

# Norme espresse e norme inesprese. Un'analisi concettuale

Damiano Canale\*

## Sommario

Gli ordinamenti giuridici di *civil law* sono composti solo in parte da norme immediatamente riconducibili alle disposizioni formulate dal legislatore. Molte norme vengono elaborate dai giudici mediante ragionamenti che spesso includono considerazioni di tipo morale, sociale e politico. Tuttavia, la differenza tra questi due tipi di norme è controversa in letteratura. Per risolvere la questione, Riccardo Guastini distingue le “norme espresse”, che esprimono il significato di disposizioni, dalle “norme inesprese”, frutto invece dell’attività nomopoietica dei giudici. In questo saggio discuto la distinzione elaborata da Guastini e propongo una sua revisione basata su un approccio contestualista alla semantica e alla pragmatica del linguaggio giuridico.

**Parole chiave:** Norme inesprese. Interpretazione giuridica. Costruzione giuridica. Ragionamento giuridico. Minimalismo semantico.

## Abstract

In the civil law world, legal systems are only partially composed by norms corresponding to the legal provisions issued by the legislator. Many norms are elaborated by courts by means of specific forms of reasoning, which often include moral, social, and political considerations. However, the difference between these two kinds of norms are controversial in the literature. To address this issue, Riccardo Guastini suggests that legislative norms can be seen as “expressed norms”, whereas judicial law making brings about “unexpressed norms”. In the paper, I discuss this distinction and put forward a revised version of it, based upon a contextualist approach to semantics and pragmatics.

**Keywords:** Unexpressed Norms. Legal Interpretation. Legal Construction. Legal Reasoning. Semantic Minimalism.

---

\* Dipartimento di Studi giuridici “Angelo Saffa”, Università Bocconi, via Röntgen 1, 20136, Milano, [damiano.canale@unibocconi.it](mailto:damiano.canale@unibocconi.it).

## 1. Introduzione

È opinione pressoché unanime che gli ordinamenti giuridici di *civil law* siano composti solo in parte da norme corrispondenti alle disposizioni emanate dal legislatore. Molte norme vengono elaborate dai giudici sulla base di ragionamenti, non immediatamente riconducibili agli enunciati delle fonti, che spesso includono considerazioni di tipo morale, politico, sociale. È tuttavia controverso se, e in che modo, questi due tipi di norme possano essere distinti, quale rapporto sussista tra di esse, e in che misura la loro individuazione o elaborazione comporti scelte discrezionali di tipo diverso in capo ai giudici.

Tra gli strumenti teorici utilizzati per far chiarezza su questo tema appare di particolare interesse la distinzione tra norme espresse e norme inesprese, a cui è dedicato questo saggio. Lo studio di questa distinzione procederà nel modo seguente: esaminerò innanzitutto come essa viene tracciata da Riccardo Guastini in alcuni suoi scritti recenti; discuterò quindi alcuni rilievi critici che sono stati sollevati nei confronti delle tesi di Guastini, per proporre poi, alla luce di tale discussione, una ridefinizione della distinzione tra norme espresse e norme inesprese che ritengo più convincente e illuminante. Prenderò quindi in esame, in sede conclusiva, la nozione di “cornice dei significati ammissibili” di una disposizione normativa, fornendone una caratterizzazione originale.

## 2. La tesi di Guastini

La distinzione tra norme espresse e inesprese rientra tra le numerose tipologie elaborate da Riccardo Guastini per analizzare le caratteristiche distintive delle norme giuridiche. Espresse sono le norme “che, per l'appunto, trovano espressa formulazione o enunciazione in una qualche disposizione normativa (o in un frammento di disposizione normativa)”<sup>1</sup>. Inesprese, per converso, sono le norme ricavate “da una o più norme espresse mediante un ragionamento, nel quale [...] una o più norme espresse costituiscono *premesse* e la norma inespressa costituisce *conclusione*”<sup>2</sup>. Più precisamente, una norma espressa è un enunciato che esprime uno dei significati che una disposizione può assumere in base alle regole della lingua, ai canoni interpretativi applicati dai giudici e alle tesi dogmatiche in uso. Inespressa è invece

<sup>1</sup> Guastini 2014: 48-49.

<sup>2</sup> Guastini 2011: 69-70. Il termine ‘norma inespressa’ è talora usato in letteratura quale sinonimo di ‘norma implicita’. Spesso, tuttavia, per norme implicite si intendono le norme derivate logicamente da norme espresse (o esplicite), vale a dire soltanto mediante ragionamenti deduttivi. Che questo sia possibile è tuttavia controverso (cfr. Diciotti 1997: spec. 343); inoltre, le norme inesprese sono solitamente ricavate mediante ragionamenti complessi che includono inferenze non deduttive. Per evitare fraintendimenti, nel proseguo di questo lavoro utilizzeremo soltanto il termine ‘norma inespressa’.

la norma “di cui *non* si possa ragionevolmente dire che costituisce uno dei significati di un enunciato normativo determinato”<sup>3</sup>; tale norma, infatti, “è frutto (non di promulgazione o emanazione, ma) di un ragionamento ‘costruttivo’ degli interpreti”<sup>4</sup>.

Appare evidente, già ad un primo sommario esame, come le norme espresse e le norme inespresse si distinguano tra loro poiché costituiscono il risultato di attività diverse. Le prime sono il risultato dell’attività interpretativa, mediante il quale il giudice attribuisce un significato a un enunciato delle fonti<sup>5</sup>. Le seconde, invece, sono il risultato di un’attività costruttiva, mediante la quale il giudice elabora, mediante dei ragionamenti, norme che si aggiungono o integrano l’insieme delle norme espresse di un ordinamento giuridico<sup>6</sup>.

La distinzione così concepita appare utile sotto molteplici profili. Lo è sotto il profilo teorico, poiché consente di distinguere il *diritto di produzione legislativa*, costituito dall’insieme di norme espresse appartenenti a un ordinamento, dal *diritto di produzione giudiziale*, costituito invece dalle norme inespresse elaborate dai giudici. Inoltre, questa distinzione consente di distinguere diversi gradi di *intensità* della discrezionalità del giudice. L’individuazione di norme espresse comporta un grado di discrezionalità minore di quella che inevitabilmente entra in gioco nella costruzione di norme inespresse. Nel primo caso, l’interprete si limita a individuare il significato (o i significati) di un testo normativo; nel secondo caso, l’interprete elabora norme che non trovano diretta formulazione o espressione nei testi normativi<sup>7</sup>. La distinzione è inoltre utile sotto il profilo dottrinale: consente infatti di rendere più perspicue le direttive rivolte ai giudici, rispettivamente, dalle dottrine *testualiste* e dalle dottrine *dinamiche* dell’interpretazione. Le prime riservano al giudice il solo compito di applicare norme espresse, vietando l’uso di norme inespresse comunque elaborate; le seconde attribuiscono invece al giudice il compito di elaborare e applicare norme inespresse capaci di rispondere al mutare degli interessi e dei valori

<sup>3</sup> Guastini 2011: 33.

<sup>4</sup> Guastini 2014: 49.

<sup>5</sup> Secondo Guastini, il termine “interpretazione” è fortemente polisemico nel linguaggio dei giuristi. Esso viene usato per riferirsi tanto a un’attività quanto al prodotto di tale attività; l’attività interpretativa, inoltre, svolge talora una funzione conoscitiva, ovvero sia è condotta al fine di identificare i significati di una disposizione giuridica; in altri casi, invece, essa svolge una funzione decisionale, qualora consista nella selezione, da parte del giudice, di uno dei significati espressi dalla disposizione al fine di decidere la controversia. Cfr. Guastini 2014: 375 ss.; 2011: 13 ss.

<sup>6</sup> Guastini utilizza l’espressione “costruzione giuridica” per riferirsi a un insieme di attività non-interpretative che consistono, principalmente, nel produrre lacune assiologiche, elaborare norme inespresse, concretizzare e bilanciare principi, elaborare gerarchie assiologiche. Il tipo di costruzione più diffuso e rilevante è il secondo; per ragioni di semplicità, d’ora in avanti utilizzerò dunque l’espressione “costruzione giuridica” per riferirmi esclusivamente all’elaborazione di norme inespresse.

<sup>7</sup> Nel contest della tipologia guastiniana, la discrezionalità dell’interprete assume un’intensità ancora maggiore nel caso questi proceda a una “interpretazione creativa”, vale a dire all’attribuzione a una disposizione di un significato nuovo, che si pone all’esterno della cornice dei significati ammissibili. Cfr. Guastini 2014: 380.

sociali, anche a costo di superare il vincolo del testo<sup>8</sup>. Distinguere le norme espresse da quelle inesprese ha infine un'utilità pratica: come noto, in alcuni settori degli ordinamenti (si pensi, tipicamente, al diritto penale) la costruzione giuridica è vietata mentre l'interpretazione è permessa. Una chiara distinzione tra le due attività e i loro risultati appare dunque auspicabile per accertare se tale divieto sia osservato dal giudice<sup>9</sup>.

La proposta di Guastini, per quanto chiara nella sua formulazione, merita di essere approfondita precisando alcune sue implicazioni rilevanti. Per farlo, è opportuno concentrare l'attenzione sulle attività di cui norme espresse e inesprese costituiscono il risultato, vale a dire, rispettivamente, l'interpretazione e la costruzione giuridica.

Nella prospettiva che stiamo considerando, i termini "interpretazione" e "costruzione" non si riferiscono a oggetti, fatti, eventi, stati di cose esistenti nel mondo. Essi denotano piuttosto *relazioni* tra enunciati; più precisamente, due diverse proprietà relazionali, di tipo inferenziale, che un enunciato può acquistare nella prassi giuridica. Dati gli enunciati  $a$  e  $b$ , se dico ' $a$  è l'interpretazione di  $b$ ', sto dicendo che  $a$  si trova in una certa relazione con  $b$ , tale per cui  $a$  viene inferito da  $b$ . Parallelamente, se dico ' $b$  è costruito a partire da  $a$ ' sto parimenti asserendo che  $b$  si trova in una certa relazione con  $a$ , tale per cui  $b$  viene inferito da  $a$ . L'attività interpretativa istituisce una relazione di tipo interpretativo tra enunciati, mentre l'attività costruttiva istituisce una relazione di tipo costruttivo tra enunciati<sup>10</sup>. Quali sono le caratteristiche che contraddistinguono queste relazioni? Utilizzando la classica notazione proposta da Bertrand Russell<sup>11</sup>, l'interpretazione può essere rappresentata nel mondo seguente:

$$D R_i N_{es}$$

Il termine 'interpretazione' designa la relazione tra una disposizione delle fonti (D) e una norma espressa ( $N_{es}$ ). Ad esempio, assumiamo che la disposizione 'Chiunque cagioni la morte di un uomo è punito col carcere' (D) sia ambigua poiché

<sup>8</sup> Cfr. Barak 2005.

