

TOMMASO GAZZOLO*

Il caso-limite e le funzioni dei concetti giuridici

ENGLISH TITLE

Borderline Cases and the Functions of Legal Concepts

ABSTRACT

The paper aims to address the notion of “borderline case” by referring to *series* instead of *classes* of legal concepts. While “hard” cases are understood as cases in which the meaning of the rule is controversial, “borderline cases” are thought of as those cases in which the meaning of the involved legal concepts is controversial. Here, the application of legal notions is not much a matter of subsumption rather than of construction from inside of the criteria for the application itself.

KEYWORDS

Hard Borderline Cases – Application of Law – Vagueness – Legal Interpretation – H. L. A. Hart.

1. IL PROBLEMA

La teoria ermeneutica del diritto è stata spesso accusata di provare una «ossessione» per il «caso concreto» che la costringerebbe a limitare il proprio orizzonte problematico alla sola *applicazione* del diritto, ossia alle questioni relative alla soluzione di casi concreti¹. Non è negli intenti di questo saggio tentare una replica. Il proposito delle pagine che seguono, piuttosto, è quello di indagare un problema specifico, quale quello costituito dalla nozione di “caso limite”, a partire dal confronto tra due diverse concezioni di esso, l’una di indirizzo analitico (qui inteso, ora, nel suo significato più ampio), l’altra che può essere ricondotta ad un approccio ermeneutico.

Nella tradizione analitica il modo di affrontare le questioni poste dai casi “limite” dipende dal recupero della distinzione tra *standard* e *borderline cases*

* Ricercatore in Filosofia del Diritto presso l’Università degli Studi di Sassari.

1. R. Guastini, 2017, 15. Cfr. anche M. Jori, 1994.

per come proposta da Hart, il quale è l'autore che ha, storicamente, determinato gli sviluppi, anche in chiave polemica, del dibattito sul tema sino ai giorni nostri. Una critica di tale lettura dovrà muovere dall'analisi dei presupposti teorici di fondo che essa implica, presupposti che riguardano: 1. la natura dei concetti giuridici, considerati come concetti *classificatori*, ossia come *termini che denotano classi*; 2. la causa che determina il carattere *borderline*, o limite, di un caso, causa che viene individuata nella "vaghezza" dei concetti giuridici; 3. la questione che l'interprete sarebbe chiamato ad affrontare in occasione della soluzione di un caso dubbio, identificata nella possibilità di *estendere* o meno il "nucleo" di significato del concetto anche a quel caso. I casi limite si definirebbero, in tal senso, come casi in relazione ai quali sussistono dubbi circa la loro inclusione all'interno della classe che costituisce il riferimento di un concetto².

Proporremo, qui di seguito, un diversa lettura del "caso limite", a partire dallo spostamento da una logica dei concetti giuridici basata sulle *classi* ad una logica differente, basata sulle *serie*. Mentre le *classi* costituiscono collezioni o insiemi di casi che condividono uno o più attributi, le *serie* indicano successioni di casi ordinati in base ad una determinata regola. Intendiamo, dunque, con *serie*, un insieme di termini (o casi) i quali possono essere disposti in un ordine di successione – secondo relazioni intransitive – in forza di un determinato principio, o regola, data dal concetto. Da questo punto di vista, alla funzione *classificatoria* svolta dai concetti giuridici, è possibile affiancare una funzione di tipo *ordinatorio*.

Attraverso questo passaggio si potrà giungere a ridefinire lo stesso concetto di "caso limite", mostrando come i casi *borderline* possano essere studiati e analizzati come casi la cui incertezza dipende dall'individuazione della regola che ordina le serie di casi precedenti rispetto ai quali il caso-limite viene in questione. Più in generale, come si vedrà, il "caso concreto" cessa qui di costituire semplicemente il caso *particolare* di una *classe* di casi, che verrebbe sempre in considerazione unicamente in relazione a problemi relativi alla sua *sussunzione* entro la fattispecie astratta costituita dalla classe. Esso, diversamente, viene rideterminato sempre come caso *singolare*, ossia caso che non è tale in quanto caso particolare di una "classe", ma in quanto viene ordinato in relazione ad una *serie* di altri casi, parimenti considerati nella loro singolarità, all'interno di una determinata successione.

Al fine di evitare ambiguità, si ritiene utile chiarire fin d'ora come, con "caso limite" (o *borderline*), ci si riferirà a quei casi: *a*) la cui "inclusione" è oggetto di disaccordo, controversia, distinguendoli in tal modo dai casi "non regolati" (*unregulated*) ossia da tutti quei casi che, all'esito dell'interpretazione

2. Assumiamo qui, in via preliminare, che il riferimento, o estensione, di un termine o di un predicato, vada inteso come «la classe di oggetti ai quali il predicato è applicabile» (R. Guastini, 2014, 377).

in concreto della disposizione, vengono *esclusi* dalla norma³; *b*) i quali, a differenza degli *hard cases*, che presentano contrasti su *norme* (sul significato, cioè, che deve avere una disposizione, o sull'esistenza stessa di una disposizione in merito), riguardano contrasti sui *predicati*. In Hart, infatti, i disaccordi interpretativi sui casi "limite" sembrerebbero attenersi, in senso stretto, al significato dei termini delle disposizioni (*concept-words, general terms*), più che alle disposizioni stesse⁴.

Possiamo dunque affrontare i problemi che pongono i casi cosiddetti "limite" come problemi che riguardano anzitutto, il significato – e i cambiamenti di significato – dei concetti giuridici, e non delle disposizioni. Non vi è ragione per non mantenere separate le questioni relative all'interpretazione delle disposizioni normative da quelle relative, invece, alla determinazione dei concetti giuridici, almeno fino a che non avremo chiarito come proprio il problema di individuare il significato di questi ultimi rimandi, necessariamente, anche all'interpretazione delle disposizioni che li introducono.

