

FRANCESCO VIOLA

H. KELSEN E
L'INTERPRETAZIONE DELLE NORME

Estratto dal volume

« INTERPRETAZIONE E APPLICAZIONE DEL DIRITTO
TRA SCIENZA E POLITICA »

Aprile 1974

EDIZIONI CELUP S.R.L. - PALERMO

CAPITOLO TERZO

H. Kelsen e l'interpretazione delle norme

1. *La teoria pura del diritto e l'interpretazione.*

Nelle elaborazioni concettuali di Jhering e Geny il problema dell'interpretazione è apparso strettamente collegato ai problemi della conoscenza giuridica e, quindi, appesantito da elementi che ne intralciano l'aspetto operativo. È significativo invece il fatto che la dottrina kelseniana dell'interpretazione può essere esposta premettendo solo pochi cenni sulla teoria pura del diritto. Il formalismo kelseniano favorisce il processo di sganciamento della ricerca dei significati normativi dalla problematica generale della scienza giuridica.

La teoria pura del diritto ¹ è — come è noto — una teoria formale. Ciò significa che essa identifica il diritto con le norme, intese come strutture qualificative dei comportamenti², e fonda l'autonomia del giuridico su un sistema normativo che spiega se stesso in quanto regola la sua propria creazione³. « ... l'ordinamento giuridico è un sistema di norme generali ed individuali, collegate le une con le altre dal fatto che la produzione di ogni norma appartene-

¹ Ci serviremo delle seguenti abbreviazioni:

DPD 1: Lineamenti di dottrina pura del diritto (1934), trad. di R. Treves, Torino, 1970.

DPD 2: La dottrina pura del diritto (1960), trad. di M. G. Losano, Torino, 1966.

TGDS: Teoria generale del diritto e dello Stato (1945), trad. di S. Cotta - G. Treves, Milano, 1963.

² *DPD 1*, par. 7.

³ *TGDS*, p. 39.

nente a questo sistema è determinata da un'altra norma del sistema e, in ultima analisi, dalla sua norma fondamentale »⁴. Perché ciò sia possibile, è sufficiente che le norme superiori del sistema determinino gli organi autorizzati ad applicarle, anche se possono lasciare indeterminato il contenuto della norma da produrre. Se si parla di formalismo giuridico a proposito della teoria pura, si intende appunto questa inessentialità dei contenuti normativi e questa necessità di una regolamentazione delle forme o dei modi di produzione del diritto. La teoria generale del diritto non dice quindi cosa bisogna statuire, ma come bisogna farlo, affinché la norma prodotta appartenga ad un dato ordinamento giuridico e quindi sia « giuridica ».

In una visione del genere non c'è differenza tra produzione ed applicazione del diritto. Si tratta di un unico processo guardato da due punti di vista, cioè o da quello della norma inferiore o da quello della norma superiore, «...la produzione della costituzione ha luogo applicando la norma fondamentale. La produzione delle norme giuridiche generali, mediante la legislazione e la consuetudine, avviene applicando la costituzione; e la produzione di norme giuridiche individuali, mediante le sentenze giudiziarie e le decisioni amministrative, avviene applicando le norme generali ora viste. Soltanto l'esecuzione dell'atto coercitivo, ordinato in queste norme individuali — ultimo atto nel processo di produzione del diritto —, ha luogo in applicazione delle norme individuali che lo determinano, senza produrre a sua volta un'altra norma. L'applicazione del diritto è quindi produzione di una norma inferiore sulla base di una norma superiore, oppure esecuzione di un atto coercitivo statuito da una norma »⁵.

Una conformità siffatta della norma inferiore alla norma superiore garantisce la validità della prima, cioè la sua giuridicità.

La teoria kelseniana dell'interpretazione assume una sua configurazione precisa solo quando Kelsen passa da una concezione statica ad una concezione dinamica del diritto. « Se adottiamo un punto di vista statico, se cioè consideriamo l'ordinamento giuridico soltanto nella sua forma o in stato di riposo, allora noi scor-

⁴ DPD 2, p. 264.