<sup>9</sup> Per una discussione di questo problema mi permetto di rinviare a Canale, Tuzet 2014.

<sup>10</sup> Sia le relazioni interpretative sia quelle costruttive sono *diadiche e asimmetriche*: si tratta cioè di relazioni tra due enunciati  $a$  e  $b$  per le quali vale che se  $a$  intrattiene una relazione interpretativa (o costruttiva) con  $b$ ,  $b$  non intrattiene una relazione interpretativa (o costruttiva) con  $a$ . Non si dà cioè il caso di una disposizione che sia l'interpretazione della norma espressa da essa ricavata, né il caso di una norma espressa che sia ricavata da norme inesprese. Dati gli enunciati  $a$  e  $b$  appartenenti alla lingua  $X$ , la relazione  $R$  è asimmetrica se e solo se  $\forall a, b \in X, aRb \Rightarrow \neg(bRa)$ . Cfr. MacBride 2016. Può tuttavia succedere che una disposizione sia considerata come l'interpretazione di una *diversa* disposizione: è questo il caso delle cosiddette disposizioni interpretative mediante il quale il legislatore specifica il significato di una disposizione precedente.

<sup>11</sup> Russell 1919: 41-52.

ammette due significati, espressi, rispettivamente, dalla norma ‘Chiunque cagiona la morte di un essere umano è punito col carcere’ ( $N_{es1}$ ) e dalla norma ‘Chiunque cagiona la morte di essere umano di sesso maschile è punito col carcere’ ( $N_{es2}$ ). Assumiamo, inoltre, che  $N_{es1}$  e  $N_{es2}$  esauriscano i significati che la disposizione può assumere. Qualora il giudice, in sede decisionale, ricavi  $N_{es1}$  oppure  $N_{es2}$  da D, egli avrà compiuto un’attività interpretativa; qualora invece ricavi da D una diversa norma, egli avrà compiuto un’attività di altro tipo<sup>12</sup>.

La relazione di costruzione può essere invece rappresentata mediante le seguenti formule, corrispondenti a tre diversi modi di costruire norme inesprese:

- (1)  $N_{es} R_c N_{in}$
- (2)  $T_d R_c N_{in}$
- (3)  $(N_{es} \wedge T_d) R_c N_{in}$

Il termine ‘costruzione’ designa in (1) la relazione tra una norma espressa e una norma inespressa, in (2) la relazione tra una tesi dogmatica e una norma inespressa, in (3) la relazione tra la congiunzione di una norma espressa con una tesi dogmatica, da un lato, e una norma inespressa, dall’altro. Proviamo a esemplificare questi tre tipi di costruzione giuridica.

(1) Immaginiamo che il legislatore disponga ‘Chiunque eserciti il commercio di foto pedo-pornografiche è punito col carcere’ (D) e che il giudice si trovi a decidere un caso di commercio di disegni pedo-pornografici. Qualora il giudice decida il caso applicando la norma ‘Chiunque eserciti il commercio di disegni pedo-pornografici è punito col carcere’ ( $N_{in}$ ), egli avrà compiuto un’attività costruttiva poiché  $N_{in}$  non esprime un significato di D: è infatti irragionevole sostenere che l’espressione ‘disegni pedo-pornografici’ intrattenga una relazione interpretativa con l’espressione ‘foto pedo-pornografiche’, poiché il primo enunciato non esprime il significato del secondo. Nell’esempio considerato, la costruzione di  $N_{in}$  può avvenire mediante un ragionamento analogico che, muovendo dal significato attribuito a D, giustifica l’estensione della disciplina a un caso generico non espressamente regolato. La norma  $N_{es}$  ricavata da D costituisce una delle premesse di questo ragionamento,  $N_{in}$  ne costituisce la conclusione, mentre  $R_c$  rappresenta l’insieme di inferenze e premesse aggiuntive che rendono fondato il passaggio da  $N_{es}$  a  $N_{in}$ .

(2) Secondo parte della dottrina, il diritto dell’Unione Europea e il diritto degli Stati membri costituiscono un ordinamento unitario, in seno al quale le norme

<sup>12</sup> Allo stesso modo, riprendendo le classificazioni di Guastini, lo studioso del diritto impegnato a conoscere quali sono i significati della disposizione D compirà un’attività interpretativa (di tipo cognitivo) qualora giunga ad asserire che D significa  $N_{es1}$  o  $N_{es2}$ ; compirà un’attività di altro tipo qualora ricavi da D una norma che non esprime il significato di D. Per una critica alla distinzione guastiniana tra “interpretazione cognitiva” e “interpretazione decisoria” vedi Canale 2012.

comunitarie sono sovraordinate alle norme interne degli Stati membri<sup>13</sup>. Muovendo da questa tesi dogmatica ( $T_d$ ), la Corte di giustizia europea ha ricavato la norma inespressa secondo cui la legislazione statale è invalida o inapplicabile quando in conflitto col diritto dell'Unione. Va notato che  $N_{in}$  non esprime il significato di alcuna disposizione: essa è costruita mediante un ragionamento che ha  $T_d$  tra le sue premesse e  $N_{in}$  quale conclusione. In questo caso,  $R_c$  rappresenta l'insieme di inferenze e premesse aggiuntive che rendono fondato il passaggio da  $T_d$  a  $N_{in}$ .

(3) Una norma espressa ricavata dall'art. 139 della Costituzione italiana prevede che non è ammessa la riforma della "forma repubblicana" dello stato ( $N_{es}$ ). In base a una tesi diffusa in dottrina, non si dà il caso di una repubblica nella quale non valga il principio democratico ( $T_d$ ). A partire dalla congiunzione tra  $N_{es}$  e  $T_d$ , la giurisprudenza costituzionale italiana ha costruito la norma inespressa in base alla quale non è ammessa la riforma della forma democratica dello stato ( $N_{in}$ ). Ciò è il risultato di un ragionamento che ha  $N_{es}$  e  $T_d$  tra le sue premesse e  $N_{in}$  quale conclusione. In questo caso,  $R_c$  rappresenta l'insieme di inferenze e premesse aggiuntive che rendono fondato inferire  $N_{in}$  dalla congiunzione di  $N_{es}$  e  $T_d$ .

L'analisi degli esempi appena richiamati conduce a formulare tre osservazioni.

*In primo luogo*, nei casi (1) e (3) la costruzione presuppone concettualmente l'interpretazione: non si dà il caso di costruzione giuridica a prescindere dall'attività interpretativa che individua la norma o le norme espresse da cui la costruzione prende le mosse. Nel caso (2) la costruzione non presuppone concettualmente l'interpretazione; tuttavia, le tesi dogmatiche in uso tra i giuristi sono di solito elaborate prendendo le mosse dall'interpretazione di disposizioni: è l'interpretazione a fornire i materiali semantici di base del lavoro della dogmatica, la quale li rielabora mediante l'ausilio di generalizzazioni, distinzioni, ridefinizioni ecc. Ne segue che l'interpretazione sta comunque sullo sfondo dell'uso di tesi dogmatiche in sede di costruzione giuridica, al punto da rendere plausibile sostenere che la costruzione giuridica presupponga sempre, sebbene secondo modalità diverse, l'interpretazione<sup>14</sup>.

*In secondo luogo*, gli argomenti idonei a giustificare l'esistenza di relazioni interpretative sono concettualmente distinti dagli argomenti idonei a giustificare l'esistenza di relazioni costruttive. Questo perché diverse sono le premesse di tali argomenti, come pure, nella maggior parte dei casi, le inferenze che rendono valido o corretto il ragionamento<sup>15</sup>. Ne segue che un argomento interpretativo non

<sup>13</sup> Questo esempio, al pari del successivo, è tratto da Guastini 2011: 158 ss.

<sup>14</sup> Secondo Mauro Barberis 2019, le norme costruite a partire da tesi dogmatiche sarebbero *norme totalmente inesprese*, poiché non inferite né da disposizioni né da norme, ma meramente "agganciate" alle prime *via* tesi dogmatiche. A me pare, tuttavia, che le tesi dogmatiche usate dalla giurisprudenza siano solitamente "agganciate" a norme espresse o a norme inesprese: le tesi dogmatiche costituiscono cioè, solitamente, il risultato della rielaborazione concettuale di norme.

<sup>15</sup> Come vedremo negli esempi proposti più oltre, gli argomenti interpretativi sono caratterizzati dall'uso del *modus ponens*, mentre gli argomenti costruttivi sono inferenze complesse che includono, a

può essere, al contempo, un argomento costruttivo e viceversa<sup>16</sup>. Ciò non esclude, ovviamente, che una norma espressa, ricavata per via interpretativa, e una norma inespressa, ricavata per via costruttiva, esprimano il *medesimo* significato. Nel caso tale significato sia giustificato mediante argomenti interpretativi, esso si configura come una norma espressa, veicolata linguisticamente da un enunciato dotato della proprietà relazionale  $R_i$ . Nel caso il medesimo significato sia giustificato mediante argomenti costruttivi, esso si configura come una norma inespressa, veicolata da un enunciato dotato della proprietà relazionale  $R_c$ . Ne segue che la distinzione tra norme espresse e norme inesprese, al pari di quella tra interpretazione e costruzione, dipende dagli argomenti utilizzati dagli operatori giuridici per giustificare le loro decisioni o proposte di decisione. Detto altrimenti, la linea che separa le norme espresse dalle norme inesprese è tracciata dal modo in cui i giudici e i giuristi ragionano nel momento in cui giustificano l'origine delle norme.

### 3. Due critiche a Guastini

Tra le critiche rivolte alla distinzione appena descritta, appaiono di particolare interesse quelle formulate da Giorgio Pino ed Enrico Diciotti in due loro saggi dedicati al tema che stiamo considerando.

Secondo Giorgio Pino, la distinzione tra interpretazione e costruzione giuridica proposta da Guastini, che fa da sfondo a quella tra norme espresse e inesprese, è descrittivamente inadeguata:

Nella stragrande maggioranza delle ipotesi, possono esserci fondate e plausibili ragioni per qualificare una stessa attività tanto come puramente interpretativa, quanto come “costruttiva”. Inoltre, sia le attività puramente interpretative esibiscono profili costruttivi, sia le attività costruttive hanno dimensioni interpretative<sup>17</sup>.

Nella maggior parte delle situazioni, detto altrimenti, la norma individuata dal giudice per decidere la controversia può essere descritta tanto come il risultato di una interpretazione quanto come il risultato di una costruzione giuridica. La scelta dell'una o dell'altra qualificazione è affidata, secondo Pino, alla mera discrezionalità

---

seconda dei casi, passaggi di tipo induttivo, deduttivo e abduttivo. Esempio tipico di inferenza complessa è l'argomento analogico. Cfr. Canale, Tuzet 2009b.

<sup>16</sup> Per argomento interpretativo intenderò, d'ora innanzi, un ragionamento idoneo a giustificare l'interpretazione di una disposizione, ovvero sia la circostanza che una norma sia dotata della proprietà relazionale  $R_i$ . Per argomento costruttivo (o integrativo) intenderò invece un ragionamento idoneo a giustificare la costruzione di una norma inespressa, ovvero sia la circostanza che una norma sia dotata della proprietà relazionale  $R_c$ .

