

Filippo Cottone  
La teoria dell'interpretazione di Hans Kelsen.  
Un'ipotesi di ricostruzione\*

1. *Premessa*

Il presente lavoro costituisce un tentativo di individuazione, di analisi e di ricostruzione degli aspetti peculiari della teoria dell'interpretazione giuridica di Hans Kelsen, a partire da una lettura diacronica. Tale teoria, che nella vasta bibliografia del giurista praghese occupa certamente uno spazio esiguo, rappresenta, tuttavia, una delle più interessanti e problematiche partizioni della dottrina pura del diritto<sup>1</sup>.

Invero, è possibile affermare che la cosiddetta "teoria della cornice", elaborata nel 1934 quale mera appendice del più generale impianto normativistico kelseniano, abbia nel tempo goduto di sempre maggiore attenzione tra i teorici del diritto. La centralità che il tema dell'interpretazione giuridica ha assunto nel dibattito giusfilosofico contemporaneo ha reso, del resto, necessaria una progressiva rivalutazione della posizione espressa sull'argomento dal giurista e filosofo del diritto che, prima da solo e, da un certo punto in poi, insieme a Hart, ha maggiormente influenzato il pensiero giuridico del ventesimo secolo<sup>2</sup>.

Con questa ricerca ci si propone, pertanto, di fornire un contributo in tale direzione, e ciò attraverso una preliminare ricognizione dei tratti distintivi della teo-

\* Ringrazio in modo particolare Bruno Celano, Riccardo Guastini, Giorgio Maniaci, Giorgio Pino, Aldo Schiavello, Vito Velluzzi e Vittorio Villa per il tempo e l'attenzione che hanno dedicato a questo mio primo lavoro.

<sup>1</sup> Sulla problematica conciliabilità della teoria dell'interpretazione di Kelsen con il resto degli assunti posti a base della dottrina pura del diritto, cfr. G. Gavazzi, *L'interpretazione giuridica in H. Kelsen*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, vol. 34, 1957, pp. 217-229; M.G. Losano, *Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, vol. 45, 1968, pp. 524-545; R. Guastini, *Hans Kelsen sull'interpretazione*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Giappichelli, Torino, 1989, pp. 121-125.

<sup>2</sup> Per una breve, ma efficace analisi dell'influenza esercitata dalla dottrina kelseniana sul positivismo giuridico contemporaneo, cfr. A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 3-47.

ria dell'interpretazione di Kelsen, così come presentata dall'autore nelle due edizioni della *Reine Rechtslehre*<sup>3</sup>. Ultimata tale fase di ricognizione, la "teoria della cornice" verrà problematizzata al fine di verificare, in particolare, se la stessa possa essere considerata un esempio di teoria scettica dell'interpretazione o se essa non rappresenti, invece, una versione *ante litteram* di quella teoria mista, o intermedia, la cui paternità viene tradizionalmente attribuita a Herbert L.A. Hart.

## 2. *La teoria dell'interpretazione di Kelsen nella prima edizione della Dottrina pura del diritto*

Nella *Reine Rechtslehre* del 1934 al tema dell'interpretazione giuridica viene interamente dedicato il VI capitolo<sup>4</sup>. Kelsen, in questa sede, sviluppando l'idea della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, nella quale i concetti di applicazione del diritto preesistente e di creazione di diritto nuovo si trovano in stretta correlazione, definisce l'interpretazione come «(il) procedimento spirituale che accompagna il processo di produzione del diritto nel nuovo sviluppo da un grado superiore ad uno inferiore regolato da quello superiore»<sup>5</sup>.

In tale prospettiva, il rapporto tra legge e sentenza viene considerato analogo a quello esistente tra costituzione e legge, trattandosi in entrambi i casi di un rapporto di determinazione o di vincolo, in cui la norma superiore disciplina, tanto nella forma (procedimento) quanto nella sostanza (contenuto), l'atto attraverso il quale dovrà essere prodotta la norma di grado inferiore<sup>6</sup>. Kelsen afferma, tuttavia,

<sup>3</sup> In questa sede si privilegerà una periodizzazione delle tesi di Kelsen sull'interpretazione analoga a quella proposta da Paulson (cfr. S.L. Paulson, *Kelsen on Legal Interpretation*, in *Legal Studies*, vol. 10, 1990; S.L. Paulson, *Some Replies to Critics*, in L. Gianformaggio (a cura di), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 174-180) secondo il quale il pensiero del giurista praghese sull'interpretazione si sarebbe formato intorno al 1934 ed avrebbe raggiunto la sua pienezza nel 1960. Con riferimento alla strutturazione della teoria kelseniana dell'interpretazione si può, dunque, distinguere: una prima fase (1911-1933) "pre-programmatica"; una seconda fase (1934-1940) "programmatica"; ed una terza fase (1950-1960) "post-programmatica". E' su queste ultime due che verrà di seguito focalizzata l'attenzione.

<sup>4</sup> La versione della "teoria della cornice" presente nella prima edizione della *Dottrina pura del diritto* (1934) si trova, tuttavia, integralmente riprodotta anche in un saggio pubblicato separatamente da Kelsen lo stesso anno. Cfr. H. Kelsen, *Sulla teoria dell'interpretazione*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, cit., pp. 107-120.

<sup>5</sup> Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1934), traduzione di R. Treves, Einuadi, Torino, 1956, p. 92.

<sup>6</sup> A proposito del rapporto costituzione-legge e legge-sentenza, Kelsen afferma: «Certamente, fra questi due casi esiste una differenza, ma questa è soltanto quantitativa e non

che questa determinazione non è mai completa, atteso che la norma superiore non può vincolare sotto tutti gli aspetti l'atto che le darà esecuzione. La fonte superiore può solo delimitare uno schema, una cornice, al cui interno l'organo delegato (il legislatore, o il giudice) potrà — e più spesso dovrà — esercitare una discrezionalità completando, attraverso l'attività interpretativa, il lavoro di definizione normativa *rimasto*, o *lasciato* incompiuto dall'autorità gerarchicamente sovraordinata<sup>7</sup>. Per Kelsen, infatti, la parziale indeterminatezza del grado inferiore può talvolta essere intenzionale, talaltra inintenzionale.

L'indeterminatezza (del grado inferiore) è intenzionale quando l'organo che pone in essere la norma superiore lascia volontariamente, a quello che dovrà darle esecuzione, il compito di proseguire l'opera di individualizzazione e determinazione progressiva del precetto in essa contenuto. Un caso paradigmatico di indeterminatezza volontaria della norma inferiore (sentenza) è dato dall'astrattezza della legge, imposta dalla necessità di esonerare il legislatore da una interminabile attività di classificazione esemplificativa delle innumerevoli configurazioni che ogni fattispecie potrà assumere in concreto<sup>8</sup>.

L'indeterminatezza del grado inferiore può, però, in alcuni casi non essere volontaria. Ciò, secondo Kelsen, accade quando: a) il senso letterale della norma non è chiaro a causa dell'ambiguità di una parola o di una serie di parole con cui viene espressa; b) colui il quale esegue la norma ritiene che tra l'espressione letterale della disposizione e la volontà del legislatore esista una discrepanza; c) si è in presenza di una contraddizione logica (antinomia) tra due norme entrambe valide<sup>9</sup>.

qualitativa e consiste nel fatto che, dal punto di vista materiale, il vincolo del legislatore è molto più debole di quello del giudice per il fatto che il primo, nella creazione del diritto, è relativamente molto più libero del secondo. Ma anche il giudice è un creatore del diritto ed egli pure è relativamente libero in questa funzione». Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1934), cit., p. 98. La differenza quantitativa evidenziata da Kelsen nel passaggio sopra riportato — differenza in forza della quale il potere discrezionale (e dunque creativo) del legislatore viene presentato come notevolmente più ampio di quello del giudice — serve al giurista praghese per far salva la tesi di fondo della dottrina pura, ovvero quella secondo cui il diritto è, in ultima analisi, un sistema normativo dinamico.

<sup>7</sup> In Kelsen «a livello pre-legislativo l'interpretazione si presenta come applicazione del diritto costituzionale e creazione del diritto legislativo da parte del legislatore» mentre «a livello post-legislativo l'interpretazione si presenta come applicazione del diritto legale e creazione del diritto da parte del giudice, dell'autorità amministrativa, del privato». Cfr. G. Gavazzi, *L'interpretazione giuridica di Hans Kelsen*, cit., pp. 223-224.