⁵ *Ibidem*, p. 265.

giamo soltanto le norme dalle quali vengono determinati gli atti giuridici. Se, d'altro canto, adottiamo un punto di vista dinamico, se consideriamo il processo attraverso il quale viene creato ed eseguito l'ordinamento giuridico, allora noi vediamo soltanto gli atti che creano e quelli che eseguono il diritto »⁶.

Quindi il problema dell'interpretazione si pone sia a livello della nomostatica che a livello della nomodinamica, cioè sia per la descrizione di norme che per la creazione di norme, anche se in generale essa è definita come «...un procedimento intellettuale che accompagna il processo dell'applicazione del diritto nel progressivo passaggio da un piano superiore ad un piano inferiore »⁷. Infatti Kelsen distingue l'interpretazione scientifica che descrive uno schema normativo dalla interpretazione che interviene nella dinamica creativa dell'ordinamento stesso. Quest'ultima è chiamata interpretazione « autentica », perché si vuole indicare che essa crea diritto. E si crea diritto non solo quando l'interpretazione assume la forma di una legge o di un trattato internazionale (con carattere generale quindi), ma anche quando produce diritto soltanto per un caso concreto, cioè quando si produce una norma individuale o si esegue una sanzione (ad es. la sentenza del giudice passata in giudicato è una norma individuale assolutamente valida)⁸.

Tuttavia, siccome l'interpretazione autentica prende le mosse dalla interpretazione scientifica e deve necessariamente tener conto di essa, la teoria kelseniana dell'interpretazione terrà presente prevalentemente il suo aspetto produttivo e conclusivo.

Il passaggio di una norma da un grado superiore a quello inferiore è stato schematizzato in questi tre momenti⁹:

1) *Necessaria constatazione dello schema* (cioè panoramica delle possibili norme inferiori che possono derivare da una data norma superiore).

2) *Atto di conoscenza extragiuridico* (in base a cui le varie possibilità astratte contenute nella norma superiore vengono confrontate con atti di conoscenza relativi ad altri enunciati norma-

⁶ *TGDS*, p. 39; cfr. anche pp. 113-114.

⁷ *DPD* 2, p. 381.

⁸ *Ibidem*, pp. 387-8.

⁹ M. G. LOSANO, *Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen*, in « Riv. int. di fil. del dir. », 1968, p. 528.

tivi — ad es. morali, sociali, etc. — che intervengono nel processo di produzione del diritto). Losano parla di « scelta » a proposito di questo secondo momento ¹⁰, mentre invece è più opportuno parlarne a proposito del terzo ¹¹.

3) *Emanazione dell'atto* in cui si individualizza la norma superiore (questo è l'atto di volontà, con cui l'interprete *sceglie* una delle possibili norme inferiori e la immette nell'ordinamento attraverso l'esercizio di quel potere dall'ordinamento stesso attribuitogli).

2. Caratteristiche dell'oggetto e del segno nell'interpretazione giuridica.

L'oggetto dell'interpretazione giuridica consiste in via principale nelle norme giuridiche sia generali (costituzione e leggi ordinarie) che individuali (sentenze, atti amministrativi, negozi giuridici, etc...). In breve in tutte le norme « ...in quanto debbono essere eseguite, in quanto cioè il processo della produzione del diritto passa da un grado al successivo »¹². Si possono considerare oggetto dell'interpretazione giuridica, in via subordinata e sussidiaria, anche tutte le norme di altro tipo che possono interessare il processo di produzione del diritto.