<sup>17</sup> Pino 2013: 89.

del giudice e poggia dunque su ragioni di tipo prudenziale, morale o politico che stanno alla base di una certa strategia argomentativa. Ciò si collega a una considerazione ulteriore. Secondo Guastini, l'interpretazione propriamente detta consiste nell'individuazione dei significati ammissibili di una disposizione sulla base delle regole della lingua, dei canoni interpretativi applicati dai giudici e delle tesi dogmatiche in uso (interpretazione cognitiva), ovvero nella scelta di uno dei significati ammissibili al fine di decidere la controversia (interpretazione decisoria). Tuttavia, la cornice dei significati ammissibili, che consente di distinguere le attività interpretative da quelle che non lo sono e le norme espresse dalle norme inesprese, è indeterminata, sfumata. Questo sia perché interpreti diversi tracciano la cornice in modi diversi, sia perché interpretazioni nuove, "creative", sono per definizione ammesse, considerato il carattere costitutivo delle decisioni giudiziali con riguardo ai significati dei testi giuridici. Pertanto, l'interpretazione che attribuisce a una disposizione un significato nuovo modifica la cornice, e con essa l'insieme dei significati ammissibili. Ma se qualsiasi interpretazione creativa è idonea a modificare la cornice, quest'ultima «perde la sua funzione normativa»<sup>18</sup>, trasformandosi in un espediente retorico per nascondere le operazioni nomopoietiche compiute dai giudici. Queste considerazioni conducono Pino a formulare due tesi:

(a) I fenomeni che la distinzione tra interpretazione e costruzione si propone di catturare non si lasciano descrivere in modo dicotomico. Interpretazione e costruzione sono «una questione di grado»<sup>19</sup>: questi due concetti «sembrano fotografare due polarità estreme in uno spettro, e tutto ciò che di interessante accade nell'argomentazione giuridica sembra trovarsi in mezzo a queste polarità»<sup>20</sup>. Lo stesso vale con riguardo alla distinzione tra norme espresse e norme inesprese. Anche i termini di questa distinzione vanno intesi come «due polarità lungo uno spettro continuo»<sup>21</sup>, che presentano una differenza di grado non suscettibile di essere descritta in modo dicotomico. Una norma è espressa quando veicola linguisticamente il significato *prima facie*, ovvio, pacifico, comunemente accettato della disposizione, catturato dalle regole della lingua e dalle convenzioni linguistiche dei giuristi. In sede interpretativa, tuttavia, può intervenire uno "scarto" tra il significato *prima facie* e il significato effettivamente attribuito alla disposizione, una distanza che può essere più o meno ampia. Lo scarto è minimo quanto la norma «è frutto di qualche tipo di manipolazione del significato *prima facie* [...] della disposizione di partenza»<sup>22</sup>, manipolazione che però è considerata linguisticamente o convenzionalmente tollerabile, accettabile nella comunità dei parlanti (comuni o specialisti) di riferimento»<sup>22</sup>. Lo scarto è invece

---

<sup>18</sup> Pino 2013: 87.

<sup>19</sup> Ivi: 97.

<sup>20</sup> Ivi: 88.

<sup>21</sup> Pino 2016: 36.

<sup>22</sup> Ivi: 33.

massimo quando «la disposizione di partenza manca del tutto, e tuttavia una norma viene comunque individuata dagli interpreti, ricorrendo ad esempio all'*analogia legis* o *iuris*; oppure quando la norma (sub specie di principio implicito) è ricostruita a partire da una pluralità di altre norme»<sup>23</sup>. Una norma è dunque espressa, in questa prospettiva, quando «presenta uno scarto nullo o minimo col significato *prima facie* delle disposizioni corrispondenti»<sup>24</sup>. Una norma è inespressa, per converso, quando presenta uno scarto massimo col significato *prima facie*, ovvero sia «quando è ricavata per via argomentativa da altre norme», siano esse espresse o inesprese<sup>25</sup>.

(b) Per superare i problemi che affliggono le tesi di Guastini, è opportuno, secondo Pino, rinunciare del tutto alla distinzione tra interpretazione e costruzione giuridica, oppure tracciarla in modo più adeguato. Propriamente interpretative, in base alla proposta di Pino, possono essere dette le attività che consistono nell'attribuire a una disposizione i significati ammessi dalle sole regole sintattiche e semantiche della lingua e dalle convenzioni stipulate dai giuristi; criteri, questi, che non dipendono dalla discrezionalità del singolo interprete ma che vengono fissati dalla comunità linguistica di riferimento. Costruttive sono invece le attività che consistono nell'elaborare norme che non esprimono il significato convenzionale di disposizioni. La distinzione proposta da Guastini andrebbe dunque emendata, ridefinendo la nozione di «cornice dei significati ammissibili». I significati ammissibili, risultato di operazioni strettamente interpretative, sono soltanto quelli ricavabili dalle regole della lingua e dalle convenzioni in uso tra i giuristi; non rientrano tra questi, pertanto, i significati giustificati mediante canoni interpretativi diversi dal canone letterale.

Del tutto simili sono le conclusioni a cui giunge Enrico Diciotti sulla base, tuttavia, di un percorso teorico diverso. Secondo Diciotti, è certo opportuno distinguere l'interpretazione in senso stretto dalla costruzione giuridica poiché queste due attività comportano scelte di tipo diverso da parte del giudice:

L'interpretazione in senso stretto (se è interpretazione decisoria e non cognitiva) comporta una scelta tra i possibili significati della disposizione [...], ossia tra le varie prescrizioni, parzialmente diverse l'una dall'altra, che la disposizione esprime e che quindi, in un certo senso, «sono già» nel testo interpretato. L'individuazione di norme inesprese non dipende invece da una scelta tra prescrizioni che «sono già» nel testo interpretato e costituisce un'attività di creazione del diritto, o, più precisamente, di integrazione del diritto esistente<sup>26</sup>.

Tuttavia, i criteri proposti da Guastini per distinguere le norme espresse da quelle inesprese non sono adeguati. In particolare, risulta problematica la tesi secondo

<sup>23</sup> Ivi: 34-35.

<sup>24</sup> Ivi: 35.

<sup>25</sup> Ivi: 70.

<sup>26</sup> Diciotti 2013: 105.

cui l'insieme dei significati ammissibili di una disposizione è determinato, oltre che dalle regole della lingua, dai canoni interpretativi applicati dai giudici (diversi da quello letterale) e dalle tesi dogmatiche elaborate dai giuristi. Questo perché alcuni canoni interpretativi possono fungere sia da argomenti interpretativi sia da argomenti costruttivi. È questo il caso, ad esempio, dell'argomento *a simili* e dell'argomento della dissociazione, i quali possono giustificare tanto operazioni interpretative quanto operazioni costruttive<sup>27</sup>. Una chiara distinzione tra norme espresse e norme inespresse diventa plausibile soltanto se, «lasciando da parte metodi interpretativi e tesi dogmatiche, si guardi solo ai testi di legge, cioè al significato o ai significati che essi “di per sé” esprimono in base alle regole sintattiche e semantiche della lingua»<sup>28</sup>. Canoni interpretativi e tesi dogmatiche sono elementi da cui dipende piuttosto la persuasività di una tesi interpretativa, non il significato di una disposizione espresso da una norma.

Queste considerazioni conducono Diciotti a proporre una ridefinizione della distinzione tra norme espresse e norme inespresse assai simile a quella suggerita da Pino<sup>29</sup>. Si dice *espressa* la norma che dà formulazione al significato letterale di una disposizione, individuato mediante l'attività interpretativa; si dice invece *inespressa* la norma nella quale trova formulazione un significato “nuovo”, non corrispondente a quello letterale, che integra il diritto esistente mediante l'attività costruttiva dell'interprete.

In realtà, le critiche formulate da Pino e Diciotti erano state per certi versi anticipate dallo stesso Guastini, secondo il quale «la linea di demarcazione tra la mera interpretazione, strettamente intesa (attribuzione di significato ad un testo), e la costruzione giuridica è labile. In alcuni casi è ben possibile discutere se una data tesi dottrinale o giurisprudenziale sia frutto di semplice interpretazione o invece di genuina costruzione»<sup>30</sup>. Il confine tra le due attività (al pari che tra i loro risultati), sebbene chiaro in taluni casi, è incerto in altri. Il carattere fluido della distinzione trova riscontro ulteriore in un'altra nozione utilizzata da Guastini, quella di “interpretazione creativa”, definita come l'attribuzione a una disposizione di un significato non ricompreso tra quelli ammissibili in base a regole della lingua, canoni interpretativi, e tesi dogmatiche. Un significato dunque “nuovo”, che la disposizione non aveva mai assunto in passato né era prevedibile assumesse fino a quel momento. È qui significativo che Guastini qualifichi l'interpretazione creativa come un tipo di

<sup>27</sup> Pare infatti indubbio, secondo Diciotti 2013: 107, «che l'identificazione di somiglianze e differenze in base alla *ratio* o a valori giuridici consenta di individuare sia norme espresse sia norme inespresse».

<sup>28</sup> Diciotti 2013: 108.

<sup>29</sup> Con riguardo al tema che stiamo discutendo, la differenza rilevante tra le posizioni di questi due autori mi sembra la seguente: mentre per Diciotti è espressa la norma corrispondente al significato letterale della disposizione, per Pino una norma è espressa se corrispondente al significato *prima facie* (pacifico, corrente, dominante), il quale a volte si discosta dal significato letterale. Vedi Pino 2016: 32.

<sup>30</sup> Guastini 2011: 162.

costruzione giuridica, sebbene essa consista nel ricavare da una disposizione una norma espressa<sup>31</sup>. L'interpretazione creativa, dunque, costituisce un'attività ibrida, che partecipa sia delle caratteristiche dell'interpretazione sia di quelle della costruzione, evidenziando come la distinzione tra le due ammetta casi *borderline*<sup>32</sup>.

A mio modo di vedere, le critiche di Pino e Diciotti non sono decisive, né la loro ridefinizione della distinzione risulta convincente. Le tesi che sosterrò qui di seguito, con riferimento ad esse, sono le seguenti: (1) è possibile distinguere in modo chiaro e analiticamente rigoroso le norme espresse dalle norme inesprese, così come l'interpretazione dalla costruzione giuridica, senza ridurre l'interpretazione in senso stretto alla sola interpretazione letterale o convenzionale; (2) le regole della lingua, i canoni interpretativi applicati dai giudici, e le tesi dogmatiche in uso sono criteri necessari e sufficienti per tracciare, dal punto di vista linguistico, la cornice dei significati ammissibili di una disposizione in un ordinamento determinato; pertanto, (3) la distinzione tra norme espresse e inesprese proposta da Guastini è ben formata (sebbene per ragioni diverse da quelle sostenute da quest'ultimo) e non soffre dei problemi di indeterminatezza che le vengono imputati. Ma andiamo con ordine e cominciamo riconsiderando criticamente le obiezioni di Pino e Diciotti.