<sup>8</sup> Hart, a tal proposito, parla anche di indeterminatezza degli scopi, derivante dall'incapacità dei legislatori umani di anticipare tutte le circostanze che può portare il futuro. Cfr. H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, traduzione italiana di M. A. Cattaneo, Einaudi, Torino, 1965, p. 151.

<sup>9</sup> Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1934), cit., pp. 93-95.

In tutti questi casi (di indeterminatezza intenzionale o non intenzionale), all'organo incaricato di applicare il diritto si prospetteranno diverse possibilità di esecuzione, le quali, per il solo fatto di ricadere all'interno dello schema (cornice) delimitato dalla norma superiore, saranno in egual misura corrette, ovvero giuridicamente equivalenti. Kelsen sostiene, al riguardo, che l'interpretazione della legge non deve necessariamente condurre all'individuazione di un'unica decisione intesa come la sola esatta, bensì alla mera constatazione dello schema e delle molteplici opzioni applicative in esso racchiuse<sup>10</sup>. Una volta accertato detto schema, l'organo di applicazione dovrà poi compiere una scelta prediligendo una delle soluzioni presenti all'interno della cornice. Tale scelta non dipenderà da valutazioni logico-razionali fondate sulla conoscenza del diritto vigente, ma da criteri extra-giuridici appartenenti alla morale, alla giustizia o comunque ad un diritto non "positivo"<sup>11</sup>. In altre parole: stabilire quale, tra le diverse opzioni logicamente compatibili con la norma superiore sia, in ultimo, quella "giusta" non è un problema che afferisce alla scienza giuridica, bensì alla politica del diritto.

Con questi argomenti, Kelsen muove un duro attacco nei confronti del formalismo interpretativo tradizionale, colpevole, a suo avviso, di considerare (sulla base di un'illusione contraddittoria) l'interpretazione della legge come un'attività intellettuale di mera chiarificazione e comprensione di quell'unico significato esatto desumibile dalla norma superiore<sup>12</sup>. Un'illusione, quella formalista, nascente dalla ingenua negazione dell'indeterminatezza del linguaggio giuridico e dalla sottovalutazione dell'esigenza di flessibilità che ogni sistema normativo esprime in relazione alle mutevoli istanze sociali.

<sup>10</sup> Kelsen afferma: «il fatto che una sentenza sia fondata sulla legge non significa altro che ci si attiene allo schema indicato dalla legge, non significa già che essa sia la norma individuale, bensì una qualsiasi fra le norme individuali che sono possibili entro lo schema della norma generale». Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1934), cit., p. 96.

<sup>11</sup> È ancora Kelsen a dire: «quando, nell'applicazione della legge, oltre alla necessaria constatazione dello schema a cui deve attenersi l'atto, ha luogo anche un atto conoscitivo, non vi è una conoscenza del diritto positivo, ma una conoscenza di altre norme che possono sfociare nel processo della produzione del diritto; norme della morale, della giustizia, giudizi di valore sociali, ecc. Sulla loro validità e determinabilità non si può (tuttavia) dir nulla dal punto di vista del diritto positivo». Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1934), cit., p. 98.

<sup>12</sup> L'illusione contraddittoria è data, per Kelsen, dal fatto che presupposto della possibilità di un'interpretazione è proprio la presenza, almeno talvolta, di una pluralità di significati possibili all'interno della cornice. Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1934), cit., pp. 97-98.

### 3. Alcune prime osservazioni critiche

Al termine di questa prima breve ricostruzione, appare opportuna qualche osservazione in chiave riepilogativa e critica. Occorre, innanzitutto, evidenziare come nell'edizione della *Reine Rechtslehre* del 1934 Kelsen utilizzi il termine 'interpretazione' per fare unicamente riferimento ad una pre-giudiziale attività intellettuale-conoscitiva di constatazione dello schema e di elencazione dei significati (scientificamente) ricavabili da un determinato enunciato prescrittivo<sup>13</sup>. A questa prima fase seguirà una seconda (volitivo-discrezionale) nella quale l'autorità incaricata di applicare il diritto sceglierà una delle opzioni interne allo schema medesimo.

Nel passaggio da un grado superiore ad un grado inferiore dell'ordinamento giuridico è, così, possibile distinguere: a) un momento di *scoperta* dei significati interni alla cornice (interpretazione); b) ed un momento di *valutazione* (da parte dell'organo delegato) del significato "migliore" dal punto di vista politico.

Da quanto appena affermato discendono due conseguenze di rilievo.

La prima è che la teoria dell'interpretazione di Kelsen, almeno nella versione del 1934, sembra possedere, al contempo, i requisiti di una teoria dell'interpretazione anti-formalista e quelli di una teoria dell'interpretazione anti-scettica. La dura critica al formalismo interpretativo sopra descritta non sconfinava, infatti, nella cieca adesione ad una teoria giusrealistica dell'interpretazione in cui l'attività giuridico-ermeneutica possa dirsi pienamente discrezionale e del tutto scevra da vincoli di significato e/o da regole linguistiche preesistenti<sup>14</sup>. Kelsen, al contrario, ritiene che nonostante l'indeterminatezza (intenzionale e non intenzionale) degli enunciati prescrittivi sia comunque possibile distinguere, in relazione alla cornice, una gamma di decisioni "che stanno dentro" dall'insieme di tutte le

<sup>13</sup> Giova ricordare come Kelsen, nel presentare le proprie tesi sull'interpretazione, non distingua analiticamente tra disposizione (o enunciato prescrittivo), quale dato testuale oggetto di attribuzione di significato da parte dell'interprete, e norma, quale risultato (esito) della suddetta attività interpretativa. Per la distinzione tra disposizione e norma cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>14</sup> Sullo scetticismo interpretativo estremo Cfr. J.C. Gray, *The Nature and Sources of Law*, 2nd ed. by R. Gray, The Macmillan Company, New York, 1921; K. Llewellyn, *The Bramble Bush: on Our Law and Its Study*, Oceana, New York, 1930; J. Frank, *Law and the Modern Mind*, Coward-McCann, New York, 1930. In questa sede mi limiterò a tracciare una distinzione alquanto rozza (in quanto fondata sulla mera alternativa scoperta/creazione di significato) tra formalismo ed antiformalismo interpretativo, collocando nel mezzo ogni rappresentazione dell'attività giuridico-ermeneutica che sia qualificabile nei termini di una possibile sintesi tra le predette posizioni dicotomiche. Più avanti verrà proposta una tipologia più dettagliata delle diverse teorie dell'interpretazione presenti sulla scena giusfilosofica contemporanea (cfr. par. 6).

altre che escono manifestamente fuori quadro. In tal modo, nell'iter di produzione normativa e di applicazione giudiziale del diritto, lo schema delimitato dalla norma delegante funge da vero e proprio *limite*, nel duplice senso di: *confine* (delimitazione) tra soluzioni corrette e soluzioni non corrette, e di *vincolo* logico (limitazione) alla discrezionalità dell'organo delegato<sup>15</sup>. La nozione di schema (o di cornice) esprime, peraltro chiaramente, il carattere sincronicamente chiuso — sebbene diacronicamente aperto — di quella lista di significati consentiti (leciti) entro la quale l'interprete avrà facoltà di scelta<sup>16</sup>.

L'esclusione della teoria dell'interpretazione kelseniana dal novero delle teorie rigidamente formaliste, così come da quello delle teorie radicalmente scettiche, lascia tuttavia aperto il problema di quale sia (in positivo) la sua più plausibile collocazione; rimane, in sintesi, da stabilire se sia preferibile inquadrare la teoria della cornice nell'ambito dello scetticismo moderato (così come ritenuto ad es. da Riccardo Guastini) ovvero in quello della teoria mista di tradizione hartiana (come verrà sostenuto in questa sede).

La seconda conseguenza di rilievo che discende dalla teoria dell'interpretazione kelseniana del '34 attiene, invece, al rapporto tra validità normativa e coerenza sostanziale. L'esame fin qui condotto ha rivelato come nella prima edizione della *Reine Rechtslehre*, Kelsen assegni alla coerenza, intesa quale osservanza del principio di non contraddizione tra una norma inferiore ed una norma superiore, il ruolo di *condicio sine qua non* della validità e, dunque, dell'esistenza giuridica della norma inferiore stessa. Se è vero, infatti, che ogni norma è in ultima analisi il prodotto di una scelta politica dell'organo di applicazione, altrettanto vero è che perché tale scelta possa dirsi fondata sul diritto positivo la stessa dovrà risultare logicamente compatibile con uno dei possibili significati della norma superiore<sup>17</sup>. In questo modo Kelsen, in piena adesione ad alcune

<sup>15</sup> Utilizzando le parole di Paulson: «In Kelsen's 1934 writings on interpretation, there exists a relative equilibrium between cognition and volition. That is to say, the legal official's selection or choice, a function of volition, is a choice from among those possible readings or interpretations of the general legal norm that are presented, as it were, by cognition». Cfr. S. L. Paulson, *Some Replies to Critics*, in L. Gianformaggio (a cura di), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, cit., p. 180.

