

# CONTRO L'ARGOMENTO DELL'OSCURITÀ POTENZIALE<sup>+</sup>

Giovanni Tuzet\*

## *Abstract*

L'articolo pone l'attenzione su uno degli argomenti che vengono talvolta utilizzati o menzionati contro la teoria intermedia dell'interpretazione giuridica a favore della teoria scettica moderata. Si tratta dell'argomento dell'*oscurità potenziale* dei testi normativi, di cui l'articolo sostiene la debolezza in base all'argomento concorrente della *chiarezza potenziale* e di cui viene suggerita in conclusione una più convincente versione empirica.

The paper focuses on an argument which is sometimes used or mentioned against the Hartian theories of legal interpretation in favor of a moderate skeptical theory: the argument of the *potential unclarity* of legal provisions. The paper claims it is a weak argument, because of the competing argument of the *potential clarity*, and suggests at the end a more convincing empirical version of it.

## *Parole chiave*

Interpretazione giuridica, Scetticismo interpretativo, Indeterminatezza potenziale  
Legal Interpretation, Interpretive Skepticism, Potential Indeterminacy

In un caso su cento un punto è estremamente discusso perché oscuro; nei rimanenti novantanove è oscuro perché estremamente discusso.

(E.A. Poe)

## 1. Introduzione

Nel dibattito contemporaneo sull'interpretazione giuridica e giudiziale sono varie le teorie a confronto; alcune di esse, come il formalismo, sono rigettate dalla maggior parte degli autori; altre godono di maggior credito, ma nessuna è riuscita finora a imporsi come la più corretta sotto il profilo descrittivo ed esplicativo delle attuali pratiche di interpretazione in ambito giuridico<sup>1</sup>.

Fra i giuristi italiani, mi sembra, riscuotono un ampio consenso le teorie ermeneutiche incentrate sulle nozioni di precomprensione e circolo ermeneutico, che molti operatori giuridici trovano esplicative di ciò che essi effettivamente fanno quando sono alle prese con un problema giuridico, con fatti da qualificare e un testo da interpretare.

Nell'ambito della teoria analitica dell'interpretazione giuridica, invece, sembra che a contendersi la palma di teoria preferibile, sotto il profilo indicato, i concorrenti siano essenzialmente due: la

---

<sup>+</sup> Pubblicato in "Analisi e diritto", vol. 2011, pp. 65-75.

\* Assistant Professor di Filosofia del diritto, Dipartimento di Studi giuridici, Università Bocconi; giovanni.tuzet@unibocconi.it

<sup>1</sup> In ambito internazionale, cfr. specialmente H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961 (sec. ed. 1994), cap. VII; R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.) and London, Harvard University Press, 1986; A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1995. In ambito italiano, v. fra gli altri G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, 1999; C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999; E. Diciotti, *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, Università di Siena, Dipartimento di Scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali, Working Paper 45, 2003; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004. Altra questione è quale teoria o dottrina sia preferibile sotto il profilo prescrittivo.

teoria *intermedia* e la teoria *scettica moderata*. Almeno nel dibattito italiano sono queste le teorie che riscuotono un credito maggiore e ne darò di seguito una presentazione schematica in una delle loro possibili formulazioni <sup>2</sup>.

Viene detta *intermedia* (o “mista”, o “eclettica”) la teoria prospettata originariamente da Hart in riferimento ai precedenti e secondo cui, assumendo che il compito dell’interprete sia quello di determinare il significato di testi normativi, l’interpretazione giuridica consiste nella *scoperta* del significato quando il testo è chiaro (o quando il caso cui applicare la norma è facile) mentre consiste nell’*ascrizione* di un significato quando il testo è oscuro (o quando il caso è difficile) <sup>3</sup>.

Viene detta *scettica moderata*, invece, la teoria secondo cui l’interpretazione giuridica consiste sempre nell’*ascrizione* di un significato a un testo normativo, dove però (a differenza di quanto accade secondo lo scetticismo radicale) l’interprete non ascrive al testo un significato qualsivoglia ma uno dei significati ammissibili in base alle regole o regolarità linguistiche. La fortunata metafora della “cornice” dei significati ammissibili permette di mantenere una distinzione che è essenziale in ogni sistema giuridico, quella fra interpretazione e creazione di diritto: quando l’operatore ascrive un significato che sta dentro la cornice, c’è interpretazione; quando ascrive un significato che sta fuori di essa, c’è creazione di diritto <sup>4</sup>.

