

FRANCESCO VIOLA

H. L. A. HART

E LA STRUTTURA APERTA DEL DIRITTO

*Estratto dal volume*

«INTERPRETAZIONE E  
APPLICAZIONE DEL DIRITTO TRA  
SCIENZA E POLITICA»

Aprile 1974

EDIZIONI CELUP S.R.L. - PALERMO

## CAPITOLO QUINTO

### H. L. A. HART E LA STRUTTURA APERTA DEL DIRITTO

#### 1. *Teoria analitica del diritto e interpretazione.*

Il problema fondamentale delle riflessioni di Hart è quello della definizione del diritto o, meglio, del « significato della *parola* diritto »<sup>1</sup>. La risposta alla domanda « Che cosa è il diritto? » è la descrizione e la giustificazione dell'uso di tale termine nel contesto di un linguaggio usato per enunciare ed applicare norme giuridiche, linguaggio che costituisce un settore particolare del discorso umano dotato di speciali caratteristiche « che non possono essere trascurate, pena la confusione mentale »<sup>2</sup>.

Hart non parte da una teoria del diritto, ma essa, è il risultato della descrizione delle caratteristiche del linguaggio giuridico o, meglio, della comprensione di quel nucleo di elementi centrali a cui si riferisce primieramente l'uso del termine ' diritto '. Solo attraverso l'esame e la chiarificazione dei diversi casi, in cui si usa la parola ' diritto ', possiamo arrivare a spiegare la struttura del pensiero giuridico, servendoci di modelli di spiegazione non già presupposti ma apprestati in seguito alle ricerche emergenti dalle stesse esigenze di chiarificazione dei problemi<sup>3</sup>.

Un diverso modo di procedere, che è poi quello comune a quasi tutti i teorici del diritto, è destinato — a detta di Hart — a

<sup>1</sup> H. L. A. HART, «Definizione e teoria della giurisprudenza», in *Contributi all'analisi del diritto*, trad. di V. Frosini, Milano, 1964, p. 40.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>3</sup> H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. di M. Cattaneo, Torino, 1965, p. 98.

generare confusione e a tradire la peculiarità del linguaggio giuridico. I teorici infatti partono di solito da una definizione (reale o nominale) del diritto, che riflette in sostanza una concezione filosofica o, quantomeno, già un giudizio preliminare sulla funzione del diritto<sup>4</sup>. Per quanto si possa giungere in tal modo a chiarire alcuni aspetti importanti del linguaggio giuridico, il peso della teoria si fa ben presto sentire come un notevole impedimento a render conto della varietà e duttilità di tale linguaggio, perché essa finisce per vincolare arbitrariamente e forzatamente il termine ' diritto ' solo a determinati usi dello stesso<sup>5</sup>. Partire da una teoria significa anche essere condizionati riguardo al metodo d'indagine ed al modo di elaborare una definizione del diritto. Il metodo di definizione per *genus et differentiam*, che è quello comunemente usato, può servire a collocare l'oggetto da definire all'interno di una categoria già conosciuta e stabilita. Ma le nozioni giuridiche fondamentali appartengono a categorie ancora da definire e che solo arbitrariamente possono assimilarsi alle categorie già conosciute. Così questo metodo ha necessariamente bisogno di una teoria che stabilisca la categoria a cui appartiene il diritto, tale categoria potrà essere quella dei fatti (realismo americano) ovvero quella delle entità fittizie (realismo scandinavo) ovvero si potrà considerare il diritto come una realtà obiettiva (teoria tradizionale)<sup>6</sup>. Ma in ogni caso non si sarà abbandonata la convinzione che i termini giuridici debbano rientrare in un modo o in un altro tra le categorie in uso nel linguaggio ordinario, e non ci si renderà ben conto del « carattere anomalo dei termini giuridici », che non sono suscettibili di definizioni mediante sinonimi<sup>7</sup>. Bisogna quindi abbandonare quel metodo tradizionale ed usare un nuovo metodo di chiarificazione (già usato in parte dal Bentham), che eviti di identificare il significato della parola ' diritto ' con un qualsiasi fatto fisico o psichico<sup>8</sup> e ne metta in luce la peculiarità<sup>9</sup>.

Si può dire che, sotto apparenze iconoclaste, queste considera-

<sup>4</sup> Cfr. L. BAGOLINI, *Il problema della definizione generale del diritto nella crisi del positivismo giuridico*, in « Riv. trim. dir. e proc. civ. », 1961.

<sup>5</sup> H. L. A. HART, « Definizione e teoria della giurisprudenza », *op. cit.*, pp. 44-47.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 56-57.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>9</sup> H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, *cit.*, pp. 18-22.

zioni metodologiche di Hart in un certo senso rafforzino la tesi tradizionale della « giuridicità » del diritto. Il termine ' diritto ' ha per Hart un significato specifico che non può essere ridotto ai significati comuni del linguaggio ordinario. Ma questa convinzione è sviluppata da Hart non già attraverso la costruzione di entità ideali a cui applicare i termini giuridici, ma restando nell'ambito del linguaggio giuridico e della descrizione del suo uso specifico.

Le nozioni giuridiche fondamentali possono quindi per Hart essere chiarite non già astraendole dalle frasi in cui sono usate (come avviene nel metodo tradizionale), ma considerandole nel contesto cui appartengono, in modo da coglierne la funzione e da fissare le condizioni in cui un dato enunciato contenente il termine da definire è vero <sup>10</sup>.