Quanto alle caratteristiche dell'oggetto è fondamentale la *indeterminatezza* necessaria (almeno parziale) della norma superiore. Essa deve lasciare posto ad un certo margine più o meno ampio di potere discrezionale, aver quindi « sempre e soltanto » il carattere di uno schema ¹³. La varietà di significati normativi, possibili nello schema della norma da interpretare, può essere voluta dallo stesso organo che ha posto la norma e/o può dipendere dalla involontaria equivocità dei segni linguistici con cui si enuncia la norma (caso della discrepanza tra espressione verbale e volontà) e/o da una antinomia tra norme dello stesso ordinamento ³⁴.

I segni privilegiati nell'interpretazione del diritto sono i segni

¹⁰ *Ibidem*, p. 529.

¹¹ Così lo stesso KELSEN in *DPD 2*, p. 387.

¹² *DPD 1*, par. 32.

¹³ *Ibidem*, par. 33.

¹⁴ *Ibidem*, par. 34 e 35.

linguistici con cui si esprime la norma giuridica, ma per interpretarli si potrà e dovrà far ricorso ad altri segni, in via subordinata, con cui accertare il senso dei primi (ad es. si farà ricorso ai lavori preparatori per stabilire la volontà del legislatore e quindi il senso dato alle parole usate nel formulare la norma).

3. *Il metodo ed i metodi nell'interpretazione giuridica.*

A questo punto bisogna distinguere tra interpretazione scientifica ed interpretazione autentica (così Kelsen — abbiamo visto — chiama l'attività di applicazione della norma superiore ed il prodotto dell'applicazione stessa). La differenza metodica tra i due tipi di interpretazione si impone perché l'interpretazione scientifica non ci dà un'unica decisione « esatta » (o giusta), relativa al senso di una norma (come pretende la scienza del diritto tradizionale)¹⁵, ma ci offre solo un ventaglio di possibili significati, di cui nessuno è più esatto di un altro. Lo sono tutti in egual maniera per il fatto stesso di rientrare nello schema della norma stessa.

A livello della interpretazione scientifica si passerà quindi in rassegna con un procedere descrittivo la varietà e validità delle tecniche di individuazione dei molteplici significati normativi. Si parlerà cioè dei « cosiddetti metodi d'interpretazione »¹⁶, ciò che normalmente la giurisprudenza tradizionale designa come interpretazione letterale, sistematica, storico-evolutiva, teleologica, analogica, etc.. . Per Kelsen l'interprete, in quanto studioso del diritto positivo, ha una discrezionalità massima nell'uso del metodo che gli sembri più opportuno al fine di scovare un ulteriore significato della norma, né è possibile stabilire a priori una gerarchia d'importanza tra questi metodi.

Tutte queste tecniche d'interpretazione approdano a *giudizi di tipo descrittivo* sui possibili significati contenuti nella norma, cioè, in definitiva, su tutti gli ipotetici comportamenti che possono considerarsi conformi o meno ad una norma. (Per Kelsen non v'è distinzione tra interpretazione del diritto ed interpretazione del fatto).

¹⁵ *Ibidem*, par. 36.

¹⁶ *Ibidem*, par. 37.

Questi giudizi di valore oggettivo (sulla conformità dei comportamenti alle norme) sono veri o falsi, perché stabiliscono una relazione fra una realtà concreta ed una norma oggettivamente valida. E quindi sono giudizi scientifici, pur non essendo giudizi di fatto (perché — per Kelsen — la norma appartiene al regno del dover essere e non a quello dell'essere)¹⁷.

Questi giudizi propri della scienza si differenziano dal « giudizio » del giudice, che non è un giudizio nel senso logico del termine, ma una vera e propria norma individuale. È un *giudizio che prescrive* e quindi come tale non è né vero né falso, ma solo valido o invalido. Così a livello della interpretazione autentica (interpretazione — applicazione) dalla descrizione si passa alla prescrizione, si sceglie ed impone un significato dopo aver preso coscienza dello schema delle possibilità di applicazione contenute nella norma da interpretare. L'atto di scelta è, in definitiva, arbitrario, perché l'interpretazione scientifica non conduce mai a privilegiare un significato determinato. L'atto di scelta non dipende che dall'apprezzamento da parte dell'interprete di un valore sociale come preminente o preferibile. È quindi determinato da fattori extragiuridici. Tali fattori saranno anch'essi oggetto d'indagine nella fase produttiva del diritto. Dal punto di vista quindi del procedimento conoscitivo l'interpretazione autentica ha di specifico la conoscenza di questi fattori extragiuridici, che pure preparano la scelta produttiva del diritto¹⁸, perché solo l'intervento di motivi extragiuridici può spingere a preferire un significato normativo ad un altro sempre nell'ambito dello schema di possibilità fissate dall'interpretazione scientifica.