Si possono fare svariate considerazioni su queste teorie, sulle loro implicazioni e le loro conseguenze, al fine di pervenire a un bilancio e poter dire quale di esse è preferibile. L’obbiettivo di questo scritto è molto più limitato: intendo semplicemente porre l’attenzione su uno degli argomenti che vengono talvolta utilizzati o menzionati contro la teoria intermedia a favore della teoria scettica moderata. Si tratta dell’argomento dell’*oscurità potenziale*, di cui cercherò di rilevare la debolezza e se non erro l’incapacità di risolvere la disputa fra i candidati in lizza.

## 2. Critica della teoria intermedia

Per esporre l’argomento è necessario iniziare da un tratto della teoria intermedia: per i suoi sostenitori, nei casi facili o quando il testo è chiaro le disposizioni normative si prestano a essere immediatamente comprese e applicate dal giudice; al contrario, nei casi difficili o quando il testo è oscuro è necessario scegliere uno dei significati ammissibili (quelli nella cornice) prima di procedere all’applicazione. In sostanza, la teoria intermedia condivide un’idea con la teoria scettica

---

<sup>2</sup> Mi ispiro essenzialmente al quadro che ne dà Guastini. Cfr. Guastini, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 25 ss.; Id., *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, sec. ed., Torino, Giappichelli, 2006, p. 133 ss.; Id., *Nuovi studi sull’interpretazione*, Roma, Aracne, 2008; Id., *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011; Id., *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011 (purtroppo gli ultimi due volumi sono usciti quando il presente saggio era ormai formato e non ho potuto considerarli in dettaglio).

<sup>3</sup> Cfr. Hart, *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and The Nobel Dream*, in “Georgia Law Review”, 11, 1977, pp. 969-989. Guastini (*L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 29-21) distingue due forme di teoria intermedia (che chiamerei “casistica” e “testuale”): la prima riguarda casi, la seconda testi. Damiano Canale mi fa notare che per uno scettico (radicale?) i testi chiari o casi facili si lasciano meglio descrivere come quelli rispetto a cui le interpretazioni autoritative convergono; per la teoria intermedia dipendono invece dalle regole linguistiche date.

<sup>4</sup> Così Guastini, *Lo scetticismo interpretativo rivisitato*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 36, 2006, pp. 227-236 (ora in Id., *Nuovi studi sull’interpretazione*, cit., cap. III), p. 236. Sulla distinzione fra scetticismo radicale e moderato cfr. M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un’introduzione teorica*, terza ed., Torino, Giappichelli, 2008, pp. 223-225. Per le complicazioni riguardanti il fatto che i significati ammissibili non sono solo funzione delle regole o regolarità linguistiche ma anche di criteri giuridici, cfr. Barberis, *Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici* à la génoise, in “Analisi e diritto 2000”, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 1-36, p. 24; Id., *Teologia dell’interpretazione*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 32, 2002, pp. 285-303, pp. 298-299; P. Chiassoni, *Codici interpretativi*, in “Analisi e diritto 2002-2003”, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 55-124; Guastini, *Lo scetticismo interpretativo rivisitato*, cit., p. 235, nota 46. Per una critica allo scetticismo radicale cfr. P. Becchi, *Enunciati, significati, norme. Argomenti per una critica dell’ideologia neoscettica*, in “Analisi e diritto 1999”, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 1-14.