2. LA STRUTTURA DEI CONCETTI GIURIDICI

La distinzione tra *standard cases* e *borderline cases* proposta da Hart è stata più volte ripresa – se pur con talune modifiche – dalla tradizione propria del *legal positivism* e, in particolare, dal cosiddetto giuspositivismo esclusivo⁵. Essa appare inoltre strettamente connessa, come si è più volte evidenziato, con la tesi relativa alla separazione, per ogni *concept-word*, tra un nocciolo di significato chiaro (*core of meaning*) ed una zona, un'area (*penumbra*) di indeterminatezza linguistica riferita alla sua denotazione. Secondo Marmor, in particolare, la "tenuta" della distinzione tra casi *standard* e casi limite dipenderebbe dalla possibilità di giustificare, al livello di una teoria dell'interpretazione, il fatto che, rispetto ad una disposizione, sia sempre possibile identificare una serie di casi che certamente rientrano all'interno della sua previsione⁶. Senza voler qui discutere la proposta di Marmor nelle sue diverse implicazioni, appare opportuno tentare di chiarire però che cosa tale distinzione presupponesse in relazione alla natura e al carattere dei concetti giuridici.

Un punto essenziale per comprendere i problemi di cui qui si tratta è dato proprio dalla posizione di Hart in merito alla natura dei *legal concepts*. Come noto, egli tornerà più volte sui limiti di una teoria *definizionale* dei concetti. Si pensi a quanto osserverà criticando, ad esempio, le posizioni di Jhering e

3. Cfr., per le ambiguità in cui incorre Hart stesso, R. Guastini, 2003, 401; M. La Torre, 2003, 445.

4. R. Guastini, 2017, 36; M. Barberis, 2017, 189.

5. Cfr. A. Schiavello, 2004.

6. A. Marmor, 2005, 96.

denunciando il “cielo dei concetti” dei giuristi: «l’errore fondamentale consiste nella credenza che i concetti giuridici siano *fissi* o *chiusi*, nel senso che sarebbe possibile definirli una volta per tutte attraverso la specificazione di condizioni necessarie e sufficienti per la loro applicazione. In questo modo, sarebbe sempre possibile, per ogni caso [...], dire con certezza se esso ricada o meno sotto il concetto»⁷.

Hart insiste, qui, sul carattere “elastico” o variabile dei concetti giuridici, e sul fatto che essi non definiscano proprietà *essenziali*, ossia proprietà che costituiscono condizioni necessarie e sufficienti per l’applicazione del termine ai casi, verificando il possesso delle quali si potrà poi stabilire quali condotte vi rientrino. I concetti giuridici non sono in grado di assicurare una logica tale da garantire, per ciascun caso possibile, la sua inclusione o esclusione all’interno dal concetto per mezzo di una semplice operazione deduttiva.

È a questo punto, tuttavia, che il testo di Hart non sembra spingersi fino alle conseguenze ultime a cui il rifiuto di una concezione “essenzialista” del significato avrebbe potuto condurlo. Egli, è vero, non propone una teoria della struttura dei concetti giuridici né una teoria compiuta del significato, ma sembra comunque non mettere mai in discussione l’idea che i concetti giuridici siano sempre termini generali classificatori (*general classifying words*), ossia termini che denotano *classi* di azioni, individui od oggetti.

I concetti giuridici, per Hart, definiscono casi «paradigmatici»⁸, *standard examples*, rispetto ai quali noi regoleremmo il nostro *uso* del termine (ossia il suo *significato*). Rispetto, pertanto, a ciò che costituisce il caso-limite come tale, esso sarebbe definito, qui, a partire dai disaccordi, o dai dubbi, circa la possibilità o meno di includere il caso nella *classe di casi* definita dal concetto. Sono piuttosto noti i passi in cui Hart insiste sul fatto che, nell’introdurre un concetto giuridico in un determinato contesto, si abbiano sempre «presenti alla nostra mente» alcuni chiari esempi di ciò che certamente si trova nel suo ambito. È la situazione tipica, o paradigmatica, cioè *in base* a cui l’interprete è in grado di stabilire i *criteri* che gli consentiranno di individuare le somiglianze rilevanti con altre situazioni, al fine di estendere l’applicazione del concetto.

Questi *standard examples* sono «ciò di cui ci serviamo quotidianamente per spiegare quel che un termine significa, e spesso non disponiamo di alcuna spiegazione migliore del significato di un termine del riferimento ai suoi *standard examples*. Essi, inoltre, ci forniscono i criteri (*criteria*) per la corretta comprensione delle espressioni»⁹.

7. H. L. A. Hart, 1983, 269. Cfr. V. Villa, 1992.

8. H. L. A. Hart, 1994, 129.

9. A. Marmor, 2005, 102-3.

Se Hart non si sofferma su come vada inteso il rapporto tra casi e significato¹⁰, va però osservato come insista sempre sulla corrispondenza tra la distinzione tra casi *standard* e *borderline*, da una parte, e quella tra nucleo chiaro di significato e zona di penombra di un termine, dall'altra: «se dobbiamo comunicare gli uni con gli altri [...] i termini generali (*general words*) che usiamo – come “veicolo” nel caso considerato – devono presentare qualche esempio familiare nel quale non sorgono dubbi circa la sua applicazione. Ci deve essere un nocciolo di significato stabilito»¹¹.

Il problema del *significato* è sempre relativo a “termini”, e tali termini sono sempre intesi come termini “generali” o, più precisamente, come termini che denotano *classi di casi*. L'uso di un termine è inoltre *determinato* non tanto dal fatto che quest'ultimo definirebbe, anzitutto, i *criteri* per la propria applicazione, quanto dalla sua estensione (o referenza). Sono, cioè, i casi paradigmatici ciò attraverso cui l'interprete individua il significato del termine. O, ancora: è in base ad essi che impariamo ad utilizzare il termine correttamente, che apprendiamo il suo uso.