L'opera di Hart si inserisce così nella corrente della «giurisprudenza analitica», che sta ad indicare piuttosto un determinato approccio ai problemi del diritto consistente nell'analisi dei concetti giuridici e nello studio della struttura formale del diritto. Hart appartiene a questa corrente tradizionale del pensiero giuridico inglese sia per il metodo usato nello studio del diritto che per l'oggetto di questo studio. Egli ritiene infatti che la categoria, a cui il diritto sembra appartenere a prima vista, è quella delle norme di comportamento<sup>11</sup>, anche se la nozione di norma ha bisogno di essere chiarita e definita in maniera soddisfacente, tuttavia senza di essa « non si può sperare di spiegare nemmeno le forze più elementari di diritto » <sup>12</sup>. È questo il motivo fondamentale del rifiuto della teoria austriana del diritto come complesso di ordini sostenuti da minacce. Infatti i concetti con cui questa teoria è costruita (quelli di ordine, obbedienza, abitudine, minaccia ) non possono produrre con la loro combinazione una nozione soddisfacente di norma<sup>13</sup>.

Hart non ci offre una definizione generale di norma e le ragioni sono facilmente comprensibili: significherebbe mettersi in contrad-

<sup>10</sup> H. L. A. HART, «Definizione e teoria della giurisprudenza», *op. cit.*, p. 58. Per una critica relativa alla legittimità di considerare questa proposta di Hart come una vera e propria definizione cfr. U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959, p. 86.

<sup>11</sup> H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 20.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 97. I capitoli II, III e IV contengono un esame della definizione di Austin e la giustificazione del suo rigetto.

dizione con il suo discorso sul metodo giuridico. Egli in effetti parte dalla constatazione della presenza nell'ordinamento giuridico di vari tipi di norme, ne analizza i diversi contenuti e le connessioni strutturali. Tuttavia — a nostro avviso — ciò non significa che non ci sia, latente o meno, una ben precisa presa di posizione riguardo al concetto di norma, tale da costituire una terza via accanto a quelle di Kelsen e di Ross.

Per semplificare ed anticipare ciò che per Hart è il risultato di una paziente analisi si può dire che la norma è innanzi tutto un principio di azione ( *guidance* ), non è né una descrizione di uno stato di cose né puramente e semplicemente un tentativo di influenzare gli atteggiamenti altrui. Quando il comportamento in questione è considerato come un criterio generale di condotta che il gruppo deve seguire <sup>14</sup> e non già puramente e semplicemente come l'indizio che nelle stesse circostanze probabilmente seguirà il medesimo comportamento, allora si metterà in luce ciò che Hart chiama « l'aspetto interno » delle norme. Questa adesione interna si manifesta « nella critica degli altri e nella richiesta di conformità quando viene compiuta o minacciata una deviazione, e nel riconoscimento della legittimità di tali critiche e richieste, quando vengono fatte da altri » <sup>15</sup>. Tutti questi atteggiamenti ci fanno comprendere quando ed in che senso una norma è assunta come principio generale di condotta. Non è necessario che ad essi si aggiunga il sentimento di obbligatorietà, poiché si può benissimo usare una norma come criterio di condotta senza tuttavia « sentirsi » obbligato da essa ( o provare sentimenti di obbligatorietà nei suoi confronti ) <sup>16</sup>.

In sostanza il modo in cui Hart considera l'aspetto interno della norma non deve essere confuso né con una interiorizzazione di tipo psicologico né con una obbligatorietà di tipo morale relativa alla sfera interna del comportamento. Esso infatti si concretizza nel fatto che le norme giuridiche siano usate o come propri criteri di condotta o come giustificazione della reazione nei confronti del comportamento deviante e quindi dell'applicazione della sanzione <sup>17</sup>. Ciò significa che Hart non si allontana dagli schemi tipici del com-

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 69 (sott. mia).

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 69 e p. 107.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 100-101.

portamentismo, poiché l'assumere una regola come proprio criterio di condotta si manifesta attraverso dei comportamenti tipici (quali un atteggiamento di critica nei confronti della condotta altrui, un atteggiamento di pressione affinché ci si conformi alla norma, un atteggiamento di accettazione delle critiche e delle richieste di conformità fatte dagli altri).

L'uso delle norme come criteri generali di comportamento (cioè il loro aspetto interno) è suscettibile a sua volta di essere osservato sia dal punto di vista esterno<sup>18</sup> che dal punto di vista interno. E qui ci riferiamo non tanto alle norme quanto piuttosto alla posizione dell'osservatore rispetto ad esse. Così la posizione del sociologo del diritto è diversa da quella dello scienziato del diritto o del giudice o del cittadino nell'esercizio del loro ruolo sociale. Questi ultimi infatti assumono una norma o il sistema di norme<sup>19</sup> come criteri di valutazione della condotta altrui e di guida della propria, mentre il sociologo non usa tali criteri ma descrive come sono usati da un dato gruppo sociale. Appartiene alla specificità della norma, che dice riferimento al comportamento per dirigerlo e valutarlo, il non poter essere esaminata senza che l'atteggiamento stesso dell'osservatore non rientri tra le condizioni determinanti l'indagine ed i risultati di essa.

Hart prende ad oggetto della sua indagine l'atteggiamento dello scienziato del diritto, del giudice e del cittadino, cioè di soggetti che usano le norme come propri criteri generali di condotta.

Tuttavia non basta porsi dal punto di vista interno perché le norme siano effettivamente per la società fonte di obblighi, occorre anche che questi criteri generali di comportamento siano sorretti da una consistente « pressione sociale » (esprimentesi in varie forme), che sostanzia la generale e persistente richiesta di conformità ad essi<sup>20</sup>. «L'importanza o "serietà" della pressione sociale dietro le norme è il *fattore primario* che determina se esse siano o no concepite come una fonte di obblighi »<sup>21</sup>.

