportuno fare una distinzione. La non-contraddizione è un requisito logico che riguarda le premesse: fattuali o normative. Naturalmente, il giudice può imbattersi in due narrazioni dei fatti contraddittorie tra loro o in due norme antinomiche che, in linea di principio, potrebbero applicarsi al caso. Tuttavia, se si opta per una delle due narrazioni, ciò avviene perché la si considera meglio giustificata rispetto all'altra (e per questo non si cade in contraddizione); lo stesso vale con riferimento alla norma che si decide di applicare. In altri termini, una cosa è l'argomentazione vista come un processo (nel corso del quale è normale che si formulino tesi contraddittorie), altra cosa è vederla come un risultato (la motivazione della decisione, dove non possono essere prese in considerazione – se le si attribuisce un carattere razionale – premesse che siano contraddittorie tra loro). Una situazione distinta è quella in cui il giudice fonda la propria decisione su un fatto che effettivamente non è stato provato (secondo le corrispondenti regole probatorie) o su una norma invalida (secondo i criteri di validità del sistema). Se ha senso parlare di contraddizione è perché si presuppone (come una sorta di premessa ultima del ragionamento giudiziale) l'obbligo dei giudici di obbedire al (o, quantomeno, di applicare il) Diritto vigente.

Ad ogni modo, i criteri di valutazione più importanti (e problematici) sembrano essere quelli che fanno riferimento alle nozioni di universalità, coerenza, accettabilità delle conseguenze, di morale sociale e di morale giustificata (coincida o meno quest'ultima con la morale sociale). Vale la pena esaminarli più nel dettaglio.

a) *Universalità*. Il requisito dell'universalità si applica con riguardo tanto ai problemi normativi quanto ai problemi fattuali e, in realtà, è anche implicito nello stesso schema della giustificazione interna; detto altrimenti, la premessa maggiore – normativa – del sillogismo giudiziale deve essere un enunciato di carattere universale: per ogni x , se x è P , allora deve essere anche Q . Dunque, si tratta di un requisito di carattere logico, nel senso che, se non avessimo come premessa un enunciato normativo universale (e un enunciato fattuale che afferma che un individuo a appartiene alla classe degli x), non potremmo inferire un enunciato normativo singolare (a deve essere Q). Tuttavia, l'universalità implica qualcosa in più di questo requisito puramente logico quando si comprende che tale nozione è quella che sta alla base della cosiddetta “regola formale di giustizia” (trattare in maniera eguale gli esseri appartenenti alla medesima categoria [PEREL-

MAN 2005]); dell'imperativo categorico kantiano (la cui prima formulazione afferma che si deve agire in maniera tale da poter universalizzare la massima della propria condotta); o di una delle regole fondamentali del discorso razionale (Alexy la formula così: «Ogni parlante che applica un predicato F ad un oggetto A deve essere disposto ad applicare F anche ad ogni altro oggetto che sia simile ad A in ogni aspetto rilevante» [ALEXY 1998, 150]).

Con riguardo ai problemi normativi, universalità (nel suo senso pieno, non puramente formale) vuol dire che il criterio per costruire la premessa normativa, la *ratio decidendi*, non può essere *ad hoc*; per esempio, se nel caso C la norma N si interpreta nel senso N' ciò avviene perché questa è stata l'interpretazione fatta in passato per casi analoghi a C e, soprattutto, sarà quella che in futuro si continuerà a scegliere per la risoluzione di nuovi casi, simili a C. Ovviamente, l'accettazione del criterio (che, ripeto, pochi discuterebbero; non è né più né meno che la regola dello *stare decisis* che governa l'utilizzo dei precedenti) non impedisce che possano sorgere dubbi o disaccordi sul fatto se un determinato caso (definito da una serie di proprietà) ricada o meno in una determinata categoria generale (quella dei casi C o analoghi a C).

È importante chiarire anche che *universalità* non equivale a *generalità*. In altre parole, l'universalità non ha a che fare con il grado di generalità della norma. Una norma molto specifica (applicabile a pochissimi casi) può (deve) essere applicata in maniera universale e, per questo motivo, decidere secondo criteri di equità vuol dire andare contro la generalità di una norma (introdurre un'eccezione per evitare una cattiva conseguenza) non contro la sua universalità. Si tratta di qualcosa che era già chiaro ad Aristotele quando affermava che l'equo è giusto (e la giustizia è una relazione di uguaglianza), ma non nel senso della legge quanto piuttosto in quello di una sua rettifica.

Il requisito di universalità si applica anche a problemi di tipo fattuale. Nella giustificazione esterna della premessa fattuale deve figurare anche un enunciato di tipo universale, sebbene lo stesso sia di carattere probabilistico. Ad esempio, la premessa potrà essere un enunciato che stabilisce che se si danno X, Y, Z (i fatti del presente considerati veri: i fatti probatori), allora è probabile che si sia verificato un altro fatto del passato, P (il fatto che si deve provare). Il requisito di universalità richiederebbe che questa premessa di tipo probabilistico si utilizzerà anche in tutti i casi in cui si diano le stesse circostanze (a meno che, chiaramente, non si tratti di una legge scientifica o una massima smentite dall'esperienza).

b) *Coerenza*. La nozione di coerenza svolge oggi un ruolo molto importante e non solamente in relazione al ragionamento giuridico; anche nell'epistemologia, nella morale o nella linguistica esistono molte teorie della coerenza. Forse per questo, a volte, nella teoria del Diritto si utilizza l'espressione in un senso molto ampio che dovrebbe comprendere tutti i criteri di giustificazione; una decisione o un ragionamento coerente equivarrebbe ad un ragionamento giustificato (e le teorie della coerenza si contrappongono a quelle deduttiviste e formaliste: quelle che non considerano le ragioni soggiacenti alle norme). Qui si utilizzerà l'espressione in un senso più ristretto; la coerenza è uno dei criteri per valutare gli argomenti, non l'unico né, tantomeno, quello decisivo.

L'idea di coerenza è legata a quella di consistenza logica ma differisce da quest'ultima in quanto la coerenza si riferisce alla compatibilità (di una decisione, di una norma o della narrazione dei fatti) con valori, principi e teorie. Per questo, mentre la consistenza (logica) è una proprietà che, semplicemente, c'è o non c'è, la coerenza è, piuttosto, una questione di grado: ad esempio, la giustificazione di una decisione può contenere qualche inconsistenza logica (risultare incompatibile con qualche norma specifica del sistema, con qualche elemento probatorio) ma, tuttavia, essere la più coerente tra quelle possibili e, di conseguenza, essere giustificata.

Si dice che una norma (o un insieme di norme) è coerente se può essere ricondotto ad una serie di principi e valori: quelli dell'ordinamento. Così, davanti a un problema interpretativo, la ragione per interpretare la norma N nel senso N' e non nel senso N'' è che N' è quella che risulta più in linea con i principi e i valori del sistema; se si vuole, con i principi e i valori interpretati in

un certo modo: nella forma che li rende più coerenti in relazione ad una certa filosofia morale e politica. È importante rendersi conto del fatto che i principi e i valori dell'ordinamento non sono esattamente la stessa cosa (o non devono interpretarsi nello stesso modo) in tutte le branche del Diritto e anche del fatto che questi principi e valori cambiano a seconda dell'ordinamento considerato (sebbene tra i sistemi giuridici degli Stati costituzionali esista un'ampia base comune), sicché la coerenza normativa (anche quella narrativa, di cui si parlerà adesso) è, fondamentalmente, un criterio contestuale.

La coerenza narrativa è ciò che consente di considerare come provato un determinato fatto, un'ipotesi fattuale, perché è quello che si adatta meglio ad una serie di fatti probatori e alle leggi scientifiche, relazioni di causalità, massime d'esperienza, ecc., che ci permettono di spiegare il mondo. Com'è più o meno ovvio, questa nozione di coerenza si trova alla base dello schema dell'abduzione: si ricordi il ragionamento di Sherlock Holmes quando "indovina" (perché questa sarebbe l'ipotesi più coerente) che il ladro del cavallo non avrebbe potuto essere un estraneo.

La nozione di coerenza è pertanto relativa (una norma, un fatto – o, se si preferisce, gli enunciati che accettano la norma o affermano il fatto –, è coerente con...) ma non è puramente formale, in quanto rimanda a massime d'esperienza, teorie scientifiche, principi, valori con determinati contenuti. Essa, inoltre, è dinamica in un doppio senso: ciò che si deve intendere per coerenza cambia quando cambiano le massime, le leggi, ecc.; ma, allo stesso tempo, se in origine (diciamo, nel tempo t_1) potevano considerarsi, ad esempio, come ugualmente coerenti, in relazione al problema P , le decisioni (in materia normativa o fattuale) D_1 e D_2 , l'aver optato per D_1 può far sì che, nel tempo t_2 , il criterio incorporato in D_2 non sia più coerente per risolvere problemi di questo tipo.