La scelta di Hart è quella, allora, di insistere sulla funzione paradigmatica svolta da esempi di “casi” chiari, i quali costituiscono *standard* per determinare il significato. Ma tale funzione, va notato, può essere svolta proprio in quanto venga mantenuto l'assunto circa il carattere classificatorio dei concetti: è dalla classe di casi cui chiaramente il concetto si riferisce che possiamo dedurre i criteri che regolano l'applicazione del termine, e *non viceversa*. Da qui dipende la concezione di cosa renda un particolare caso un caso “limite”. Concezione, diremmo, che resta quella propria della *sussunzione* del singolo caso all'interno della classe, in quanto i casi *borderline* sarebbero quei casi che danno luogo a questioni circa la loro inclusione o esclusione all'interno della classe di casi cui il concetto fa riferimento.

3. CLASSE E SERIE

Dobbiamo cominciare, ora, a introdurre l'idea di una diversa *funzione* dei concetti giuridici rispetto a quella classificatoria, la quale determinerà anche un ripensamento e una ridefinizione di ciò che può essere inteso con “caso limite”.

Essa, del resto, non sembra necessariamente incompatibile con l'impostazione da cui muove Hart, e con la sua distinzione tra *standard* e *borderline cases* (ciò che tentiamo di fare, piuttosto, è un lavoro sul carattere “plurale” del testo di Hart). Vi è più di un passaggio, infatti, in cui Hart sembra intendere i concetti giuridici a partire dalla loro funzione di definire *criteri* o *regole* per il

10. Cfr. sul punto B. Bix, 1991, 54.

11. H. L. A. Hart (1958); trad. it. 2005, 60.

loro uso. Soprattutto con riferimento al concetto di diritto, Hart sembrerebbe proporre una concezione che fa dipendere la determinazione del significato (o uso) di un termine più che dai casi “chiari” o *standard* cui si riferisce, da una serie di criteri (*a set of criteria*) che ne regolano l'applicazione, sebbene egli non sviluppi tale ipotesi, e non dia mai un'indicazione circa il modo in cui tali criteri sarebbero determinabili.

Per rileggere la distinzione tra *standard* e *borderline cases* in termini differenti da quelli che dipendono da una concezione classificatoria dei concetti, è necessario, tuttavia, fare un passo avanti, tornando sulla differenza tra classe e serie.

Una classe – come viene comunemente intesa da parte dei giuristi – «è un insieme di entità individuali che condividono un medesimo attributo o insieme di attributi (un attributo può essere una proprietà o una relazione)»¹². Per quanto Hart critichi la possibilità di individuare proprietà “essenziali” il cui possesso da parte di un caso costituisca condizione necessaria e sufficiente per predicarne l'inclusione all'interno della classe, egli, come si è ricordato, mantiene l'idea che, rispetto ad un determinato caso concreto, il problema resti sempre quello di valutare se esso possa essere o meno “sussunto” all'interno dell'insieme individuato, con la corrispondente *estensione* del concetto ad un caso non immediatamente compreso all'interno del suo “nucleo” di significato.

Una serie, diversamente, può definirsi come una *successione* di termini ordinata in base ad una determinata funzione. Essa indica, cioè, una determinata successione di casi (automobile – motocicletta – pattini a rotelle – skateboard) ordinata in base alla regola d'uso del concetto, ossia ai *criteri* normalmente seguiti per il suo utilizzo. Non dobbiamo pensare i criteri come “proprietà” o “attributi” che un termine dovrebbe possedere per essere incluso nella classe definita dal concetto. Da questo punto di vista, Hart ha ragione a sottolineare come tali “proprietà” non sarebbero mai determinabili. Non esistono proprietà “comuni”, e tantomeno essenziali.

Ciò non implica necessariamente, però, dover abbandonare il riferimento ai criteri, per passare ad una concezione basata sull'individuazione di *standard examples*. L'idea, del resto, delle “somiglianze di famiglia”, presente in Hart, può indicare come le regole che consentono di ordinare in successione una serie di casi siano essenzialmente flessibili, elastiche, e vengano costantemente rideterminate *in relazione* ai casi che vengono, di volta in volta, a far parte della successione.

Possiamo anche ammettere che sia solo la successione a determinare la *propria* regola (ossia che la regola in base alla quale la successione si ordina è prodotta, consegue alla successione stessa). Ma il cambio di prospettiva è

12. R. Guastini, 2017, 21.

comunque mantenuto: non è la *lista* (la denotazione) ma la *funzione* ciò che definisce il significato di un concetto. Quando ci interroghiamo sulle condizioni di applicazione di un concetto, non stiamo più chiedendoci quali termini rientrino o meno in una classe di elementi, ma quale sia la regola che determina la successione dei termini in un certo ordine, e come tale successione prosegua. Non procediamo *includendo* casi nuovi all'interno di una classe, ma *aggiungendo* caso dopo caso, prolungando la serie.

Nei casi *borderline*, di conseguenza, l'interprete viene posto di fronte ad un problema di natura diversa rispetto a quello che affronterebbe laddove si adottasse una logica classificatoria (inclusione/esclusione). Rispetto ad un determinato caso, infatti, la regola d'utilizzo del concetto non consente all'interprete di sapere se, nella serie costruita fino a quel momento in base a essa, possa o non possa seguire anche quel caso concreto. Per questo, per riprendere Hart, l'interprete dovrà ricorrere ad *argomenti* che consentano di rideterminare i *criteri* (ad esempio le regole d'uso) fino a quel momento seguiti.

Quello che rende un caso un *borderline case*, allora, è il fatto che i *criteri*, le regole d'uso del concetto fino a quel momento seguite, non sono in grado di determinare se, *data* una serie di casi (di ordine decrescente) già decisi, il caso-limite (ad esempio l'automobile giocattolo) *segua o meno* al caso precedente.