Un determinato uso ed una consistente pressione sociale, cioè un determinato atteggiamento nei confronti delle norme rafforzato

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 104 (sott. mia).

e socializzato da un elemento fattuale, sono i due aspetti essenziali delle norme giuridiche. In essi si può intravedere la tradizionale distinzione tra elementi formali ed elementi materiali della norma, anche se per Hart l'accettazione ed il riconoscimento delle norme è anch'esso un dato di fatto.

Lo sviluppo e l'organizzazione delle norme giuridiche è comandato proprio dall'esigenza di rendere sempre più sicuro e generalizzato l'uso interno di esse, cioè di rendere il più possibile efficace un sistema normativo. Se partiamo dalla forma più semplice di sistema normativo, cioè da un complesso di norme relative alla condotta dei consociati, possiamo individuare dalle difficoltà, che questi incontrano nell'usare adeguatamente tali norme come criteri generali di comportamento, le ragioni per cui ogni complesso normativo (e quello giuridico in specie) tende a perfezionarsi acquistando una maggiore complessità e quindi diventando un vero e proprio «sistema» (ordinamento giuridico - legal system)<sup>22</sup>.

Queste difficoltà o « difetti » si possono sintetizzare nei seguenti problemi emergenti dalla applicazione di una norma: È questa una norma appartenente al sistema? Quale ne è la natura? Quale ne è l'ambito di applicazione? Questo dato comportamento cade o no sotto la sua regolamentazione? (situazione di *incertezza* riguardo alle norme) — Quali rimedi sono possibili di fronte alla palese inadeguatezza della norma rispetto alle mutevoli circostanze sociali? (situazione di *staticità* delle norme) — In che maniera si può evitare che le controversie relative alla violazione o meno di una norma non paralizzino l'efficienza del sistema? In che maniera si può evitare che la reazione alla violazione sia incontrollata, sproporzionata e disorganizzata? (situazione di *inefficienza* della pressione sociale). Queste tre difficoltà sono in sostanza quelle della *identificazione* delle norme, della loro *trasformazione* e della loro *conserva-*

<sup>22</sup> Tuttavia per il Bobbio il complesso più elementare di norme giuridiche è un sistema, anche se semplice, perché anche negli ordinamenti primitivi non può mancare la norma per la identificazione del sistema stesso, altrimenti non si può parlare neppure di mondo giuridico. Cfr. N. BOBBIO, « Norme primarie e norme secondarie », ora in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 187. In Hart la tesi è più sfumata e meno perentoria. È vero però che anche per Hart il passaggio dal mondo pregiuridico al mondo giuridico è segnato dalla introduzione di almeno uno dei rimedi per quei difetti che manifesta ogni forma semplicissima di struttura sociale, cfr. *Il concetto di diritto*, cit., pp. 111-112.

zione<sup>23</sup>. I rimedi consistono nell'introduzione di tre tipi di norme dette « secondarie », che hanno la funzione di sanare rispettivamente l'incertezza, la staticità e l'inefficienza di un ordinamento pregiuridico composto solo da norme di condotta (cioè « primarie »). Queste sono le norme di riconoscimento, di mutamento e di giudizio.

Per Hart le norme secondarie differiscono dalle primarie per la funzione; le norme primarie, che stabiliscono i criteri generali di condotta, hanno una priorità sia logica e pratica (mentre quelle secondarie sono solo « rimedi ») che cronologica (quelle secondarie in quanto rimedi sono introdotte dopo le primarie)<sup>24</sup>. Differiscono altresì per il contenuto: le secondarie infatti non creano obblighi come le primarie, ma attribuiscono poteri (pubblici e privati). Ciò significa che anche da questo punto di vista il loro ruolo è sussidiario rispetto alle norme primarie<sup>25</sup>.

Siamo così giunti a delineare il modello<sup>25</sup> proposto da Hart per descrivere il più adeguatamente possibile un sistema legale. Esso consiste in un complesso di norme disposte in due strati, di cui uno costituisce i criteri generali di condotta e l'altro è teso a definire, ad adeguare ed, in definitiva, a rafforzare tali criteri.

## 2. Oggetto dell'interpretazione giuridica.

Dopo questa forse troppo lunga, ma necessaria, esposizione riassuntiva della teoria delle norme di Hart, cerchiamo ora di comprendere in che modo il problema dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto si inserisce nella dinamica dell'ordinamento giuridico. Bisognerà sempre tenere presente il fine che ogni sistema legale si prefigge, cioè la determinazione e la istituzionalizzazione di criteri comuni di condotta. Abbiamo visto a quali rimedi si farà ordinariamente ricorso nel caso di disfunzione nell'apparato delle norme primarie. Ora la via obbligata per la istituzionalizzazione di criteri comuni di condotta è la comunicazione di essi. Il problema della interpretazione del diritto attiene proprio alla comunicazione dei criteri di condotta. L'interpretazione infatti è il modo con cui una co-

<sup>23</sup> N. BOBBIO, «Norme primarie e norme secondarie», *op. cit.*, p. 187 e p. 192.

<sup>24</sup> G. GAVAZZI, *Norme primarie e norme secondarie*, Torino, 1967, pp. 60 e segg.

<sup>25</sup> N. BOBBIO, «Norme primarie e norme secondarie», *op. cit.*, p. 181.