#### 4. Significati ammessi e significati ammissibili

Abbiamo visto che secondo Giorgio Pino (a) la distinzione tracciata da Guastini tra norme espresse e inesprese, al pari di quella tra interpretazione e costruzione, è descrittivamente inadeguata perché dicotomica; (b) la distinzione è inoltre teoricamente inconsistente poiché la cornice dei significati ammissibili di una disposizione, su cui la distinzione si fonda, è in tracciata in modo diverso da operatori giuridici diversi, al punto da risultare del tutto fungibile. Proviamo a discutere brevemente queste obiezioni.

(a) In base a quanto osservato in precedenza, la distinzione tra interpretazione e costruzione giuridica delineata da Guastini non è dicotomica. Per un verso, un *medesimo* enunciato può intrattenere sia relazioni interpretative sia relazioni costruttive con altri enunciati, configurandosi dunque, a secondo della proprietà relazionale che lo contraddistingue, come una norma espressa oppure come una norma inespressa. Per altro verso, interpretazione e costruzione sono strettamente correlate tra loro. La costruzione giuridica presuppone l'interpretazione poiché è quest'ultima a fornire i materiali semantici di partenza per costruire norme ine-

<sup>31</sup> Guastini 2011: 29-32; 2014: 380-81.

<sup>32</sup> In un primo momento, Guastini ha fatto propria la ridefinizione proposta da Pino e Diciotti (Guastini 2013: 135) per poi tuttavia rigettarla (Guastini 2017: 215).

spresse, le quali sono, per l'appunto, norme derivate e non norme originarie. Per converso, l'interpretazione non presuppone la costruzione né c'è alcuna ragione plausibile, tra quelle indicate da Pino, per ritenere che l'attribuzione di significato a una disposizione comporti attività costruttive nel senso definito in precedenza. Pino intende forse qui sottolineare che nella prassi giudiziale, così come in dottrina, assai frequente è la costruzione di norme inesprese, e la giustificazione di questa operazione presuppone, in misura variabile, *sia* ragionamenti di tipo interpretativo *sia* ragionamenti di tipo costruttivo. Tale considerazione è senz'alto condivisibile; essa non autorizza tuttavia a sostenere che giudici e giuristi non possano compiere attività meramente interpretative, né che la distinzione tra interpretazione e costruzione sia una questione di grado, se con ciò si intende asserire che *sempre* l'attività del giudice e del giurista comporta aspetti interpretativi e aspetti costruttivi. 'Interpretazione' e 'costruzione' non sono termini che denotano entità semplici la cui congiunzione è condizione necessaria per generare entità complesse; né si tratta di termini di genere naturale che denotano le caratteristiche essenziali di un fenomeno, come la frequenza della luce nel caso dei colori. Essi si riferiscono piuttosto a relazioni inferenziali tra enunciati nel contesto del ragionamento giuridico, relazioni che ricorrono nel discorso dei giudici e dei giuristi in misura variabile a seconda dei casi, senza che questo impedisca di descrivere l'interpretazione e la costruzione come modalità diverse di articolare il ragionamento giuridico. Allo stesso modo, il concepire le norme espresse e le norme inesprese come i due poli di un medesimo *continuum* fornisce una caratterizzazione poco perspicua di questi due tipi di norma, che rischia di risultare fuorviante. È certo vero che tanto le norme espresse quanto le norme inesprese sono il risultato di attività intellettuali compiute dagli interpreti, attività che comportano gradi diversi di discrezionalità. Tuttavia, le norme inesprese presuppongono l'esistenza di norme espresse quale materiali di base necessari per la loro costruzione, e i tipi di ragionamento che giustificano la costruzione di norme inesprese sono diversi, sotto il profilo inferenziale, da quelli che servono a giustificare i risultati dell'attività interpretativa propriamente detta. Rappresentando questi due tipi di norme come parte di un medesimo *continuum* si rischia dunque di incorrere nella fallacia di composizione, ovvero di attribuire erroneamente alle norme inesprese caratteristiche che appartengono invece agli elementi che concorrono a costruirle.

(b) Con riguardo alla seconda critica sollevata da Giorgio Pino, è certo vero che interpreti diversi tracciano talora in modo diverso la cornice dei significati ammissibili di una disposizione. Detto altrimenti, nella prassi giuridica non è infrequente l'insorgere di disaccordi con riguardo agli oggetti, fatti, eventi, stati di cose a cui un termine o un enunciato delle fonti propriamente si riferisce. Nondimeno, ciò non implica che la cornice costituisca l'esito di una scelta idiosincratca da parte degli interpreti. Dal punto di vista concettuale, infatti, nulla esclude che taluni interpreti traccino la cornice in maniera corretta e altri in maniera errata: la semplice circo-

stanza che vi sia disaccordo sull'estensione della cornice non esclude siano individuabili criteri di correttezza, con riguardo alla sua determinazione, sottratti alla loro discrezionalità e interni alla pratica interpretativa. Sostenere il contrario equivale a confondere il contenuto che un enunciato esprime in un certo contesto d'uso con le ragioni esibite per giustificare l'interpretazione di tale enunciato. Detto altrimenti, l'obbiezione di Pino sembra scambiare il contesto di scoperta dei contenuti linguistici con il contesto di giustificazione di una scelta normativa, laddove il tema della cornice dei significati ammissibili rinvia al primo ambito di discussione e non al secondo. Si potrebbe a ciò obiettare, tuttavia, che il contenuto delle disposizioni giuridiche viene in ultima istanza determinato dalle decisioni giudiziali: è il giudice, mediante la sentenza, a decidere autoritativamente che cosa una disposizione delle fonti significhi e, dunque, a tracciare la cornice di quanto essa può significare. Ma le cose stanno davvero così?

Per chiarire questo punto è opportuno distinguere i significati *ammessi* dai significati *ammissibili* di una disposizione. Sono *ammissibili* i significati che una disposizione è prevedibile acquirerà in futuro alla luce delle regole della lingua, dei canoni interpretativi applicati dai giudici, e delle tesi dogmatiche in uso. Sono invece *ammessi* i significati che una disposizione ha acquisito in passato alla luce di quanto deciso dai giudici. Detto in altri termini, i significati ammissibili sono il risultato di una previsione probabilistica, effettuata dallo studioso o dall'operatore giuridico, basata su alcune variabili causali relative al comportamento linguistico dei parlanti; i significati ammessi sono invece eventi comunicativi realmente accaduti nel mondo. Ora, immaginiamo che al tempo  $t_0$  i significati ammissibili della disposizione D siano  $N_1$ ,  $N_2$ , e  $N_3$ . Immaginiamo, inoltre, che in un momento successivo  $t_1$  un giudice attribuisca a D il significato  $N_4$ , del tutto imprevedibile in  $t_0$ . Il giudice ha modificato la cornice? Se assumiamo che la cornice individui l'insieme dei significati ammissibili di una disposizione, la risposta è: non necessariamente. Il giudice ha di certo modificato i significati ammessi, aggiungendo ad essi  $N_4$ . Ma ciò non implica che altri giudici faranno lo stesso in futuro né, dunque, che questa interpretazione si consoliderà all'interno dell'ordinamento; situazione, questa, che potrà essere accertata soltanto in un tempo successivo  $t_2$ . Solo se questo dovesse accadere, potremmo dire che i significati ammissibili in  $t_2$  sono  $N_1$ ,  $N_2$ ,  $N_3$ , e  $N_4$ . È dunque falso che ciascun giudice determini l'insieme dei significati ammissibili di una disposizione. Come avremo modo di precisare più oltre, la cornice costituisce il risultato di un giudizio probabilistico basato sul comportamento di una comunità linguistica considerata nel suo complesso, un comportamento che possiamo prevedere osservando gli usi del linguaggio entro questa comunità in un intervallo temporale determinato.

## 5. Argomenti interpretativi e argomenti costruttivi

Secondo Enrico Diciotti la distinzione proposta da Guastini è inadeguata perché (a) una medesima norma può essere giustificata mediante argomenti interpretativi e mediante argomenti costruttivi, e (b) alcuni argomenti interpretativi vengono utilizzati sia per giustificare norme espresse sia per giustificare norme inespresse. Da ciò seguirebbe che la distinzione tra norme espresse e norme inespresse, al pari di quella tra interpretazione e costruzione, è indeterminata e dunque priva di utilità teorica.

A ben vedere, la prima obiezione sollevata da Diciotti appare irrilevante. Abbiamo infatti osservato che i termini 'interpretazione' e 'costruzione' si riferiscono a relazioni inferenziali tra enunciati logicamente distinte tra loro. Può dunque darsi il caso che N intrattenga una relazione interpretativa con una disposizione e, al contempo, una relazione costruttiva con una norma espressa, senza che ciò generi alcuna contraddizione. Nel contesto inferenziale della prima relazione, N sarà una norma espressa; in quello della seconda relazione, N sarà una norma inespresa. All'atto pratico, va notato che se N esprime il significato di D non sarà necessario un ragionamento costruttivo per giustificare la sua esistenza. Risulterà dunque ridondante determinare se N possa essere costruita muovendo da norme espresse oltre che interpretando D. La costruzione entra in gioco, tipicamente, quando N non esprime il contenuto di alcuna disposizione ma vi sono ragioni rilevanti per considerarla parte dell'ordinamento.

Più interessante è la seconda critica avanzata da Diciotti, relativa alla presunta fungibilità di argomenti interpretativi e costruttivi. Se osserviamo con attenzione il discorso dei giuristi, è innegabile che in talune occasioni questi usano il medesimo argomento per giustificare tanto l'interpretazione quanto la costruzione giuridica. Da ciò tuttavia non segue che *non sia possibile* distinguere, sotto il profilo teorico-concettuale, gli argomenti interpretativi dagli argomenti costruttivi, come pure le norme espresse dalle norme inespresse. Non va infatti dimenticato che giudici e giuristi spesso giustificano le loro operazioni interpretative e costruttive in modo approssimativo, lacunoso, apodittico, senza esplicitare, ad esempio, tutte le premesse rilevanti dei ragionamenti compiuti o occultando le regole di inferenza applicate. Ciò rende talora assai difficile ricostruire in modo rigoroso il loro ragionamento, specie qualora gli aspetti retorici e strategici del discorso diventino preponderanti. Tuttavia, una teoria del ragionamento giuridico non può limitarsi a registrare ciò che giudici e giuristi dicono; tra i suoi compiti rientra anche quello di individuare, ove possibile, le premesse implicite, la struttura inferenziale e le condizioni di correttezza degli argomenti utilizzati. Questo al fine di rigorizzare il discorso giuridico e di rendere possibile un esame critico della prassi argomentativa.