Non si tratta più di un problema di *sussunzione*, ma di *costruzione* di una serie ordinata. I *criteri* che hanno regolato, fino a quel momento, l'uso del concetto, infatti, non consentono di determinare come una serie del tipo "automobile/bicicletta/skateboard/pattini a rotelle" prosegua o, meglio, *debba* proseguire. La *funzione* che il concetto assolve, cioè, si rende indeterminata, avvicinandosi in prossimità del proprio limite. Per rimanere all'esempio di Hart, "veicolo" svolge la funzione di un concetto ordinatore, ossia di un concetto che genera e ordina una serie di casi secondo una determinata successione e certe relazioni tra loro. Il concetto ordina i termini, diremo, stabilendo «una generale regola di successione». Esso non opera come un concetto-classe, ma indica la «regola di progressione che viene mantenuta una e medesima indipendentemente dai termini in cui si manifesta»¹³. È niente più che una funzione, del tipo $F(a, b, c, \dots)$, la quale stabilisce una regola relativa alle relazioni tra i termini della serie.

4. VAGHEZZA E INDETERMINATEZZA

La distinzione tra questi due "modelli" teorici – classe e serie – ha conseguenze anche in relazione al modo di interpretare il problema dell'*indeterminatezza* ai margini (*penumbra*) dei concetti giuridici. È Hart stesso, si ricorda, a distin-

13. E. Cassirer, 1973, 27.

guere due ipotesi diverse di indeterminatezza che implicano la necessità di distinguere i casi *standard* da quelli limite.

La prima riguarda quella che, propriamente, dovremmo chiamare “vaghezza”¹⁴, e che attiene alle difficoltà che incontriamo talvolta nel determinare dove finisca l’estensione di un concetto (ad esempio quello di veicolo)¹⁵.

Diversi interpreti tendono a leggere Hart a partire dal fatto che l’applicazione dei concetti sarebbe sempre incerta ai margini, con la conseguenza: a) che i casi *borderline* dipenderebbero dalla vaghezza dei concetti (*soritical vagueness*), ossia dal fatto che essi sarebbero definiti da *blurred boundaries of application*¹⁶; b) che essi darebbero luogo a incertezze circa la loro inclusione od esclusione entro la *classe* di casi definita dal concetto; c) che la loro soluzione non potrebbe che derivare da una scelta – discrezionale – da parte dell’interprete, nell’impossibilità di definire criteri tali da consentire di individuare il confine tra casi compresi e casi non ricompresi all’interno del concetto¹⁷.

Hart, si noti, fa esplicitamente dipendere la vaghezza dalla natura classificatoria dei concetti: essa sarebbe infatti «il prezzo che si deve pagare per l’uso di termini classificatori generali in qualsiasi forma di comunicazione riguardante questioni di fatto»¹⁸. È, cioè, proprio in quanto i concetti giuridici restano strutturati come concetti che formano classi a cui un oggetto o appartiene o non appartiene, che si dà la separazione tra casi che certamente rientrano e casi *borderline*. I dubbi che definiscono un caso come *borderline*, pertanto, sono dubbi che attengono alla corretta identificazione del *riferimento* del concetto.

Vi è però una seconda ipotesi, di cui Hart stesso dà conto, e che riguarda l’indeterminatezza in senso stretto: «Qualche volta la deviazione dal caso *standard* non è una mera espressione di grado, ma sorge quando questo consiste in realtà in un insieme di elementi di solito concomitanti ma distinti, alcuni o molti dei quali possono mancare nei casi dubbi»¹⁹. Qui i dubbi riguardano non la referenza, ma il senso (o l’intensione) dei termini. Riformulata nei termini qui proposti, l’osservazione di Hart consente di identificare una specie di indeterminatezza che attiene alla difficoltà di individuare i *criteri* che regolano l’uso del concetto, ossia i criteri che consentono la costruzione di serie ordinate di casi.

Il problema, cioè, non riguarda più i “confini” dell’ambito di estensione del concetto, ma la *regola* stessa che ne presiede il funzionamento, che disciplina

14. Seguiamo qui V. Villa, 2017, 71-7.

15. H. L. A. Hart, 1994, 4. Sul punto, cfr. D. Raffman, 2016; C. Luzzati, 2006.

16. D. Raffman, 2016, 52.

17. Cfr. A. Marmor, 2013, 11; J. J. Moreso, 1998, 74.

18. H. L. A. Hart, 1994, 128. Cfr. sul punto N. Stavropoulos, 2005, 88; T. A. O. Endicott, 2000, 140.

19. H. L. A. Hart, 1994, 4.

la sua applicazione. Nei casi-limite, la regola non consente all'interprete di sapere *se e in che modo* la serie di casi possa essere prolungata, e, in particolare, se quel caso segua o meno ai precedenti nell'ordine dato (automobile + camion + motocicletta + ?).

5. LA SOLUZIONE DEI CASI-LIMITE

Dalla scelta tra i due diversi “modelli”, dipendono, infine, anche i modi in cui definiamo le logiche e le strategie che portano l'interprete a risolvere un caso-limite.

Se il caso-limite viene inteso nel senso che esso dà luogo ad una questione relativa alla possibilità di *includerlo* o meno all'interno della *classe* di casi definita, la soluzione resta interna – per quanto articolata attraverso il ricorso all'analogia – ad una logica della *sussunzione*. Occorre prestare attenzione a questo punto. Come Hart talora suggerisce, l'interprete, in questi casi, argomenta in favore o contro la sussistenza di una somiglianza “rilevante” tra il caso-limite e il «caso normale», dovendo cioè considerare se il caso *borderline* assomigli sufficientemente al *plain case*. È tra la bicicletta e l'automobile, in quanto caso paradigmatico di veicolo, che l'interprete instaura la eventuale relazione di somiglianza²⁰.

