

NORME VAGHE
E
TEORIA GENERALE DEL DIRITTO

LUIGI LOMBARDI VALLAURI

Nel titolo ci sono le parole certezza e vaghezza. Purtroppo il concetto di certezza è incerto e il concetto di vaghezza è vago.

Proviamo a partire dal problema: cosa può essere vago?

Userò il concetto di vago in senso vago e in senso stretto. In senso vago è vago ciò che non è completamente determinato. Che cosa può essere vago? Un ente semaforo, cioè un portatore di sema, di significato. Una sedia non può essere vaga. Quali sono gli enti semafori? Possono essere parole, gesti, comportamenti, forse pensieri. Noi ci concentreremo su testi vaghi, però quale testo scegliere? Perché possiamo pensare alla vaghezza in senso vago di un testo poetico, di un testo profetico (in genere i testi profetici sono sempre abbinati a gesti profetici): il profeta è l'uomo di un testo ma è anche l'uomo di un gesto. Mi viene in mente La Pira: ho dato alcune tesi sui testi di La Pira e una sui gesti. Posson essere testi scientifici: non sempre la scienza riesce ad essere completamente univoca. Per esempio, nessuno sa quanto è lungo un metro se lo si vuole misurare in milionesimi di millimetro. I metri esistenti, visti alle loro estremità e ingranditi al milionesimo di millimetro sono degli oggetti turbolenti che si allungano e si accorciano in continuazione. E naturalmente può essere vago in senso vago un testo giuridico.

Però il diritto ha moltissimi aspetti non testuali. Suppongo che qualcuno di voi abbia letto l'ultimo saggio di Sacco sul diritto muto: è il diritto preistorico e prelinguistico. Sacco ha messo in luce che esistono società umane in cui c'è già il diritto e non c'è ancora la parola. Mentre noi siamo abituati a dire che c'è l'uomo quando c'è il linguaggio. E vorrei fare un accenno, l'unico accenno al diritto internazionale. Io credo che ci sia uno strato pro-

fondissimo e assolutamente muto del diritto internazionale che è quello che nasce strutturalmente dal riconoscimento reciproco di esistenza su un territorio. Nel momento in cui due entità «politiche», due popoli, smettono di cercare di distruggersi, scatta una quantità di diritto di cui poi le consuetudini internazionali e le convenzioni sono esegesi. Ma nel mio riconoscimento che tu puoi esistere, inizia già in realtà il diritto, un diritto radicalmente muto.

Poi c'è il diritto orale, quindi anch'esso non testuale, e sappiamo tutti che centinaia di «società perfette» umane hanno il linguaggio e non la scrittura.

Infine c'è il diritto scritto che presuppone già i due livelli muto e orale, ma anche nel diritto scritto abbiamo il diritto legale, giurisdizionale (l'insieme dei precedenti) e giurisprudenziale (l'insieme delle opinioni degli esperti). E queste stesse opinioni degli esperti prendono la forma del trattato, del commento, del parere o del responso e quindi troviamo anche una pluralità di tipi giurisprudenziali.

Allora, di quale tipo ti testo giurisprudenziale ci vogliamo occupare? Io qui mi riferirò soprattutto al diritto legale e al diritto giurisdizionale formalmente nei regimi che ammettono i precedenti (in fondo non sono molto diversi un codice e un insieme scritto di precedenti). Basta che ci portiamo con noi la consapevolezza che ci stiamo occupando di un oggetto molto delimitato.

Il testo giuridico ha un peculiarità rispetto a quello scientifico o a quello poetico: vuole regolare il comportamento. Il mio maestro Emilio Betti, notava invece il parallelismo tra il testo giuridico e il testo teleologico, tra l'interpretazione giuridica e quella teleologica: diversamente dal lettore di poesia, l'interprete di un testo giuridico o di un testo rivelato, cioè di un testo dotato di autorità, deve usare questo testo anche per risolvere problemi pratici anche in funzione normativa.

Allora, oserei dire, il testo giuridico (lasciando da parte quello teleologico che però svolge spesso un 'identica funzione) è casistico per essenza. deve risolvere quei problemi che noi chiamiamo: casi. Tanto è vero che una delle formalizzazioni più diffuse della forma giuridica è: se a,b,c allora deve essere x,y,z. Un insieme di condizioni di fatto e un insieme di «doveresseri», di cose che devono accadere se accadono quei fatti.