Infine, la coerenza non è ciò che giustifica le due forme dell'argomentare più caratteristiche del Diritto (e forse non solo del Diritto) quando ci troviamo in situazioni in cui non si tratta solamente di dedurre, cioè quando nelle premesse non possediamo tutte le informazioni necessarie e sufficienti per arrivare alla conclusione. Se le informazioni di partenza sono insufficienti (esiste una lacuna), argomentare vuol dire aggiungere nuove informazioni e questo è il modo in cui può intendersi l'analogia (in un senso ampio, che include gli argomenti *a pari*, *a fortiori* e *a contrario*: in quest'ultimo caso si rifiuta l'utilizzo dell'analogia ma anche questo vuol dire aggiungere informazioni); se sono contraddittorie, invece, si tratta di eliminare una parte delle informazioni: a questo serve, ad esempio, l'argomento *ad absurdum*. Nell'argomento *ad absurdum* si elimina un frammento di informazione (per esempio, una determinata interpretazione normativa) per evitare l'incoerenza; nell'analogia ciò che si fa è aggiungere informazioni, innovare (creando una nuova norma o ampliando il senso di una norma già esistente), preservando, tuttavia, i tratti distintivi del sistema, la sua coerenza.

c) *Adeguamento alle conseguenze*. Mentre la coerenza guarda al passato (nel caso della coerenza normativa, al sistema giuridico, alle norme stabilite; nel caso della coerenza narrativa, all'esperienza accumulata in passato) il criterio delle conseguenze si concentra sul futuro. Per questo, gli argomenti di coerenza sono tanto importanti nel ragionamento giudiziale, mentre nel ragionamento legislativo e in quello degli avvocati svolgono, piuttosto, la funzione di stabilire un limite. In questi ultimi, infatti, ciò che è fondamentale sono gli argomenti consequenzialisti: ciò che giustifica l'emanazione di una norma con un determinato contenuto o l'elaborazione di una determinata strategia difensiva o accusatoria è la conseguenza che essa produrrà.

Le conseguenze vengono prese in considerazione in relazione a questioni normative ed anche (se si vuole, indirettamente) a questioni fattuali. Nei casi dubbi, una ragione per non considerare provato che X ha ucciso Y può essere la conseguenza che ciò potrebbe comportare per X ; come si può notare, questa è una caratteristica che separa il ragionamento in materia di fatti di carattere giuridico da quello che si realizza in ambiti in cui contano solamente scopi epistemologici: verificare ciò che è successo. Il criterio delle conseguenze implica che nel Diritto (nel ragionamento giudiziale) le ragioni finaliste (come sottospecie delle ragioni sostanziali; l'altra sottospecie è co-

stituita dalle ragioni di correttezza) svolgano un ruolo che può essere maggiore o minore a seconda del sistema giuridico (la tradizione giuridica) in questione o della concezione del Diritto a cui si aderisca.

Una maniera (ristretta) di interpretare il criterio delle conseguenze è farlo in termini di efficienza economica. Una decisione giudiziale giustificata (rispettosa dei limiti stabiliti dal Diritto) sarà quella che contribuisce maggiormente alla massimizzazione della ricchezza sociale, intesa in termini di soddisfazione delle preferenze degli individui. Uno dei criteri da utilizzare per farlo è quello dell'ottimizzazione in termini paretiani, secondo cui una distribuzione di risorse è superiore all'altra (deve essere preferita) se nessuno vede peggiorata la propria situazione e c'è almeno qualcuno che la migliora. Questo criterio si può applicare solamente in casi molto eccezionali alle decisioni giudiziali dal momento che, come conseguenza delle stesse, capiterà quasi sempre che qualcuno (una delle parti) subisca una perdita. Per questo, è più frequente l'utilizzo di una modifica, il criterio Kaldor-Hicks, secondo cui, sebbene vi siano vincitori e perdenti, una situazione è superiore (preferibile) all'altra se nella prima le vincite degli uni permettono di compensare le perdite degli altri. Tuttavia, l'efficienza economica (su cui si basa l'analisi economica del Diritto) è un criterio problematico che, in termini generali, non può ritenersi decisivo: la sua applicazione può risultare complessa e richiedere conoscenze e informazioni che, solitamente, i giudici non hanno; non può essere utilizzato allo stesso modo in tutte le branche del Diritto (in alcune, per esempio nel Diritto tributario, gli si potrebbe riconoscere un ruolo centrale ma in altre, come il Diritto penale, potrebbe svolgere – se proprio deve – una funzione residuale); esistono molti altri obiettivi – oltre la massimizzazione della ricchezza – che devono considerarsi nella giustificazione di una decisione giudiziale; le ragioni finaliste (quelle economiche sono una sottoclasse di queste ultime) non possono prevalere, almeno in termini generali, davanti alle ragioni di correttezza.

d) *Morale sociale*. Nelle norme giuridiche si fa talvolta ricorso alla morale sociale (a nozioni – valori – caratteristici della morale sociale); in questi casi, l'utilizzo di questo criterio per valutare le decisioni giudiziali non solleva dubbi (anche se, ovviamente, può risultare discutibile se il giudice abbia interpretato bene il relativo criterio di moralità sociale). Ciò che sembrerebbe più discutibile è se tale criterio possa utilizzarsi (se possiede forza giustificativa) quando le norme del Diritto positivo non lo hanno previsto, vale a dire se nei casi difficili, quando si tratta di scegliere tra l'una e l'altra interpretazione a proposito di un determinato concetto valutativo (ad esempio, come intendere la libertà o i limiti della libertà), i giudici debbano decidere conformemente all'opinione maggioritaria delle persone, debbano seguire (utilizzare come premessa del proprio ragionamento) il modello disegnato dalla morale sociale e non l'opinione che essi, in quanto individui, ritengono preferibile.

Ebbene, sembra fuori di dubbio che i criteri di moralità sociale debbano avere un peso nell'argomentazione (nella valutazione dell'argomentazione) giudiziale. Il giudice non deve essere indifferente alle (o contraddire le) convenzioni sociali, come potrebbe esserlo, poniamo il caso, un individuo che argomenta a proposito di qualche questione con connotazioni morali. Il giudice occupa una determinata posizione istituzionale e ciò presuppone alcuni limiti quanto al tipo di ragioni che può utilizzare e alla loro portata. Optare (sempre entro certi limiti) per la morale sociale rende più facile, tra le altre cose, che la sua decisione sia persuasiva e questo, come detto in precedenza, è un elemento importante della motivazione giudiziale. Inoltre, i criteri socialmente maggioritari sembrano essere vincolati all'idea di democrazia: decidere ciò che la maggioranza preferirebbe sembra un salutare esercizio democratico, particolarmente importante per coloro che – come i giudici, salvo eccezioni – non sono stati eletti per occupare la propria carica mediante procedimenti democratici. Infine, gli scettici in materia morale pensano solitamente che la forma migliore per limitare la necessaria discrezionalità dei giudici sia esattamente questa: optare per i giudizi di valore socialmente predominanti.

Questa soluzione, tuttavia, non è pienamente soddisfacente per varie ragioni: 1) può capitare che non sia facile sapere qual è l'opinione maggioritaria rispetto ad una determinata questione o che, semplicemente, non esista un'opinione chiaramente maggioritaria. 2) Non si può escludere la possibilità che tali opinioni, pur essendo maggioritarie, siano espressione di pregiudizi che si pongono in contrasto con i valori specifici dell'ordinamento; in molte società possono predominare o avere un grande seguito, per esempio, opinioni xenofobe o contrarie ai principi del garantismo penale, contenuti in tutte le costituzioni contemporanee. 3) Il ricorso alla democrazia, all'opinione della maggioranza, da parte degli scettici o dei relativisti morali, non sembra del tutto giustificato: se non esistono criteri oggettivi in materia morale non potrà di certo esserlo quello basato sulla democrazia, sull'opinione della maggioranza. 4) Le costituzioni contemporanee (ad esempio, quella italiana) includono un codice morale (riflesso nelle dichiarazioni dei diritti) che non è semplicemente la morale stabilita; il Diritto non offre ragioni ultime di carattere giustificativo e non può farlo di certo la morale sociale: i criteri ultimi di giustificazione dei ragionamenti giuridici (giudiziali) devono prendere le mosse da una morale razionalmente giustificata che, pertanto, in alcune occasioni può non coincidere con la morale sociale.

e) *Morale giustificata*. Quanto detto finora sembra avallare l'utilizzo (almeno in alcuni casi) di criteri derivanti da una morale giustificata per valutare un'argomentazione giudiziale. Tuttavia, di fronte a questa possibilità vengono sollevate solitamente due obiezioni: non è necessario – o non si deve – ricorrere a questo tipo di criteri; non è possibile farlo.