La soluzione non consiste nella costruzione di una serie di casi *tra* loro “somiglianti” – al contrario, ciò è proprio quanto ci si propone di evitare, in quanto tale serie sarebbe, necessariamente, *soritica*. Essa, piuttosto, presuppone la funzione «paradigmatica» del *plain case*, in quanto rappresentante dell'intera *classe* di casi: proprio tale funzione, infatti, consente di risolvere il caso-limite in base alla logica della sussunzione, anche laddove la “deduzione”, di per sé, non sia possibile.

Le cose vanno diversamente, invece, se si legge il *borderline case* nei termini alternativi qui proposti. Secondo la nostra ipotesi, come si ricorda, l'interprete non è più chiamato a risolvere un problema di sussunzione, ma di individuazione della regola che consenta la costruzione di una serie ordinata di casi in cui sia presente o meno il caso-limite. Dal momento, tuttavia, che il ricorso ai *criteri* fino a quel momento condivisi e utilizzati non consente tale operazione, l'interprete si servirà di *argomenti* che permettano di stabilire la continuità o la discontinuità della serie rispetto al caso-limite.

Per questo le somiglianze saranno cercate tra i singoli casi e, verosimilmente, tra quei casi fra i quali l'interprete ritiene di poter fissare dei punti di continuità, e non tra il caso-limite e il caso *standard*, “rappresentante” della classe di casi. Cerchiamo di analizzare più a fondo la questione. Seguiamo il testo di Hart, e l'esempio su cui si ritorna più volte – anche se, nel passo che

20. Ivi, 127.

commentiamo, egli lo riferisce ora non più al concetto di “veicolo”, ma alla disposizione che vieta l’ingresso dei veicoli, e quindi dovremo, parzialmente, adattarlo alle nostre premesse:

Vi sono i casi chiari, paradigmatici (l’automobile, l’autobus, la motocicletta): e il nostro scopo nel legiferare è fino a questo punto determinato *perché* abbiamo fatto una certa scelta. Abbiamo inizialmente risolto la questione che la pace e la quiete nel parco deve essere mantenuta a costo, ad ogni modo, di escludere questi oggetti. D’altra parte, finché non abbiamo posto il generale scopo della pace nel parco con quei casi che non abbiamo inizialmente contemplato, o forse non abbiamo potuto contemplare [...], il nostro scopo è, in questa direzione, indeterminato²¹.

Dato il concetto di “veicolo”, sarà sempre possibile determinare, in ragione del suo uso costante per un certo tempo all’interno di un certo contesto, una *regola* per la costruzione di una serie ordinata di casi cui esso ha fino a quel momento trovato applicazione. Tale regola sarà individuata, secondo Hart, sulla base delle proprietà che comunemente i casi regolati possiedono nonché della finalità o dello scopo in relazione al quale il concetto è stato introdotto²² (e che si dovrà evincere dai casi regolati: *and our aim in legislating is so far determinate because we have made a certain choice*).

Dal momento, ad esempio, che il termine “veicolo” è stato introdotto con riferimento alla serie “automobile – autobus – motocicletta”, potremo sempre individuare, secondo Hart, la giustificazione in forza della quale tale serie può essere ordinata. L’interprete disporrà allora di un criterio, vincolante in quanto condiviso (dai tribunali, dalla dottrina ecc.), per costruire una successione di casi in ordine decrescente. Avremo dunque una situazione del tipo:

Serie S: automobile – autobus – motocicletta

Finalità F: assicurare la pace e la tranquillità nel parco

Criterio C: affinché qualcosa possa succedere nella serie, occorre che possieda qualche proprietà rilevante rispetto alla funzione che determina l’ordine della serie in comune (*rumorosità*) con i termini che già compongono la serie.

21. Ivi, 129; trad. it. 151 (corsivi aggiunti).

22. F. Schauer, 1991, ha osservato come, con l’introduzione della “finalità” della regola, Hart avrebbe concesso a Fuller, indebitamente, ciò che non avrebbe dovuto, riconoscendo la funzione dello scopo nel costituire l’idea stessa di regola. In tal modo, infatti, egli avrebbe confuso la questione di che cosa una regola *significa*, con la questione di come essa vada, concretamente, *applicata*. Non è possibile, in questa sede, replicare alla tesi, ma unicamente ricordare come, se il significato coincide, come qui avviene, con la regola per il suo utilizzo, allora la distinzione tra finalità e significato, per come proposta da Schauer, dovrebbe essere ripensata.

Hart intende sottolineare che – giunti ad un *dato punto limite* – si presenterà un caso (ad esempio: la bicicletta, o l'automobile giocattolo mossa elettricamente) in relazione al quale la finalità individuata F non consentirà di applicare il criterio C in modo tale da giungere ad una conclusione univoca circa la successione o meno di quel caso nella serie S.

Come egli precisa, le ragioni di tale incertezza possono essere diverse, e non necessariamente in senso stretto “semantiche”. Il caso dell'automobile elettrica giocattolo, ad esempio, potrebbe essere identificato dall'interprete come un caso-limite sulla base dei suoi dubbi circa l'opportunità di attenuare o sacrificare la finalità di assicurare la tranquillità nel parco (si ricordi sempre come Hart non cerchi di provare che *a causa* della natura del linguaggio l'interprete si troverebbe costretto ad esercitare delle *scelte*; diversamente, egli tenta di fornire *ragioni* del perché l'interpretazione dei concetti giuridici deve poter prevedere anche momenti di discrezionalità²³).

L'interprete *argomenterà* presupponendo che il caso, poniamo ora, della bicicletta costituisca un caso-limite, e cioè assumendo che – dato l'uso del concetto fino a quel momento invalso – non sia possibile affermare con certezza se il nuovo caso possa o meno seguire nella serie. Come Hart osserva, se le argomentazioni avranno *ad oggetto* le somiglianze tra i casi, esse, però, porteranno necessariamente la ridefinizione delle funzioni del concetto e dei criteri che ne regolano l'uso, ossia il “significato” (*and shall incidentally have settled a question as to the meaning, for the purposes of this rule, of a general word*).