4. Il risultato.

Il risultato dell'interpretazione (interpretazione-prodotto) dipende dal fine dell'attività interpretativa e questo a sua volta dipende dal ruolo sociale del soggetto che interpreta. « Ne risultano due tipi di interpretazione chiaramente distinguibili l'uno dall'altro:

¹⁷ DPD 2, pp. 29-32.

¹⁸ DPD 1, par. 38.

l'interpretazione del diritto da parte dell'organo che deve applicarlo e l'interpretazione del diritto che ha luogo non da parte di un organo giuridico, ma di una persona privata e, particolarmente, da parte della scienza del diritto»¹⁹, «...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 rilette dall'interpretazione teorica. Con quest'atto o si produce una norma di grado inferiore o si esegue un atto coercitivo previsto dalla norma da applicare. Grazie a quest'atto di volontà, l'interpretazione giuridica dell'organo che applica il diritto si distingue da ogni altra interpretazione, particolarmente dall'interpretazione del diritto da parte della scienza giuridica »²⁰.

L'interpretazione strettamente scientifica ha per risultato l'analisi critica di tutti i significati possibili della norma, « anche quelli politicamente indesiderabili e forse non affatto voluti dal legislatore o dalle parti contraenti, però contenuti nella formulazione linguistica da essi scelta... »²¹. Essa delimita così l'area di significanza della norma. (Su questo punto si resta notevolmente perplessi. Sembra infatti che per Kelsen si possano trarre fuori da enunciati linguistici significati senza fare riferimento a determinati contesti d'esperienza. Il che, tra l'altro, renderebbe la scienza del diritto affaticata in ipotesi puramente astratte e ben lontane dai problemi reali dell'applicazione del diritto).

D'altronde il risultato dell'interpretazione autentica si distingue da quello dell'interpretazione compiuta da persone private, che, non compiendo una funzione giuridico-scientifica, ne adempiono una politico-giuridica in questo simile a quella dell'organo pubblico, (ad es., l'avvocato che nell'interesse del cliente addita al tribunale come esatta solo una interpretazione della norma o lo scrittore che privilegia come esatto solo uno dei significati possibili della norma)²², proprio per la posizione del soggetto che interpreta, che in questi ultimi casi non ha il potere di dare alla sua interpretazione forza normativa.

¹⁹ *DPD* 2, p. 382.

²⁰ *Ibidem*, p. 387.

²¹ *Ibidem*, p. 390.

²² *Ibidem*, p. 389.