La prima obiezione si collega ad uno dei dogmi del positivismo (del positivismo metodologico): la necessità di mantenere una separazione concettuale tra il Diritto e la morale. Il Diritto deve (o deve poter) identificarsi senza ricorrere a criteri morali. Alcuni positivisti (RAZ 1994, 201-237) pensano che ciò sia compatibile con la tesi per cui, quando si tratta di ragionare secondo Diritto (non quando si tratta di identificarlo), il giurista (il giudice) possa allontanarsi dal contenuto del Diritto per soddisfare ragioni morali; è una maniera di includere, come criterio di valutazione dei ragionamenti giudiziali, le ragioni di una morale giustificata, anche se risulta piuttosto strano e contraddittorio rispetto a quelle che sembrano essere le "intuizioni" dei giuristi e delle persone normali. Altri (i "positivisti inclusivi") direbbero che il ricorso alla morale è ammissibile solamente se la regola di riconoscimento del sistema fa riferimento (per identificare il Diritto) a concetti morali come, di fatto, succede nel caso di tutte le costituzioni contemporanee: "libertà", "uguaglianza", "dignità umana", ecc. Il problema che si pone, dunque, è quello di come interpretare questi concetti: se bisogna farlo mantenendosi nell'ambito del Diritto o se è possibile attingere a criteri esterni e, in quest'ultimo caso, se devono essere quelli dettati dalla morale sociale o altri. In realtà, quest'approccio presuppone che si possa sempre distinguere con chiarezza il Diritto dalla morale (i criteri "interni" e quelli "esterni") e ciò non sembra essere vero. Per certi aspetti, i confini tra Diritto e morale sono semplicemente fluidi o impossibili da tracciare. Pur accettando la regola di riconoscimento come criterio di identificazione del Diritto, le ragioni per cui un giurista (un giudice) accetta tale regola non possono essere altro che morali (basate su una morale giustificata) e ciò non può non avere conseguenze sul suo ragionamento giustificativo; anche nei casi facili, tanto la premessa normativa quanto quella fattuale riposano, in ultima analisi, sull'accettazione da parte del giudice di seguire i criteri dell'ordinamento giuridico (di obbedire al Diritto), ossia di una premessa ultima di natura morale. E quando si tratta di interpretare i concetti valutativi, morali, della Costituzione (come quelli indicati in precedenza), sembra evidente che non si possa fare altro che ricorrere a qualche filosofia morale e politica. Qui la differenza sembra radicarsi nel fatto che il riferimento alla morale sia più o meno esplicito, che si sia o meno (o più o meno) coscienti di ciò che si fa.

Per questo motivo, la seconda e più importante obiezione è la seguente: qual è la morale giustificata, la morale a cui deve riferirsi il giudice? Ne esiste qualcuna? Se non fosse così, come pensano alcuni positivisti (non tutti) e i difensori delle teorie critiche del Diritto, non resterebbe

altro che riconoscere che nell'argomentazione giudiziale esiste una componente (più o meno ampia) di carattere irrazionale o arazionale, la quale non può certo essere utilizzata come criterio di valutazione. Questa conclusione non pare, tuttavia, inevitabile. Nella filosofia morale esistono diverse proposte di teorie etiche – di etica normativa – che sostengono (con diversa intensità) l'oggettivismo morale e che, di conseguenza, potrebbero essere adatte a svolgere questa funzione: fornire un metodo per scoprire la morale corretta. A mio avviso, la posizione più adeguata è quella del cosiddetto costruttivismo o proceduralismo morale, in una versione per certi versi simile a quelle sottoscritte da Rawls, Habermas o Nino che, a grandi linee, sono coincidenti. Si basano tutte, infatti, sull'idea che i principi di una morale giustificata sarebbero quelli a cui giungerebbe per consenso un insieme di agenti che discutono rispettando alcune regole più o meno idealizzate. I criteri per valutare i ragionamenti giudiziari rimandano, pertanto, all'argomentazione razionale. È importante, inoltre, chiarire che difendere una posizione oggettivista della morale non equivale a difendere l'assolutismo morale; l'oggettivista sostiene che i giudizi morali includono una pretesa di correttezza ma sono aperti alla critica, alla discussione razionale e, pertanto, possono essere modificati, non sono assoluti. Inoltre, la pretesa di correttezza dei giudizi morali non si identifica con la pretesa di verità dei giudizi scientifici; l'oggettività morale è analoga ma non equivalente a quella scientifica. Nessuno pretende che esistano criteri di verificabilità e falsificabilità delle teorie morali uguali a quelli che si applicano alle teorie scientifiche o comunque non è necessario che esistano al fine di sostenere l'oggettivismo morale; il fatto che esistano criteri oggettivi per determinare quando una proposizione morale è più o meno corretta non presuppone necessariamente che esistano “fatti morali”: oggettivismo morale non equivale a realismo morale.

5. *La ragionevolezza nel diritto*

Sebbene esistano criteri, criteri oggettivi come quelli menzionati, ciò non vuol dire che attingendo ad essi si possano risolvere tutti i problemi di valutazione delle argomentazioni giuridiche; in particolare, dei ragionamenti giudiziari. Non sono sufficienti (non sempre) perché alcuni di essi possono risultare di difficile applicazione, discutibili in alcuni dei loro punti, eccessivamente indeterminati, ecc. Inoltre, perché è possibile che tra gli stessi sorgano contraddizioni, ovvero che non sia possibile (in qualche caso) soddisfarli tutti. I precedenti criteri sono presentati in maniera tale che sembrerebbe che gli ultimi, o l'ultimo, godano di una certa priorità rispetto ai primi; ciò consentirebbe di risolvere in maniera più o meno automatica queste contraddizioni. Tuttavia, non è così. È possibile, ad esempio, che una ragione di morale sostanziale (di morale giustificata) debba cedere il passo a ragioni di carattere istituzionale. Può sembrare paradossale, ma il paradosso si dissolve se si considera che l'argomentazione giustificativa si svolge su più livelli: ad un primo livello, esiste un conflitto tra ragioni (tra una ragione morale e una istituzionale), che si risolve, ad un secondo livello, dando la priorità a quella di carattere istituzionale. La ragione di secondo livello è (deve essere) di tipo morale e ciò corrisponde alla tesi della supremazia della morale che regge il ragionamento pratico e, pertanto, quello giuridico. Tuttavia, supremazia della morale non vuol dire imperialismo della morale. In altri termini, l'unità della ragion pratica non comporta che il ragionamento giudiziale si risolva semplicemente nel ragionamento morale; la motivazione di una sentenza giudiziale include necessariamente una componente morale, ma il giudice non è un ragionatore morale e basta; nel ragionamento giudiziale (e, in generale, in quello giuridico) gli aspetti istituzionali svolgono, ovviamente, un ruolo essenziale.

Ad ogni modo, l'insufficienza dei criteri prima elencati per risolvere tutti i problemi di valutazione può interpretarsi come un richiamo all'idea di ragionevolezza. Ebbene, di “ragionevolezza” può parlarsi in vari modi. Nella sua accezione più generale, si applica a qualsiasi decisione giudiziale (giuridica), dal momento che la ragionevolezza stabilisce, semplicemente, il limite del