moderata (quella di una cornice di significati ammissibili entro la quale si esercita la discrezionalità giudiziale) ma la confina all'ambito dei casi difficili o dei testi oscuri: nei casi facili o rispetto ai testi chiari non c'è una scelta discrezionale fra i vari significati ammissibili ma una comprensione immediata (o una scoperta<sup>5</sup>) del significato del testo. Da ciò si evince come una distinzione cruciale per questa teoria sia quella fra casi facili e difficili, o fra testi chiari e oscuri. Un'obiezione comunissima a questo genere di tesi è che tale distinzione cruciale è tutt'altro che chiara. Ma cosa intende dire chi formula questa obiezione? Può voler dire due cose. La prima è che il confine fra testi chiari e oscuri<sup>6</sup> è esso stesso oscuro, nel senso che non è netto, definito, evidente. Se di questo si tratta, non mi pare un'obiezione di cui preoccuparsi tanto, poiché anche fra montagna e pianura non c'è un confine netto eppure la sua assenza non è un argomento contro l'esistenza di montagne e pianure. La seconda cosa che più sottilmente può voler dire chi formuli tale obiezione è che la distinzione viene tracciata di volta in volta, discrezionalmente dall'interprete stesso. Intesa in questo modo l'obiezione è più insidiosa, ma il sostenitore della teoria intermedia può replicare che la prassi stessa, il complesso dei comportamenti degli operatori giuridici e dei soggetti coinvolti, ci indica che alcuni testi sono chiari e altri oscuri, cioè che alcuni non sollevano problemi interpretativi a differenza di altri, o almeno che per alcuni vi è una larga convergenza interpretativa che manca per altri. Se dati di questo genere sono disponibili e non vengono messi in discussione, non è utile e doverosa una distinzione che ne dia conto, come in effetti sembra fare la distinzione fra testi chiari e oscuri? Prendiamo un esempio fra i tanti possibili nel diritto italiano. «La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno» (art. 2 c. I c.c.). Non risultano particolari problemi e difficoltà interpretative rispetto a questa disposizione. Perché, stando così le cose, non considerarlo un testo chiaro il cui significato viene immediatamente compreso? Oppure, in negativo, prendiamo un caso di interpretazione chiaramente inammissibile: dire che ai sensi della nostra legge penale è permesso uccidere la moglie se non prepara la cena. Quello di chi accampi tale pretesa non sarebbe un caso facile?

Un primo argomento che viene fatto valere contro la teoria intermedia è che non si tratta di una teoria dell'interpretazione bensì dell'*applicazione*, o in altri termini dell'*interpretazione in concreto* e non *in astratto*. Riccardo Guastini ha scritto che la teoria intermedia è una teoria dell'applicazione di norme previamente individuate, ovvero che essa «circoscrive il suo orizzonte all'interpretazione in concreto (in ultima analisi, all'applicazione), e non dice nulla dell'interpretazione in astratto»<sup>7</sup>. Prima, in senso logico, si devono individuare le norme ricavabili da una disposizione, poi, selezionata una di esse, si deve procedere alla sua applicazione al caso. In questo senso la teoria intermedia parlerebbe impropriamente di "interpretazione".

Ora, potremmo dire che questo argomento scettico è una mossa definitoria *ad hoc*? Sarebbe troppo forte se con ciò si volesse negare la distinzione fra interpretazione (in astratto) e applicazione; semmai il problema è che nell'attività giudiziale le due cose sono inevitabilmente connesse e la priorità logica della prima ha poca importanza dato che il giudice muove dalla necessità di qualificare un caso concreto; come insegna l'ermeneutica, fra caso da qualificare e norma da applicare c'è piuttosto un circolo e l'interpretazione in concreto "retroagisce" su quella in astratto, nel senso che sono i casi concreti e le loro particolarità a suscitare l'interpretazione in astratto o la sua revisione; per cui si potrebbe pensare che una distinzione netta come quella di Guastini è analiticamente ineccepibile ma non deve essere presa come una descrizione di quello che i giudici effettivamente fanno (non si deve pensare cioè che prima interpretino in astratto e solo dopo in concreto); oltretutto si potrebbe sospettare che l'idea di attività interpretative separate sia

---

<sup>5</sup> Non che "comprensione" e "scoperta" significhino la stessa cosa, ma i sostenitori della teoria intermedia ne inferiscono la stessa conseguenza: la non discrezionalità dell'interpretazione. Cfr. D. Patterson, *Interpretation in Law*, in "Diritto e Questioni Pubbliche", 4, 2004, pp. 241-259.

<sup>6</sup> Limito la discussione che segue a questa distinzione, ma le stesse considerazioni si possono fare per quella fra casi facili e difficili.

<sup>7</sup> Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 61. Così anche Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011 (su cui purtroppo non ho avuto modo di lavorare per questo saggio).

descrittivamente inadeguata anche rispetto all'interpretazione scientifica (l'interpretazione in astratto in cui si esercita la scienza giuridica) se è vero che questa è comunque guidata da esempi paradigmatici, casi esemplari, prototipi, ecc.<sup>8</sup>. Peraltro si può intendere che con "caso" la teoria intermedia voglia dire "caso generico", o "fattispecie astratta", non necessariamente "caso concreto".