Per poter costruire una serie in cui, dopo la motocicletta, venga la bicicletta, l'interprete potrebbe infatti argomentare in favore della sussistenza di somiglianze “rilevanti” assumendo come finalità non più tanto il mantenimento della quiete nel parco, quanto la sicurezza delle persone. Il concetto sarà rideterminato in questo modo:

S': automobile – autobus – motocicletta - bicicletta

F': assicurare la sicurezza delle persone nel parco

C': affinché qualcosa possa succedere nella serie, occorre che possieda qualche proprietà rilevante rispetto alla funzione che determina l'ordine della serie in comune (*pericolosità*) con i termini che già compongono la serie.

Sotto tale aspetto, i casi-limite possono essere rappresentati come i punti che determinano una *variazione* nelle regole d'uso di un concetto giuridico. Mentre, cioè, i casi *standard* definiscono il “continuo” del concetto, ossia la stabilità dei criteri che ne definiscono l'uso, i casi-limite segnano le discontinuità, i momenti in cui la regolarità precedente termina e ne comincia una nuova.

23. B. Bix, 1991, 66.

Ciò che rende un caso come quello della bicicletta (o dell'automobile giocattolo) un caso-limite è che, affinché con esso si possa *prolungare* la serie già data "automobile – motocicletta – skateboard – pattini a rotelle", occorrerà introdurre una *discontinuità* nella regola di costruzione di quella serie stessa.

Per questo il caso *borderline* non è mai un caso *particolare* di una antecedente regola, ma una *singularità*: un caso, cioè, che *(ri)determina* esso stesso la regola che consentirà di renderlo un elemento di una certa serie ordinata di casi. Mentre la funzione classificatoria presuppone come data la regola (i *criteri*) ed interpreta il caso-limite come relativo ad un problema di applicazione di essa (vaghezza)²⁴, la funzione ordinatoria, diversamente, presuppone una serie di casi (precedenti) rispetto alla quale l'interprete è chiamato a costruire la regola (i *criteri*) che rendano possibile ordinarla in maniera tale da far seguire (o non seguire) anche il caso-limite.

Il significato di un concetto, in questo secondo caso, viene individuato dall'interprete ricavando, dalla serie che egli ha ordinato, la regola che gli ha permesso di ordinarla in quel determinato modo. Più che all'ordinare in classi, la giurisprudenza guarda, qui, al diverso problema del mettere in serie. La giurisprudenza, in altri termini, cessa di essere concepita come attività che consiste nell'*applicazione* di regole a casi attraverso la loro inclusione nella classe definita dalla fattispecie astratta (sussunzione), ma diviene una pratica che consiste nell'inventare (che indica sia lo scoprire che il creare) regole che consentano di prolungare, rideterminare e ordinare *serie* di casi, di instaurare, di volta in volta, delle regolarità.

Data – perché introdotta dal legislatore esplicitamente o perché consolidatasi nella giurisprudenza – una certa definizione del concetto di "veicolo" (ad esempio: si intendono per veicoli tutte le macchine di qualsiasi specie guidate dall'uomo), il lavoro di manipolazione, rideterminazione e creazione di un nuovo significato di esso non implica, necessariamente, una riformulazione esplicita di tale concetto. Se il concetto non è che una *funzione* $F(a, b, c, \dots)$, è operando direttamente sulle serie che l'interprete può determinarne delle modifiche – in quanto esso esprimerà, ora, una regola di costruzione diversa. Il significato del concetto verrà così determinato sulla base della regola (implicita o esplicita) in forza della quale quella successione può essere costruita e giustificata.

Uno studio di tali tecniche e operazioni di rideterminazione dovrebbe concentrarsi non tanto sulle *somiglianze* che consentono all'interprete di ordinare una data serie, quanto sulle *differenze* che risulteranno tra la serie da lui costruita e quella precedente, fino a quel momento seguita.

Engisch è uno degli autori che si avvicina di più all'individuazione del passaggio da classe a serie, commentando i problemi di interpretazione del

24. R. Guastini, 2013, 122.

concetto di “edificio o luogo chiuso” di cui al §243 comma 3 StGB, che punisce il furto con scasso²⁵. Egli introduce una distinzione tra la sussunzione, classicamente intesa, e l'introduzione di «sussunzioni di nuovo tipo» che si sarebbero verificate nella giurisprudenza tedesca a lui coeva. Rispetto, infatti, al problema del furto compiuto squarciando la capote di un'automobile, la giurisprudenza, più che articolare la questione secondo la logica tipica della sussunzione, cerca – osserva Engisch – di determinare il significato del concetto attraverso l'individuazione di una serie di precedenti che hanno deciso casi simili. Se nel procedimento di sussunzione «si pone un singolo caso sotto la fattispecie legale», qui il lavoro dell'interprete ha ad oggetto la costruzione di una serie di casi. Mentre in una logica classificatoria, finalizzata all'inclusione del caso all'interno della classe di casi, la somiglianza rilevante è determinata sulla base del confronto tra il caso paradigmatico e il caso dubbio, una giurisprudenza che si serva dei concetti nel loro carattere ordinatorio procede mettendo a confronto le serie diverse di casi che si possono, in quel contesto, ordinare, per poi scegliere quella in relazione alla quale l'interprete pensa di poter fornire l'argomentazione giuridica maggiormente persuasiva.

L'altro aspetto che Engisch sottolinea, poi, è che la “sussunzione” che, alla fine, l'interprete comunque compirà non sarà attuata come una ripetizione di sussunzioni già attuate per casi analoghi, ma sarà un fenomeno nuovo, che si compie per la prima volta. Ciò che, a nostro avviso, qui si intende è che, alla fine, l'interprete *formularà* la propria soluzione *classificando* il caso. Il punto, però, è che tale “classificazione” non è avvenuta attraverso l'inclusione del caso nella classe definita dal concetto, ma disponendo la serie di precedenti a disposizione in *funzione* di una regola di costruzione della successione che consenta di prolungare la serie comprendendovi il caso nuovo. L'interprete non è, cioè, partito da una definizione del concetto, per poi argomentare in favore della sua *estensione*. Al contrario, è partito dalla costruzione di una serie di casi, per poi ricavare la definizione del concetto.