<sup>26</sup> H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 97.

municazione viene recepita e, quindi, i problemi dell'interpretazione sono tutti relativi ai difetti ed alle disfunzioni che ogni comunicazione linguistica porta con sé.

Tali difetti sono da esaminare soprattutto in riferimento all'oggetto stesso della comunicazione oltre che al modo in cui avviene la comunicazione stessa. L'oggetto della comunicazione in questione è un criterio generale di condotta. Esso non può prevedere tutti i casi a cui dovrà essere applicato. Si presenta perciò come necessariamente *indeterminato*. E ciò può dar luogo a difficoltà più o meno gravi. Le incertezze e le difficoltà di recepire gli aspetti essenziali di ciò che è comunicato costituiscono per buona parte la problematica dell'interpretazione del diritto<sup>27</sup>. Nella teoria di Hart la questione della interpretazione e quella della definizione dei termini di un testo legale sono una stessa cosa<sup>28</sup>. Naturalmente queste difficoltà varieranno a seconda del modo della comunicazione.

Nel campo dei criteri generali di condotta si registrano due modi principali di comunicazione: o attraverso l'uso massimo di termini generali (legislazione) o principalmente per via di esempi (precedente). Si può dire che relativamente alla comunicazione per termini generali i problemi interpretativi più comuni sono quelli della sussunzione del caso particolare nella norma giuridica, mentre la comunicazione per via di esempi lascia aperta una serie di possibilità e quindi di dubbio riguardo agli aspetti ritenuti essenziali della condotta da imitare<sup>29</sup>. Sembrerebbe così che nel caso della legislazione i problemi più rilevanti siano quelli della interpretazione del fatto, mentre in regime di precedente è più problematica la interpretazione del diritto. Tuttavia se si tiene presente che il termine generale non è altro che l'espressione riassuntiva e abbreviata di una serie di casi che sono considerati appartenenti ad una medesima classe perché hanno una caratteristica comune, allora di fronte ai casi « simili », cioè a quelli non previsti dal legislatore, l'interpretazione in regime di legislazione non differisce quanto ad incertezza da quella in regime di precedente<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>28</sup> J. MIEDZIANAGORA, *Philosophies positivistes du droit et droit positif*, Paris, 1970, p. 138.

<sup>29</sup> H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 147-8,

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 149.

Di fatto sarebbe impossibile comunicare e prescrivere criteri generali di condotta mediante l'uso di termini generali, qualora non fosse possibile individuare dietro questi ultimi un gruppo stabile ed omogeneo di *casi familiari o normali* non soggetti a dubbi<sup>31</sup>. Il linguaggio della norma contrassegna normalmente questi casi familiari, che quindi possono essere usati allo stesso modo di un precedente<sup>32</sup>. Hart concepisce l'interprete come un utente ordinario del linguaggio<sup>33</sup>. Ogni termine ed ogni norma ha una propria area di significanza, che è articolata in un centro ed in una periferia. V'è un complesso di casi sui quali v'è accordo generale circa la applicabilità dei termini classificatori e che costituiscono quindi i casi familiari o normali (standard cases, central core of meaning) sui quali non sorgono problemi interpretativi di rilievo. V'è poi tutta una zona di penombra o di margine, in cui si trovano *casi-limite* (bonderline cases), che solo attraverso una scelta dell'interprete, che vede in essi somiglianze ragionevolmente ritenute sia giuridicamente rilevanti che sufficientemente strette con i casi familiari, appartengono alla sfera di significanza della norma<sup>34</sup>. In effetti i casi-limite non sono determinabili che in relazione a quei casi tipici, che costituiscono il nucleo centrale di significanza della norma. Tuttavia si arriverà alla loro determinazione solo attraverso una vera e propria scelta dell'interprete, che userà a tal uopo criteri normativi (quali gli scopi sociali, gli ideali morali, etc...) esteriori alla regola da interpretare. Resta fermo però che « la vita del diritto consiste in larga misura nella guida che sia sui funzionari sia sui cittadini privati viene esercitata da norme determinate che, a differenza delle applicazioni dei criteri variabili, *non* richiedono da loro un nuovo giudizio di caso in caso »<sup>35</sup>.

Abbiamo visto che le norme secondarie sono rimedi alla incertezza, staticità ed inefficacia delle norme primarie, ma esse sono rimedi operanti a livello normativo, vale a dire che non riescono a

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>33</sup> J. MIEDZIANAGORA, *Philosophies positivistes du droit et droit positif*, cit., p. 193.

<sup>34</sup> H. L. A. HART, « Il positivismo e la separazione tra diritto e morale », in *Contributi all'analisi del diritto*, cit., pp. 127-130. Cfr. anche *Il concetto di diritto*, cit., p.150.

<sup>35</sup> H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 159.

sopperire mai del tutto alla necessaria indeterminatezza della norma. L'interpretazione ed applicazione del diritto è quindi l'unica maniera di rimediare definitivamente a tale indeterminatezza.

Quando vi sono perplessità e dubbi riguardo alla applicazione di un criterio generale ad un caso concreto, allora veramente si può parlare di interpretazione « giuridica ». Queste difficoltà di governo dei casi particolari mediante criteri generali deriva dalla nostra relativa conoscenza dei fatti e dalla relativa indeterminatezza dei nostri scopi. Ciò ci porta a non poter prevedere mai del tutto i casi particolari<sup>36</sup>. È questa la ragione della *struttura* aperta del linguaggio e quindi anche del diritto, che è comunicazione di criteri generali<sup>37</sup>. Ma struttura aperta del diritto non significa che ad esso manchi una struttura propria, cioè una sua determinatezza. I casi chiari, paradigmatici, a cui una norma si riferisce, sono ben determinati. Il legislatore è comunque consapevole che non tutti i casi sono prevedibili ed allora, al di là della mutevolezza delle circostanze concrete, si industria a fissare quelle condizioni necessarie che si debbono soddisfare se si vuole restare entro il raggio d'azione della norma<sup>38</sup>.