Ammettiamo allora che il sostenitore della teoria scettica moderata riconosca questo fatto, che cioè la prassi testimonia a favore della distinzione fra testi chiari e oscuri o casi facili e difficili. È a questo punto che viene in gioco l'argomento dell'*oscurità potenziale*. Esso entra in gioco come un argomento decisivo poiché, nelle intenzioni di chi lo utilizza o lo menziona per ricostruire il dibattito, è capace di rovesciare il risultato di una partita che, al punto in cui siamo, volge a favore della teoria intermedia. L'argomento consiste nel dire che se anche non tutte le disposizioni sollevano di fatto problemi interpretativi e non tutte vengono di fatto interpretate in maniere diverse, non è escluso in principio che ciò sia possibile. Mauro Barberis presenta l'argomento in questi termini: «la disposizione "Vietato l'ingresso ai veicoli nel parco" può sinora essere stata applicata solo alle automobili private: e basterebbe questo contro-esempio per falsificare la tesi che tutte le disposizioni abbiano più significati, intesa in senso attuale. Allo scetticismo interpretativo, allora dev'essere attribuito un significato diverso, non attuale ma *potenziale*: non tutte le disposizioni, di fatto, *vengono* interpretate diversamente, ma tutte, virtualmente, *possono esserlo*»<sup>9</sup>. Guastini, con sfumature diverse, ha detto che la natura conflittuale dell'interpretazione giuridica e le costruzioni dogmatiche dei giuristi «sono capaci di rendere equivoco anche il più "chiaro" dei documenti legislativi»<sup>10</sup>. Egli ne deriva in complesso l'*equivocità potenziale* dei testi normativi: «tutti i documenti normativi sono potenzialmente equivoci»<sup>11</sup>. Con ciò lo scettico moderato riconoscerebbe l'esistenza di testi (ritenuti) chiari ma farebbe notare che anche il testo più chiaro è potenzialmente oscuro o equivoco. Tuttavia in altri passaggi Guastini sembra indebolire la posizione scettica dicendo che «l'esistenza di consensi interpretativi (presenti) non esclude l'esistenza di dissensi interpretativi (presenti e futuri)»<sup>12</sup> e che in fondo si tratta di una questione di interesse: «posto anche che esistano (rari) enunciati normativi sul cui significato nessuno controverte, la cosa è del tutto priva di interesse per la teoria dell'interpretazione»<sup>13</sup>. Interessanti sarebbero cioè i testi controversi, non quei pochi su cui tutti concordano.

Si noti che anche l'argomento dell'*oscurità potenziale* può essere inteso in almeno due maniere. In una prima, il fatto che una disposizione sia interpretata in modo univoco o almeno convergente

---

<sup>8</sup> Cfr. in una prospettiva ermeneutica i rilievi di Carlizzi in V. Omaggio, G. Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 100-104. Cfr. G. Pino, *Il linguaggio dei diritti*, in "Ragion pratica", 31, 2008, pp. 393-409, p. 406 ss. sull'esistenza di casi "paradigmatici" nell'argomentazione e interpretazione costituzionale (senza che ciò comporti l'idea che in tali casi esista una risposta giusta, specifica Pino: comporta che alcune risposte siano sbagliate e che alcune siano migliori di altre). V. anche F. Denozza, *L'interpretazione delle norme tra scetticismo e "pluralismo cognitivo"*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 37, 2007, pp. 463-479.

<sup>9</sup> Barberis, *Filosofia del diritto*, cit., p. 224 (che utilizza l'argomento per criticare le tesi scettiche concentrate sull'*oscurità effettiva*); così anche V. Velluzzi, *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in "Criminalia", vol. 2008, pp. 493-507, p. 494, nota 3. Cfr. Barberis, *Lo scetticismo immaginario*, cit., p. 26 secondo cui l'*oscurità potenziale* dipende dal fenomeno dell'*open texture*, dall'argomento della dissociazione (in base a lacune assiologiche) e dalla defettibilità. Sull'*open texture* cfr. F. Waismann, *Verifiability*, in A.G.N. Flew (ed.), *Logic and Language*, Oxford, Blackwell, 1951, cap. VII, citato da Barberis e per il quale il fallimento della traduzione degli enunciati su oggetti materiali in enunciati su dati sensoriali è dovuto all'*open texture* dei nostri concetti empirici.