giustificabile, del giuridicamente accettabile; anche la decisione più semplice, più indiscutibile, deve essere ragionevole: la ragionevolezza – diciamo – è qualcosa in più rispetto alla razionalità in senso stretto, sebbene, talvolta, agire – decidere – in maniera ragionevole voglia dire semplicemente farlo in maniera strettamente razionale. Ma, in senso stretto, la ragionevolezza entra in gioco unicamente rispetto a determinate decisioni, a certe argomentazioni. In altri termini, la necessità di essere ragionevole (a volte è richiesta esplicitamente dal Diritto stesso) si pone quando, in relazione a una questione, sembra esistere, in principio, un certo margine per decidere in una maniera o nell'altra. È quello che può succedere quando si tratta di valutare due giustificazioni giudiziali di segno opposto, su un medesimo caso; nessuna delle due – immaginiamo – commette errori inferenziali, rinuncia ad utilizzare il sistema di fonti stabilito, ricorre a canoni interpretativi stravaganti o risulta incoerente in relazione a qualche interpretazione (più o meno plausibile) dei valori dell'ordinamento. È anche possibile che chi argomenta in una delle due direzioni non attribuisca il disaccordo dell'altro argomentatore a ignoranza o mala fede ma, semplicemente, al fatto che egli non condivide i suoi stessi valori; d'altronde, essere ragionevole vuol dire esattamente assumere un atteggiamento di questo tipo, un atteggiamento tollerante e aperto nei confronti dell'altro. Ciò non implica, comunque, una rinuncia all'oggettività, ossia accettare che entrambe le posizioni siano ugualmente giustificabili, ragionevoli. In qualche caso potrebbe verificarsi questa situazione di pareggio ma non è ciò che avviene normalmente e, di solito, solamente una delle due posizioni potrà ritenersi ragionevole (o, se si vuole, la più ragionevole): quella che riesce, date le circostanze del caso, a soddisfare nella maggior misura possibile i requisiti finora presentati, considerando il peso relativo di ognuno di essi (ad esempio, sarebbe irragionevole insistere sulla necessità di interpretare in senso eccessivamente letterale una determinata norma quando il suo tenore non impedisce un'altra interpretazione che potrebbe evitare di erodere un valore di importanza considerevole, ecc.). Questa nozione di ragionevolezza coincide, in realtà, con quella di efficienza, intesa in un senso assolutamente generale: come bilanciamento adeguato tra i costi e i benefici calcolati nel momento in cui si assume una determinata decisione. È questo ciò che Alexy intende per principio di proporzionalità: a suo avviso, infatti, si tratta del principio più basilare del ragionamento giuridico (una sorta di metaprincipio) che si suddivide, a sua volta, in tre sotto-principi: quello di idoneità e quello di necessità (che si riferiscono all'ottimizzazione in relazione alle possibilità fattuali), e quello di proporzionalità in senso stretto o ponderazione (ottimizzazione in relazione alle possibilità normative). Coincide anche con l'idea dworkiniana secondo cui tutti dovrebbero essere trattati con eguale considerazione e rispetto, idea che potrebbe interpretarsi nel senso che, nei limiti stabiliti dal Diritto, le decisioni giudiziali devono soddisfare, nella maggior misura possibile, questo valore.

Oltre a questa idea di equilibrio, di bilanciamento tra esigenze contrapposte, la nozione di ragionevolezza (in senso specifico) contiene un ulteriore elemento: quello dell'accettabilità. Una decisione ragionevole sarebbe quella che, tenuto conto di tutti gli elementi della situazione (il giudizio ragionevole è sempre un giudizio olistico), riesce a raggiungere un'articolazione ottima tra le esigenze contrapposte, risultando altresì accettabile. L'accettabilità non può intendersi qui semplicemente come accettazione di fatto (per le ragioni esposte a proposito del criterio della moralità sociale), ma risulterebbe ugualmente inutile appellarsi ad un mero consenso razionale (o l'accettazione da parte di qualche entità che discorra monologicamente, come lo spettatore imparziale o il giudice Ercole). Si tratta, piuttosto, di trovare un equilibrio tra queste due idee di consenso: chi argomenta ragionevolmente si sforza di trovare punti di accordo reali che possano fungere da base per raggiungere un nuovo accordo, ovvero per passare dall'accettato all'accettabile. E quindi argomenterebbe così: "posto che siamo d'accordo su X, dovremmo esserlo anche su Y". Inoltre, dovrebbe seguire una strategia "dal basso verso l'alto", evitando, per quanto possibile, che il discorso giustificativo raggiunga livelli troppo profondi, in cui vengono colpiti i valori più fondamentali e risulta più difficile ottenere un consenso.

6. *Un caso pratico: analisi e valutazione della sentenza Sez. Un. civ., 09/09/2021, n. 24414**

6.1. *Analisi*

1. Il professor C.F., docente presso un Istituto professionale, aveva a più riprese manifestato la propria disapprovazione verso la presenza del crocifisso in un'aula scolastica. Gli alunni, riuniti in assemblea, avevano deciso di mantenere il simbolo durante tutte le ore di lezione. Nonostante ciò, il professore, reclamando il rispetto della propria libertà religiosa e di insegnamento, rimuoveva sistematicamente il crocifisso dalla parete dell'aula all'inizio della propria lezione per poi riappenderlo al termine della stessa. Prendendo atto della decisione degli studenti e dell'insistenza del professore nel rimuovere il crocifisso, il dirigente scolastico emanava una circolare in cui si richiamavano tutti i docenti al dovere di rispettare la volontà espressa dagli studenti e un ordine di servizio con cui si impartiva la disposizione che il simbolo fosse fissato stabilmente alla parete, diffidando al contempo il professor C.F. dal rimuoverlo. Non avendo il professore rispettato l'ordine di servizio, la Direzione scolastica avviava un procedimento disciplinare nei suoi confronti, irrogandogli la sanzione della sospensione dall'insegnamento per trenta giorni. Il professore provvedeva ad impugnare sia l'ordine di servizio che il provvedimento della Direzione scolastica dinanzi al Tribunale di Terni, sezione lavoro, che respingeva le domande del ricorrente. Anche il gravame veniva respinto dalla Corte d'appello di Perugia. La questione giungeva, dunque, dinanzi alla Corte di Cassazione. La Sezione lavoro, prospettando una questione di massima di particolare rilevanza, rimetteva gli atti al Primo Presidente che ne disponeva l'assegnazione alle Sezioni Unite.

2. Il problema che le Sezioni Unite devono affrontare riguarda la compatibilità tra l'ordine di esposizione del crocifisso, impartito dal dirigente scolastico sulla base di una delibera assunta a maggioranza dall'assemblea di classe degli studenti, e la libertà di insegnamento e di coscienza del professore.

3. La soluzione del problema, secondo i giudici delle Sezioni Unite, dipende da tre questioni:

3.1. Se la circolare del dirigente scolastico che richiama tutti i docenti della classe al dovere di rispettare la volontà degli studenti, espressa a maggioranza in assemblea, di vedere esposto il crocifisso nella propria aula possa considerarsi legittimo. La risposta della Corte è no e, dunque, l'atto deve considerarsi illegittimo. Le ragioni addotte dalla Corte sono, fondamentalmente, le seguenti:

3.1.1. Il R.D. 30 aprile 1924 n. 965, art. 118, che stabilisce che «Ogni istituto» di istruzione media «ha la bandiera nazionale; ogni aula, l'immagine del Crocifisso e il ritratto del Re» è applicabile anche alle scuole medie superiori e può essere interpretato in maniera conforme alla Costituzione;

3.1.2. Il mutato quadro ordinamentale fa venire meno l'esistenza di una religione di Stato e valorizza il principio di laicità e quello di libertà religiosa;

3.1.3. Il crocifisso è un simbolo religioso;

3.1.4. L'obbligo di esporre il crocifisso è incompatibile con il principio di laicità in quanto esprime una scelta confessionale da parte dello Stato;

3.1.5. Tale obbligo contrasta con la libertà religiosa tanto nella sua dimensione positiva (non ne è esplicitazione) tanto nella sua dimensione negativa (comprimendola);

* Ringrazio Angelo Abignente per aver dedicato tempo ed attenzione a questo lavoro di analisi e valutazione critica della sentenza. Le sue osservazioni critiche e i suoi suggerimenti sono stati preziosi.

3.1.6. L'assenza di un obbligo di esposizione del crocifisso non implica un divieto di esposizione dello stesso perché il principio di laicità previsto dal nostro ordinamento è inclusivo, la scuola pubblica è un luogo che favorisce l'inclusione promuovendo l'incontro di più culture e religioni, e inoltre il crocifisso è anche simbolo delle radici culturali della nostra società;

3.1.7. Tra l'obbligo e il divieto di esposizione del crocifisso è preferibile la soluzione dell'accomodamento ragionevole, già favorita dalla giurisprudenza straniera (Tribunale federale tedesco e svizzero) e raggiungibile interpretando evolutivamente ed estensivamente il R.D. del 1924;

3.1.8. La soluzione dell'accomodamento ragionevole valorizza l'art. 118 Cost. (in particolare, quello della sussidiarietà orizzontale), affidando la scelta sull'esposizione del crocifisso all'autonomia delle istituzioni scolastiche;

3.1.9. Affidando la decisione a ciascun istituto (e, in particolare, alle circolari dei dirigenti scolastici che devono limitarsi a recepire quanto deciso nei consigli di classe nella composizione allargata docenti/alunni) viene evitata sia una decisione basata sulla semplice applicazione della regola della maggioranza sia un potere di veto illimitato concesso al singolo, perché si privilegia un "approccio dialogante";

3.1.10. Il crocifisso è un simbolo passivo;

3.1.11. Nel caso di specie, la circolare del dirigente non ha ricercato un ragionevole accomodamento con la posizione manifestata dal professore, proponendo soluzioni alternative come, ad esempio: 1) affissione di altri simboli, oltre al crocifisso; 2) diversa collocazione spaziale del crocifisso; 3) spostamento momentaneo del crocifisso durante l'orario di lezione del professore.

3.2. Se la sanzione disciplinare irrogata al docente possa o meno considerarsi legittima. La risposta della Corte è che la sanzione disciplinare deve considerarsi invalida perché:

3.2.1. La circolare del dirigente scolastico è illegittima (3.1.) e tale illegittimità travolge la sanzione disciplinare applicata per la reiterata inosservanza dell'ordine di servizio con essa impartito.