Poiché l'interpretazione giuridica ha questo ruolo così incisivo nella determinazione stessa della norma ed implica quindi, in varia misura, l'esercizio di un potere normativo, essa non può sfuggire dal controllo delle norme secondarie, che sono le regole della attribuzione e dell'uso del potere. Le norme secondarie regolamentano l'attività interpretativa in due sensi tra loro complementari: cercando di guidarne il procedimento e cercando di controllare, determinare, se non addirittura di restringere il più possibile lo spazio di creatività dell'interprete. Così le norme sull'interpretazione (ad es. il nostro art. 12 delle preleggi) sono vere e proprie norme secondarie di identificazione delle norme del sistema, poiché hanno la funzione di individuare, tra i vari significati possibili, il significato che meglio di ogni altro esprime la norma che si può considerare appartenente al sistema<sup>39</sup>. I canoni interpretativi cercano di condizionare l'interprete a determinare la norma secondo certe direttive. Tuttavia essi al massimo raggiungono lo scopo di diminuire le incertezze

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 150-159.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>39</sup> N. BOBBIO, «Norme primarie e norme secondarie», *op. cit.*, p. 188.

della norma: « infatti questi canoni sono essi stessi norme generali per l'uso del linguaggio, e fanno uso di termini generali che richiedono a loro volta di essere interpretati. Essi non possono, al pari di altre norme, stabilire criteri per la propria interpretazione »<sup>40</sup>.

Le norme sull'interpretazione non raggiungono perciò mai perfettamente lo scopo desiderato. L'ordinamento giuridico allora cerca in altra maniera di restringere lo spazio creativo dell'interprete, cercando cioè di eliminare la staticità del sistema normativo. Le norme sulla produzione giuridica (quelle che Hart chiama « norme di mutamento ») hanno questo scopo, cioè di stabilire le condizioni legali per cui l'adeguamento della norma alla realtà sociale in divenire è compiuto sul piano legislativo.

Attraverso le norme sul giudizio si stabiliscono gli organi autorizzati ad interpretare e applicare autoritativamente il diritto e si fissa la procedura che devono seguire. Le norme secondarie controllano quindi l'interpretazione e applicazione del diritto proprio per la loro stessa funzione istituzionale. Nella misura in cui un controllo e una regolamentazione diretta (relativa al contenuto) non è possibile, allora questa attività diviene esercizio di un vero e proprio potere normativo, che pure l'ordinamento giuridico non rinuncia mai del tutto a regolamentare (almeno con le norme di giudizio).

### 3. *Il metodo dell'interpretazione.*

Oggetto dell'interpretazione sono dunque le norme. I problemi dell'interpretazione derivano dalla struttura aperta del diritto. Il metodo seguito dall'interprete è, in generale, definitorio. Si tratta infatti di definire l'area di significanza dei termini legali e di stabilire se un nuovo caso, in ragione di certe somiglianze, che sono dal punto di vista logico sufficientemente strette e dal punto di vista giuridico ragionevolmente rilevanti, si possa aggiungere o meno alla serie di casi già appartenenti all'ambito della norma. I criteri, mediante cui l'interprete perviene alla determinazione di questa rilevanza, sono vari e condizionati da fattori complessi quali gli scopi dell'ordina-

<sup>40</sup> H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 149.

mento o la ratio della norma, le nuove esigenze sociali o gli ideali morali, e via dicendo.

I giudici, come anche in generale ogni interprete del diritto, non sono posti di fronte all'alternativa drastica tra una scelta puramente arbitraria e una deduzione meccanicistica da norme con un significato predeterminato. Di fatto la loro scelta è guidata da principi, che, pur non essendo di diritto positivo, tuttavia ne costituiscono il presupposto o l'atmosfera normale. Ogni giudice, nell'applicare una norma, non può fare a meno di pensare che lo scopo di questa sia ragionevole, che essa non sia diretta ad attuare ingiustizie o a offendere principi morali consolidati<sup>41</sup>. Il giudice quindi sarà imparziale e neutrale nell'esaminare tutte le alternative, nel considerare gli interessi di tutte le persone coinvolte nel caso, e cercherà di usare qualche principio generale accettabile come base ragionata per la decisione<sup>42</sup>. Questo equipaggiamento morale del giudice, ed in generale dell'interprete, fa parte del metodo interpretativo perché garantisce un'equilibrata determinazione della norma, tanto più che non si può dimostrare che una decisione sia l'unica corretta « ma essa può essere resa accettabile come il prodotto ragionato di una scelta consapevole e imparziale »<sup>43</sup>.

Il metodo d'interpretazione non è quindi un procedimento stabilito una volta per tutte e buono per tutte le circostanze. Esso è in sostanza il temperamento ragionevole di più esigenze: quelle linguistiche e logiche (definizione dei termini legali), quelle giuridiche (ratio della norma), quelle sociali (il mutamento sociale), quelle morali (rifiuto dell'ingiustizia e perseguimento della giustizia) e così via, in modo che la scelta non sia arbitraria ma ragionevole, non sia necessaria ma libera.