<sup>16</sup> Cfr. V. Velluzzi, *Sulla nozione di «interpretazione giuridica corretta» (e sui suoi rapporti con l'interpretazione estensiva)*, in Cassazione Penale, Anno XLIV, Fasc. 7-8 2004, pp. 2588-2598; D. Canale, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Cedam, Padova, 2003.

<sup>17</sup> E' Kelsen ad affermare: «ogni atto che si mantiene entro questo schema e lo riempie in un senso possibile qualsiasi è conforme alla norma» ed ancora: «Il fatto che una sentenza sia fondata sulla legge non significa altro che ci si attiene allo schema indicato dalla legge» cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1934), cit., pp. 95-96. Nella prima edizione della *Dottrina pura del diritto*, dunque, la validità di un atto applicativo sembra essere condizionata dalla preventiva appartenenza della soluzione adottata in ultimo dall'organo

tesi già espresse nei primi scritti risalenti agli anni venti del XX secolo, attribuisce alla norma fondamentale una duplice funzione nel processo di produzione del diritto. Così intesa, infatti, la *Grundnorm* nel '34 non costituisce soltanto il fondamento della validità formale delle norme giuridiche del sistema, dando inizio alla catena di delegazioni dei poteri normativi (norma fondamentale come vincolo procedurale), ma rappresenta, altresì, la fondamentale direttiva interpretativa di una scienza giuridica pura, in grado di riconoscere e di garantire che il dinamico fluire volontaristico del diritto esprima pur sempre una sua coerenza interna (norma fondamentale come vincolo sostanziale)<sup>18</sup>.

Come avremo modo di vedere nel prossimo paragrafo, tuttavia, quest'ultimo assunto verrà fortemente messo in discussione da Kelsen nell'edizione della *Reine Rechtslehre* del 1960, in cui l'autore — tramite l'ammissione di interpretazioni (autentiche) "fuori cornice" — compirà un significativo passo verso quella concezione meramente volontaristica della validità normativa, che caratterizzerà l'ultima fase del suo pensiero.

Ciò che sarà necessario valutare nelle pagine successive è, dunque, se la scelta di tenere la coerenza al di fuori dei criteri di conoscenza e di produzione del diritto abbia avuto, o meno, delle ricadute sulle tesi avanzate nel '34 da Kelsen in tema di interpretazione giuridica.

#### 4. *La teoria dell'interpretazione di Kelsen nella seconda edizione della Dottrina pura del diritto*

L'ottavo ed ultimo capitolo della *Reine Rechtslehre* del 1960, dal titolo *L'interpretazione*, riproduce pressoché fedelmente il sesto capitolo dell'edizione precedente. In un quadro di sostanziale identità di tesi e di argomenti va, però, segnalata la presenza di alcuni significativi elementi di novità i quali si riveleranno sufficienti — sia pure *in potentia* — a provocare un mutamento radicale della

delegato allo schema delimitato dalla norma delegante; appartenenza il cui accertamento compete, in via preliminare, alla scienza giuridica.

<sup>18</sup> La norma fondamentale, in altri termini, non si limita a dirci quali norme sono valide in quanto emanate dall'autorità, ma consente di ricostruire — attraverso la conoscenza giuridica — il sistema normativo come un tutto logico e coerente. Cfr. H. Kelsen, *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg, Rolf Heise, 1928, pp. 405-406. Sulla purezza di questo tipo di scienza è, tuttavia, lecito avanzare dubbi. Cfr. P. Chiassoni, *Legal Science and Legal Interpretation in the Pure Theory of Law*, in L. Gianformaggio (a cura di), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, cit., pp. 63-73; R. Guastini, *Hans Kelsen sull'interpretazione*, cit., pp. 121-125.

prospettiva assunta in precedenza da Kelsen tanto a livello meta-interpretativo, quanto a livello teorico-generale.

Un primo elemento di differenza rispetto al passato è dato dalla distinzione che, in apertura di capitolo, l'autore stabilisce fra interpretazione *scientifica* (o teorica) ed interpretazione *autentica*. Kelsen sottolinea, ora, come non tutte le attività interpretative aventi ad oggetto testi normativi possano essere considerate alla stessa stregua e ciò per via della differente posizione che all'interno dell'ordinamento giuridico riveste il soggetto che le pone in essere (interprete). Qualora quest'ultimo sia una persona privata, anche se esperta di diritto, saremo in presenza di un'interpretazione teorica o scientifica, unicamente idonea alla redazione dell'elenco dei significati ricavabili da un dato enunciato prescrittivo<sup>19</sup>. Qualora, viceversa, l'interprete sia un "organo che deve applicare il diritto" parleremo di interpretazione autentica, intendendo con tale espressione ogni attività di applicazione del diritto preesistente e, dunque, di produzione di diritto nuovo<sup>20</sup>.

In verità, sebbene *prima facie* Kelsen sembri voler sancire una sorta di incompatibilità strutturale fra i due modelli di interpretazione succitati, nelle pagine successive finisce per considerare l'interpretazione scientifica come l'ineliminabile fase iniziale di ogni "corretta" interpretazione autentica, affermando che: «nell'applicazione del diritto da parte di un organo giuridico l'interpretazione teorica del diritto da applicare si collega con un atto di volontà, in cui l'organo incaricato dell'applicazione del diritto *compie una scelta fra le possibilità rivelate dall'interpretazione teorica*»<sup>21</sup>.

A distanza di quasi trent'anni viene, dunque, riproposta la distinzione tra le due fasi del processo di applicazione-produzione del diritto già individuate nell'edizione del '34, ossia: quella pre-giudiziale, di constatazione dello schema e di elencazione dei significati in esso inclusi (interpretazione teorica), e quella successiva di scelta (entro lo schema medesimo) della soluzione ritenuta (politicamente) migliore dall'organo di applicazione<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. di M. Losano, Einaudi, Torino, 1966, pp. 381-382.

<sup>20</sup> A tal proposito Kelsen dice: «L'interpretazione da parte dell'organo che applica il diritto è sempre autentica. Essa crea diritto». Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), cit., p. 387.

<sup>21</sup> Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), cit., p. 387, corsivo mio.

<sup>22</sup> Sembrerebbe (come suggerisce Losano) che tra l'interpretazione teorica e l'interpretazione autentica non sussista poi un'effettiva alterità qualitativa e che sia, di conseguenza, preferibile utilizzare — come nella precedente fase del pensiero di Kelsen — il termine interpretazione per fare unicamente riferimento a quel settore comune alle due attività su indicate, riservando al residuo settore dell'interpretazione autentica il nome di "statuizione di una norma giuridica individuale". Cfr. M. Losano, *Il problema dell'interpretazione in H. Kelsen*, cit., p. 531.

È a questo punto, però, che assume importanza decisiva il secondo elemento di novità introdotto da Kelsen nel 1960, ossia la “tesi dell’ammissibilità di interpretazioni autentiche fuori cornice” (cfr. par. 3). In un passaggio del paragrafo n. 46 il filosofo praghese scrive: «con l’interpretazione autentica (cioè l’interpretazione di una norma da parte dell’organo giuridico che deve applicarla), si può realizzare non soltanto una delle possibilità rivelate dall’interpretazione teorica della norma da applicare, *ma si può anche produrre una norma totalmente fuori dallo schema costituito dalla norma da applicare*»<sup>23</sup>.

Kelsen ammette in altri termini, che ad ogni norma delegante *espressa*, che autorizza un organo inferiore a produrre una norma il cui contenuto sia da essa logicamente condizionato, possa sempre affiancarsi una norma delegante *tacita* in forza della quale l’organo incaricato può dare al proprio atto applicativo un contenuto diverso, o meglio, qualsiasi contenuto da questi desiderato<sup>24</sup>. In base a tale ultimo asserto, l’interpretazione autentica si sgancia da ogni vincolo presupposizionale con l’interpretazione teorica, assumendo le sembianze di una mera manifestazione di volontà dell’autorità delegata, posta in essere nel rispetto dell’iter procedurale imposto dalla fonte delegante ed idonea, per ciò solo, a produrre una nuova norma giuridica valida. Delle due componenti dell’interpretazione autentica precedentemente annoverate quali condizioni necessarie di validità della norma inferiore, ossia conoscenza e volontà, soltanto la seconda conserva ora il predetto *status* acquisendo, conseguentemente, quello di condizione sufficiente.