3.3. Se l'ordine di servizio emanato dal dirigente scolastico integri o meno una forma di discriminazione nei confronti del professore per motivi legati alla libertà religiosa e di insegnamento. La Corte ritiene che non vi sia stata alcuna forma di discriminazione nei confronti del professore perché:

3.3.1. Recependo la volontà espressa dall'assemblea degli studenti in ordine alla presenza del simbolo, il dirigente scolastico non ha connotato in senso religioso l'esercizio della funzione pubblica di insegnamento;

3.3.2. Il crocifisso è un simbolo passivo e quindi non evidenzia un nesso confessionale tra insegnamento e valori del cristianesimo;

3.3.3. La presenza del crocifisso non ha creato problemi ad altri alunni di religione musulmana e provenienti dall'Europa orientale;

3.3.4. Il sistema educativo della scuola pubblica italiana è pluralista;

3.3.5. Lo svolgimento della funzione di insegnamento è contrassegnato dal contesto di comunità e dalla esistenza di una relazione dialogante;

3.3.6. La percezione soggettiva del ricorrente non può da sola essere sufficiente a concretizzare la «situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone» cui fa riferimento il D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 2, comma 1, lett. b), nel definire la c.d. "discriminazione indiretta";

3.3.7. Se la natura di simbolo passivo del crocifisso esclude che possa risulterne influenzato l'alunno, ciò vale a maggior ragione per il docente, ossia una persona matura e dotata di spirito critico;

3.3.8. L'affissione del crocifisso non ostacola il docente nell'esercizio di alcuna delle sue libertà, anche quella di criticare, nelle forme legittime, il simbolo davanti alla classe;

3.3.9. La «situazione di particolare svantaggio» non equivale ad un mero fastidio o disaccordo sul piano culturale;

- 3.3.10. Le convinzioni personali dell'insegnante restano tali e non sono minacciate in ragione della presenza di quelle altrui e dalle rappresentazioni simboliche che di esse facciano gli studenti;
- 3.3.11. L'affissione del crocifisso è il risultato dell'esercizio del diritto fondamentale di libertà di coscienza degli studenti che il docente è chiamato a tollerare;
- 3.3.12. La circolare e l'ordine di servizio non pongono, dunque, il docente in una situazione di particolare svantaggio perché la libertà di insegnamento e quella di professare liberamente le proprie convinzioni non risultano per nulla incisi, influenzati o menomati.

4. Come conseguenza delle precedenti argomentazioni, la Corte:

4.1. Stabilisce i seguenti principi di diritto:

- a) In base alla Costituzione repubblicana, ispirata al principio di laicità dello Stato e alla salvaguardia della libertà religiosa positiva e negativa, non è consentita, nelle aule delle scuole pubbliche, l'affissione obbligatoria, per determinazione dei pubblici poteri, del simbolo religioso del crocifisso.
- b) Il R.D. n. 965 del 1924, art. 118, che comprende il crocifisso tra gli arredi scolastici, deve essere interpretato in conformità alla Costituzione e alla legislazione che dei principi costituzionali costituisce svolgimento e attuazione, nel senso che la comunità scolastica può decidere di esporre il crocifisso in aula con valutazione che sia frutto del rispetto delle convinzioni di tutti i componenti della medesima comunità, ricercando un "ragionevole accomodamento" tra eventuali posizioni difformi.
- È illegittima la circolare del dirigente scolastico che, nel richiamare tutti i docenti della classe al dovere di rispettare e tutelare la volontà degli studenti, espressa a maggioranza in una assemblea, di vedere esposto il crocifisso nella loro aula, non ricerchi un ragionevole accomodamento con la posizione manifestata dal docente dissenziente.
- c) L'illegittimità della circolare determina l'invalidità della sanzione disciplinare inflitta al docente dissenziente per avere egli, contravvenendo all'ordine di servizio contenuto nella circolare, rimosso il crocifisso dalla parete dell'aula all'inizio delle sue lezioni, per poi ricollocarlo al suo posto alla fine delle medesime.
- d) Tale circolare, peraltro, non integra una forma di discriminazione a causa della religione nei confronti del docente, e non determina pertanto le conseguenze di natura risarcitoria previste dalla legislazione antidiscriminatoria, perché, recependo la volontà degli studenti in ordine alla presenza del crocifisso, il dirigente scolastico non ha connotato in senso religioso l'esercizio della funzione pubblica di insegnamento, né ha condizionato la libertà di espressione culturale del docente dissenziente.

4.2. Cassa con rinvio la sentenza della Corte d'appello di Perugia che dovrà uniformarsi a tali principi di diritto.

6.2. Schema

2.

(l'ordine di esposizione del crocifisso, impartito dal dirigente scolastico sulla base di una delibera assunta a maggioranza dall'assemblea di classe degli studenti, è compatibile con la libertà di insegnamento e di coscienza del professore?)

3.1. (È legittima la circolare del dirigente scolastico che richiama tutti i docenti della classe al dovere di rispettare la volontà degli studenti, espressa a maggioranza in assemblea, di vedere esposto il crocifisso nella propria classe?)

3.2. (È legittima la sanzione disciplinare della sospensione di trenta giorni irrogata al docente?)

3.3. (È discriminatorio della libertà religiosa e di insegnamento del docente l'ordine di servizio con cui il dirigente scolastico impone l'affissione del crocifisso, diffidando chiunque dal rimuoverlo?)

3.1.1.
3.1.2.
3.1.3.
3.1.4.
3.1.5.
3.1.6.
3.1.7.
3.1.8.
3.1.9.
3.1.10.
3.1.11.

3.2.1.

3.1.
3.2.
3.3.
3.4.
3.5.
3.6.
3.7.
3.8.
3.9.
3.10.
3.11.
3.12.

NO

NO

NO

4.1. Stabilisce i principi di diritto a), b), c), d)
4.2. Cassa con rinvio alla Corte d'Appello che dovrà decidere sulla base di tali principi

6.3. Valutazione

La sentenza n. 24414 del 9 settembre 2021 affronta una quantità immensa (e forse abnorme) di questioni. Origina, com'è ovvio, da una fattispecie dalle caratteristiche estremamente peculiari⁸, ma viene sfruttata dagli ermellini per ritornare sull'annoso problema dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. In effetti, alle Sezioni Unite veniva richiesto di pronunciarsi sulla più circoscritta questione circa la compatibilità tra l'ordine di esposizione del crocifisso contenuto nella circolare emanata da un dirigente scolastico "in attuazione" di una delibera assembleare degli studenti e la libertà religiosa e d'insegnamento di un docente. Questione, forse, mal posta⁹ – per i motivi che a breve si illustreranno – ma, certamente, foriera di ben pochi fraintendimenti. I giudici delle SS.UU., invece, colgono l'occasione per redigere una di quelle "sentenze-trattato" che le pur ben avvertite esigenze di semplificazione tenderebbero ad osteggiare¹⁰.

La *prima linea argomentativa*, elaborata per sostenere l'illegittimità della circolare emanata dal dirigente scolastico, si apre con la ricostruzione del quadro normativo italiano in materia di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. In particolare, viene preso in considerazione il R.D. 30 aprile 1924, n. 965, che all'art. 118 *prescrive* la presenza del crocifisso (insieme al ritratto del re!) tra gli arredi delle aule scolastiche (3.1.1.)¹¹. Ritenendo la disciplina regolamentare ancora formalmente *in vigore*, nonché *applicabile* anche alle scuole superiori¹², la Corte affronta la questione della sua compatibilità con il mutato quadro ordinamentale (3.1.2.).

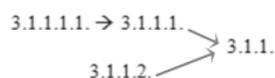
⁸ La dottrina non ha mancato di notare che mai, prima di questa occasione, fosse stato un professore a contestare l'affissione del crocifisso in un'aula scolastica (TOSCANO 2020; TOSCANO 2021; COLAIANNI 2021; LICASTRO 2021).

⁹ Come fa notare TOSCANO (2020, 890-891), «il Collegio individua il *thema* riferendolo innanzitutto alla necessità di pronunciarsi sul bilanciamento, in ambito scolastico, tra due libertà: da una parte, "la libertà di insegnamento"; dall'altra, "il rispetto della coscienza civile e morale degli alunni», senza considerare che «nella fattispecie esaminata non pare potersi riscontrare una contrapposizione tra due libertà, così netta ed evidente come quella descritta in ordinanza, quanto piuttosto la compressione certa di una libertà – quella del docente – in forza di controinteressati che non è altrettanto facile individuare».