Quindi il testo giuridico potremmo dire è un testo molto ansioso perché è un testo che può essere disatteso ed è sempre lì a vedere se viene o no disatteso, se viene o no applicato. Qualcuno potrebbe dire che le norme c.d. costitutive (per esempio la norma secondo cui la moglie ha il domicilio del marito; o la bandiera

italiana è fatta di tre strisce; o le norme di abrogazione di norme) non sono norme ansiose che possono essere disattese perché ottengono l'effetto nel momento stesse in cui vengono emanate. io ne dubito. Se tutti usano un'altra bandiera, persino la norma che dice come è la bandiera è suscettibile di essere disapplicata, quindi in qualche modo è fatta di materiale normativo.

In termini leggermente più tecnici, dire che il testo giuridico ha delle ambizioni normative, significa che la norma giuridica generale vuole per essenza tradursi in norme individuali: cioè in norme che regolano comportamenti di soggetti con nome e cognome. Questo allora implica che tutte le norme giuridiche sono vaghe nel senso non vago (o meno vago) che io adesso voglio proporre. Propongo di distinguere, nella indeterminazione o nella vaghezza in senso vago, ambiguità e vaghezza: dove chiamerò ambiguità l'indeterminazione semantica: «non sappiamo bene che cosa significa quella norma». E chiamerò vaghezza l'indeterminazione casistica: «non sappiamo bene quali fattispecie concrete rientrano nella fattispecie astratta contemplata dalla norma». Ci sono delle ipotesi in cui è netta la differenza tra ambiguità e vaghezza. Ad esempio, nel verso di Catullo: *odi et amo. Quomodo in fieri possit, nescio. sed fieri sentio et excrucior*, «ti odio e ti amo. Non so come questo sia possibile, ma sento che accade, ed excrucior», cosa vorrà dire esattamente «excrucior»? È il tipico problema semantico. È un problema per filologi. Si prendono i passi paralleli, si tiene presente che la radice è *crux*, insomma si fa tutto quello che serve per tradurre esattamente *excrucior*.

Prendiamo un contemporaneo di Catullo più verboso di lui: Cicerone. Il contratto di compravendita è governato dalla *fides bona*, dice Cicerone. Rientrano nella *fides bona*, quando ti vendo una villa a Capri, dirti che dentro c'è il fantasma del vecchio capitano? Simpatico problema ciceroniano civilistico.

Voi capite che non è come il problema di *excrucior*. Il problema non è capire o tradurre il termine «*fides bona*», è sapere se il venditore della casa, per comportarsi secondo la *fides bona*, deve dire o no che dentro c'è il fantasma del vecchio capitano.

Vi faccio qualche altro esempio di vaghezza casistica.

Sempre a proposito della buona fede del *Treu und Slauben* di cui al famoso paragrafo 242 del BGB, che nei commenti occupa da solo un intero volume è (la tipica clausola generale): il caso della svalutazione del marco dopo la prima guerra mondiale, il problema se rientra o no nella buona fede aggiornare il prezzo a secondo dell'inflazione, quando il prezzo pattuito nel frattempo vale un

milionesimo. Non riguarda il concetto di buona fede. Non è semantico: è un problema casistico.

Un altro esempio civilistico: il problema dell'indennità di sopraelevazione. È dovuta o no se io ricavo sotto il tetto senza innalzarlo un secondo piano? C'è una sentenza della Cassazione che dice che devo pagare l'indennità di sopraelevazione perché c'è un piano ulteriore che concorre al riparto del valore del suolo e un'altra che dice che non serve perché non c'è stato innalzamento. Tutto questo non riguarda il concetto di sopraelevazione; è indeterminazione casistica.

Prendiamo invece due esempi in diritto penale, anche qui uno dell'inizio del secolo e uno attuale. Il furto di elettricità: il furto doveva essere di una *res*, ora la corrente elettrica non aveva i caratteri dogmatici di una *res* di quell'epoca. Io sottraggo elettricità con un filo: c'è furto o non c'è furto? Indeterminatezza casistica.

Esempio di oggi: embrionicidio in provetta o embriotrofia letale in provetta. Uccidere o rendere non impiantabile per eccesso di sviluppo un embrione in vitro. Ebbene posso fare o no obiezione di coscienza a un programma comprendente uno di questi atti che mi viene affidato dal responsabile del laboratorio? Posso fare obiezione di coscienza alla soppressione di embrioni in vitro in base alla legge che prevede l'obiezione di coscienza all'aborto, dove la soppressione presuppone una interruzione di gravidanza? Cosa conta nel concetto di aborto procurato: la soppressione del feto o l'interruzione della gravidanza?