La svolta sopra delineata (caratterizzata dalla frattura del rapporto coerenza-validità) ha accreditato l’immagine di un Kelsen decisionista il quale, mediante l’adozione di una prospettiva sempre più incentrata sul problema della produzione giuridica e della sua descrizione avalutativa, sembra disposto a giustificare qualsiasi decisione proveniente dagli organi di applicazione del diritto. Lungo tale asse, verrebbe meno ogni riferimento al ruolo svolto dai vincoli contenutistici, quali criteri di giustificazione dei processi di positivizzazione normativa ed il diritto si configurerebbe come un disorganico insieme di statuizioni autoritative, potenzialmente illogiche ed incoerenti, di cui la scienza giuridica dovrebbe limitarsi a

<sup>23</sup> Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), cit., pp. 387-388, corsivo mio.

<sup>24</sup> Quest’ultimo assunto può essere considerato una diretta conseguenza della c.d. dottrina della clausola alternativa tacita. Cfr. H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Comunità, 1952. La predetta dottrina si sostanzia nell’idea secondo cui, date determinate condizioni (formali e sostanziali) di validità di una norma giuridica, stabilite da una fonte delegante ad essa superiore, esiste sempre una clausola alternativa ed inespressa che fa sì che una norma prodotta in modo formalmente e sostanzialmente difforme dal modello espressamente previsto sia anch’essa valida.

predicare la validità o l'invalidità (formale)<sup>25</sup>. Sul terreno della teoria dell'interpretazione, infine, quanto appena riportato ha avvalorato, presso alcuni autori, la tesi di un'autentica e definitiva virata della teoria della cornice kelseniana verso il più estremo degli scetticismi<sup>26</sup>.

Queste conclusioni appaiono, tuttavia, alquanto precipitose. Proverò, infatti, a mostrare nelle pagine successive come attraverso una differente lettura ed una più accorta valutazione delle implicazioni derivanti dall'ammissione di interpretazioni autentiche "fuori cornice" sia, tutto sommato, possibile tener saldo il giudizio iniziale sulla collocazione della teoria dell'interpretazione di Kelsen in un ambito intermedio tra formalismo radicale ed antiformalismo estremo.

##### 5. La cornice come criterio di correttezza

Un dato inconfutabile emerso dalla lettura del capitolo sull'interpretazione giuridica contenuto nella *Dottrina pura del diritto* del 1960 è l'apparente contraddittorietà delle affermazioni kelseniane concernenti le caratteristiche definitive della cosiddetta *interpretazione autentica*. Mentre in alcuni passaggi Kelsen sembra, infatti, voler ribadire la necessità di un nesso logico tra gradi superiori e gradi inferiori del sistema giuridico, che funga da invalicabile limite d'azione per l'organo che deve applicare il diritto<sup>27</sup>, in altri momenti l'autore si concentra unicamente sulla dimensione volontaristica del processo di produzione normativa, negando qualsiasi ruolo alla coerenza e legittimando una lettura radicalmente scettica della propria teoria dell'interpretazione<sup>28</sup>.

Orbene, l'apparente contraddittorietà delle affermazioni sopra riportate è da imputare alla mancata distinzione, da parte del giurista praghese, dei due differenti livelli giuridico-filosofici sui quali il suo discorso meta-interpretativo si colloca,

<sup>25</sup> Per la definitiva abiura kelseniana del binomio coerenza-validità, cfr. H. Kelsen, *La derogazione* (1962), trad. it. in H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato*, a cura di R. Guastini, Il Saggiatore, Milano, 1981, pp. 189-204.

<sup>26</sup> Cfr. M. Troper, *Kelsen, la théorie de l'interprétation, et la structure de l'ordre juridique*, in *Revue internationale de philosophie*, 138, 1981; M. Barberis, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Giappichelli, Torino, 1990; B. Pastore, *Sistemi normativi e coerenza*, in L. Gianformaggio (a cura di), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 367-395.

<sup>27</sup> A tal proposito Kelsen scrive: «il diritto che deve essere applicato costituisce uno schema, all'interno del quale esistono più possibilità di applicazione, quindi è lecito ogni atto che si attenga ai limiti di questo schema, che cioè sia conforme ad un qualsiasi significato possibile dello schema» cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), cit., p. 384, corsivo mio.

<sup>28</sup> Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), cit., p. 388.

a partire dal 1960. Al riguardo, occorre fare un passo indietro e ricordare come, nella prima edizione della *Reine Rechtslehre*, la cornice costituisse per Kelsen — oltre che un perimetro di esercizio consentito della discrezionalità interpretativa — un criterio di verifica della validità della norma giuridica stessa (cfr. par. 3). Invero, nella *Dottrina pura del diritto* del '34, la preventiva appartenenza della soluzione adottata dall'organo di applicazione al novero di quelle compatibili con lo schema delimitato dalla norma superiore rappresentava una vera e propria *condicio sine qua non* della sua giuridicità. Per questo, è possibile sostenere che, nella sua prima formulazione, la teoria della cornice fosse posta al servizio della — e di conseguenza spesso (erroneamente) assimilata alla — teoria kelseniana della validità.

Nella nuova edizione della *Dottrina pura* nasce, tuttavia, l'esigenza di distinguere.

Se sul fronte della teoria dell'interpretazione Kelsen rimane, infatti, ancorato all'idea che, mediante la ricognizione dei significati interni allo schema tracciato dalla norma superiore, la scienza giuridica sia in grado di offrire il proprio contributo, limitando in sede applicativa la discrezionalità dell'organo delegato; sul fronte della teoria della validità (kelsenianamente intesa come esistenza giuridica di una norma), il giurista praghese appare, invece, sempre più proiettato verso quella “deriva volontaristica” già anticipata nel '45 dalla dottrina della clausola alternativa tacita.

Ecco perché nell'edizione della *Reine Rechtslehre* del '60, pur riproponendo *in toto* la teoria della cornice, quale teoria dell'interpretazione giuridica dai connotati anti-formalistici ed al contempo anti-scettici, Kelsen introduce una tesi — quella dell'ammissibilità di interpretazioni autentiche “fuori cornice” — di marca apparentemente decisionista. Tale ultima tesi, però, lungi dal determinare una svolta in chiave radicalmente scettica della teoria kelseniana dell'interpretazione, altro non è che la constatazione di come, in diversi ordinamenti giuridici, il diritto positivo attribuisca validità “alle decisioni interpretative degli organi di applicazione”<sup>29</sup>, e ciò indipendentemente dalla loro conformità (o meno) ai vincoli contenutistici imposti dalle norme superiori. Come dire che dal punto di vista della validità (ma non anche da quello della correttezza) tutte le interpretazioni (autentiche) si equivalgono.

Come rileva opportunamente Guastini, tuttavia, le predette considerazioni nulla hanno a che vedere con la teoria dell'interpretazione<sup>30</sup>.

Il compito di una teoria dell'interpretazione giuridica non è, infatti, quello di individuare i requisiti necessari e/o sufficienti perché una norma giuridica individuale (sentenza) venga ad esistenza, ma quello di *descrivere* come i giudici (e,

<sup>29</sup> Cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 56.

<sup>30</sup> Cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 56.

più in generale, come i giuristi) interpretano — o di *prescrivere* come questi ultimi dovrebbero interpretare (anche se in questo caso sarebbe più opportuno parlare di *dottrina dell'interpretazione*) — le disposizioni a cui sono chiamati ad attribuire significato. Per far ciò, una teoria dell'interpretazione, in luogo della validità, dovrà avvalersi di una nozione di correttezza, intesa quale rispondenza della decisione giudiziale a determinati canoni interpretativi preesistenti<sup>31</sup>. Canoni che nella teoria dell'interpretazione di Kelsen consentono, peraltro, di delimitare con esattezza i confini di quella cornice di significati possibili ricavabile dalla norma superiore mediante l'interpretazione scientifica.