5. In che senso l'interpretazione autentica crea diritto.

Il merito della teoria kelseniana dell'interpretazione è senza dubbio la critica della dottrina tradizionale ed, in particolare, della convinzione, radicata per motivi ideologici e basata su una rigida applicazione della dottrina della separazione dei poteri, dell'esistenza di un'unica soluzione (*richtig*), a cui deve sfociare l'attività interpretativa. Questa convinzione (comune, ad es., sia alla Scuola dell'esegesi che alla Scuola storica) si era ripercossa nella trattazione dei vari metodi interpretativi che erano (e sono) osservati nelle loro relazioni reciproche e gerarchizzati in base al tipo di soluzione privilegiata. Per Kelsen è falsa « la teoria comune dell'interpretazione (che) vuol far credere che la legge applicata al caso concreto possa fornire sempre e soltanto un'unica decisione esatta e che l'esattezza della decisione dal punto di vista del diritto positivo sia fondata sulla legge stessa »²³. Su questa convinzione inoltre si basa il « mito » della certezza del diritto²⁴. Kelsen invece stabilisce la necessaria indeterminatezza della norma da applicare come essenziale alla sua struttura, e quindi la creatività della scelta operata dall'interprete. In questo la teoria pura s'incontra con la teoria del diritto libero. Tuttavia tale creatività non è assoluta, perché è sempre circoscritta dallo schema della norma. Con ciò Kelsen non rompe del tutto con le tesi della giurisprudenza tradizionale, anzi tenta una sintesi tra esse e quelle della teoria del diritto libero²⁵ intendendo per « conformità di una norma a quella superiore » una relazione sia formale che contenutistica, sempre vincolata dal punto di vista formale ed indeterminata da quello materiale. Così, se — secondo Kelsen — può dirsi senz'altro che i tribunali creano diritto, tuttavia la sentenza non è l'inizio del processo di produzione del diritto, ma il proseguimento di esso in base alle regole di produzione fissate dall'ordinamento, poiché il diritto produce se stesso²⁶.

²³ *DPD 1*, par. 36.

²⁴ *Ibidem*, par. 39.

²⁵ *DPD 2*, p. 283.

²⁶ *Ibidem*, p. 286.

6. *Rapporti tra i due tipi d'interpretazione e breve valutazione critica.*

Quando si vogliono conoscere gli elementi costitutivi dell'interpretazione autentica bisogna risalire innanzitutto all'interpretazione scientifica (1^a fase); quando invece si vogliono conoscere gli elementi costitutivi di quest'ultima, bisogna abbandonare la teoria generale della interpretazione ed entrare nell'ambito della logica applicata al ragionamento giuridico²⁷. (Ma questa logica in Kelsen sembra più imparentata alla logica formale che a quella argomentativa).

Abbiamo visto che Kelsen designa come « interpretazione » tanto l'attività dello studioso di diritto (ed allora si avrà riguardo piuttosto alla *struttura* del ragionamento cui fa capo l'interpretazione) quanto l'attività di colui che applica il diritto (ed allora si avrà riguardo piuttosto alla *funzione della interpretazione*)²⁸.

Non sempre inoltre l'interpretazione autentica implica quella scientifica, perché lo stesso Kelsen sostiene che il giudice « può anche produrre una norma totalmente fuori dallo schema costituito dalla norma da applicare »²⁹.

Perché Kelsen mantiene la stessa denominazione per indicare cose così diverse, anche se in certo modo collegate? Non sarebbe stato più semplice distinguere l'interpretazione dall'applicazione del diritto come oggi si tende a fare? A parte tutte le critiche profonde ed indiscutibili³⁰ che possono essere mosse alla teoria kelseniana dell'interpretazione da un punto di vista globale, ci spieghiamo facilmente le ragioni che hanno spinto il Kelsen a mantenere sotto una unica denominazione due così diverse versioni dell'attività interpretativa. Sappiamo che il vero problema di una teoria dell'interpretazione giuridica consiste nello spiegare il passaggio dal mondo dei fatti al mondo del diritto, cioè il rapporto tra il modo di individuare, cogliere ed elaborare i cosiddetti significati normativi ed il problema della produzione di una norma. Ma la concezione kelseniana, che si

²⁷ M. G. LOSANO, *op. cit.*, p. 530; cfr. anche C. PERELMAN, « La théorie pure du droit et l'argumentation », ora in *Droit, morale et philosophie*, Paris, 1968, pp. 95-101.

²⁸ *Ibidem*, p. 533.

²⁹ *DPD* 2, p. 388.