¹⁰ Basta leggere il resoconto dell'incontro svoltosi nell'Aula Magna della Corte di Cassazione l'11 ottobre del 2018 sul tema per accorgersi della centralità dell'obiettivo della semplificazione. Il report è scaricabile al link (https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/REPORT_ARGOMENTAZIONE_DECISIONI_CASSAZIONE_MANCINI.pdf).

¹¹ L'art. 118 del R.D. 30 aprile 1924, n. 965, come indicato in precedenza, stabilisce che «Ogni istituto *ha* la bandiera nazionale; ogni aula, l'immagine del crocifisso e il ritratto del Re». Il termine "*ha*" è sottinteso nella seconda proposizione e non può che interpretarsi come "deve avere". È forse opportuno ricordare che l'utilizzo della forma indicativa in un testo normativo è piuttosto diffusa ma non implica una rinuncia alla prescrizione: «la forma imperativa e deontica» – come scrive GUASTINI (2011, 28-29) «sono sì tipiche, ma per nulla necessarie agli enunciati prescrittivi».

¹² Questi due argomenti addotti dalla Corte a sostegno dell'applicabilità e dell'attuale vigore della norma non sono stati riportati nell'analisi (e, di conseguenza, nello schema) della sentenza al fine di renderla più accessibile. Si tratta, tuttavia, di due argomenti importanti. Con il primo (3.1.1.1.) la Corte aderisce alla tesi del P.M. secondo cui il R.D. sarebbe applicabile anche alle scuole medie superiori calibrando l'ambito applicativo della disposizione sul sistema scolastico vigente nel momento in cui essa fu introdotta (e superando così l'interpretazione strettamente letterale condivisa dalla Corte d'appello e dalla sezione lavoro della Cassazione secondo cui le disposizioni regolamentari si applicherebbero esclusivamente agli istituti di istruzione media, in virtù delle attuali "denominazioni" dei percorsi scolastici). L'adesione alla tesi del P.M. è, a sua volta, giustificata dalla Corte sulla base della più diffusa tesi dottrinale in materia: si tratta di un argomento a sostegno di 3.1.1.1. (dunque, 3.1.1.1.). Con il secondo, invece, la Corte ricorda che un D.L. aveva provveduto all'abrogazione del R.D., superata da un successivo decreto dello stesso anno (3.1.1.2.). È possibile aggiungere allo schema tutti questi argomenti indicandoli come segue:



Il crocifisso, sostiene la Corte, è un simbolo religioso (3.1.3.) e imporne l'affissione implicherebbe una scelta confessionale da parte dello Stato, incompatibile con i principi di laicità (3.1.4.) e con il diritto alla libertà religiosa, sia nella sua dimensione positiva che in quella negativa (3.1.5.).

Sulla base di queste premesse sarebbe stato lecito attendersi l'adesione della Corte alla proposta del P.M. di ritenere inapplicabile la disciplina regolamentare per contrasto con i principi costituzionali appena menzionati (cfr. TOSCANO 2021, 50). E invece la Corte, con una soluzione abbastanza discutibile, propone di «espungere» dal testo del R.D. l'«obbligo di esposizione del crocifisso»; in sostanza, il crocifisso nelle aule può esserci o meno. La Corte giunge a questa conclusione specificando che l'assenza di un obbligo non implica la presenza di un divieto: pertanto, l'esposizione del crocifisso sarebbe (solamente) permessa.

Il riferimento alla non sussistenza di un divieto (3.1.6.) – punto sul quale si è avvinti da una sorta di iper-fetazione argomentativa in cui la Corte ricorda, rapsodicamente, che la nostra è una “laicità inclusiva”, che la scuola è il luogo dell'inclusione per eccellenza e che, tutto sommato, il crocifisso è anche un simbolo delle nostre radici culturali –¹³ consente, in realtà, ai giudici di intraprendere la vecchia strada della norma generale esclusiva per cui «tutto ciò che non è espressamente vietato è tacitamente permesso» (GUASTINI 2017, 170-172). In altri termini, pur di non riconoscere apertamente l'esistenza di una lacuna nell'ordinamento, conseguente alla disapplicazione del regolamento e tale da giustificare una soluzione più schiettamente costruita sui principi costituzionali, la Corte decide di attaccare al respiratore una disposizione centenaria privandola, tuttavia, di qualsiasi capacità regolativa.

Per salvare le apparenze, tuttavia, la Corte attinge al *passepertout* dell'argomento evolutivo¹⁴: quello che nello Stato fascista era un obbligo di affissione del crocifisso diventa, nello Stato costituzionale di diritto, solamente una possibilità. Un'evoluzione strana, difficilmente collocabile nei casi di “obsolescenza” che solitamente giustificano il ricorso a questo tipo di argomento (PINO 2021, 155-159), che addirittura riesce a trasformare un obbligo in un permesso. Ma la Corte non si ferma qui. Sostiene, infatti, che l'art. 118 del R.D. non solo possa essere aggiornato ma anche “esteso”, consentendo, oltre l'affissione del crocifisso, anche quella di altri simboli. Sul punto va rilevato un utilizzo improprio del concetto di interpretazione estensiva. Ad essa, infatti, si ricorre quando non si sa esattamente quali fattispecie ricadano nel campo di applicazione di una determinata norma (GUASTINI 2011, 277) e qui non pare vi siano dubbi di sorta: l'art. 118 indica specificamente il crocifisso tra gli arredi scolastici per cui sembra quantomeno dubbio estenderne la portata ad altri simboli religiosi¹⁵.

Combinando queste due acrobazie interpretative con l'argomento comparatistico tratto dall'esperienza tedesca e svizzera¹⁶, la Corte arriva a riempire lo spazio creato tra l'obbligo e il divieto con la soluzione “mite” dell'*accomodamento ragionevole* (3.1.7.), «capace di soddisfare» – scrivono i giudici – «le diverse posizioni nella misura concretamente possibile, in cui tutti con-

¹³ Sulla scarsa persuasività dell'ultimo di questi argomenti basta riprendere uno dei passaggi del commento di MORELLI (2006, 2) alla sentenza n. 556/2006 del Consiglio di Stato: «Il riconoscimento di un significato più ampiamente culturale al simbolo del crocifisso non è sufficiente [...] ad escluderne il valore religioso ed, anzi, concorre con questo in modo indissolubile a definirne il contenuto semantico complessivo. Pertanto, assumendo il crocifisso come simbolo identitario dello Stato, si finisce inevitabilmente con il porre un'equazione tra italianità e cristianità, sostenibile certo nelle sedi politiche e culturali adeguate, ma non immediatamente traducibile sul piano del diritto positivo, se non a discapito dell'ispirazione pluralistica, laica e, quindi, in definitiva, democratica dell'ordinamento vigente».

¹⁴ Non a caso, scrive PINO (2021, 305), «È proprio quando è necessario forzare decisamente, o superare, la lettera della legge, per adeguarla ad una nuova realtà, che» l'argomento evolutivo «assume pregnanza».

¹⁵ L'interpretazione estensiva (analogamente a quella restrittiva) è una tecnica utilizzata «qualora il significato letterale di una disposizione normativa [...] non corrisponde all'intenzione del legislatore»; nello specifico, il legislatore ha detto meno di quanto avrebbe dovuto (CANALE, TUZET 2014, 151). È evidente che, anche seguendo questa accezione più tradizionale, essa non si adegua al caso di specie.

¹⁶ Sull'argomento comparatistico in generale si veda CANALE 2016. Sull'utilizzo che ne fa la Corte v. ALICINO 2022.

cedono qualcosa facendo, ciascuno, un passo nella direzione dell'altro» (par. 19). Tra le ragioni offerte a sostegno di questa soluzione, assume un peso piuttosto rilevante quella dell'autonomia delle singole istituzioni scolastiche (3.1.8.)¹⁷ perché

«proprio la comunità che si raccoglie nella singola aula appare quella maggiormente in grado di scegliere e di decidere: di valutare se esporre il crocifisso, tenendo conto delle singole sensibilità e delle effettive richieste degli utenti del servizio scolastico; di costruire una consapevolezza del significato dell'esposizione del crocifisso: di eventualmente accompagnarne la presenza con l'affissione di simboli di altre fedi religiose o di altre convinzioni ideali o filosofiche presenti nella classe; di ricercare un ragionevole accomodamento con il più ampio consenso possibile» (par. 14.1)

La scelta della Corte di confidare nel ruolo delle istituzioni scolastiche è dettata soprattutto dalla loro prossimità alle “sensibilità” e alle “effettive richieste” di alunni e docenti. Una scelta che appare, tutto sommato, ragionevole, configurando una sorta di margine di apprezzamento in tono minore che rende la scuola l'ultimo di una serie di cerchi concentrici disegnati per risolvere il rebus del crocifisso nelle classi¹⁸.