L'argomentazione fin qui proposta sembra, però, prestare il fianco ad una possibile obiezione. Si potrebbe, infatti, sostenere che una relazione tra la teoria dell'interpretazione giuridica e la teoria della validità in fondo vi sia e che, in realtà, neppure dal punto di vista del diritto positivo tutte le interpretazioni si equivalgano. A sostegno di tale obiezione verrebbe addotta la tesi secondo cui le interpretazioni “fuori cornice”, per quanto provvisoriamente valide, sono pur sempre suscettibili di annullamento in un momento successivo. In tal senso, la cornice, pur cessando di essere condizione *a priori*, rimarrebbe comunque criterio di verifica *a posteriori* della validità di una norma giuridica<sup>32</sup>.

L'obiezione, tuttavia, non coglie nel segno. In primo luogo, perché laddove a cadere “fuori cornice” sia la decisione interpretativa di un organo giurisdizionale di ultima istanza, la stessa non sarà più riformabile in seguito. In secondo luogo, perché “anche le decisioni interpretative che cadono dentro la cornice sono suscettibili di annullamento, qualora non siano state pronunciate da organi giurisdizionali di ultima istanza”<sup>33</sup>.

In conclusione: distinguendo recisamente tra teoria della validità e teoria dell'interpretazione giuridica, risulta evidente perché l'ammissione — o meglio la constatazione — della presenza di interpretazioni (autentiche) “fuori cornice” non possa essere letta come il segno inequivocabile dell'appartenenza della teoria kel-

<sup>31</sup> Cfr. M. Barberis, *Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la gènoise*, in P. Comanducci, R. Guastini, *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 27-31; V. Velluzzi, *Sulla nozione di «interpretazione giuridica corretta» (e sui suoi rapporti con l'interpretazione estensiva)* cit.; P. Chiassoni, *Codici interpretativi. Progetto di voce per un Vademecum giuridico*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 55-116.

<sup>32</sup> Luigi Ferrajoli, a tal proposito, distingue tra vigore (quale mera rispondenza della norma giuridica all'iter procedurale previsto per la sua emanazione) e validità (quale conformità della norma stessa ai vincoli contenutistici imposti dalle fonti ad essa sovraordinate, ed in ultimo dalla Costituzione). Cfr. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 34.

<sup>33</sup> Cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 56, nota 20.

seniana della cornice al *genus* meta-interpretativo dello scetticismo estremo. Una concezione (meramente) volontaristica della validità non implica infatti, *sic et simpliciter*, l'adesione ad una altrettanto volontaristica teoria dell'interpretazione. Il concetto di cornice lascia, al contrario, intravedere come, per Kelsen, l'attribuzione di significato a testi normativi comporti l'esercizio di una "discrezionalità limitata" da parte dell'interprete; assunto, quest'ultimo, che — come si tenterà di mostrare *infra* — pone non soltanto la teoria dell'interpretazione del giurista praghese a metà strada tra formalismo ingenuo e scetticismo radicale, ma che sembra, altresì, avvalorare la tesi della sua riconducibilità nell'alveo della teoria mista.

Al fine di verificare la piena plausibilità della suesposta tesi è, tuttavia, necessario fronteggiare un ultimo decisivo ostacolo, rappresentato dalla ricostruzione che della teoria della cornice kelseniana Riccardo Guastini propone ormai da diversi anni, facendo di essa il vero e proprio paradigma di una teoria dell'interpretazione (sebbene) moderatamente (comunque) *scettica*.

#### 6. *La cornice presa sul serio. Scetticismo moderato o teoria mista?*

L'esame e la critica della lettura guastiniana della teoria dell'interpretazione di Hans Kelsen, richiedono alcune precisazioni di carattere preliminare.

È, innanzitutto, necessario chiarire come, in luogo della consueta tripartizione delle teorie contemporanee dell'interpretazione in: a) teorie formaliste; b) teorie scettiche; c) teorie intermedie, verrà di seguito adottata una quadripartizione che renda conto della presenza, in seno al *genus* delle teorie mediane, di almeno due varianti tra loro incompatibili, degne come tali di assurgere ad autonome categorie meta-interpretative generali. A tali varianti daremo rispettivamente il nome di teoria *mista*, da una parte e di teoria *eclettica in senso stretto*, dall'altra. Al fine di meglio comprendere l'utilità di questa distinzione è, tuttavia, opportuno prendere le mosse da alcuni assunti di carattere generale che faranno da sfondo alle argomentazioni più avanti proposte.

Il primo di tali assunti concerne quella che potremmo definire: la funzione primaria dell'attività interpretativa in ambito giuridico. In particolare, assumerò in questa sede che l'interpretazione della legge, ossia l'attribuzione di significato a testi normativi, sia concettualmente connessa alla soluzione di controversie concrete ed attuali ovvero ipotetiche ed eventuali e che, pertanto, l'esito di un'interpretazione giuridica si sostanzia, comunque, nella determinazione da parte del giudice (o del giurista) di una precisa relazione (anche di segno negativo) tra

l'enunciato interpretato e la fattispecie reale o congetturale di sua applicazione<sup>34</sup>. Da quanto premesso, consegue che le differenze tra le varie teorie dell'interpretazione giuridica dipenderanno in gran parte dal diverso modo di rappresentare e di intendere il rapporto di significanza sussistente, prima dell'interpretazione, tra il testo normativo da interpretare ed il caso concreto da decidere<sup>35</sup>. A seconda che il predetto rapporto venga, infatti, considerato come integralmente, ovvero come parzialmente, o addirittura come nient'affatto preconstituito all'interpretazione, cambieranno in modo decisivo il ruolo dell'interprete e la natura stessa dell'attività giuridico-ermeneutica<sup>36</sup>. Per cogliere appieno le differenze tra le quattro teorie dell'interpretazione giuridica sopra menzionate è, quindi, necessario guardare alla differente misura della discrezionalità giudiziale che ciascuna di esse rispettivamente implica<sup>37</sup>. Per far ciò, utilizzeremo, quale

<sup>34</sup> Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite, Legge, diritti, giustizia*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 180-183; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Laterza, Roma-Bari, 1999.

<sup>35</sup> Con l'espressione "rapporto di significanza tra testo normativo e caso concreto" farò in questa sede riferimento alla sussumibilità di una data fattispecie reale, o ipotetica, nell'area di significato di un determinato enunciato prescrittivo.

<sup>36</sup> E' evidente come, all'interno di una simile prospettiva, venga riconosciuto un ruolo di assoluta preminenza a quella che Guastini denomina interpretazione in concreto, ossia all'attività interpretativa posta in essere dagli organi di applicazione del diritto, e più in particolare dai giudici. Giova sottolineare, peraltro, come la rigida separazione operata da Guastini tra interpretazione in astratto ed interpretazione in concreto appaia poco convincente, cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 82-85. Ad avviso di chi scrive, infatti, l'attribuzione di significato a testi normativi non può prescindere dalla pre-giudiziale valutazione della funzione che gli oggetti stessi dell'interpretazione giuridica sono diretti ad assolvere, dunque regolare comportamenti. In altri termini: per individuare il significato — ovvero i significati — giuridicamente plausibili di una data disposizione normativa non è possibile isolare (in astratto) l'enunciato prescrittivo dal suo contesto applicativo, ossia da ciò cui la prescrizione stessa è rivolta. Una decisa critica alla netta separazione tra interpretazione in astratto e interpretazione in concreto, si trova anche in V. Villa, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 221-223.