Indeterminazione casistica.

Esempio di diritto costituzionale: il presidente degli Stati Uniti può essere eletto tra coloro che hanno più di trentacinque anni. Noi dobbiamo, come sempre, guardare alla *ratio* della norma. E che cosa si intendeva con «trentacinque anni»? Si intendeva uomo maturo, capace di prendere decisioni. Ora, esistono persone superiori ai trentacinque anni non mature, non capaci di prendere decisioni e persone infratrentacinquenni mature. Dunque se il vero senso della norma è nominare un maturo, allora può candidarsi un ventitreenne maturo. Questo dimostra che tutte le norme sono vaghe, se è vero che nemmeno una norma della precisione apparentemente assoluta di: «Il presidente deve avere più di trentacinque anni» è di per sé non vaga, perché proprio la funzione normativa invita a ricorrere alla *ratio* e la *ratio* può portare a discostarsi dalla lettera.

Spero di avere abbastanza chiarito la differenza tra ambiguità e vaghezza intesa in senso non vago almeno nei casi limite. Possiamo

anche dire, usando la terminologia del mio *Corso di filosofia del diritto*, che l'ambiguità riguarda le lacune statiche (cioè del testo considerato come un a cosa da leggere) e la vaghezza riguarda le lacune dinamiche (cioè del testo normativo in quanto si misura con le incognite dell'individuale e del divenire). Oppure per riprendere la terminologia del Betti possiamo dire che «l'ambiguità viene tendenzialmente tolta dall'interpretazione filologica e la vaghezza viene tolta dall'interpretazione che lui chiamava metafilologica». Naturalmente l'ambiguità semantica è sempre anche vaghezza, mentre può esserci vaghezza casistica anche senza ambiguità semantica.

Cos'è che rende però particolarissimo il caso della vaghezza giuridica? È l'esorbitanza delle pretese del testo giuridico. Diversamente dalla poesia di Catullo, il testo giuridico, abbiamo detto, vuole regolare l'azione: è un testo nervoso, ansioso, un po' come quei genitori che vogliono che il loro esempio sia seguito, che i loro comandi siano obbediti. Anzi è ancora più nervoso di quei genitori, direi che è quasi paranoico perché vuole regolare tutto. È un testo ansiosissimo: nulla gli deve sfuggire. Questo per il dogma della completezza della legge, che si divide nel dogma legalista, per cui unica fonte di diritto è la legge, e nel dogma (che io forse chiamerei piuttosto pragma) per cui l'apparato giudiziario deve dare risposta a tutto. Allora combinando questi due tipi di principi: la risposta deve essere data solo in base alla legge, e bisogna rispondere a tutto. Voi capite che la vaghezza definita come la indeterminatezza casistica diventa un problema cruciale. Perché se ci fosse sì un testo vago ma si potesse decidere anche in base a qualcos'altro, il problema non sarebbe così grave, e anzi insolubile. Invece, siccome potenzialmente tutti i casi della vita devono essere risolti in base al testo di legge, questo testo subisce violenta coartazione, diventa per forza estremamente vago.

Quindi tutte le norme sono vaghe e le norme che si pretendono complete sono estremamente vaghe.

È la vaghezza della norme un pregio o un difetto?

Dal punto di vista dello Stato di diritto, il cui valore supremo è la certezza del diritto in funzione della sicurezza dei cittadini nei confronti del potere politico, la vaghezza è un difetto. Vedremo alla fine che ci sono prospettive per le quali la vaghezza non è solo un difetto. Ma per adesso prendiamola come difetto, cioè spogliamo l'ideologia dello Stato di diritto, l'ideologia della certezza e del giudice «bocca della legge» che emette soltanto per così dire fotocopie di quello che c'è già nella legge.

Nasce il problema della riduzione della vaghezza. Questa riduzione può avvenire fondamentalmente in due sedi: nella sede preventiva (quindi legislativa, a livello di formulazione della norma generale) e nella sede curativa applicativa, (cioè quando io guarisco la norma da una vaghezza che è sfuggita al legislatore).