Seppur dettata da nobili intenti, tuttavia, la soluzione proposta sembra criticabile sotto diversi punti di vista (TOSCANO 2021, 61 SS.). Il più importante riguarda lo stesso inquadramento teorico-concettuale dello strumento della *reasonable accommodation*. Si tratta, infatti, di uno strumento concepito per evitare gli effetti pregiudizievoli e discriminatori che le norme di applicazione generale possono produrre nei confronti di determinati soggetti per ragioni legate, tra l'altro, all'età, alla condizione fisica, all'etnia e, non da ultima, alla religione, al fine di ristabilire una situazione di eguaglianza di fatto (MACLURE 2012, 351). Dunque, lo spazio d'intervento dell'accomodamento ragionevole è, tipicamente, quello del sindacato antidiscriminatorio. Tuttavia, la Corte preferisce usufruirne per risolvere un presunto conflitto tra diritti, ossia quello (della maggioranza) degli studenti a vedere rispettate le proprie scelte religiose, da una parte, e quello della libertà di coscienza e religione del docente, dall'altra.

L'enfasi posta sul ruolo della decisione maggioritaria degli studenti¹⁹, opposta al “potere di veto” del singolo, si rivela piuttosto problematica. Tale decisione, infatti, oltre ad essere «viziata [a] da incompetenza» (COLAIANNI 2021, 15) su una questione che coinvolge «interessi pubblicistici non disponibili» come il principio di laicità dello Stato (TOSCANO 2021, 61), non offre alcuna risposta al problema fondamentale di questa vicenda, cioè l'obiezione di coscienza comunque esercitabile dal docente (ed eventualmente dagli alunni in minoranza [COLAIANNI 2021, 15]). Pur escludendo la Corte l'esistenza di un obbligo generale di affissione del crocifisso, infatti, all'esito del dialogo tra studenti e docenti verrà comunque presa una decisione che dovrà essere, in un certo senso, ratificata dal dirigente scolastico. Tale decisione produrrà (com'è lecito aspettarsi) effetti obbligatori ed è in questo momento che sarà riattivato il potere dei “dissidenti” di sollevare l'obiezione di coscienza, cioè di rifiutare l'obbedienza alla regola (posta dal dirigente) per ragioni di coscienza²⁰. Queste ragioni sono, infatti, legate all'esercizio di un diritto fondamentale – la libertà di coscienza e religione –, ancorato indissolubilmente ad una componente contro-maggioritaria (FERRAJOLI 2013, 8; DWORKIN 2010, 282-283), attivabile non solamente contro le

¹⁷ Si potrà aggiungere allo schema il simbolo (+) per indicare il peso maggiore di questo argomento: +→3.1.8.

¹⁸ Si ricordi che il ricorso al margine di apprezzamento è la soluzione adottata in quello che può considerarsi il *leading case* in materia di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. Mi riferisco, ovviamente, alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 18 marzo 2011, *Lautsi e altri c. Italia*.

¹⁹ Che solleva i medesimi problemi di una celebre decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Otto Pre-inger-Institute c. Austria*: in quel caso, tuttavia, ad essere enfatizzati erano i sentimenti religiosi della maggioranza dei tirolesi. Analizzo nel dettaglio questa pronuncia in BLANDO 2019, 262 SS.

²⁰ Riprendo questa definizione minimalista dell'obiezione di coscienza da TURCHI 1995.

norme generali adottate dalle maggioranze politiche (CHIASSONI 2007, 100), ma anche da quelle, più specifiche, prodotte dalle singole comunità²¹. A nulla vale ribadire – come fa la Corte – che il crocifisso è un simbolo passivo (3.1.10.) se poi si afferma, qualche riga dopo, che esso «è un atto di testimonianza, di professione della fede religiosa da parte dei componenti di quella comunità di vita in formazione che è una classe di scuola»: residuerà, comunque, al docente la facoltà di prendere le distanze da quella testimonianza, pretendendo che la si eserciti nei luoghi a ciò deputati.

Quindi, la soluzione della Corte alla prima questione si presenta così: non è ammissibile un *obbligo generale* di affissione del crocifisso perché esso contrasta con il principio di laicità dello Stato e con il diritto alla libertà religiosa; ciò non vuol dire che vi sia un *divieto generale*; tra l'obbligo e il divieto è preferibile la soluzione dell'*accomodamento ragionevole*, che viene comunque a concretizzarsi in un *obbligo specifico*, derivante da un provvedimento del dirigente scolastico assunto all'esito di una discussione tra le varie componenti della comunità scolastica; davanti a quest'obbligo specifico potrà essere sollevata un'*obiezione di coscienza*. Non avendo, nel caso di specie, il dirigente scolastico ricercato un ragionevole accomodamento con la posizione del docente (3.1.11.), la circolare deve considerarsi illegittima.

La *seconda linea argomentativa* è piuttosto breve; essa contiene, infatti, una sorta di argomentazione “per relationem”. Avendo sancito l'illegittimità della circolare del dirigente scolastico ne risulta “travolta” anche la conseguente sanzione disciplinare irrogata al docente: è il caso di c.d. “invalidità derivata” (3.2.1.)²².

Molto più complessa è la *terza linea argomentativa*, in cui la Corte affronta la questione degli eventuali profili discriminatori rinvenibili nell'ordine di servizio del dirigente scolastico.

Dopo aver ricordato la distinzione tra discriminazione diretta e indiretta – ad interessare qui è soprattutto la seconda, che si verifica «quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura [...] in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone» (art. 2, comma 1, lett. b, D.Lgs. n. 216 del 2003) –, i giudici intraprendono una strada piuttosto contorta per concludere che i provvedimenti del dirigente scolastico non hanno discriminato il docente per motivi legati alla libertà di insegnamento e a quella di coscienza e religione.

Anziché valorizzare l'argomento del (mancato) ragionevole accomodamento – particolarmente consono, come detto, al sindacato antidiscriminatorio –, i giudici sostengono che, essendosi il dirigente scolastico limitato a recepire la volontà espressa dagli studenti (meglio, dalla maggioranza di essi), non avrebbe connotato in senso religioso l'esercizio della funzione pubblica dell'insegnamento (3.3.1.). Quindi, per come si è svolta la vicenda, non sarebbe ravvisabile alcun intento discriminatorio nei confronti del docente. Ancora una volta, viene enfatizzato il ruolo degli studenti: poiché sono stati loro a decidere (sostanzialmente) l'affissione del crocifisso, è esclusa qualsiasi volontà del dirigente di modellare un luogo di lavoro in senso religiosamente orientato. Rimane, tuttavia, il problema dell'atto (formalmente) emanato dal dirigente: è esclusivamente su di esso che la Corte deve calibrare il proprio sindacato antidiscriminatorio, chiedendosi se una circolare attraverso cui si impone (di fatto) la presenza del crocifisso ponga il docente non cattolico in una situazione di particolare svantaggio. Verrebbe da pensare di sì: se, come sostenuto in precedenza dalla Corte l'obbligo di affissione del crocifisso si pone in contra-

²¹ Andrebbero qui riprese le critiche più comunemente rivolte al “multiculturalismo”. Ne offre una buona sintesi ARLETTAZ 2014, 53 SS.

²² Come ribadito di recente dal Consiglio di Stato (sez. III, 10 novembre 2020, n. 6922), «l'illegittimità ed il conseguente annullamento dell'atto presupposto determinano l'illegittimità di quello conseguente, venendo meno la situazione giuridica che costituisce la condizione unica e necessaria per la sua legittima esistenza (c.d. invalidità derivata); l'annullamento del provvedimento presupposto si ripercuote su quello presupponente, che è travolto e caducato».

sto con la libertà religiosa (3.1.5.), come può la presenza del simbolo non produrre effetti pregiudizievole sul docente non cattolico?

E invece la Corte fa un piccolo dietrofront: il crocifisso è sì un simbolo religioso ma è un simbolo religioso passivo e perciò la sua esposizione non implica la presenza di un nesso confessionale tra la scuola e la religione cattolica (3.3.2.)²³, argomento che contrasta palesemente con l'incompatibilità tra l'obbligo di esposizione del crocifisso e il principio di laicità dello Stato sostenuto in precedenza (3.1.4.): anche la circolare del dirigente infatti, è bene ribadirlo, produce effetti obbligatori cui deve conformarsi, in questo caso, il docente-lavoratore.

Inoltre, argomenta la Corte, la presenza del crocifisso non ha creato problemi ad altri studenti di religione musulmana e di provenienza orientale (3.3.3.) che possono usufruire di un sistema educativo, quello della scuola pubblica italiana, improntato al pluralismo (3.3.4.). Entrambi gli argomenti sono estremamente fragili. Non si comprende, in primo luogo, perché il fatto che il simbolo religioso non abbia causato problemi ad alcuni soggetti debba escludere la possibilità che possa causarli in altri e, nello specifico, al docente. Non è accettabile, in secondo luogo, la deviazione dal problema del crocifisso a quello dell'insegnamento pluralista. Si tratta di un chiaro esempio di argomento fallace per mancanza di pertinenza con la questione discussa (VEGA REÑON 2003, 196), molto simile, peraltro, a uno di quelli utilizzati dalla *Grand Chambre* nella sentenza *Lautsi II*²⁴.