Se conveniamo su questo punto, appare evidente che i cosiddetti canoni interpretativi individuano famiglie di argomenti altamente differenziate al loro interno. Alcune di queste famiglie, come quella degli argomenti letterali, sono composte soltanto

da argomenti interpretativi; altre invece, come l'analogia normativa o gli argomenti della dissociazione, soltanto da argomenti costruttivi; altre ancora, come nel caso degli argomenti dell'intenzione del legislatore, sistematici, teleologici, a contrario, includono sia argomenti interpretativi sia argomenti costruttivi, i quali possono tuttavia essere analiticamente distinti tra di loro all'interno della medesima famiglia<sup>33</sup>.

Diciotti contesta questa tesi osservando, tra le altre cose, che «l'identificazione di somiglianze e differenze in base alla *ratio* o a valori giuridici consenta di individuare sia norme espresse sia norme inespresse»<sup>34</sup>. Per dimostrarlo, Diciotti riprende il celebre esempio hartiano della disposizione 'È fatto divieto ai veicoli di entrare nel parco':

Può sorgere il problema se un paio di pattini a rotelle costituiscano un veicolo, e se dunque valga anche per esso il divieto di ingresso nel parco. Risolvere questo problema vuol dire precisare il contenuto della norma espressa da D, ossia individuare la norma che D esattamente esprime. E per risolvere questo problema, è possibile procedere così: attribuire una *ratio* alla norma espressa da D, cioè una finalità al divieto di ingresso per i veicoli (ad esempio: la tutela dell'integrità fisica delle persone all'interno del parco), e poi domandarsi se i pattini condividano o non condividano con le cose che sono indubbiamente veicoli (ad esempio: automobili e autocarri) il carattere per cui esse, data quella finalità, sono oggetto del divieto (ad esempio: il carattere della pericolosità per l'integrità fisica delle persone nel parco). (*ibidem*)

Ma immaginiamo – prosegue Diciotti – di essere chiamati a determinare se il divieto di ingresso nel parco valga anche per i cavalli. In questo caso non si tratta di precisare il contenuto della norma espressa da D, dal momento che i cavalli di certo non sono veicoli; si tratta piuttosto di individuare una norma inespresa. Orbene, secondo Diciotti per effettuare questa operazione si può ricorrere al *medesimo* ragionamento esemplificato sopra, vale a dire attribuire una finalità alla norma espressa da D, e chiedersi poi «se un cavallo, pur non essendo un veicolo, condivida con le cose che sono indubbiamente veicoli il carattere per cui esse, data quella finalità, sono oggetto del divieto (ad esempio: il carattere della pericolosità per l'integrità fisica delle persone)»<sup>35</sup>. Ciò evidenzerebbe come l'argomento analogico possa essere usato per giustificare tanto il risultato dell'interpretazione (le norme espresse) quanto quello della costruzione giuridica (le norme inespresse).

Vale la pena tuttavia chiedersi: nei due esempi appena richiamati, la conclusione è giustificata dal *medesimo* argomento? La risposta è negativa. Nel caso dei pattini a rotelle, Diciotti applica un argomento teleologico di tipo interpretativo che può essere analizzato nel modo seguente:

<sup>33</sup> Cfr. Canale, Tuzet 2008 e 2009.

<sup>34</sup> Diciotti 2013: 107.

<sup>35</sup> Ivi: 107-108

- (1) 'È fatto divieto ai veicoli di entrare nel parco' (*disposizione*);
- (2) Interpreta (1) conformemente alla *ratio* (*direttiva interpretativa*);
- (3) La *ratio* di (1) è proteggere l'integrità fisica delle persone nel parco;
- (4) L'uso di pattini a rotelle nel parco costituisce un pericolo per l'integrità fisica delle persone;
- (5) QUINDI, vietare ai pattini a rotelle di entrare nel parco è conforme alla *ratio* di D;
- (6) QUINDI, in forza di (2), 'È fatto divieto ai veicoli di entrare nel parco' significa 'È fatto divieto ai pattini a rotelle di entrare nel parco' (*enunciato interpretativo*).

In questo contesto discorsivo, l'argomento *a simili* richiamato da Diciotti non serve a giustificare l'interpretazione di D; si tratta piuttosto di un'analogia fattuale usata per giustificare l'asserto (4). L'analogia fattuale – da distinguere dall'analogia normativa – è sovente utilizzata per corroborare ipotesi conoscitive relative a fatti non noti (*target*) muovendo da fatti noti (*source*)<sup>36</sup>. Nell'esempio di Diciotti, essa si articola nel modo seguente:

- (1) Le automobili sono simili ai pattini a rotelle perché condividono le caratteristiche  $p_1, p_2, p_3$  (*source*);
- (2) Le automobili hanno la caratteristica  $p_4$  di costituire un pericolo per l'integrità fisica delle persone;
- (3) QUINDI, anche i pattini a rotelle hanno la caratteristica  $p_4$  (*target*).

Va sottolineato che in questo argomento (non deduttivo) la conclusione segue correttamente dalle premesse soltanto se le automobili e i pattini a rotelle sono simili sotto un aspetto rilevante dal punto di vista *causale*, ovvero se una delle caratteristiche note che accomunano queste due classi di oggetti ha la capacità di cagionare un pericolo per l'integrità fisica delle persone. Ora, appare evidente che l'analogia fattuale non può fungere da argomento interpretativo né da argomento costruttivo: essa non giustifica l'interpretazione di una disposizione né l'elaborazione di norme inespresse poiché tanto le sue premesse quanto la sua conclusione non sono enunciati normativi. Si tratta piuttosto di un argomento utilizzato per corroborare, in modo non conclusivo, ipotesi conoscitive.

Diverso è invece il ragionamento utilizzato per il caso dei cavalli: si tratta qui di una analogia normativa, ovvero di un argomento costruttivo che giustifica l'elaborazione di una norma inespresa:

---

<sup>36</sup> Cfr. Copi, Cohen 1999: 466; Bobbio 2006; 1996: 225 ss.; Carcaterra 1988.

- (1) 'È fatto divieto ai veicoli di entrare nel parco' (*disposizione*)
- (2) 'È fatto divieto ai veicoli di entrare nel parco' significa 'È fatto divieto alle automobili di entrare nel parco' (*norma espressa*);
- (3) QUINDI, il caso dei cavalli nel parco non è regolato da (1) (*lacuna*);
- (4) La *ratio* di (1) è proteggere l'incolumità delle persone nel parco;
- (5) I cavalli sono simili ai veicoli perché costituiscono un pericolo per l'integrità fisica delle persone;
- (6) QUINDI, 'È fatto divieto ai cavalli di entrare nel parco' (*norma inespressa*).

Questo argomento è assai diverso dal precedente. Tra le sue premesse vi è una norma espressa a partire dalla quale viene individuata una lacuna. La lacuna viene quindi colmata per via analogica, individuando una caratteristica comune alla classe dei veicoli e alla classe dei cavalli, caratteristica ritenuta rilevante in virtù della *ratio* attribuita alla norma espressa. Ciò giustifica l'estensione ai cavalli della disciplina riservata ai soli veicoli dalla norma espressa, e questo mediante la costruzione di una norma inespressa che non esprime il significato di alcuna disposizione. L'analogia normativa, come mostra la sua struttura tipica, è un argomento costruttivo e non un argomento interpretativo: ha tra le sue premesse una norma espressa e come conclusione una norma inespressa<sup>37</sup>.

L'esempio appena illustrato mostra come sia possibile determinare analiticamente se un argomento sia interpretativo, costruttivo, oppure svolga funzioni diverse nel ragionamento, come nel caso dell'analogia fattuale. L'esempio inoltre conferma quanto sostenuto in apertura: gli argomenti interpretativi, in virtù delle loro premesse, delle loro conclusioni e della struttura inferenziale tipica che li caratterizza, non sono in alcun modo assimilabili agli argomenti costruttivi né sono fungibili rispetto ad essi.

Guastini assume una posizione meno radicale rispetto a quella difesa da Diciotti con riguardo al tema che stiamo discutendo: vi sarebbero casi chiari di argomenti interpretativi, casi chiari di argomenti costruttivi, e casi nei quali non è possibile determinare se l'argomento che giustifica una certa conclusione sia interpretativo o costruttivo<sup>38</sup>. Guastini propone, in diversi suoi scritti, il seguente esempio di caso dubbio<sup>39</sup>: l'art. 2 della Costituzione italiana recita: «La repubblica protegge e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo». Da questa disposizione, la giurisprudenza ha ricavato la norma 'I diritti dell'uomo sono sottratti a revisione costituzionale'. Si tratta di una norma espressa, risultato di interpretazione, oppure di una norma inespressa, risultato di costruzione? Per Guastini non è possibile rispondere con certezza a

---

<sup>37</sup> Cfr. Canale, Tuzet 2009b. Secondo Pierluigi Chiassoni, è possibile distinguere una versione interpretativa da una versione costruttiva dell'argomento *a simili*, dotate di caratteristiche diverse: vedi Chiassoni 2015.

<sup>38</sup> Guastini 2013: 135.

<sup>39</sup> Guastini 2014: 378; 2011: 368.

questo quesito, la qual cosa mostrerebbe che la distinzione di cui stiamo trattando è talora sfumata, indeterminata. Se tuttavia prestiamo attenzione alla giurisprudenza, le cose non stanno come sostenuto da Guastini. La Corte costituzionale italiana ha enunciato la norma di cui sopra in due decisioni sovente citate in letteratura: la n. 1146/1988 e la n. 366/1991. Nella decisione del 1988, la Corte si esprime nel modo seguente:

La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana (Cort. Cost., 1146/88).

Nella decisione del 1991, la Corte utilizza invece il seguente argomento, con specifico riguardo all'inviolabilità del diritto alla libertà e segretezza della comunicazione:

In base all'art. 2 della Costituzione, il diritto a una comunicazione libera e segreta è inviolabile, nel senso generale che il suo contenuto essenziale non può essere oggetto di revisione costituzionale, in quanto incorpora un valore della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico (Cort. Cost., 366/91).

In entrambi i casi, l'argomento utilizzato dalla Corte è chiaramente di tipo costruttivo. I giudici non muovono da disposizioni per ricavare norme espresse, ma prendono le mosse da norme espresse di rango costituzionale per elaborare, mediante l'ausilio di concetti dogmatici e premesse di valore, una norma inespressa<sup>40</sup>.

Quanto osservato, è il caso di ribadirlo, non esclude si presentino all'attenzione del teorico del diritto argomenti non chiaramente qualificabili come interpretativi o costruttivi, ma questo non perché i due tipi di argomento non siano distinguibili tra loro dal punto di vista teorico-concettuale. Ciò accade perché giudici e giuristi, sovente per motivi strategici, non forniscono informazioni sufficienti per qualificare il loro ragionamento in un modo o nell'altro.