<sup>37</sup> La quadripartizione ivi proposta (basata sull'individuazione di quattro differenti misure e modalità di esercizio della discrezionalità giudiziale) presenta alcuni vantaggi; primo fra tutti quello di fornire una rappresentazione omogenea delle varie teorie dell'interpretazione giuridica. Queste ultime vengono, infatti, presentate come le diverse risposte al medesimo quesito, e cioè: qual è la relazione di significato che prima dell'interpretazione sussiste tra il testo normativo e la fattispecie concreta che sembra richiamarlo? L'adesione all'impostazione suggerita da Guastini — all'interno della quale il problema dell'eliminazione dell'ambiguità degli enunciati (interpretazione in astratto) viene rigidamente separato da quello dell'eliminazione della vaghezza delle norme (interpretazione in concreto) — impone, al contrario, di considerare le tre tradizionali teorie

metafora di detta discrezionalità, la libertà di movimento concessa da un padrone immaginario al proprio cane, equiparando i limiti a tale libertà imposti attraverso un guinzaglio, a quelli esercitati — ovvero esercitabili — dal diritto preesistente nei riguardi dei soggetti che lo interpretano. Denomineremo, dunque:

a) formaliste, o della discrezionalità *nulla*, tutte quelle teorie che configurano il rapporto di significanza tra testo normativo e caso concreto come *sempre ed integralmente precostituito all'interpretazione*, di guisa che il giudice, nel decidere, risulterà privo di ogni facoltà di scelta (al pari di un cane legato ad un rigido guinzaglio);

b) scettiche, o della discrezionalità *piena*, quelle teorie che configurano il rapporto di significanza tra testo normativo e caso concreto come *mai precostituito all'interpretazione* (scetticismo estremo), o come *parzialmente — e tuttavia inutilmente — precostituito all'interpretazione* (scetticismo moderato), di guisa che il giudice, nel decidere, risulterà libero da ogni vincolo o condizionamento normativo (al pari di un cane privo di guinzaglio)<sup>38</sup>;

c) miste, o della discrezionalità *limitata*, quelle teorie che configurano il rapporto di significanza tra testo normativo e caso concreto come *sempre — ma non sempre integralmente — precostituito all'interpretazione*, di guisa che il giudice, nel decidere, risulterà (talvolta) libero di scegliere, sebbene entro un delimitato e predefinito raggio d'azione (al pari di un cane legato ad un *extensible lead*);

d) eclettiche in senso stretto, o della discrezionalità *alternata*, quelle teorie che distinguono recisamente tra *fattispecie in cui il rapporto di significanza tra testo normativo e caso concreto è integralmente precostituito all'interpretazione* e *fattispecie in cui il rapporto di significanza tra testo normativo e caso concreto non è in alcun modo precostituito all'interpretazione*. Di guisa che il giudice, nel decidere i casi del primo tipo (facili), non disporrà di alcuna discrezionalità (cane

dell'interpretazione come modelli eterogenei. In tal senso, il formalismo si rivelerebbe non una teoria ma una dottrina (normativa) dell'interpretazione; la teoria mista una teoria (conoscitiva) dell'applicazione; e solo lo scetticismo (moderato) assurgerebbe ad autentica teoria (conoscitiva) dell'interpretazione. Cfr. M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, II ed., Giappichelli, Torino, 2005, pp. 228-229.

<sup>38</sup> L'inutilità, per lo scetticismo moderato, della pre-costituzione di un rapporto tra testo normativo e caso concreto è data dal rifiuto, da parte degli autori che aderiscono a tale concezione, della nozione di correttezza, quale parametro-guida per una teoria dell'interpretazione giuridica. Come vedremo meglio *infra*, giuristi come Guastini ritengono ad es. che anche laddove preesista all'interpretazione un elenco di significati tradizionalmente ascritti ad un dato testo normativo, lo stesso non possa fungere da vincolo alla discrezionalità dell'interprete; qualora, infatti, quest'ultimo dovesse decidere di attribuire alla disposizione interpretanda un significato del tutto nuovo (e, dunque, non compreso tra quelli facenti parte della cornice di significati acclarati) detta interpretazione (creativa) sarebbe pur sempre corretta. Cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 141, nota n. 8.

al guinzaglio) e nel decidere i casi del secondo tipo (difficili), godrà di una discrezionalità piena (cane privo di guinzaglio).

Orbene, l'inclusione da parte di Guastini della teoria della cornice kelseniana nell'ambito dello scetticismo (moderato) dipende, in gran parte, dalla sostanziale assimilazione di *c* a *d*, ovvero delle teorie che abbiamo definito miste a quelle denominate eclettiche in senso stretto. Guastini, in altri termini, prediligendo un'impostazione di tipo ternario ed utilizzando la (eclettica) teoria dell'interpretazione di Genaro Carriò<sup>39</sup> quale unico modello per l'identificazione dell'intero *genus* intermedio fra formalismo e scetticismo, riconduce al di sotto di quest'ultima finanche le teorie dell'interpretazione di matrice hartiana (miste) che, invero, poco o nulla hanno di eclettico.

Trascurare, o peggio mascherare sotto l'egida dell'eclettismo, le notevoli differenze correnti fra la teoria mista e la teoria eclettica in senso stretto, tuttavia, oltre che dar luogo ad una arbitraria omologazione di posizioni teoriche qualitativamente diverse, preclude, altresì, la possibilità di riconoscere i numerosi punti di contatto fra la teoria dell'interpretazione di Hans Kelsen e quella di Herbert Hart. Se è certo, infatti, che quella elaborata dal giurista praghese non è una teoria della discrezionalità alternata (eclettica in senso stretto), vi è al contempo più di un motivo per considerare la teoria della cornice una teoria della discrezionalità limitata, o meglio l'antesignana versione della teoria mista proposta da Hart.

6.1. Alcuni argomenti a sostegno dell'autonomia della teoria dell'*open texture* di Herbert Hart rispetto a quella di Genaro Carriò vengono avanzati proprio da Riccardo Guastini in un commento di qualche anno fa alla teoria dell'interpretazione di Carriò<sup>40</sup>. Seguendo il giurista genovese, è possibile notare come in *The Concept of Law* i concetti di "trama aperta", di zona di penombra, di *hard cases* servano a Hart per difendere una teoria normativistica della scienza giuridica contro gli attacchi del giusrealismo.

Invero, secondo Hart il diritto è, in primo luogo, un sistema di norme chiare e precostituite all'interpretazione, suscettibili come tali di applicazione pacifica nella gran parte dei casi. L'incapacità umana di prevedere le innumerevoli combinazioni che ogni fattispecie potrà assumere in concreto, però, rende indispensabile talvolta l'apporto discrezionale dell'interprete, il quale sarà chiamato ad integrare

<sup>39</sup> G. R. Carriò, *Sull'interpretazione giuridica* (1965), in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Giappichelli, Torino 1989, pp. 127-151.

<sup>40</sup> Cfr. R. Guastini, *Genaro Carriò e la trama aperta del diritto*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Giappichelli, Torino 1989, pp. 153-159.

— sia pure entro i limiti consentiti dalla norma stessa — la disciplina parzialmente incompleta di un dato caso dubbio<sup>41</sup>.

Nel discorso hartiano, pertanto, la “penombra” viene definita in negativo come quella zona in cui non c’è luce ma non c’è neppure buio completo. L’area dei casi dubbi, del resto “[...] è delimitata, circondata, dall’area dei casi chiari (da una parte, l’insieme dei casi cui la norma è certamente applicabile; dall’altra parte, l’insieme dei casi cui, altrettanto certamente, la norma non è applicabile”<sup>42</sup>.

In base alla predetta ricostruzione si può, dunque, affermare che per Hart — come già per Kelsen — l’ambito di indeterminazione di una norma giuridica sia *perimetrato da una cornice*, il che comporta l’utilizzo (latente) di una nozione di correttezza, che consente di distinguere in modo netto le interpretazioni *decisorie* (che, per quanto discrezionali, ricadono pur sempre all’interno dell’area di significanza del testo normativo), dalle interpretazioni *creative* (che da tale area di significanza fuoriescono)<sup>43</sup>:

In ogni ordinamento giuridico viene lasciato un ampio e importante spazio all’esercizio della discrezionalità da parte dei tribunali e di altri funzionari nella determinazione di criteri inizialmente vaghi, nel chiarimento delle ambiguità delle leggi, nello sviluppo e nella determinazione di norme trasmesse soltanto in modo generico per via di precedenti dotati di autorità. Tuttavia queste attività, per quanto siano importanti e non siano state sufficientemente studiate, non devono mascherare il fatto che sia la cornice (*the framework*) in cui hanno luogo sia il loro principale risultato finale sono costituiti da norme generali<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Hart, al riguardo, afferma che: «In alcuni ordinamenti giuridici in certi periodi può capitare che si sacrifichi troppo alla certezza, e che l’interpretazione giudiziale degli statuti o dei precedenti sia troppo formalistica e così venga meno al compito di reagire alle somiglianze e alle differenze tra i casi che sono visibili soltanto quando questi vengono considerati alla luce degli scopi sociali. In altri ordinamenti o in altri periodi può sembrare che troppi elementi vengano trattati dai tribunali come continuamente aperti o soggetti a revisione nei precedenti e che si dia troppa poca considerazione a *quei limiti che dopotutto il linguaggio legislativo stabilisce, nonostante la sua struttura aperta*» Cfr. H. L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 153, corsivo mio.