#### 4. Il risultato dell'interpretazione.

Il risultato dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto è evidentemente l'eliminazione dell'indeterminatezza della norma. Tuttavia diverse ne sono le conseguenze a seconda della posizione e del

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 238.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 238.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 238.

ruolo dell'interprete. « Nei punti in cui la struttura è aperta i cittadini possono soltanto predire in che senso decideranno i tribunali e adattare il proprio comportamento in conseguenza »<sup>44</sup>. L'interpretazione come predizione secondo il modello del realismo scandinavo viene quindi recepita da Hart, ma solo per quanto riguarda i casi-limite e determinati interpreti, cioè quelli che usano le norme non per giudicare e valutare il comportamento altrui ma per dirigere il proprio. Infatti dalla constatazione che vi sono casi che cadono fuori dal centro di una norma non si può giungere alla conclusione che non vi è alcun mezzo per circoscrivere l'area della struttura aperta di essa e che quindi non esistono norme, ma solo decisioni più o meno prevedibili<sup>45</sup>. Sembra che Hart riservi alla scienza del diritto proprio il compito di delineare l'area di significanza della norma, di metterne in luce gli aspetti essenziali in modo da evidenziare i legami che intercorrono tra i casi familiari e i casi-limite, tra il cerchio di luce e la zona di penombra. Solo infatti mantenendo in vita questi legami si potrà dire che ci si serve sempre della norma positiva per giudicare della condotta dei cittadini, anche se la si integra con altri criteri normativi o la si interpreta alla loro luce.

In sostanza la scienza del diritto, e la giurisprudenza analitica in specie, non prescrive alcuna interpretazione particolare dei termini legali. Essa si limita a dirci che, se diamo di un certo termine una certa interpretazione, allora ne consegue una certa soluzione del problema<sup>46</sup>. Le decisioni particolari spettano al giudice e non allo scienziato del diritto, il cui compito è mostrare a quali condizioni una scelta è logica o, comunque, ragionevole, e soprattutto da ascrivere nell'ambito del diritto statuito.

La funzione dello scienziato del diritto si basa dunque sul fatto che esistono delle norme, dei criteri generali di condotta, in cui è dato scorgere un elemento centrale, che è proprio del diritto vigente e che è identificabile nello stesso significato centrale della norma giuridica<sup>47</sup>.

I tribunali infine nell'interpretare il diritto, ed in particolare

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 162-163.

<sup>46</sup> H. L. A. HART, « Il positivismo e la separazione tra diritto e morale », *op. cit.*, p. 134.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 142.

rispetto alla zona di penombra al margine delle norme, esercitano un vero e proprio potere normativo, che a loro deriva dalla struttura aperta del diritto. Ciò non vale solo per i tribunali, ma anche per altri organi ( come quelli « amministrativi » ), che, a causa di particolari tipi di condotta che non possono essere regolati a priori da norme determinate nel nucleo centrale ed aperte ai margini, spesso sono chiamati ad elaborare criteri di condotta variabili attinenti al centro stesso delle norme <sup>48</sup>.

Che i tribunali esercitano in alcuni casi un vero e proprio potere normativo significa che mediante l'interpretazione non solo usano dei criteri generali di condotta dettati dall'ordinamento, ma anche ne inseriscono in esso di nuovi, che, a seconda la struttura particolare di ogni ordinamento, acquistano la forza di precedenti contribuendo alla dinamica del sistema normativo.

Questa maniera « giudiziale » di sopperire alla staticità di un sistema legale è addirittura più antica della maniera « legislativa ». Sappiamo che negli ordinamenti più antichi il giudice riuniva in sé entrambe le funzioni della conservazione e della trasformazione del sistema. Solo in un secondo tempo, quando si creano organi appositi di produzione normativa, il giudice diventa l'organo specifico della conservazione del sistema, ma non perde mai del tutto la funzione produttiva a causa della necessaria ed ineliminabile indeterminatezza della norma <sup>49</sup>.

Questo resta comunque allo stato attuale un risultato collaterale dell'applicazione del diritto. Il risultato principale è quello che Hart chiama « ascrizione di responsabilità e di diritti » <sup>50</sup>. Per usare una schematizzazione del Tarello <sup>51</sup>, si può dire che secondo Hart l'interpretazione-attività serve a *dire* che un diritto, obbligo, potere, permesso è ascritto a qualcuno, mentre l'applicazione-attività serve a *fare* che un diritto sia ascritto e l'applicazione-prodotto è il *fatto* che il diritto è stato ascritto. La funzione specifica delle proposizioni ascrittive di diritti è stata a lungo trascurata e quindi si è dimenti-

<sup>48</sup> È questo il caso della discrezionalità e dei cosiddetti concetti-valvola, cfr. H.L.A.HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 154-156.

<sup>49</sup> N. BOBBIO, «Norme primarie e norme secondarie», *op.cit.*, pp.195-196.

<sup>50</sup> H.L.A. HART, « L'ascrizione di responsabilità e di diritti », in *Contributi all'analisi del diritto*, cit., pp. 5-36.

<sup>51</sup> G. TARELLO, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, in « Riv. trim. dir. e proc. civ. », 1971, p. 8.

cata una caratteristica specifica dei concetti giuridici, la cui funzione non è quella di descrivere cose o fatti o di esprimere, suscitare sentimenti o emozioni, ma di affermare, riconoscere, trasferire diritti<sup>52</sup>.

Tale funzione manifesta l'aspetto operativo del linguaggio. A volte pronunciando certe parole noi non intendiamo descrivere, ma in realtà compiamo o concludiamo un'azione transitiva. Qui Hart riprende il termine « performatory » ( esecutivo ) da Austin ( da non confondere con il famoso giurista), che aveva cercato di isolare e di descrivere il funzionamento degli enunciati performativi o esecutivi ( performative utterances), con cui si esplicano degli atti umani carichi di conseguenze morali, economiche, giuridiche, etc...<sup>53</sup>.