---

<sup>40</sup> L'argomento fornito dalla Corte nella decisione n. 1146/88 è apodittico: i giudici non esplicitano tutte le premesse rilevanti al fine di giustificare la conclusione. Esso si presta dunque ad essere ricostruito in modi diversi. Nondimeno, non si tratta di un argomento interpretativo poiché esso non giustifica il significato attribuito a una disposizione costituzionale chiaramente determinata.

## 6. Esiste un significato a-contestuale?

Una volta discusse le obiezioni di Pino e Diciotti, è venuto il momento di prendere in esame la ridefinizione da loro proposta della distinzione tra norme espresse e norme inespresse. Per entrambi gli autori, la distinzione può risultare plausibile, oltre che di una qualche utilità teorica, soltanto se per norma espressa si intende il risultato dell'interpretazione letterale o *prima facie*, ovvero se la cornice dei significati ammissibili di una disposizione è tracciata dalle sole regole sintattiche e semantiche della lingua e/o dalle convenzioni linguistiche adottate dai giuristi.

Questa proposta è stata criticata da Guastini poiché «conduce a espellere dal dominio delle operazioni puramente interpretative, per esempio, la scelta di un significato non letterale che si accordi invece con la presunta 'intenzione del legislatore', o con la '*ratio legis*', o con il 'sistema del diritto'»<sup>41</sup>. Mossa, questa, che si allontana troppo dal senso comune dei giuristi e che conduce all'esito paradossale di considerare inespresse la quasi totalità delle norme che compongono l'ordinamento. In questa sede mi vorrei tuttavia soffermare su un ulteriore problema sollevato dalla proposta di Pino e Diciotti, di natura più squisitamente filosofica.

La tesi secondo cui la cornice dei significati ammissibili sarebbe tracciata da un insieme di regole convenzionali trova fondamento in una posizione filosofica nota come *minimalismo semantico*. Secondo questa posizione, (1) gli enunciati di una lingua sono dotati di un contenuto semantico minimo, sufficiente per fissare le loro condizioni di verità, efficacia, asseribilità, soddisfazione, ecc.; (2) il contenuto semantico minimo non dipende (o dipende in misura trascurabile) da fattori contestuali; (3) l'indeterminatezza del contenuto semantico minimo, ove presente, è attivata (*triggered*) da un insieme chiuso di elementi sintattici sensibili al contesto<sup>42</sup>. Ciò conduce a distinguere chiaramente le componenti semantiche (proposizionali) del contenuto linguistico dalle sue componenti pragmatiche (contestuali), e di far dipendere le seconde dalle prime. Tornando all'esempio di Diciotti, la disposizione 'È fatto divieto ai veicoli di entrare nel parco' sarebbe dotata di un contenuto semantico minimo a-contestuale, fissato dalle sole regole della lingua o dalle convenzioni linguistiche adottate dai giuristi, sufficienti per determinare, nei casi chiari, le condizioni di applicazione della norma espressa ad esso corrispondente. In talune situazioni, il contenuto semantico minimo può certo risultare indeterminato: appare ad esempio dubbio se i pattini a rotelle siano inclusi nell'estensione del termine 'veicolo'. Solo in situazioni come queste il contesto svolge un ruolo rilevante nella determinazione del significato, un ruolo attivato dalle componenti sintattiche dell'enunciato. Più precisamente, per ridurre l'indeterminatezza del significato a-contestuale l'interprete può seguire due strade, secondo Diciotti: (a) considerare

<sup>41</sup> Guastini 2013: 134.

<sup>42</sup> Cfr. Cappelen, Lepore 2005; Borg 2007; 2009; Stojanovic 2008; Bezuidenhout 2017.

lo *speaker-meaning*, ovvero sia ciò che il legislatore intendeva comunicare mediante la disposizione, e il contenuto semantico di altre disposizioni (co-testo); (b) considerare elementi di natura pragmatica come la *ratio*, la situazione storica nella quale la disposizione venne emanata, le conseguenze attese dell'applicazione della norma, il requisito di coerenza dell'ordinamento, e via dicendo. Nel primo caso, il risultato dell'operazione intellettuale compiuta dall'interprete sarà ancora una norma esplicita, il cui significato a-contestuale è completato dall'intenzione del parlante e/o dal contenuto di altre disposizioni; nel secondo caso, l'interprete compie invece un'attività costruttiva, il cui risultato è una norma inespressa collocata al di fuori della cornice dei significati ammissibili della disposizione<sup>43</sup>. Secondo Pino, per converso, quando il contenuto semantico minimo di una disposizione è indeterminato, l'interprete è costretto a manipolarlo mediante, ad esempio, l'interpretazione estensiva, restrittiva e adeguatrice. Tale manipolazione genera uno "scarto" semantico rispetto al significato *prima facie*, il quale risulta tollerabile nella misura in cui viene convenzionalmente accettato dai giuristi<sup>44</sup>.

Il minimalismo semantico – di cui le posizioni di Diciotti e Pino costituiscono delle varianti – è tuttavia oggetto di numerose critiche. Consideriamo le principali.

1. *Context shifting*: Immaginiamo che un cartello con su scritto 'È fatto divieto ai veicoli di entrare nel parco' sia posto all'entrata di un parco di Milano. Intuitivamente, in base alle convenzioni linguistiche in uso, questo cartello vieta senza alcun dubbio alle automobili di entrare nel parco. La disposizione avrebbe cioè un contenuto semantico minimo indipendente dal contesto, in virtù del quale 'vei-

<sup>43</sup> Diciotti 2015: 55 ss. La tesi di Diciotti solleva perlomeno due ordini di problemi. In primo luogo, Diciotti assume che le disposizioni siano dotate di un significato a-contestuale che corrisponde alla proposizione espressa nei casi facili; al contempo, egli riconosce che «quasi tutti (se non tutti) i possibili enunciati sono *acontestualmente equivoci*, nel senso che ciascuno di essi può essere inteso in significati diversi conformemente alle regole linguistiche (dati gli innumerevoli contesti in cui l'enunciato può essere utilizzato)» (Diciotti 2015: 49). Se così stanno le cose, tuttavia, il significato a-contestuale non consiste *mai* in un contenuto proposizionale completo; tesi, questa, che appare incoerente con quanto sostenuto sopra con riguardo ai casi facili. In secondo luogo, non è chiaro perché Diciotti attribuisca allo *speaker-meaning*, ovvero sia all'intenzione del legislatore, un ruolo privilegiato nella determinazione del contenuto semantico, al punto da riconoscere ad essa la capacità di individuare norme espresse (*ivi*: 54). Questa tesi affonda probabilmente le sue radici nell'assunto griceano secondo cui la comunicazione linguistica ha la funzione di veicolare l'intenzione del parlante (Grice 1989: capp. 1, 7, 14 e 18). Tuttavia, come lo stesso Diciotti ammette, l'intenzione del legislatore è spesso identificata dagli interpreti con riferimento non all'entità collettiva che ha effettivamente emanato la disposizione (ammesso e non concesso che si possa attribuire a tale entità un'intenzione) ma con riguardo a un legislatore fittizio, di tipo razionale o ideale, costruito dai giudici o dai giuristi. In questo secondo caso, l'argomento dell'intenzione del legislatore giustifica la costruzione di norme inesprese e non l'interpretazione di disposizioni. A prescindere da questa considerazione, va da sé che il qualificare l'intenzione del legislatore come un criterio contestuale idoneo a determinare il significato di norme espresse, revoca in dubbio la tesi, richiamata in precedenza, secondo cui l'insieme delle norme espresse sarebbe identificato dalle sole regole della lingua. Per una critica alla posizione minimalista a cui Diciotti sembra aderire, vedi anche Chiassoni 2015.

<sup>44</sup> Pino 2016: 33.

colo' significa, tra le altre cose, 'automobile'. Ma immaginiamo che il medesimo cartello sia affisso all'entrata di un parco nel centro di Venezia. Poiché, in base alla conformazione geografica della città, nessuna automobile è in grado di circolarvi, l'enunciazione della disposizione in quel contesto fa chiaramente riferimento non alle automobili ma ai carretti trainati a mano, ai pattini a rotelle, agli skateboard, e via dicendo. Da ciò segue che il presunto contenuto semantico minimo della disposizione è in realtà sensibile al contesto: la disposizione esprime contenuti proposizionali diversi in contesti enunciativi diversi a prescindere dagli elementi sintattici che la compongono.

2. *Incompletezza*. Enunciati come 'L'acciaio non è abbastanza resistente' o 'Francesco è pronto' non hanno un contenuto proposizionale completo in base alle regole della lingua: non è cioè possibile determinare il loro valore semantico a prescindere da informazioni ulteriori. Tali enunciati giungono a esprimere una proposizione completa nel momento in cui il loro contenuto viene arricchito dal contesto enunciativo, che consente di determinare *per che cosa* l'acciaio non sia sufficientemente resistente e *che cosa* Francesco sia pronto a fare. Il problema dell'incompletezza si presenta anche nel linguaggio giuridico. Ad esempio, l'art. 1176 del codice civile italiano prevede che «nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia». Questa disposizione non ha un contenuto proposizionale completo in base alle sole regole della lingua poiché il criterio del *bonus pater familias* fa dipendere la misura della diligenza dovuta dal contesto economico e sociale nel quale l'obbligazione si colloca.

3. *Inappropriatezza*. Vi sono enunciati che esprimono proposizioni complete senza arricchimento contestuale ma tali proposizioni non sono quelle che i parlanti esprimono proferendo l'enunciato. Ad esempio, l'art. 924(c)(1) del codice penale federale statunitense prevede un'aggravante che può giungere fino a 30 anni di carcere per chi, nel contesto dei reati di traffico di droga, faccia "uso di armi da fuoco". Questa disposizione sembra dotata di un contenuto semantico minimo fissato dalle regole della lingua, tale da includere nell'ambito di applicazione della norma *qualsiasi* uso di armi da fuoco. Tuttavia, qualora un'arma da fuoco venga usata come soprammobile su un tavolo, come ornamento sulla parete, o come merce di scambio, è del tutto irragionevole ritenere che tali usi rientrino nell'ambito di applicazione della norma poiché, come ha osservato Antonin Scalia, qualsiasi parlante competente dicendo 'uso di armi da fuoco' fa riferimento all'utilizzo di un'arma allo scopo di minacciare o di offendere<sup>45</sup>. Quand'anche si riconoscesse dunque un significato a-contestuale alla disposizione, questo non troverebbe riscontro alcuno negli usi del linguaggio e risulterebbe inappropriato nella comunicazione linguistica.

---

<sup>45</sup> *Smith v. United States*, 508 U.S. 223 (1993), Justice Scalia dissenting opinion. Per una approfondita discussione dei diversi problemi di indeterminatezza contestuale sollevati da questo caso giurisprudenziale, vedi Neale 2007.