Per escludere definitivamente la sussistenza di una discriminazione indiretta nei confronti del docente, i giudici sostengono che la sola percezione soggettiva del ricorrente o il mero fastidio non siano di per sé sufficienti a concretizzare la situazione di particolare svantaggio richiesta dal decreto legislativo (3.3.6./3.3.9.). Non si tratta, tuttavia, di un argomento dotato di autonomia giustificativa: come ricorda LICASTRO (2021, 57), infatti, il «particolare svantaggio» richiamato dalla norma «non riceve [...] alcuna specifica “tipizzazione” normativa» e potrebbe benissimo consistere in «qualsiasi pregiudizio comparativamente più gravoso che sia subito dal lavoratore rispetto a tutti gli altri», «determinato in questo caso «da motivi religiosi o ideologici». Non è necessaria, dunque, «una vera e propria violazione della libertà religiosa o di coscienza» – ciò che invece la Corte si impegna ad escludere, richiamando anche l'intatta libertà di critica del docente, pur di non riconoscere la matrice discriminatoria della circolare (3.3.8.) –, ma è sufficiente che il docente abbia subito uno svantaggio (di qualsiasi tipo) nell'esercizio di quest'ultima rispetto agli altri. Svantaggio che, nel caso di specie, sembra sussistere sia rispetto alla maggioranza degli studenti sia rispetto agli altri docenti che «non riscontr[ano] un disturbo nel fare lezione “all'ombra” del crocifisso» (TOSCANO 2021, 63).

Non persuade, infine, nemmeno l'invocazione fatta dalla Corte del rispetto della libertà di coscienza degli alunni come finalità legittima perseguita dal provvedimento del dirigente scolastico (3.3.11), argomento che comporta una vera e propria inversione dei termini del problema. Secondo i giudici, infatti, il docente – in minoranza –, avrebbe dovuto tollerare una decisione assunta a maggioranza per non ledere la libertà di coscienza di quegli stessi studenti che, opponendosi ad un momentaneo (in quanto limitato alle sole ore di lezione di quel docente) spostamento del crocifisso, hanno dimostrato un'attitudine poco tollerante nei suoi confronti. Che fine ha fatto il tanto invocato accomodamento ragionevole?

²³ Associato ad un argomento *a fortiori* poco convincente: se la natura di simbolo passivo del crocifisso esclude che possa risulterne influenzato l'alunno, ciò vale a maggior ragione per il docente, ossia una persona matura e dotata di spirito critico (3.3.7.). Potrebbe sostenersi, infatti, che proprio la maturità e lo spirito critico raggiunti dal docente gli permettano di avvertire maggiormente, rispetto a studenti in via di formazione, la pregnanza e il valore del crocifisso.

²⁴ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 18 marzo 2011, § 39, dove la Corte, per giustificare la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche, sostiene che gli alunni italiani «beneficiano [...] di un insegnamento che permette lo sviluppo di un senso critico nei confronti della questione religiosa, in un'atmosfera serena e preservata da ogni forma di proselitismo». Una critica simile può essere mossa all'argomento 3.3.5., secondo cui lo svolgimento della funzione di insegnamento è contrassegnato dal contesto di comunità e dalla esistenza di una relazione dialogante. Tale argomento è invece molto valorizzato da PRISCO 2021.

Riferimenti bibliografici

- ALEXYS R. 1998. *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè (ed. or. *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, 1978, ed. it. a cura di M. La Torre).
- ALICINO F. 2022. *L'accomodamento ragionevole e l'equità della laicità italiana. L'esposizione del crocifisso alla luce dell'insegnamento che proviene dalla comparazione*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 1, 2022, 53 ss.
- ANDERSON T., TWINING W., 1991. *Analysis of Evidence. How to Do Things with Facts Based on Wigmore's Science of Judicial Proof*, Northwestern University Press.
- ARLETTAZ F. 2014. *Religión, libertades y Estado. Un estudio a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Icaria.
- ATIENZA M. 1990. *Para una teoría de la argumentación jurídica*, in «DOXA», 8, 1990, 39 ss.
- ATIENZA M. 1991. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC.
- ATIENZA M. 2013. *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta.
- ATIENZA M. 2019. *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Editoriale Scientifica (ed. or. *El derecho como argumentación*, Ariel, 2012, ed. it. a cura di A. Abignente, trad. it. di V. Nitrato Izzo).
- ATIENZA M., RUIZ MANERO J., 1996. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel.
- BLANDO G. 2019. *Secolarizzazione e laicità. Pratiche argomentative della CEDU*, Editoriale Scientifica.
- CANALE D. 2016. *L'argomento comparatistico. Un contributo allo studio del ragionamento giuridico*, in «Ars Interpretandi», 1, 2016, 47 ss.
- CANALE D., TUZET G. 2014. *Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva nel ragionamento giuridico*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2014, 149 ss.
- CHIASSONI P. 2007. *Lo Stato laico secondo madre chiesa. Libertà religiosa e di coscienza in una società liberal-democratica*, in «Ragion Pratica», 1, 2007, 77 ss.
- COLAIANNI N. 2021. *Il crocifisso di nuovo in Cassazione. Note da amicus curiae*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 12, 2021, 1 ss.
- DWORKIN R. 2010. *I diritti presi sul serio*, il Mulino (ed. or. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, ed. it. di N. Muffato).
- FERRAJOLI L. 2013. *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza.
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè.
- HAMBLIN C.L. 1958. *Questions*, in «Australasian Journal of Philosophy», 3, 1958, 159 ss.
- LICASTRO A. 2021. *Il crocifisso e i diritti del lavoratore nell'ambiente scolastico (aspettando le Sezioni Unite della Cassazione)*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 7, 2021, 35 ss.
- MACCORMICK N. 2001. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli (ed. or. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, ed. it. a cura di V. Villa, trad. it. di A. Schiavello).
- MACLURE J. 2012. *L'accomodamento ragionevole e la concezione soggettiva della libertà di coscienza*, in «Iride», 2, 2012, 349 ss.
- MARRAUD H. 2007, *Methodus Argumentandi*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid.

- MORELLI A. 2006. *Un ossimoro costituzionale: il crocifisso come simbolo di laicità*, in «Forum Costituzionale», 2006, 1 ss.
- PERELMAN C. 2005. *Il problema della buona scelta*, in ID., *Teoria e pratica dell'argomentazione. Antologia degli scritti*, a cura di G. Furnari Luvarà, Rubbettino (ed. or. *Le problème du bon choix*, in «Revue de l'Institut de Sociologie», 3, 1948, 383 ss.).
- PERELMAN C., OLBRECHTS-TYTECA L. 2013. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi (ed. or. *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Presses Universitaires de France, 1958, trad. it. di C. Schick, M. Mayer, E. Barassi).
- PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.
- PRAKKEN H., SARTOR G. 2002. *The Role of Logic in Computational Models of Legal Argument: A Critical Survey*, in KAKAS A.C., SADRI F. (eds.), *Computational Logic: Logic Programming and Beyond. Essays in Honour of Robert A. Kowalski*, Part I, Springer, 342 ss.
- PRISCO S. 2021. *La laicità come apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali (riflessioni a partire da Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, n. 24414 del 2021)*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 21, 2021, 53 ss.
- RAZ J. 1994. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press.
- TARUFFO M. 2002. *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, il Mulino.
- TOSCANO M. 2020. *Crocifisso nelle aule scolastiche: una fattispecie inedita al vaglio delle Sezioni Unite*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3, 2020, 887 ss.
- TOSCANO M. 2021. *Il crocifisso "accomodato". Considerazioni a prima lettura di Corte cass., Sezioni Unite civili, n. 24414 del 2021*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 18, 2021, 45 ss.
- TOULMIN S.E., RIEKE E.T., JANIK A. 1978. *An Introduction to Reasoning*, MacMillan.
- TOULMIN S.E. 1958. *The Uses of Argument*, Cambridge University Press.
- TURCHI V. 1995. *Obiezione di coscienza*, in SACCO R. (ed.), *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, UTET, 543 ss.
- VEGA REÑON L. 2003. *Si de argumentar se trata*, Montesinos.
- VON SAVIGNY E. 1976. *Argumentation in der Literaturwissenschaft*, Beck.
- VON WRIGHT G.H. 1989. *Norma e azione. Un'analisi logica*, il Mulino (ed. or. *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge, 1963, trad. it. di A. Emiliani).
- WIGMORE J.H. 1937. *The Science of Judicial Proof*, Little Brown.