Qualche idea sulla riduzione della vaghezza in sede preventiva. È un'idea che Vi sottopongo, di cui non sono sicurissimo. Ma direi che la norma meno vaga è quella che combina principi generali e casistica. Chiaramente l'archetipo della certezza assoluta sarebbe una casistica infinita: un casistica cioè che preveda tutti i casi. Questo è impossibile per la estrema varietà dei casi e per la storicità dell'esperienza umana. Nessuno poteva prevedere una *res* come l'elettricità, nessuno poteva prevedere l'embriotropia letale o la clonazione o gli altri casi che ci sottopone la tecnologia (pensate adesso ad Internet e ai problemi connessi con la gestione dello spazio telematico).

Allora, in assenza di un casistica totale, se tutte le norme sono vaghe, io credo che la principale tecnica di riduzione della vaghezza in sede preventiva sia una specie di tenaglia tra principi molto generali e casistica. Non bastano i principi generali («il contratto deve essere eseguito secondo buona fede», oppure «la Repubblica promuove lo sviluppo della persona») perché sono aperti a qualunque interpretazione, ma d'altra parte non basta assolutamente la casistica, prima di tutto perché non potendo comunque esaurire tutti i casi se è troppo precisa suscita una pulsione verso l'argomento a contrario. Immaginiamo una norma che dica «è punito chi aggredisce una vecchietta che si dirige al mercato di Osnabruck e le strappa un'oca bianca dal suo canestro». Beh, basta che l'oca sia nera, basta che non sia una vecchietta, basta che non vada a Osnabruck, e il malfattore è a posto.

D'altra parte dire «è vietato nuocere al prossimo» sarebbe troppo vago. Quindi tra la vecchietta di Osnabruck e il prossimo dobbiamo trovare delle figure intermedie. Però questo non rende superfluo dire «è vietato nuocere al prossimo» perché ci saranno sempre dei casi non previsti che comunque un po' nel nuocere al prossimo rientrano. Allora, io direi che la combinazione vincente è: principi e casistica-tutte e due le cose.

Questo è un problema cruciale per la informaticizzazione del diritto. Qui posso limitarmi a rinviare a un lavoro gentilmente pubblicato da «Jus», quindi da noi, sul sistema esperto giuridico integrale, in cui prevedevo non solo un automa giudice ma anche un automa legislatore, il quale tra l'altro doveva formulare un diritto favorevole all'uso da parte dell'automa giudice. Il progetto di

un sistema esperto giuridico integrale è il punto estremo a cui si può spingere il tentativo preventivo di riduzione della vaghezza.

Un altro piccolo trucco che segnalo così, *en passant*, perché ce ne sono tanti, è la quantificazione. Una norma che dicesse «possono votare i cittadini maturi, competenti e ben intenzionati», sarebbe una norma politicamente perfetta ma inapplicabile e quindi difettosa sotto l'aspetto della tecnica giuridica. Allora si dica possono votare tutti quelli che hanno più di diciotto anni. La quantificazione implica una presunzione: la presunzione che i maturi di diciotto anni siano maturi, competenti e ben intenzionati. E sappiamo benissimo che non è vero. Però lo prendiamo per buono. La riduzione del qualitativo al quantitativo non è scientifica, è solo tecnica (nel senso di Geny) perché non è affatto detto che un ragazzo di diciassette anni e trecentosessantaquattro giorni sia molto meglio di uno di diciassette anni e trecentosessantasei giorni., però quelle che presumiamo sono proprio le tre caratteristiche politicamente sane che stanno alla base del suffragio universale. Invece se il maggiorenne è fallito, presumiamo che non sia maturo e ben intenzionato, mentre può benissimo esserlo.

L'abbinamento presunzione (o se volete finzione) quantificazione è uno dei trucchi del mestiere del legislatore per ridurre la vaghezza, perché il quantitativo è più preciso e meno vago del qualitativo.

Qualche idea sulla riduzione della vaghezza in sede applicativa o se volete curativa. Qui se prendiamo la vaghezza nel senso non vago, la vaghezza casistica, il mezzo, mi dispiace dirlo, è essenzialmente l'analogia, quella dell'art. 12 delle Preleggi, cui si ricorre quando il caso non rientra esattamente in alcuna fattispecie legale.

L'analogia è prevista da tutti gli articoli sull'interpretazione, l'articolo 12 del codice attuale e i suoi predecessori del codice del 1865, dell'Albertino del 1838 e del codice austriaco del 1816. Si copiano l'un l'altro lungo 150 anni, con delle minime variazioni e vi prego di leggerli: vedrete che tutti nella prima parte si occupano dei problemi che io ho definito di ambiguità, e quindi passando dalla lettera alla legge e dalla connessione logica all'intenzione del legislatore. È come se uno stesse leggendo Catullo nella prima parte. Quando la lettura di Catullo non funziona, perché il caso non ci rientra, ossia c'è specificamente vaghezza casistica, allora che si fa? Analogia e principi generali. quindi grosso modo le prime parti degli articoli sull'interpretazione si occupano di ambiguità, le seconde di vaghezza.