<sup>10</sup> Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 39.

<sup>11</sup> *Ibidem*. Come è possibile dire "tutti"? Per "generalizzazione empirica" di quanto si osserva nell'esperienza giuridica (ivi, p. 49), da cui Guastini inferisce che ogni testo normativo può essere interpretato in maniere diverse e confliggenti (*Ab esse ad posse valet consequentia*). Ma la mossa argomentativa è opinabile: si pretende di generalizzare a partire da esempi dati e se ne inferisce una possibilità che vale per tutta la generalizzazione.

<sup>12</sup> Ivi, p. 53.

<sup>13</sup> *Ibidem*. Cfr. Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, cit., p. 23: «nella maggior parte dei casi (se non sempre), un enunciato normativo esprime significati diversi a seconda che sia sottoposto all'uno o all'altro metodo interpretativo»; nonché Id., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 402: «ogni disposizione ha significato equivoco e indeterminato». Guastini sembra oscillare fra una tesi massimalista e una più cauta.

non esclude che, in un diverso contesto, la disposizione possa diventare problematica ed essere interpretata diversamente. Un testo che attualmente è chiaro potrebbe diventare oscuro. Il che potrebbe dipendere da numerosi fattori, fra cui la modifica o l'abrogazione di disposizioni che vi sono collegate, l'introduzione di nuove disposizioni o nuovi principi nel sistema, l'utilizzo di nuovi argomenti interpretativi, l'affermarsi di diversi valori in seno alla prassi, o altro ancora. In una seconda maniera di intenderla, l'idea vuol dire invece questo: il fatto che una disposizione sia interpretata in modo univoco o almeno convergente non esclude che, qui e ora, possano esserci altri significati non ascritti dagli interpreti ma interni alla cornice in quanto ammissibili alla luce degli argomenti interpretativi in uso. Ad esempio, un testo ritenuto chiaro secondo le regole linguistiche potrebbe essere oscuro in base alle regole interpretative del diritto benché attualmente nessun interprete rilevi tale difficoltà<sup>14</sup>.

Queste considerazioni possono essere elaborate anche in termini di *difficoltà potenziale*, assumendo la distinzione fra casi facili e difficili, così da dire che ogni caso è difficile, poiché anche i casi attualmente facili sono potenzialmente difficili. O anche, *mutatis mutandis*, si potrebbe parlare di vaghezza potenziale e ambiguità potenziale. Insomma la tesi scettica in esame sarebbe una tesi dell'*indeterminatezza potenziale del diritto*. Ma per plausibili che siano le evenienze sopra riportate, trovo che l'argomento non sia probante.

### 3. Critica dell'argomento dell'oscurità potenziale

Che l'argomento non sia decisivo si può comprendere in breve notando che le sue conclusioni possono essere rovesciate senza difficoltà. Infatti il mio argomento critico è molto semplice. Lo illustro con un'analogia che mi sembra utile. Ammettiamo, come sembra ragionevole, che vi siano persone ricche e persone povere. Si potrebbe notare che manca un confine netto fra povertà e ricchezza e che questa mancanza, tuttavia, non trasforma il ricco in povero, né il povero in ricco, né eguaglia le loro condizioni. Dunque, pur non esistendo (con l'eccezione di contesti specifici, ad esempio fiscali) una somma *S* di danaro con la quale o sopra la quale si è ricchi e sotto la quale si è poveri, riconosciamo che esistono nel mondo persone ricche e persone povere. A tal punto qualcuno particolarmente ottimista potrebbe avanzare l'argomento della *ricchezza potenziale*, dicendo che, anche se non tutte le persone sono attualmente ricche, *potrebbero* pur sempre diventarlo. Dal che costui inferirebbe che tutte le persone sono ricche, benché alcune di esse lo siano attualmente e altre solo potenzialmente. Dubito che una conclusione del genere potrebbe rallegrare chi si trova in povertà e alleviarne le condizioni. Ma non è questo il punto. Il punto è che non si vede la ragione per avanzare un argomento del genere e non invece l'argomento opposto, che potremmo chiamare della *povertà potenziale*: qualcuno particolarmente pessimista potrebbe dire che, anche se non tutte le persone sono attualmente povere, *potrebbero* pur sempre diventarlo. Dal che si inferirebbe che tutte le persone sono povere, benché alcune attualmente e altre solo potenzialmente. In conclusione: a partire dagli stessi fatti potremmo inferire da una parte che tutte le persone sono ricche e dall'altra che tutte sono povere. Non si vede quale ragione vi sarebbe per usare l'argomento della potenzialità in un senso invece che nell'altro.