<sup>42</sup> Cfr. R. Guastini, *Genaro Carriò e la trama aperta del diritto*, cit., p. 155.

<sup>43</sup> Riprendo questa distinzione (interpretazione decisoria/interpretazione creativa) da Riccardo Guastini, cercando, tuttavia — a differenza del giurista genovese — di renderla rilevante per la teoria dell’interpretazione giuridica. Cfr. R. Guastini, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 80-81. Come è già stato evidenziato *supra*, infatti, la distinzione tra interpretazione decisoria ed interpretazione creativa rischia di perdere ogni valenza nel momento in cui si esclude dall’ambito dei discorsi meta-interpretativi la nozione di correttezza.

<sup>44</sup> H. L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, pp. 132-133, corsivo mio; H. L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 159-160.

Da qui l'immagine dell'*extensible lead* quale metafora della discrezionalità *limitata* riconosciuta all'interprete dalla teoria mista. Per Hart ed i suoi epigoni, d'altronde, il giudice, fuori dai casi chiari (rispetto ai quali ogni discrezionalità è esclusa), è un soggetto libero di scegliere, ma entro un delimitato e pre-definito raggio d'azione.

6.2. Gran parte delle considerazioni fin qui svolte non possono, certamente, estendersi alla teoria dell'interpretazione giuridica di Genaro Carriò. Sebbene, infatti, il giurista argentino riproponga i concetti (hartiani) di *open texture* e di zona di penombra, nonché la distinzione tra casi tipici e casi marginali, il fine da quest'ultimo perseguito differisce profondamente da quello (normativistico) di Hart. A ben guardare, la riflessione di Carriò sull'indeterminatezza del linguaggio giuridico è tesa, non solo e non tanto, a dimostrare «che il legislatore è incapace di dare soluzione anticipata a tutte le fattispecie», quanto soprattutto ad evidenziare le difficoltà connesse alla delimitazione dell'area di significanza degli enunciati prescrittivi<sup>45</sup>.

Secondo Carriò, ogni testo normativo esprime: a) un nucleo centrale di significato chiaro ed incontestato, nel quale ricadono i cosiddetti casi tipici che non richiedono, per la propria definizione, alcun contributo discrezionale da parte del giudice; b) ed un'area di significato vago ed indeterminato (zona di penombra), nella quale ricadono i cosiddetti casi marginali, ed il cui perimetro risulta indeterminato, a sua volta<sup>46</sup>. Quest'ultimo aspetto è di cruciale importanza per cogliere appieno le differenze tra la teoria eclettica (in senso stretto) di Carriò e quella mista di Hart.

Per Carriò la “zona di penombra” non è uno spazio circoscritto e ben delimitato (cornice) entro il quale il giudice potrà scegliere tra un numero finito di soluzioni possibili; essa, al contrario, si caratterizza per i suoi contorni vaghi ed incerti, tali da non consentire una demarcazione netta tra significati interni e significati esterni al testo normativo<sup>47</sup>. Quanto appena descritto incide, in maniera pregnante, sulla misura della discrezionalità riconosciuta ai giudici nei casi difficili (o marginali). A differenza di Hart, Carriò ritiene, infatti, che in presenza di un caso dubbio l'organo giudicante si trovi dinanzi ad un «[...]numero infinito di combinazioni possibili»<sup>48</sup> e che per dirimere la controversia quest'ultimo sia, pertanto, costretto ad esercitare una discrezionalità piena, ossia potenzialmente illimitata. In breve: se nei casi tipici esiste, per Carriò, una ed una sola risposta corretta, nei casi marginali le risposte corrette sono tante quante le opzioni possibili, dunque infinite.

<sup>45</sup> G. R. Carriò, *Sull'interpretazione giuridica*, cit., p. 136.

<sup>46</sup> G. R. Carriò, *Sull'interpretazione giuridica*, cit., p. 137.

<sup>47</sup> G. R. Carriò, *Sull'interpretazione giuridica*, cit., p. 147.

<sup>48</sup> G. R. Carriò, *Sull'interpretazione giuridica*, cit., p. 149.

Da qui il carattere inesorabilmente eclettico della suddetta teoria dell'interpretazione giuridica. All'immagine formalista del giudice "in catene", nei casi chiari, il giurista argentino alterna, infatti, quella scettica del giudice "libero", nei casi dubbi<sup>49</sup>.

6.3. Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, gli elementi di somiglianza tra la teoria dell'interpretazione di Hans Kelsen e quella di Herbert Hart, con particolare riferimento alla "limitata" misura della discrezionalità che entrambe le teorie concedono all'interprete in presenza di casi difficili, sembrano essere rimarchevoli. Ciononostante, è necessario verificare se la tesi dell'identità qualitativa tra le summenzionate teorie dell'interpretazione sia in grado di reggere ad alcune obiezioni che i sostenitori della matrice scettica della teoria della cornice — primo fra tutti Guastini — potrebbero ulteriormente muovervi.

Una prima prevedibile obiezione è quella concernente l'ammissibilità dei cosiddetti casi facili o chiari.

Al riguardo, Guastini sostiene, estendendo a Kelsen tali assunti, che:

- 1) tutti i testi normativi sono fatalmente equivoci (esprimono non già un solo, univoco significato ma, al contrario, sempre una pluralità di significati in competizione);
- 2) che la teoria della cornice è incompatibile con la tesi (tipica della teoria mista) dell'esistenza di casi facili;
- 3) che anche laddove esistano (rari) enunciati normativi sul cui significato nessuno controverte, la cosa è del tutto priva di interesse per la teoria dell'interpretazione.

Orbene, tralasciando l'ultima delle tre affermazioni sopra riportate, che ai nostri fini è irrilevante, è possibile muovere le seguenti contro-obiezioni alle due precedenti tesi guastiniane.

In ordine alla prima, giova sottolineare come, se da un canto Kelsen riconosca apertamente l'esistenza di casi difficili (che egli considera certamente essere la maggior parte), dall'altra l'autore praghese non escluda affatto l'esistenza di casi facili. Basti pensare, a tal proposito, ad una serie di passaggi contenuti tanto nella prima, quanto nella seconda edizione della *Dottrina pura del diritto*, dai quali è facile desumere un atteggiamento più che possibilista da parte di Kelsen in ordine all'esistenza di casi di pacifica applicazione della norma superiore.

<sup>49</sup> L'eclettismo meta-interpretativo di Carriò trova la sua massima espressione nella tesi secondo cui gli atti interpretativi di testi normativi hanno statuto logico diverso, a seconda che concernano la soluzione di un caso tipico, ovvero quella di un caso marginale. Mentre i primi assolvono, infatti, una funzione puramente descrittiva, i secondi consistono in vere e proprie ascrizioni di significato. Cfr. G. R. Carriò, *Sull'interpretazione giuridica*, cit., pp. 135-136.

Si guardi, come esempio, all'espressione: «In tutti questi casi di indeterminazione intenzionale o non intenzionale, si presentano varie possibilità di esecuzione»<sup>50</sup> che, interpretata *a contrario*, induce a ritenere che, fuori dai casi di indeterminazione della norma superiore, le possibilità di esecuzione della stessa (ovvero i suoi significati corretti) si riducano ad una. Ed ancora a proposizioni quali: «non vi è alcun metodo che si possa designare come positivamente giuridico, secondo il quale, fra i significati verbali di una norma, si possa ravvisare soltanto uno di essi come esatto, nell'ipotesi naturalmente che vi siano parecchie interpretazioni possibili in rapporto con tutte le altre norme della legge o dell'ordinamento giuridico»<sup>51</sup>. Da tale affermazione si evince chiaramente come l'esistenza di una pluralità di significati possibili di una stessa disposizione sia, per Kelsen, una mera, sebbene probabile, eventualità. Del resto lo stesso giurista praghese scrive ancora: «L'interpretazione di una legge non deve necessariamente condurre ad un'unica decisione da ritenersi la sola esatta»<sup>52</sup>, ma ciò non esclude che l'interpretazione di una legge possa, talvolta, condurre a simili esiti.