³⁰ M. G. LOSANO, *op. cit.*, pp. 535-540.

basa sulla netta dicotomia tra essere e dover essere, in cui si riflette l'altra separazione tra atto di conoscenza ed atto di volontà, non può spiegare questo passaggio se non come un salto. Kelsen cerca pertanto di sopperire alla dicotomia sostanziale, che fa sentire tutto il suo peso nella teoria dell'interpretazione, con un'unità puramente terminologica del problema in questione.

In più, la prospettiva estremamente allargata ed imprecisa, con cui Kelsen affronta la problematica dell'interpretazione giuridica, è dettata anche dai caratteri propri della teoria pura, che deve valere a descrivere tutti gli ordinamenti giuridici evoluti e quindi accogliere in sé le più varie regolamentazioni positive dell'attività interpretativa. Si porrà allora il problema se tale teoria serva veramente a descrivere ciò che avviene negli ordinamenti giuridici positivi. Sorgeranno allora seri dubbi che soprattutto lo scienziato del diritto si comporti effettivamente come Kelsen sostiene³¹.

Inoltre abbiamo notato la elisione, operata dal Kelsen, del problema dei valori « soggettivi » dalla teoria dell'interpretazione scientifica del diritto, cioè a livello dell'esame della norma. Eppure questo problema s'impone come fondamentale criterio di scelta nell'atto produttivo della norma stessa. Non è allora poco conseguente escludere il valore dal mondo giuridico, e dalla scienza del diritto in particolare, quando poi esso interviene così profondamente nel processo di produzione del diritto? Questa sarà l'obiezione mossa al kelsenismo dal realismo giuridico, e più in generale dalle correnti sociologiche del diritto.

Per Kelsen la scienza del diritto può rivolgere la sua attenzione o alle scelte effettivamente operate dagli interpreti autorizzati a produrre diritto (ed allora si identificherà con la *giurisprudenza sociologica*) ovvero può restare a livello della indeterminatezza delle norme generali, mettendo in luce la molteplicità dei possibili significati (ed allora si parlerà di *giurisprudenza normativa*). In verità il Kelsen ammette l'importanza e la compatibilità di entrambe le direzioni, ma in definitiva preferisce l'ultima di esse³². Ma abbiamo

³¹ Cfr. J. MIEDZIANAGORA, *Philosophies positivistes du droit et droit positif*, Paris, 1970, pp. 55-126, che sottopone a verifica la concezione kelseniana dell'interpretazione, servendosi di esempi tratti da alcuni ordinamenti giuridici positivi.

³² G. GAVAZZI, *L'interpretazione giuridica in Hans Kelsen*, in « Riv. int. di fil. del dir. », 1957, p. 227.

visto che, mentre nell'interpretazione scientifica fa appello alle tesi della giurisprudenza normativa, nella interpretazione autentica non può evitare di imbattersi in quelle della giurisprudenza sociologica. Il che significa che la teoria dell'interpretazione è divenuta oggetto di contesa tra i due indirizzi fondamentali nello studio del diritto, i quali se ne spartiranno le spoglie.

Infine non è convincente l'asserita possibilità di ricavare dal punto di vista scientifico tutti i possibili significati di una norma, sempre restando nell'ambito logico-formale o in quello puramente linguistico, mentre è evidente che una norma ha uno o più significati solo in quanto si riferisce a comportamenti socialmente rilevanti, che non sono elementi formali di essa, bensì sostanziali. Nota il Caiani che il giurista scienziato, per descrivere i possibili significati di una norma, dovrà riferirsi a tutti quegli elementi non solamente logico-formali, ma sostanziali che fanno sì che una norma abbia appunto un significato o, meglio, più significati³³. È evidente così che la stessa terminologia usata dal legislatore ha un significato solo in quanto riferita ad un determinato contesto sociale da cui prelevare le regole d'uso dei termini, e che la molteplicità dei significati di una norma è data dalla pluralità dei contesti di riferimento che possono essere assunti³⁴.

³³ L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, p. 281.

³⁴ G. GAVAZZI, *op. cit.*, p. 228.