In modo simile opera lo scettico quando, ammessa l'esistenza di uniformità o convergenze interpretative, argomenta che le disposizioni in questione *potrebbero* essere interpretate diversamente in seguito a mutamenti nel sistema (prima versione della tesi) o in virtù di altre tecniche interpretative (seconda versione). Non si vede perché, allora, il sostenitore della teoria

---

<sup>14</sup> Per maggiori dettagli e più minute classificazioni cfr. Chiassoni, *L'ineluttabile scetticismo della "scuola genovese"*, in "Analisi e diritto 1998", a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 21-76; Barberis, *Lo scetticismo immaginario*, cit.; Chiassoni, *Archimede o Eraclito?*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 31, 2001, pp. 543-556; Barberis, *Teologia dell'interpretazione*, cit. Notava Barberis (quando sosteneva una variante della teoria intermedia) che la chiarezza può sempre diventare oscurità ma può anche restare tale (*Lo scetticismo immaginario*, cit., pp. 25-26; *Teologia dell'interpretazione*, cit., p. 300).

intermedia non possa dire che anche le attuali controversie interpretative potrebbero essere risolte e appianate in seguito a mutamenti nel sistema (prima versione della tesi) o in virtù di qualche argomento interpretativo non ancora utilizzato ma decisivo (seconda versione). Così come un testo attualmente chiaro potrebbe diventare oscuro, un testo attualmente oscuro potrebbe diventare chiaro. L'art. 2 c. I c.c. citato sopra potrebbe diventare oscuro in un contesto diverso, certamente. Ma anche un testo attualmente oscuro potrebbe diventare chiaro se il legislatore intervenisse a chiarirne i punti controversi, esplicitandone il quadro sistematico, integrando la relativa disciplina, o se la prassi interpretativa raggiungesse da sé una stabilità attualmente mancante. Facciamone due esempi qualora l'analogia fra povertà e oscurità non risulti convincente.

In primo luogo un esempio di oscurità potenziale. In passato non sorgevano dubbi sull'interpretazione di un testo secondo cui l'usufrutto cessa con la "morte naturale" dell'usufruttuario<sup>15</sup>. Cosa accadrebbe però se a quest'ultimo fosse applicato un procedimento scientifico che consentisse di mantenere indefinitamente in stato di ibernazione la vita umana? E cosa si deve intendere per morte "naturale" alla luce delle diverse tecnologie (un tempo non esistenti) che consentono di protrarre artificialmente la vita umana? Un testo ritenuto chiaro era potenzialmente oscuro, come si è rivelato.

Ora un esempio di chiarezza potenziale. La nostra Costituzione parla di contraddittorio "nella formazione della prova" (art. 111 c. IV)<sup>16</sup>. Come intendere questa espressione? Contiene almeno due ambiguità: 1) "nella" significa "sulla" o "per la" prova? 2) "prova" significa "elemento" o "fonte" di prova? Si possono distinguere infatti tre concezioni del contraddittorio: il contraddittorio *forte* inteso come contraddittorio *per l'elemento* di prova (cioè «finalizzato all'ottenimento del dato conoscitivo su cui fondare la decisione»<sup>17</sup>, per esempio tramite l'intervento delle parti nel momento in cui il teste rende la deposizione); il contraddittorio *debole* come contraddittorio *sull'elemento* di prova (in particolare «afferente alla valutazione offerta al giudice dalle parti su una dichiarazione testimoniale a suo tempo resa non alla loro presenza»<sup>18</sup>); la posizione *intermedia* della Corte europea dei diritti dell'uomo che prospetta un contraddittorio almeno differito *sulla fonte* di prova (di modo che «la fonte di prova determinante adoperata in sentenza sia comunque inserita nel circuito del contraddittorio»<sup>19</sup>, consentendo di contestare le affermazioni rese in precedenza in assenza dell'imputato o del suo difensore). Come interpretare allora la nostra disposizione costituzionale? La disposizione è attualmente non chiara (benché ci siano ragioni per respingerne l'interpretazione debole), ma è potenzialmente chiara. Immaginiamo infatti che un legislatore costituzionale di estremo garantismo aggiunga a tale articolo un comma nel quale specifica che "nella formazione della prova" significa "per l'assunzione di qualsiasi mezzo o fonte di prova". Sarebbe arduo sostenere ancora l'ammissibilità delle tre interpretazioni delineate, dal momento che la modifica costituzionale intenderebbe favorire palesemente la versione forte del contraddittorio la quale, esplicitata, renderebbe chiara una disposizione che non lo è attualmente. Un testo attualmente oscuro è potenzialmente chiaro.