Un conto, diremo, è estendere l'ambito di riferimento di una classe; un altro, generare una serie. La giurisprudenza procederebbe, allora, non tanto per progressive *estensioni* della classe a nuovi casi, quanto per *generazioni e rideterminazioni di serie ordinate di casi*, le quali implicano sempre – come si è visto – nuove regole d'uso dei concetti (e quindi nuovi significati).

Allo scopo di chiarire alcuni passaggi della nostra rilettura di Hart, un chiarimento relativo all'identificazione del significato di un concetto (o di una norma) con l'*uso* che ne facciamo sembra essere a questo punto opportuno, prima di giungere alle conclusioni del nostro lavoro. Come si *determina* l'uso (e quindi il significato) di un concetto, quali regole stabiliscono quando il concetto sia correttamente applicato o meno dall'interprete?

25. K. Engisch (1968), trad. it. 1970, 75.

Non sembra possibile limitarsi a sostenere che le regole di utilizzo di un concetto siano definite dall'utilizzo stesso del concetto, nella misura in cui resterebbe non chiarito, quantomeno, come quell'uso si determini. Come si è cercato di chiarire, a nostro avviso la strategia di Hart consente una "doppia" lettura, nel senso che egli, da una parte, sembra sostenere che è l'immediato riferimento del concetto a una serie di casi *standard* a consentire all'interprete di individuare la regola per il suo utilizzo; dall'altra, appare invece vicino all'idea per cui è solo individuando previamente i *criteri* per il suo utilizzo che appare possibile riferire il concetto a una serie di casi cui esso certamente si applica. Ora, se quest'ultima è l'intuizione che abbiamo ritenuto, qui, di poter sviluppare, restano però da precisare alcuni aspetti. Come sono, infatti, individuati i criteri di utilizzo di un concetto, se essi non possono essere ricavati né dai casi *standard* cui esso si riferisce (che seguono, e non precedono, tali criteri), né, semplicemente, possono essere fatti dipendere dall'applicazione che facciamo di quel concetto (poiché essi sono "criteri" proprio in quanto *guidano* quell'applicazione)?

Certamente è ad una relazione *interna* tra i criteri e la loro applicazione che dovremmo riferirci²⁶, nel senso che il modo in cui si definisce il criterio non è "esterno" alla sua applicazione, per quanto, *logicamente*, la preceda, orientandola. Abbiamo accennato al fatto che la regola – ossia il criterio per l'applicazione del concetto – sia, in quanto *immanente* alla serie, il *risultato* della successione stessa che consente di ordinare (e che dunque dovrebbe, in realtà, precedere). Ma ciò, lo si ripete, non significa assumere una posizione "scettica" in merito all'esistenza delle regole o dei criteri, o ridurre i criteri stessi alla loro applicazione. L'applicazione, infatti, costituisce i criteri che la regolano, i quali dunque vengono, infine, individuati *come tali*, ossia come ciò che ha guidato l'applicazione stessa. Ciò non significa sostenere che, data una regola, il caso possa sempre essere incluso nella regola mediante una qualche *interpretazione* di quest'ultima. Diversamente – e qui a venire in gioco sarebbe, piuttosto, una corrispondenza con Leibniz e la sua idea di serie – dovremmo dire che, data una serie di casi, anche in una sequenza o successione apparentemente casuale o irregolare, esisterà sempre la possibilità di individuare la regola che consente di rendere quella serie ordinata²⁷.

Rispetto, pertanto, alla questione qui discussa – quella relativa al problema della soluzione dei casi-limite – potremmo dire che i *criteri* che definiscono l'utilizzo del concetto sono sì immanenti alla loro applicazione, ma nel senso che essi *risultano* dall'applicazione come ciò che l'ha resa possibile. La serie {a,

26. Riprendo, qui, le osservazioni di D. Canale, 2005.

27. Cfr. G. W. Leibniz, 1967, 624-5. Ovviamente, per noi, questa *possibilità* è tale proprio in forza del carattere "elastico" e "aperto" dei concetti giuridici e delle operazioni che essi consentono all'interprete.

b, c, d} non è, allora, ordinata in base ad un criterio che la preceda – e che l'interprete dovrebbe sempre poter individuare *a priori*; ma non sarebbe neppure corretto sostenere che il criterio segua ad essa, nel senso che risulterebbe *a posteriori*, “discrezionalmente” determinato dall'interprete. Diversamente, esso è il criterio *in base* al quale quella serie si è potuta ordinare in quel modo, per quanto solo nella sua stessa applicazione, nell'ordinarsi stesso della serie, si sia determinato come tale. La relazione tra criterio di utilizzo del concetto e applicazione del criterio medesimo è dunque *interna*, nel senso che il criterio è *immanente* alla sua applicazione.

6. CONCLUSIONI

Come si è tentato di mostrare, ciò che l'interprete intende con “caso-limite” varia a seconda della logica attraverso la quale esso viene definito e determinato. Un confronto con la concezione analitica del *borderline case* dovrebbe poter rivelare, più che la differenza nelle “definizioni” che possono essere fornite a proposito di ciò che costituisce un “caso limite”, una serie di discontinuità nelle assunzioni teoriche di fondo, le quali rivelano strategie concettuali eterogenee nel modo stesso di determinare il campo delle questioni di volta in volta affrontate.