Questi esempi sembrano rendere plausibile la tesi secondo cui le regole delle lingue naturali e le convenzioni linguistiche sotto-determinano o sovra-determinano il contenuto proposizionale di un enunciato in qualsiasi occasione d'uso<sup>46</sup>. Il contenuto proposizionale di una disposizione, pertanto, dipende *sempre* dalle assunzioni di sfondo dei parlanti e dalle variabili contestuali che caratterizzano la comunicazione in ciascuna occasione d'uso del linguaggio<sup>47</sup>. Potremmo tuttalpiù dire che il significato letterale esprime il *potenziale semantico* di una disposizione: osservando le situazioni in cui l'enunciato è stato usato in passato, è possibile individuare delle somiglianze tra gli usi linguistici, le quali consentono di prevedere in quali situazioni l'enunciato potrebbe essere utilizzato sensatamente in futuro<sup>48</sup>. Chi erroneamente tratta il potenziale semantico al modo di un contenuto proposizionale completo sta in realtà attribuendo alla disposizione il significato che essa esprime in un contesto tipico, idealizzato. Ciò perché le variabili contestuali svolgono un ruolo pervasivo nella comunicazione linguistica a prescindere dalla sintassi e risultano determinanti tanto nell'individuazione dei significati quanto nella loro giustificazione. Detto in una battuta: la pragmatica non dipende dalla semantica ma vale piuttosto il contrario.

## 7. La cornice dei significati ammissibili

Alla luce delle considerazioni appena proposte, in questo paragrafo delinero per sommi capi una teoria dei significati ammissibili in grado di superare, a mio modo di vedere, i problemi sollevati dalla proposta ridefinitoria di Pino e Diciotti.

Abbiamo visto che, in una prospettiva contestualista, una disposizione D esprime un significato N soltanto *in* (o *con riguardo a*) un contesto enunciativo C. Da ciò segue che la relazione interpretativa  $D R_i N_{es}$  dipende da variabili contestuali: è il contesto enunciativo a determinare se N esprima il significato di D – configurandosi, dunque, come una norma espressa – oppure se non esprima alcun significato di D. Non solo: in contesti diversi, D è suscettibile di esprimere norme (esprese) diverse. Pertanto, per analizzare le relazioni interpretative tra enunciati è necessario individuare le variabili contestuali rilevanti per fissare e/o giustificare il significato. Come noto, è questa un'operazione difficile da realizzare poiché le variabili che compongono il contesto di proferimento mutano in rapporto alle occasioni d'uso del linguaggio e non possono essere indentificate in modo esaustivo una volta per

<sup>46</sup> Cfr. Travis 1997; Recanati 2004.

<sup>47</sup> Searle 1980 e 1992. Enrico Diciotti ha criticato le tesi contestualiste di Searle in Diciotti 1999: 353. Una efficace replica a tali critiche è fornita da Poggi 2006: 174-175, saggio a cui rinvio per ulteriori approfondimenti.

<sup>48</sup> Cfr. Recanati 2004. Vedi anche Villa 2012: 125 ss.; Poggi 2013.

tutte. Tuttavia, sulla scorta di quanto osservato da Kaplan<sup>49</sup>, si possono individuare alcune variabili di base che, nella maggior parte dei casi, consentono congiuntamente di fissare il contenuto semantico:

- a) agente ( $p$ );
- b) tempo ( $t$ );
- c) luogo ( $l$ );
- d) mondo ( $w$ ).

Un contesto enunciativo è cioè composto perlomeno da un agente  $p$  che proferisce un enunciato, dal tempo  $t$  e dal luogo  $l$  nei quali il proferimento avviene, e dal mondo  $w$  nel quale la comunicazione ha luogo. La variabile  $w$ , più precisamente, designa l'insieme di tutti gli ulteriori elementi contestuali rilevanti per spiegare perché  $p$  in  $t$ ,  $l$  ha compiuto un atto linguistico il cui contenuto semantico è  $N$ . Adottando questo schema d'analisi, le relazioni interpretative tra enunciati acquistano la forma

$$D R_{p, t, l, w} N_{es}$$

Questa formula può essere esplicitata nel modo seguente:  $N$  esprime il significato di  $D$ , ed è dunque una norma espressa, soltanto se il proferimento di  $D$  da parte di  $p$  al tempo  $t$  nel mondo  $w$  ha il contenuto  $N$ .

Sulla scorta di questo modello d'analisi, possiamo compiere un passo ulteriore. A ben vedere, ciascun argomento interpretativo comunemente utilizzato da giudici e giuristi – si pensi agli argomenti interpretativi letterali, dell'intenzione del legislatore, sistematici, teleologici, ecc. – delinea un contesto enunciativo tipico, all'interno del quale la disposizione esprime un certo significato<sup>50</sup>. Questi contesti possono essere rappresentati come dei *frames semantici*, ovvero come degli scenari complessi in cui si suppone, mediante una finzione, che il proferimento della disposizione abbia luogo<sup>51</sup>. Seguendo lo schema proposto in precedenza, ciascun *frame* è composto perlomeno dall'agente che proferisce la disposizione, dal tempo e dal luogo nei quali il proferimento avviene, e dal mondo nel quale si svolge la

<sup>49</sup> Cfr. Kaplan 1989: 507 ss.

<sup>50</sup> Nel caso si accogla la classificazione dei canoni interpretativi sviluppata da Wróblewski e perfezionata da Chiassoni, a delimitare contesti enunciativi tipici di una disposizione sono i canoni interpretativi di *primo livello*, i quali giustificano il contenuto semantico delle disposizioni interpretate. Cfr. Wróblewski 1969; Chiassoni 2007: cap. 2.

<sup>51</sup> Sulla nozione di *frame* semantico rinvio a Fillmore 2006; Bianchi 2001: 284 ss. In questo saggio i *frame* semantici vengono concepiti come entità fittizie: non costituiscono contesti reali nei quali la comunicazione ha luogo ma delle costruzioni intellettuali elaborate dai giuristi. Sulla caratterizzazione della intenzione del legislatore come entità fittizia mi permetto di rinviare a Canale 2020.

comunicazione linguistica. Delineando uno scenario in cui la disposizione viene ipoteticamente proferita, l'interprete satura e modula le variabili contestuali sufficienti a determinare il significato, e le utilizza per giustificare il risultato dell'interpretazione<sup>52</sup>. È importante notare che questi scenari tipici, di tipo finzionale, non vengono scelti a caso. La loro configurazione, consolidata in una cultura giuridica, si fonda su concezioni normative dell'interpretazione giuridica, ovvero sia sugli interessi e i valori che si ritiene l'interpretazione debba realizzare in un certo contesto istituzionale. Questi interessi e valori consentono di selezionare gli scenari comunicativi idonei a giustificare norme esplicite, escludendo, al contempo, la rilevanza per il diritto di scenari alternativi.

Proviamo a fornire un esempio di quanto fin qui illustrato. Nel caso *Furman v. Georgia* la Corte Suprema degli Stati Uniti fu chiamata a decidere se la disciplina della pena di morte prevista dal codice penale della Georgia fosse conforme all'VIII emendamento della Costituzione, il quale vieta agli Stati dell'Unione di infliggere "pene crudeli"<sup>53</sup>. Il problema che fin da subito si pose all'attenzione della Corte fu stabilire quale fosse il significato della disposizione costituzionale "È vietato infliggere pene crudeli". Il giudice White sostenne, in sede di motivazione della sentenza, che 'pena crudele' significa 'pena che consiste nel torturare il condannato'<sup>54</sup>. Il giudice Marshall, per converso, sostenne che 'pena crudele' significa 'pena che lede la dignità umana'<sup>55</sup>. Il giudice White giustificò la sua interpretazione dell'VIII emendamento mediante un argomento riassumibile nel modo seguente:

- (1) "È vietato infliggere pene crudeli" (*disposizione*)
- (2) Si deve interpretare (1) in base all'intenzione del legislatore costituzionale (*direttiva interpretativa*)
- (3) I lavori preparatori mostrano che con 'pena crudele' il legislatore costituzionale intendeva dire 'pena che consiste nel torturare il condannato'
- (4) QUINDI, 'pena crudele' significa 'pena che consiste nel torturare il condannato' (*enunciato interpretativo*)

Se analizziamo questo argomento mediante lo schema sviluppato in precedenza, è facile notare che il giudice White applicò il seguente *frame* semantico per giustificare il significato attribuito all'VIII emendamento:

---

<sup>52</sup> Ciò non esclude, ovviamente, che il contenuto semantico di una disposizione possa risultare indeterminato; nella prospettiva qui proposta, tuttavia, il fenomeno dell'indeterminatezza delle norme dipende dal disaccordo tra gli interpreti con riguardo al canone interpretativo (*frame* semantico) da utilizzare per giustificare l'interpretazione. Ho sviluppato questa tesi in Canale 2017a.

<sup>53</sup> Per una più approfondita ricostruzione del caso vedi Canale 2017b: 196 ss.

<sup>54</sup> *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1971), Justice White concurring opinion: 319 ss.

<sup>55</sup> *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1971), Justice Marshall concurring opinion: 329 ss.

$p$  = legislatore storico

$t$  = 1791

$l$  = Stati Uniti d'America.

$w$  = intenzione del legislatore storico ricavata dai lavori preparatori.

Come dire, nel giustificare l'interpretazione dell'VIII emendamento, il giudice White delineò una situazione ipotetica nella quale il legislatore costituzionale preferisce la disposizione "È vietato infliggere pene crudeli" con l'intenzione di dire "È vietato infliggere pene che consistono nel torturare il condannato", come dimostrano i lavori preparatori. Questo scenario comunicativo satura le variabili contestuali indicate in precedenza e consente di giustificare l'esistenza di una relazione interpretativa tra D e N. E ciò perché, in base al principio democratico e al principio di separazione dei poteri, l'intenzione del legislatore è ritenuta un criterio suscettibile di giustificare, in via conclusiva, l'interpretazione di una disposizione<sup>56</sup>.

L'interpretazione dell'VIII emendamento proposta dal giudice Marshall venne invece giustificata mediante il seguente argomento:

- (1) "È vietato infliggere pene crudeli" (*disposizione*);
- (2) Si deve interpretare (1) in base il significato che il termine assume nella società americana contemporanea (*direttiva interpretativa*);
- (3) Nella società americana contemporanea, 'pena crudele' significa 'pena che lede la dignità umana' (*enunciato constativo*);
- (4) QUINDI, 'pena crudele' significa 'pena che lede la dignità umana' (*enunciato interpretativo*).

In questo caso, il *frame* semantico utilizzato dal giudice è il seguente:

$p$  = lettore competente della disposizione

$t$  = 1971

$l$  = Stati Uniti d'America

$w$  = senso di umanità che permea l'evoluzione della legislazione penale negli Stati Uniti.