E qui, devo dire, ho fatto una piccola scoperta, e cioè che, se è vero che il ragionamento per analogia in realtà è interpretativo (io ai miei studenti ho sempre detto che l'interpretazione è semantica e l'analogia è sintattica, cioè un'operazione di derivazione di conseguenze da un'interpretazione già avvenuta), allora l'analogia non esiste, con buona pace di tutti quelli che hanno scritto libri o saggi sull'analogia, me compreso. In effetti l'analogia è ricavare un principio leggermente più generale da una norma. Per esempio, si esige la buona fede nel contratto. Io mi trovo davanti a un legato e mi chiedo se ci vuole la buona fede anche nel legato. Ebbene per lavorare per analogia io devo dire: in realtà la *ratio* della norma era che si richiede la buona fede in tutti i negozi. Ma una volta ricavata la *ratio* per compiere il passo dell'analogia, io mi trovo semplicemente con un'altra norma che rispetto alla prima norma è un principio. ma allora quando arriva il legato io semplicemente lo sussumo sotto una norma più generale che oltre che prevedere il contratto prevede anche il legato. E quindi sparisce la natura sintattica dell'analogia, anzi sparisce l'analogia. Allora, ecco la cosa che ho scoperto: se anche l'analogia, principale tecnica di ricezione della vaghezza, in realtà è un'interpretazione e, se il problema di vaghezza viene risolto risalendo a un principio, allora, paradossalmente, più qualche cosa è generale e più toglie vaghezza. Ogni vaghezza viene tolta attraverso una generalizzazione, attraverso un risalire a principi, che è poi esattamente quello che dice l'art. 12 salvo che pone una differenza netta fra l'analogia e il ricorso ai principi come abbiamo visto non c'è. L'analogia è un ricorso a un principio un po' meno generale dei «principi generali». Questo è un risultato sorprendente. *L'ordinamento diventa meno vago diventando più generico o generale.*

Ultima considerazione: qual è il valore e qual è la portata della vaghezza immancabile, essenziale delle norme giuridiche? Dico essenziale perché la vaghezza non è qualcosa che distingue norme vaghe da altre non vaghe, ma è una caratteristica della norma per il fatto di essere norma. Io direi che il doversi misurare con il problema vaghezza è la nobiltà, è lo specifico, è la responsabilità del giurista. Mentre sul significato si può chiedere il parere al filologo e l'uomo più competente è il filologo, in nessun modo l'uomo più competente per risolvere il problema di vaghezza è un filologo. Quindi i problemi di vaghezza definiscono proprio l'identità del giurista. Se non ci fosse vaghezza non occorrerebbero giuristi. Ma che personaggio è questo giurista se non un filologo? Ebbene io credo che non sia un filologo e nemmeno un logico, io credo che sia un politico saggio: ossia un esperto che è in grado

secondo scienza e coscienza di assumersi la responsabilità di un integrazione del diritto consistente nel far rientrare una fattispecie *borderline* nell'area della fattispecie prevista dalla norma. Il giurista è colui che passa alla *ratio* e ci passa in base non a considerazioni puramente semantiche o storiche o in base a inferenze puramente logiche, ma in base a considerazioni che sono valutative, che sono di politica del diritto. Anche perché in fondo lo stesso argomento *a contrario* è un passaggio alla *ratio*. Quindi, tutte le volte che passo alla *ratio* in senso analogico potrei anche passarci ragionando *a contrario*; il passaggio alla *ratio* non può mai essere puramente formale, puramente estensionale. Pertanto, si toglie la vaghezza con operazioni responsabili di saggezza politica.

A questo punto avrei scelto come pistolotto finale che la lotta per la precisione, la lotta per il togliimento della vaghezza è un episodio della lotta tra la prevedibilità e la vita. Sappiamo tutti che la vita non è prevedibile, non è interamente prevedibile, sappiamo tutti che vale la pena di vivere anche perché la vita non è prevedibile.

La vaghezza è la vita stessa. Il diritto è vago perché il diritto è nella vita, perché il diritto è vita.