Ora quest'uso ascrittivo dei termini giuridici è particolarmente gravido di conseguenze se è proprio di un organo dello stato autorizzato a pronunciarsi definitivamente sulle situazioni giuridiche dei cittadini.

### 5. Rilevi critici.

Quando Hart ci parla della zona di chiarezza ovverossia del cerchio luminoso della norma, si riferisce in realtà ai casi di applicazione di un testo su cui non c'è alcun disaccordo. Si tratta dei casi familiari, palesi, chiari e — si sa — « in claris non fit interpretatio ». Quindi l'interpretazione giuridica — nella teoria di Hart — entra in gioco solo relativamente alla zona di indeterminatezza della norma, essendo il nucleo centrale di questa già determinato prima dell'interpretazione del testo legale. Il Miedzianagora ha invece cercato di dimostrare, sottoponendo a verifica la teoria dell'interpretazione di Hart mediante esempi tratti dalla prassi interpretativa francese, che il nucleo centrale della norma non è determinato prima dell'interpretazione di un testo legale. È al contrario determinato dalla somma delle interpretazioni di cui si tiene conto. Per cui la funzione interpretativa non ha inizio al di fuori del cuore dei significati, ma è esso stesso una conseguenza dell'esercizio di questa funzione<sup>54</sup>. Il più delle volte ci troviamo di fronte ad interpretazioni differenti del me-

<sup>52</sup> H.L.A.HART, « L'ascrizione di responsabilità e di diritti », *op. cit.*, pp. 5-6.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pp. 23-24.

<sup>54</sup> J. MIEDZIANAGORA, *Philosophies positivistes du droit et droit positif*, cit., p. 136.

desimo termine legale, ognuna per proprio conto dotata di chiarezza, La chiarezza della norma nel suo nucleo centrale sarà quindi il risultato della convergenza di due o più regole chiare, distinte l'una dall'altra, o della scelta di una di esse in base alle esigenze di una situazione concreta o dei fini specifici dell'interprete<sup>55</sup>. Ciò significa che i contorni della zona di chiarezza sono soggetti a continuo mutamento e quindi agli stessi problemi interpretativi dei cosiddetti casi-limite<sup>56</sup>.

Secondo Hart le leggi sono irrimediabilmente incomplete<sup>57</sup> e bisogna completarle ricorrendo a criteri normativi extralegali. Ma egli esclude decisamente questi ultimi dal « concetto di diritto », poiché tale concetto è relativo all'uso del termine ' diritto ' nel suo significato stabile e definito, mentre la giustificazione dell'uso di tale termine per i casi eterogenei « è una questione secondaria che può essere affrontata una volta che si siano compresi gli elementi centrali »<sup>58</sup>. Su questa base egli stabilisce la separazione tra diritto e morale, tra ciò che è e ciò che deve essere. Tale separazione non è evidentemente rigida, se non per il nucleo centrale della norma, mentre si presenta come sfumata in varia misura ai margini di questa. Ma, se anche nello stabilire i margini della zona di chiarezza delle norme intervengono criteri normativi di tipo morale, sociale, economico, etc... (come sostiene Miedzianagora), allora anch'essi appartengono alla definizione del concetto di diritto. Dunque la preferenza accordata a questo o a quel metodo d'interpretazione è in sostanza il risultato dell'adesione a criteri normativi, che non sono solo quelli tratti fuori dalle regole di diritto primarie e secondarie<sup>59</sup>. « Per queste ragioni, si deve integrare nella descrizione degli elementi discorsivi e di pensiero, che fanno parte del "diritto che è", l'argomentazione come tipo di ragionamento utilizzato e i criteri normativi che sottendono questa argomentazione: sono questi i criteri a cui noi abbiamo dato il nome di ideologia »<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>57</sup> H. L. A. HART, « Il positivismo e la separazione tra diritto e morale », *op. cit.*, p. 138.

<sup>58</sup> H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, *cit.*, p. 98.

<sup>59</sup> J. MIEDZIANAGORA, *Philosophies positivistes du droit et droit positif*, *cit.*, p. 194.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 194.

L'accoglimento di queste considerazioni produce conseguenze di vasta portata nella critica alla teoria hartiana del diritto, poiché ha dei riflessi sul problema delle fonti normative. Nell'esaminare la distinzione tra fonti storiche o causali e fonti giuridiche o formali Hart ha presente il caso in cui l'ordinamento giuridico, pur non imponendo all'interprete l'uso di determinate fonti storiche (come le norme di diritto romano o di diritto canonico o quelle della moralità popolare e così via), di fatto tollera o accetta che una decisione si basi su di esse o che queste vengano ritenute « buone ragioni » per la decisione<sup>61</sup>. In tal caso queste fonti extralegislative acquistano una rilevanza particolare tanto che Hart le chiama « fonti giuridiche permissive » per distinguerle sia dalle fonti giuridiche formali « imperative » come la legge sia dalle fonti storiche o materiali. Ma Hart non sviluppa convenientemente questa distinzione (relegata in una nota finale), limitandola ai casi difficili d'interpretazione, né si mantiene in linea con essa quando accoglie proprio per questi casi d'interpretazione lo scetticismo normativo di Ross, per cui l'applicazione di tali criteri extralegali diventa materia di predizione e oggetto della pratica delle corti. I nodi vengono al pettine nei casi d'interpretazione delle stesse norme di riconoscimento<sup>62</sup>, in cui adottare la teoria predittiva significherebbe introdurre il punto di vista esterno e quindi rendere impossibile l'uso di tali modelli d'interpretazione (cioè le fonti giuridiche « permissive ») ai fini di una vera e propria giustificazione, nel senso hartiano, delle decisioni delle corti<sup>63</sup>.