Rispetto al particolare problema che abbiamo affrontato, ad esempio, abbiamo osservato come sia anzitutto dal modo di considerare i concetti giuridici che si devono distinguere i due indirizzi: *a*) se il concetto rispetto al quale si definisce il caso *borderline* è inteso nella sua funzione classificatoria, allora il caso verrà riferito ad un problema relativo alla *vaghezza* (referenza), il caso-limite dando luogo a dubbi o disaccordi circa l'*estensione* del concetto; *b*) se il concetto è inteso, invece, nella sua funzione ordinatoria, il caso-limite verrà riferito al problema dell'*indeterminatezza* del concetto (senso), dando esso luogo a dubbi o disaccordi circa le *regole d'uso* del concetto stesso.

Nella prima ipotesi, il caso-limite viene pensato come ciò che determina problemi relativi alla sussunzione del caso. Nella seconda, diversamente, il caso-limite è ciò che determina una discontinuità nella regola di costruzione di serie ordinate di casi, consentendo il passaggio da una regolarità ad un'altra nell'utilizzo del concetto. I casi-limite sembrano costituire l'occasione per far funzionare i concetti giuridici in maniera “aperta” ed elastica, ossia valorizzandone il carattere ordinatorio, dando così all'interprete la possibilità di intervenire – con una serie di operazioni argomentative e retoriche – sulle regole di utilizzo del concetto. Tutto questo ha ricadute anche sul problema, portato avanti dall'ermeneutica giuridica, di valorizzare la funzione e il ruolo del “caso concreto” nella determinazione del diritto e delle norme giuridiche.

Ma è una considerazione generale che va spesa, in conclusione, con riferimento al nostro modo di analizzare le operazioni dei giuristi. A lungo il

problema più dibattuto, in relazione ai casi-limite, è stato quello relativo alla possibilità di fissare una distinzione tra applicazione e creazione, tra uso estensivo ed uso creativo dell'analogia, tra vincoli e margini di scelta che sarebbero concessi all'interprete. È possibile, tuttavia, che tali distinzioni non svolgano, in realtà, un ruolo realmente importante – se solo si ammette che *creativa*, in senso ampio, è ogni attività che implica la risoluzione di casi “dubbi” (se non altro perché è sempre *per* lo stesso interprete che un caso viene determinato come “dubbio” o meno²⁸). Forse spostare la nostra attenzione sulle funzioni che i concetti giuridici svolgono, in presenza di controversie relative a casi *borderline*, può invece aiutarci ad individuare con maggior precisione i problemi di volta in volta in gioco, le logiche messe in campo, nonché il tipo di operazioni realizzate.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- BARBERIS, Mauro, 2017, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*. Giappichelli, Torino.
- BIX Brian, 1991, «H.L.A. Hart and the “Open Texture” of Language». *Law and Philosophy*, 10, 1: 51-72.
- CANALE Damiano, 2005, «Inferenzialismo semantico e ragionamento giuridico». *Ragion pratica*, 25: 301-34.
- CASSIRER Ernst, 1910, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff*. Brun, Berlin (trad. it. *Sostanza e funzione*. La Nuova Italia, Firenze 1973).
- ENDICOTT Timothy A. O., 2000, *Vagueness in Law*. Oxford University Press, New York.
- ENGISCH Karl, 1968, *Einführung in das juristische Denken*. Kohlhammer, Stuttgart (trad. it. a cura di A. Baratta, *Introduzione al pensiero giuridico*. Giuffrè, Milano 1970).
- GUASTINI Riccardo, 2003, «Hart su indeterminatezza, incompletezza e discrezionalità giudiziale». *Ragion pratica*, 21: 395-404.
- ID., 2014, *La sintassi del diritto*. Giappichelli, Torino.
- ID., 2017, *Saggi scettici sull'interpretazione*. Giappichelli, Torino.
- HART Herbert Lionel Adolphus, 1958, «Positivism and the Separation of Law and Morals». *Harvard Law Review*, 71, 4: 593-629 (trad. it. «Il positivismo e la separazione fra diritto e morale». In (a cura di), A. Schiavello, V. Velluzzi, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, 48-89. Giappichelli, Torino 2005).
- ID., 1983, *Essays in jurisprudence and philosophy*. Clarendon Press, Oxford.
- ID., 1994, *The Concept of Law*, with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Clarendon Press, Oxford.
- JORI Mario, 1994, *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*. Giappichelli, Torino.
- LA TORRE Massimo, 2003, «“Judex rex”. Sull'ultimo Hart». *Ragion pratica*, 21: 435-48.

28. Cfr. F. Viola, 2003, 51.

- LEIBNIZ Gottfried Wilhelm, 1967, *Scritti filosofici*, I, a cura di D. O. Bianca. Utet, Torino.
- LUZZATI Claudio, 2006, «Ricominciando dal sorite». In M. Manzin, P. Sommaggio (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, 29-60. Giuffrè, Milano.
- MARMOR Andrei, 2005, *Interpretation and Legal Theory*. Hart, Oxford-Portland.
- ID., 2013, «Varieties of Vagueness in the Law». USC Legal Studies Research Paper No. 12-8, in <https://ssrn.com/abstract=2039076>.
- MORESO José Juan, 1998, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, translated by R. Zimmerling. Springer, Dordrecht.
- RAFFMAN Diana, 2016, «Vagueness in Law. Placing the Blame Where It's Due». In G. Keil, R. Poscher (eds.), *Vagueness in Law*, 49-64. Oxford University Press, Oxford.
- SCHAUER Frederick, 1991, *Playing by Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford University Press, Oxford.
- SCHIAVELLO Aldo, 2004, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart. Un'introduzione critica*. Giappichelli, Torino.
- STAVROPOULOS Nicos, 2005, «Hart's Semantic». In J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, 59-98. Oxford University Press, Oxford.
- VILLA Vittorio, 1992, «Il modello di definizione per casi paradigmatici e la definizione di "diritto"». *Analisi e diritto*: 275-310.
- ID., 2017, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza costruttiva*. Giappichelli, Torino.
- VIOLA Francesco, 2003, «Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica». In *Diritto privato 2001-2002*, 49-64. Cedam, Padova.