Un lettore attento avrà notato che questi esempi si riferiscono a un mutamento di contesto, cioè alla prima versione dell'argomento scettico; ma non vedo ragioni per sostenere che diverse conclusioni si debbano trarre rispetto alla sua seconda versione: un testo attualmente chiaro potrebbe essere oscuro in virtù di altri argomenti interpretativi, così come un testo attualmente oscuro potrebbe essere chiaro in virtù di un diverso argomento interpretativo capace di dirimere i

---

<sup>15</sup> È un esempio di Perelman che riprendo da G. Ubertis, *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 323-339, p. 334.

<sup>16</sup> Cfr. Ubertis, *Sistema di procedura penale. I. Principi generali*, Torino, Utet, 2007, pp. 166-178 su diritto alla prova e contraddittorio secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e la nostra Costituzione.

<sup>17</sup> Ivi, p. 166.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Ivi, p. 167.

dubbi (si pensi a una controversia sui significati linguistici di un vocabolo che potrebbe essere risolta, magari dalla Cassazione, con riferimento all'intenzione del legislatore).

Pertanto, quello dell'oscurità potenziale è un argomento che non mi sembra probante e può essere rigettato in base all'argomento contrario della *chiarezza potenziale*. Così come lo scettico utilizza il primo per sostenere che tutte le disposizioni hanno (almeno potenzialmente) più di un significato, il sostenitore della teoria intermedia può usare il secondo per sostenere che tutte le disposizioni hanno (almeno potenzialmente) un solo significato.

Si noti peraltro che parlare di un solo significato è diverso dal parlare di un solo significato *corretto*<sup>20</sup>: la prima cosa sembra basata su sole considerazioni semantiche, mentre la seconda pare motivata da fattori valutativi. La differenza rileva ai fini dell'argomento scettico in esame, poiché un sostenitore dell'oscurità potenziale deve produrre dei diversi criteri di oscurità in un caso e nell'altro.

Credo che tutto questo dimostri la debolezza dell'argomento in esame (almeno se inteso in questo modo) e dunque la sua incapacità di risolvere la disputa fra i candidati in lizza; o meglio, la sua incapacità di risolverla in favore della teoria scettica. Infatti, a ben vedere, se l'argomento dell'oscurità potenziale fallisce, la partita non si chiude in pareggio. Perché? Perché nel frattempo è stato ammesso ciò che maggiormente preme al sostenitore della teoria intermedia, cioè che la distinzione fra testi chiari e oscuri, o casi facili e difficili, si riscontra nei fatti, nella prassi interpretativa. Ammesso questo e respinto l'argomento dell'oscurità potenziale, la teoria intermedia si avvia a vincere la partita. A meno che lo scettico non trovi un argomento più forte e persuasivo, o una ragione decisiva per impiegare l'argomento dell'oscurità potenziale e non quello della chiarezza potenziale.

#### 4. Conclusione

Voglio concludere questo scritto formulando un'ipotesi in tal senso: potremmo dire che l'argomento dell'oscurità potenziale è più persuasivo poiché gli interpreti del diritto hanno una disposizione (in senso filosofico, non giuridico) a produrre interpretazioni «sincronicamente confliggenti e diacronicamente mutevoli»<sup>21</sup> piuttosto che la disposizione contraria a produrre interpretazioni concordi e costanti? In altre parole si dovrebbe argomentare che di fatto, sociologicamente parlando, la categoria degli interpreti è più incline a oscurare le cose che a chiarirle, per varie ragioni che vanno dall'interesse professionale dell'avvocato al piacere intellettuale dello studioso, pur essendo vero che il diritto è anche caratterizzato da uniformità interpretative e da decisioni autoritative (pensiamo ancora alla Cassazione) che cercano di fare chiarezza piuttosto che il contrario. Il che, da ultimo, potrebbe articolarsi filosoficamente a una *concezione pratica della necessità e della possibilità* secondo cui queste sono, rispettivamente, quanto resiste ai nostri tentativi di disporne e quanto si presta a essi. Possiamo operare in modo che certe relazioni siano vere o non lo siano, mentre per altre relazioni ci è più difficile se non impossibile.