In ordine alla seconda obiezione guastiniana, vale poi la pena evidenziare come l'utilizzo di nozioni quali quelle di "schema", o di "cornice" presupponga implicitamente l'ammissione di casi tipici e/o paradigmatici. Perché vi sia una cornice, ossia un ambito sincronicamente chiuso di significati possibili è, infatti, necessario che all'interno di una comunità di parlanti vengano determinate regole linguistiche condivise ed incontestate, tali da permettere all'interprete la delimitazione di un perimetro di esercizio consentito della propria discrezionalità, in sede di attribuzione di significato ad un qualsivoglia termine o enunciato. Entro tale prospettiva, i casi paradigmatici, costituendo esempi di applicazione pacifica delle summenzionate regole linguistiche, assurgono a principale strumento di verifica e di controllo dell'appartenenza o meno di una data scelta interpretativa all'area di significanza (convenzionalmente accolta) di una certa disposizione. I casi chiari, in altri termini, agendo quale termine di raffronto del maggiore o minore grado di similarità del caso da decidere con quelli cui la norma certamente si riferisce (o con quelli cui altrettanto certamente la norma non si riferisce), contribuiscono in modo decisivo alla ricostruzione della cornice, ossia di quel margine di discrezionalità consentita entro cui l'interpretazione decisoria potrà dirsi corretta<sup>53</sup>. Ma è proprio su questo punto che emerge un ulteriore elemento di dissen-

<sup>50</sup> Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1934), cit., p. 95; H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), cit., p. 384.

<sup>51</sup> Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1934), cit., p. 96; H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, (1960), cit., p. 385, corsivo mio

<sup>52</sup> Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1934), cit., p. 95; H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), cit., p. 384, corsivo mio

<sup>53</sup> Cfr. V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 321-323; Vale la pena evidenziare, peraltro, come lo stesso Guastini ammetta

so rispetto alla lettura guastiniana della teoria dell'interpretazione di Kelsen, ossia quello concernente l'utilizzo della nozione di correttezza.

Come è noto, secondo Guastini, la correttezza appartiene al *genus* dei giudizi di valore e va, pertanto, bandita da una teoria dell'interpretazione che avanzi pretese di scientificità. Non a caso il giurista genovese, sebbene si avvalga di una distinzione tra interpretazione decisoria ed interpretazione creativa, fa di quest'ultima il mero strumento di misurazione del maggiore o minore grado di conformismo del giudice. Un'interpretazione fuori cornice (creativa) potrà, infatti, dirsi corretta al pari di una qualsiasi interpretazione decisoria, in quanto la cornice di significati ricostruita dall'interpretazione cognitiva è "aperta" e suscettibile — come tale — di essere di volta in volta allargata dal giudice mediante l'attribuzione, al medesimo enunciato normativo, di un significato del tutto nuovo<sup>54</sup>.

Sminuendo l'importanza fondativa dei casi chiari, Guastini perviene, tuttavia:

- a) alla sostituzione della nozione di cornice con quella di lista aperta;
- b) all'appiattimento del parametro della correttezza su quello del mero conformismo decisionale;
- c) ad attribuire prevalenza ad un approccio meta-linguistico di stampo contrattualista rispetto a quello convenzionalista, suggerito dall'immagine kelseniana della cornice<sup>55</sup>.

che l'identificazione di una norma deve necessariamente passare attraverso l'individuazione dei casi paradigmatici ai quali essa è applicabile. Cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 83, nota 16. Sul convenzionalismo linguistico implicitamente accolto da Kelsen, vedi *infra* nota 54.

<sup>54</sup> Cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 57.

<sup>55</sup> Per taluni autori (tra cui chi scrive), le tre tradizionali teorie dell'interpretazione (formalismo, scetticismo e teoria mista) dipendono anche da tre diverse concezioni del linguaggio, che potrebbero chiamarsi, rispettivamente, naturalismo linguistico, contrattualismo linguistico e convenzionalismo linguistico.

Il naturalismo linguistico sostiene che le parole convengano alle cose per natura: ogni classe di cose avrebbe un suo nome, intrinsecamente connaturato ad essa. Il vero significato di un nome è quello che ne coglie l'esatto referente. Il contrattualismo linguistico, al contrario, sostiene che il linguaggio non è il prodotto di una relazione naturale fra cose e parole, ma dell'azione umana *intenzionale*: sono stati gli uomini ad accordarsi intenzionalmente, cioè consapevolmente e volontariamente, perché i nomi significassero ciò che significano. Se quanto premesso è vero, per i contrattualisti linguistici, per mutare o aggiornare il rapporto cose-realtà è sufficiente un nuovo accordo (contratto) sugli usi futuri delle parole e dei nomi. Non esistono regole e convenzioni linguistiche ma mere regolarità d'uso.

Il convenzionalismo linguistico, infine, sostiene che il linguaggio non dipende né dalle cose né da un accordo intenzionale o contrattuale, ma solo da un accordo *inintenzionale o convenzionale* fra i parlanti. I simboli stanno per le cose perché sono di fatto usati come sostituti simbolici di queste; l'origine del linguaggio, e comunque il suo funzionamento,

A ben guardare, tuttavia, nessuna delle tre tesi sembra attribuibile ad Hans Kelsen. Ed invero: a) il giurista praghese non parla in alcuno dei suoi scritti di “cornice aperta”; il predetto ossimoro scaturisce, semmai, dalla mera rivisitazione guastiniana della teoria dell’interpretazione kelseniana<sup>56</sup>.

b) Tanto nella prima, quanto nella seconda edizione della *Dottrina pura del diritto* Kelsen afferma, a più riprese, che perché una decisione sia lecita, o comunque fondata sul diritto positivo, è necessario (ed altresì sufficiente) che la stessa ricada all’interno dello schema delimitato dalla norma superiore<sup>57</sup>. In tal senso, la cornice sembra perimetrare, in modo chiaro, uno spazio di esercizio consentito e, dunque, corretto del potere discrezionale del giudice.

c) Infine, se la nozione di “cornice aperta” è perfettamente conciliabile con una concezione contrattualistica del linguaggio (quale quella implicitamente sposata da Guastini), la stessa appare del tutto incompatibile con il convenzionalismo linguistico presupposto dal normativismo kelseniano.

Sebbene non sia possibile, in questa sede, soffermarsi diffusamente sull’analisi dell’impianto teorico-generale edificato dal giurista praghese è sufficiente, infatti, ricordare come per Kelsen il diritto sia un sistema gerarchizzato di disposizioni valide e come tali disposizioni, per quanto vaghe, imprecise ed incomplete (prodotti semi-lavorati) siano pur sempre entità giuridiche e linguistiche munite di un significato “proprio”, ancor prima che intervenga su di esse l’attività

dipende da accordi non intenzionali ossia da usi consolidati (consuetudini). All’interno di una comunità di parlanti, quindi, esistono una serie di regole e di convenzioni che stabiliscono le condizioni di uso corretto (proprio) di ogni termine, e a cui non è possibile derogare mediante un semplice accordo intenzionale. Perché tali regole possano mutare sarà necessaria, infatti, una nuova consuetudine.

Il significato delle parole sarà, dunque, proprio, se risulterà conforme alle regole d’uso vigenti in quel dato momento storico, improprio se difforme rispetto ad esse. Cfr. M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un’introduzione teorica*. I ed., Giappichelli, Torino, 2003, pp. 52-57 e p. 221; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d’interpretazione e tecniche argomentative*. Giuffrè, Milano, 1999, pp. 501-502.

<sup>56</sup> Del resto, riconoscere da una parte l’esistenza della cornice ed affermare, dall’altra che tutte le interpretazioni sono corrette equivale a considerare il guinzaglio allungabile di cui sopra come un *infinitely extensible lead*, ovvero come un guinzaglio dal metraggio infinito, o quantomeno illimitato. È evidente come un guinzaglio di tal fatta, così come una cornice aperta, non essendo in grado di limitare la discrezionalità dell’interprete, risultino del tutto inutili.

<sup>57</sup> Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1934), cit., Cap. VI; H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), cit., Cap. VIII. Il fatto che la decisione dell’organo di applicazione del diritto debba ricadere all’interno della cornice è condizione necessaria di liceità della decisione stessa e, dunque, della sua correttezza. Ai fini della validità, invece — come più volte precisato — per il Kelsen della seconda edizione della *Dottrina pura del diritto*, il fatto che la decisione sia interna o esterna alla cornice è del tutto irrilevante.

interpretativa dell'organo di applicazione. Tali assunti sono, peraltro, perfettamente estensibili a Hart la cui teoria mista dell'interpretazione ne costituisce, del resto, una naturale implicazione.

L'identità qualitativa tra la teoria dell'interpretazione di Hans Kelsen e quella di Herbert Hart sembra essere, in conclusione, figlia di quel normativismo aggiornato che, seppur tra innumerevoli differenze teoriche e meta-teoriche, accomuna entrambi questi autori.