

Norme implicite: il perché e il percome

Mauro Barberis*

Il focus sulle norme implicite e/o inesprese ospitato in questa sezione di «Analisi e diritto» non ha troppo bisogno di presentazioni. Da un lato, fa il punto su una discussione che va avanti da trent'anni, almeno nella teoria del diritto italiana, e che qui tocca livelli di sofisticazione ulteriori. D'altro lato, nonostante il suo taglio specialistico dovrebbe interessare anche ai giuristi positivi, specie i giuspubblicisti: tanto abituati a maneggiare norme implicite da non accorgersi quasi della loro esistenza.

Senza rifare la storia della questione, riassunta più in dettaglio nel contributo di chi scrive, piace pensare che tutto nasca da un passo di Giovanni Tarello – dopo tutto, siamo davvero nani sulle spalle di giganti... – e dalla trentennale riflessione di Riccardo Guastini, con cui i quattro partecipanti al focus si sono sempre confrontati. Se poi, presentati così, il tema e i contributi parranno idiosincratici, peculiari rispetto al dibattito internazionale, addirittura originali, forse dipende dal fatto che lo sono.

Nell'*Interpretazione della legge* (1980: 391-394), Tarello contesta prima la distinzione tradizionale fra argomenti interpretativi “logici” (*a contrario, a simili, a fortiori*, della coerenza, della completezza) e “non logici” (tutti gli altri), poi l'assimila alla distinzione fra argomenti produttivi e interpretativi, infine osserva che l'unica differenza fra questi è che gli argomenti interpretativi attribuiscono significato a un enunciato, mentre i produttivi partono da questo significato per produrne altri.

Quanto a Guastini, all'inizio degli anni Novanta – il periodo in cui insegna anche diritto costituzionale, recupera Hans Kelsen, e incontra la Scuola di Buenos Aires – nota che i giuristi positivi, anche quando si dichiarano positivisti, parlano spesso di norme mai poste da alcun legislatore: in particolare principi, allora largamente discussi sulla scorta di Ronald Dworkin. Così, chiama tali norme implicite o inesprese, accennando, inizialmente, anche ai principi totalmente inespressi, specie costituzionali.

Partendo da questa intuizione, Guastini traccia poi la distinzione fra interpretazione e costruzione (benché la produzione di norme implicite sia solo una delle attività “costruttive”) e riprende la teoria kelseniana della cornice per distinguere

* IUSLIT, Università di Trieste, Piazzale Europa 1, 34127, Trieste, barberis@units.it.

interpretazioni scientifica, decisoria e creativa. In occasione dell'uscita di *Interpretare e argomentare* (2011), tutto questo è oggetto di una prima discussione sulla «Rivista di filosofia del diritto» (2013/1), dove Enrico Diciotti e Giorgio Pino avanzano già alcune delle tesi oggi riprese nel focus.

Infine, in vista della pubblicazione dei due volumi de *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini* (2019), Damiano Canale tiene all'Istituto Tarello di Genova una relazione che riformula in termini inferenziali la distinzione fra interpretazione e costruzione e, in base a questa, anche la distinzione fra norme esplicite e implicite. Un'altra relazione è tenuta da chi scrive poco dopo, sicché tutti noi ri-coinvolgiamo Diciotti e Pino, che riprendono, arricchendole, le proposte avanzate più di un lustro prima.

Tutto ciò spiega l'ordine di pubblicazione dei rispettivi contributi, puramente cronologico, ma anche il fatto che il focus ha finito fatalmente per estendersi dalla distinzione fra norme esplicite e implicite a buona parte dell'odierna teoria dell'interpretazione continentale. In particolare, Canale ha fatto discendere la distinzione fra norme esplicite e implicite, ma anche la teoria della cornice, dalla distinzione fra interpretazione e costruzione, ricostruita e formalizzata nei termini di due diversi tipi di inferenze.

Il sottoscritto ha prima contestualizzato la discussione, che potrebbe suonare *parochial* agli infiniti epigoni di Herbert Hart. Poi ha ricondotto la distinzione fra norme esplicite ed implicite a quella fra disposizione e norma, facendone un sotto-caso di quella fra norme espresse e inespresse, e riprendendo i principi totalmente inespresi del primo Guastini, distinguendo fra principi istituzionali e no. Infine, s'è chiesto se norme implicite e inespresse non siano sintomi di processi di de-depositivizzazione in corso nello stato costituzionale.

Diciotti ha criticato la proposta di Canale, attribuendole l'effetto contro-intuitivo di far dipendere il carattere esplicito-espreso oppure implicito-inespresso di una norma dal tipo di inferenza che la produce. Poi, e soprattutto, ha ri-proposto di tracciare la distinzione fra norme esplicite-espresse, da un lato, e implicite-inespresse, dall'altro, nonché tutte le altre che ne dipendono, ricorrendo al criterio distintivo del significato letterale: soluzione che, nel 2013, aveva tentato anche Guastini.

Infine, Pino riprende la propria critica al carattere dicotomico di tutte queste distinzioni, revoca in dubbio la riformulazione di Canale, rifiuta la via d'uscita proposta da Diciotti, propone un criterio distintivo non qualitativo ma quantitativo fra norme esplicite-espresse e norme implicite-inespresse, e soprattutto rimette in discussione la stessa teoria della cornice, assurta a tratto distintivo dello scetticismo interpretativo "genovese", o almeno di Guastini, rispetto allo scetticismo interpretativo *tout court*.

Dopo la critica di Pino, in particolare, a un osservatore estraneo il terreno potrebbe apparire ingombro di macerie: di distinzioni dicotomiche tornate improvvisamente dubbie, proprio quando Canale ci aveva ri-convinto della loro dicotomicità.

Peggio ancora, qualcuno potrebbe pensare che la discussione sia tornata al punto di partenza: allo scetticismo interpretativo di Tarello. E non parliamo di quanti potrebbero lamentare che mentre noi parliamo di norme implicite Costantinopoli brucia.

In realtà, si può ribattere che distinzioni quantitative sono ancora distinzioni, e che nel linguaggio ordinario e giuridico residua sempre un margine di vaghezza. Proprio la persistente vaghezza, poi, ci immunizza dalle nostre assunzioni dogmatiche: specie dall'illusione che il mondo sia già in sé come noi faticosamente lo ricostruiamo. Ancora, non siamo tornati a Tarello: grazie a Guastini e a tutti noi, oggi ne sappiamo di più. Quanto a Costantinopoli, infine, *de nobis fabula narratur*: di noi, giuristi dello stato costituzionale.