- (1) C'è un fuoco acceso e uomo accanto;
- (2) C'è un fuoco acceso e non c'è un uomo accanto;
- (3) C'è un fuoco acceso e c'è del fumo;
- (4) C'è un fuoco acceso e non c'è del fumo.

---

<sup>20</sup> Sul punto cfr. Chiassoni, *Archimede o Eraclito?*, cit., p. 547; Barberis, *Teologia dell'interpretazione*, cit., p. 301; Velluzzi, *Scetticismo interpretativo moderato e argomenti dell'interpretazione*, in "Diritto e Questioni Pubbliche", 5, 2005, pp. 103-109, p. 105. Cfr. M. Atienza, *In merito all'unica risposta corretta*, in "Ragion pratica", 34, 2010, pp. 45-57 sull'idea di un risposta corretta in senso debole e forte: come idea-guida o come tesi che esista una risposta "nascosta" nell'ordinamento.

<sup>21</sup> Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 28.

Posso disporre di (1) se sono l'uomo accanto al fuoco e mi sposto o se convinco l'uomo a spostarsi; ma fino a quando non potrò fare nulla per cambiare (3), essa sarà una relazione necessaria. Se (2) è possibile quanto (1), (4) non lo è quanto (3). Anzi, qualificiamo (4) come impossibile e (3) come necessaria. Dunque, la necessità di una relazione si manifesta nella "resistenza" che oppone al nostro tentativo di disporre.

Qui non posso elaborare questa concezione ma riportando il discorso all'interpretazione giuridica si potrebbe dire che la relativa facilità con cui gli interpreti delle disposizioni giuridiche introducono nuovi significati o modificano quelli precedentemente stabiliti supporta l'idea che tutti i testi siano almeno potenzialmente oscuri, dal momento che questi offrono una scarsa "resistenza" a tali tentativi e ostacolano invece i tentativi pur auspicabili di uniformare le interpretazioni e rendere chiari anche i testi attualmente oscuri. Basta notare che spesso gli interventi del legislatore o della Cassazione, pur placando certe dispute, ne generano di nuove. Allora, detto in breve, l'ipotesi è che l'argomento dell'oscurità potenziale sia più persuasivo dell'argomento concorrente (chiarezza potenziale) giacché gli interpreti hanno una maggiore inclinazione a rendere oscuri i testi chiari e perché riescono a farlo con maggiore facilità. Ma si noti che questa sarebbe un'ipotesi empirica da controllare, non una difesa concettuale dello scetticismo moderato. La differenza, per intenderci, è fra il dire *a priori* che qualsiasi testo giuridico è potenzialmente oscuro e il dire *a posteriori* che un certo tipo di testo ha, in un determinato contesto giuridico, una certa probabilità di essere o divenire oscuro. Bisognerebbe capire cioè, volta per volta, di che tipo di testo e che tipo di interpretazione parliamo: come insegna il Realismo giuridico, infatti, le inclinazioni delle corti inferiori sono certamente diverse da quelle delle corti superiori e, sotto il profilo dell'oscurità potenziale, l'art. 2 Cost. sui "diritti inviolabili dell'uomo"<sup>22</sup> è sicuramente diverso dall'art. 924 c.c. sugli "sciami d'api" e il diritto del proprietario di inseguirli sul fondo altrui<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Cfr. Guastini, *Esercizi d'interpretazione dell'art. 2 cost.*, in "Ragion pratica", 29, 2007, pp. 325-338 (ora in Id., *Nuovi studi sull'interpretazione*, cit., cap. VIII).

<sup>23</sup> Per i commenti a una precedente versione di questo scritto ringrazio Mauro Barberis, Damiano Canale, Riccardo Guastini, Nicola Muffato e Vito Velluzzi.