#### 6. Hart tra Kelsen e Ross.

Che la teoria giuridica di Hart risenta fortemente gli influssi del normativismo kelseniano, è un dato di fatto indiscutibile e indiscusso<sup>64</sup>. Sono del pari evidenti gli sforzi tesi alla eliminazione di una concezione metafisica e formalistica della norma. C'è quindi il tentativo di tenere in piedi la specificità del concetto di norma, men-

<sup>61</sup> H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., in nota alle pp. 292-293.

<sup>62</sup> *Ibidem*, pp. 173-181.

<sup>63</sup> Per tali critiche cfr. R. SARTORIUS, « Hart's Concept of Law », in *More Essays in Legal Philosophy*, edited by Summers, Oxford, 1971, pp. 155-161.

<sup>64</sup> Cfr. L'Introduzione del CATTANEO a *Il concetto di diritto*, cit., p. XIV.

tre viene travolto il suo fondamento trascendentale. Ciò significa anche il rifiuto della visione di Ross, per cui il dover essere kelseniano trascina con sé, nella sua caduta, il concetto stesso di norma.

La posizione di Hart deve essere inquadrata nell'ambito del rigetto della drastica dicotomia tra metafisica e scetticismo. Queste sono le due posizioni estremistiche, « totalitarie » (diremmo con lo Scarpelli), che — a detta di Hart — debbono essere evitate. Bisogna quindi muoversi nello spazio libero, intermedio tra questi assolutismi. Nel campo dell'interpretazione ciò significa prendere posizione tra il formalismo e lo scetticismo delle norme. « La teoria giuridica ha in questo campo una storia curiosa: infatti essa è portata o a ignorare o a esagerare l'indeterminatezza delle norme giuridiche »<sup>65</sup>.

Il formalismo tenta di congelare il significato della norma « in modo tale che i suoi termini generali debbano avere lo stesso significato in ogni caso in cui sia in questione la sua applicazione »<sup>66</sup>. Fare ciò significa raggiungere l'obiettivo della certezza del diritto, ma mettere seriamente in pericolo la sua adeguatezza alla realtà sociale. Rigettare il formalismo non significa necessariamente che le norme non abbiano dei significati stabili e determinati per i casi familiari, pur restando aperte ad applicazioni ulteriori. Solo così infatti potremo continuare a servirci legittimamente del concetto di norma nella definizione del diritto. Ciò consente d'altronde di ridimensionare la portata della teoria predittiva di Ross e del suo scetticismo normativo. Eretta a concezione generale del diritto, essa si basa sulla confusione tra il problema della accettazione di una norma come proprio criterio di condotta e la questione psicologica dei processi mentali che determinano la nostra azione. Infatti solo sotto il primo aspetto si può parlare di una vera e propria giustificazione del nostro comportamento in base a criteri generali di condotta<sup>67</sup>. Tuttavia Hart utilizza la teoria predittiva riguardo a quella zona di indeterminatezza della norma, riguardo all'uso dei criteri normativi extralegali cioè non istituzionalizzati.

L'atteggiamento di Hart riguardo al problema dell'interpreta-

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 164. Per una critica generale e riassuntiva al realismo di Ross cfr. H. L. A. HART, *Scandinavian Realism*, in « The Cambridge Law Journal », 1959, pp. 233-240.

zione è quindi teso a salvare la coerenza e la giuridicità del sistema legale insieme alla creatività dell'applicazione del diritto. È questa — come abbiamo notato — una costante delle teorie giuridiche europee contemporanee. È diverso però il modo in cui questo scopo è perseguito. Kelsen, basandosi sulla netta distinzione tra interpretazione dottrinale ed applicazione, cerca di conciliare il formalismo scientifico con le tesi della scuola del diritto libero. Ma in definitiva questa posizione non risulta molto ben equilibrata, poiché dal punto di vista della fase ricognitiva, l'interpretazione è troppo formalistica e, dal punto di vista dell'applicazione, la scelta dell'interprete è troppo libera.

Ross invece si sforza di legare più direttamente l'interpretazione dottrinale all'applicazione del diritto e ciò in un duplice senso: sia perché la prima è in sostanza predizione del comportamento dei giudici (la scienza giuridica come scienza socio-empirica) sia perché essa stessa è uno dei più importanti fattori che determinano tale comportamento (la scienza giuridica come politica del diritto). Tuttavia in tale teoria non si può parlare propriamente di « applicazione » del diritto — come abbiamo visto —, perché l'uso dei criteri generali di condotta giustifica le decisioni giudiziali solo nel senso che serve a verificare le predizioni su di esse o a verificare le interpretazioni del giudice.

Hart infine considera congiuntamente ed indissolubilmente il problema dell'interpretazione e quello dell'applicazione del diritto. Egli sposta il contrasto tra formalismo e scetticismo, tra certezza e trasformazione del diritto, tra deduttivismo e creatività dell'interpretazione all'interno stesso della ermeneutica della norma. In tal modo il contrasto da teorico diviene prammatico e operativo, cioè non si tratta più di agganciare l'interpretazione ad una teoria giuridica, ma di mostrare come la prassi interpretativa non sia altro che lo specchio fedele della struttura aperta di un sistema normativo.