Nella situazione ipotizzata dal giudice Marshall, l'VIII emendamento viene preferito da un lettore competente al tempo in cui la norma viene applicata, un lettore che impersona la società americana poiché attribuisce alla disposizione costituzionale un significato coerente con l'evoluzione della legislazione penale negli Stati dell'Unione. In questo caso, la saturazione delle variabili contestuali è garantita da un *frame* che include un canone letterale e un canone sistematico, ai quali viene riconosciuta la capacità di giustificare una relazione interpretativa tra D e N. Questo

<sup>56</sup> Cfr., per tutti, Raz 2009: 274; Ekins 2012: cap. 1.

perché compito del giudice, secondo Marshall, è adeguare i contenuti della costituzione all'evoluzione della morale sociale, garantendo, al contempo, la coerenza dell'ordinamento giuridico<sup>57</sup>. L'analisi appena proposta può essere estesa a tutti gli argomenti interpretativi utilizzati dai giudici e dai giuristi.

È importante sottolineare che gli argomenti integrativi, a differenza degli argomenti interpretativi, non individuano scenari finzionali d'uso del linguaggio quali quelli appena richiamati. Si tratta piuttosto di schemi inferenziali complessi che, muovendo una norma espressa, oververosia da contenuti proposizionali completi, conducono a giustificare una norma inespressa collocata al di fuori della cornice dei significati ammissibili. Ciò evidenzia, una volta di più, come le relazioni costruttive siano profondamente diverse dalle relazioni interpretative tra enunciati, le quali si fondano sugli aspetti contestuali della comunicazione linguistica e non su ragionamenti di altro tipo.

Sulla scorta di quanto appena detto, possiamo far ritorno alla nozione di cornice di significati ammissibili già discussa in precedenza. Nella prospettiva che stiamo considerando, la cornice dei significati ammissibili di D – oververosia, fuor di metafora, l'insieme delle norme (espresse) che intrattengono una relazione interpretativa con D – è composta nell'unione dei *frames* semantici idonei a individuare e giustificare, in modo concludente, il significato di D<sup>58</sup>. Ha ragione quindi Guastini a sostenere che la cornice è tracciata dalle regole della lingua, dai canoni interpretativi e dalle tesi dogmatiche. Le regole sintattiche e semantiche della lingua forniscono semplicemente il potenziale semantico di una disposizione, vale a dire uno o più significati incompleti di *default* utili per orientare il lavoro interpretativo ma mai sufficienti per fissare il contenuto semantico<sup>59</sup>. I canoni interpretativi individuano invece i *frames* semantici utilizzati dai giudici per saturare e modulare le variabili contestuali che determinano i significati espressi dalla disposizione. Le tesi dogmatiche in uso, per concludere, costituiscono un ulteriore *frame* semantico elaborato dalla dogmatica giuridica il quale è idoneo a giustificare una norma espressa qualora la riflessione della dogmatica consista nell'elaborazione di relazioni interpretative tra disposizioni e norme.

Se definita nel modo appena indicato, la cornice dei significati ammissibili si fonda su criteri strettamente linguistici, individuati a partire da una concezione contestuale e inferenziale del contenuto semantico. Essa fornisce inoltre un criterio rigoroso per distinguere le norme espresse dalle norme inesprese, basato sulla struttura dei ragionamenti che giustificano questi due tipi di norme. Dal punto di vista teorico-concettuale, la cornice dei significati ammissibili non è dunque inde-

<sup>57</sup> *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1971): 329.

<sup>58</sup> Il *frame* delineato da un argomento interpretativo è idoneo a giustificare una norma espressa in modo concludente se è generalmente trattato dalla giurisprudenza come necessario e/o sufficiente per determinare il contenuto semantico di una disposizione delle fonti. Tale idoneità non è dunque fissata *a priori* né può essere determinata una volta per tutte; essa muta nel tempo e nello spazio parallelamente al mutare di una cultura giuridica.

<sup>59</sup> Cfr. Pastore 2000: 160 ss.

terminata come frequentemente viene sostenuto in letteratura. Essa ammette casi *borderline* soltanto nel senso che talvolta gli interpreti, nel giustificare una norma, non forniscono informazioni sufficienti per determinare se questa intrattenga una relazione interpretativa con una disposizione, una relazione costruttiva con altre norme, o nessuna delle due cose. Quando ciò accade, risulta certo dubbio se una norma sia espressa, inespressa o priva di giustificazione; ma ciò non dipende dalle caratteristiche intrinseche della norma quanto piuttosto dalla mancata indicazione, da parte dell'interprete, di ragioni sufficienti a giustificarne l'esistenza. Infine, la cornice non è arbitraria: essa non viene tracciata da un singolo interprete quanto piuttosto dall'insieme degli interpreti che operano in un certo ordinamento. Soltanto osservando la prassi interpretativa e argomentativa nel suo complesso diventa possibile conoscere, per un verso, qual è il potenziale semantico di una disposizione, e, per altro verso, quali sono i *frames* (argomenti interpretativi e tesi dogmatiche) usati per fissare e giustificare il suo significato in modo concludente. Solo alla luce di tali informazioni, e non della decisione di un singolo giudice, la cornice può essere tracciata, individuando quali significati una disposizione è probabile esprima in futuro.

Più precisamente, l'individuazione della cornice richiede sia un'indagine empirica sia un lavoro di elaborazione teorica. Per quanto riguarda il primo aspetto, serve un censimento degli argomenti interpretativi utilizzati in un ordinamento per giustificare i significati ammessi in un certo intervallo temporale. A partire da queste informazioni, va poi elaborata, in sede teorica, una tipologia degli argomenti interpretativi in uso, che individui, per ciascuno di essi, le premesse tipiche, la struttura inferenziale e le condizioni di correttezza interne alla pratica argomentativa. Infine, va accertato quali argomenti svolgano una funzione concludente nella giustificazione e quali invece una funzione meramente retorico-persuasiva, oltre che l'ordine procedurale e di preferenza che caratterizza il loro utilizzo nel ragionamento dei giudici e dei giuristi<sup>60</sup>. Questa mappatura della prassi interpretativa e argomentativa consente di formulare giudizi probabilistici con riguardo alla propensione degli interpreti ad attribuire un certo significato a una disposizione. Data la frequenza con cui da una disposizione D, nell'intervallo che va da  $t_0$  a  $t_1$ , sono state ricavate le norme espresse  $N_1, N_2, N_3, \dots, N_n$ , e dati gli argomenti interpretativi e le tesi dogmatiche in uso in quell'arco temporale, possiamo stabilire con quale grado di probabilità i giudici saranno propensi a ricavare da D una certa norma espressa nel tempo  $t_2$ . Se concepita nel modo appena proposto, la cornice dei significati ammissibili perde il carattere astratto e sfuggente che spesso le viene attribuito, diventando uno strumento utile per conoscere la prassi giudiziale, per orientare l'attività interpretativa e per favorire maggiore rigore in quella argomentativa.

<sup>60</sup> Una ricerca pionieristica in questo campo fu condotta in seno al *bielefelder Kreis* negli anni '80 del secolo scorso: vedi MacCormick, Summers 1991. In tempi più recenti, una mappatura della prassi interpretativa e argomentativa delle corti costituzionali europee è stata elaborata da Jakab, Dyeve, Itzcovich 2017.

**Riferimenti bibliografici**

- Almong, J., Perry, J., Wettstein, H. (eds.) (1989). *Themes from Kaplan*, Oxford, Oxford University Press.
- Barak, A. (2005). *Purposive Interpretation in Law*, Princeton, Princeton University Press.
- Barberis, M. (2019). *Lo que los juristas no dicen. Normas no expresadas y despositivización*, «Revista oficial del poder judicial», 9/11, 179-217.
- Bezuidenhout, A. (2017). *Contextualism and Semantic Minimalism*, in Huang 2017: 21-46.
- Bianchi, C. (2001). *La dipendenza contestuale. Per una teoria pragmatica del significato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- Bierwisch, M., Kiefer, F., Searle, J.R. (eds.) (1980). *Speech Act Theory and Pragmatics*, Dordrecht, Reidel.
- Bobbio, N. (2006). *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Bobbio, N. (1996). *Il positivismo giuridico* (1961), Torino, Giappichelli.
- Borg, E. (2007). *Minimalism versus Contextualism in Semantics*, in Preyer, Peter 2007: 339-359.
- Borg, E. (2009). *Semantic Minimalism*, in Cummings 2009: 423-425.
- Brown, K. (ed.) (2006). *Encyclopedia of Languages and Linguistics*, II ed., Oxford, Elsevier,
- Canale, D. (2012). *Teorie dell'interpretazione e teorie del significato*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 42, 155-178.
- Canale, D. (2017a). *L'indeterminatezza delle norme: un approccio inferenzialista*, «Analisi e diritto», 31-60.
- Canale, D. (2017b). *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Roma-Bari, Laterza.
- Canale, D. (2020). *Legislative Intent, Collective Intentionality, and Fictionalism*, in T. Marques, C. Valentini (eds.), *Collective Action, Philosophy and Law*, London, Routledge. In corso di pubblicazione.
- Canale, D., Tuzet, G. (2008). *On the Contrary: Inferential Analysis and Ontological Assumptions of the A Contrario Argument*, «Informal Logic», 28/1, 31-43.
- Canale, D., Tuzet, G. (2009a). *Inferring the Ratio: Commitments and Constraints*, in Feteris, Kloosterhuis, Plug 2009, 15-34.
- Canale, D., Tuzet, G. (2009b). *The a simili Argument. An Inferential Setting*, «Ratio Juris», 22/4, 499-509.
- Canale, D., Tuzet, G. (2014). *Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva nel ragionamento giuridico*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 44, 149-173.

- Cappelen, H., Lepore, E. (2005). *Insensitive Semantics: A Defense of Semantic Minimalism and Speech Act Pluralism*, Oxford, Blackwell.
- Carcattera, G. (1988). *Analoga. 1) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. II, Roma, Treccani, 1-25.
- Chiassoni, P. (2007). *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, il Mulino.
- Chiassoni, P. (2015). *Frames of Interpretations and the Container-Retrieval View: Reflections on a Theoretical Contest*, in Dahlman, Bustamante 2015: 111-128.
- Copi, I.M., Cohen, C. (1999). *Introduzione alla logica*, trad. it. a cura di G. Lolli, Bologna, il Mulino.
- Cummings, L. (ed.) (2009). *The Routledge Pragmatics Encyclopedia*, London, Routledge.
- Dahlman, C., Bustamante, T. (eds.) (2015). *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*, Dordrecht, Springer.
- Diciotti, E. (1997). *Il concetto e i criteri di validità normativa*, in L. Gianformaggio, M. Jori (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè.
- Diciotti, E. (1999). *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli.
- Diciotti, E. (2013). *Norme espresse e norme inespresse. Sulla teoria dell'interpretazione di Riccardo Guastini*, «Rivista di filosofia del diritto», 2/1, 103-124.
- Diciotti, E. (2015). *Equivocità dei testi normativi, norme espresse e norme inespresse*, «Analisi e diritto», 47-70.
- Ekins, R. (2012). *The Nature of Legislative Intent*, Oxford, Oxford University Press.
- Feteris, E., Kloosterhuis, H., Plug, J.H. (eds.) (2009). *Argumentation and the Application of Legal Rules*, Amsterdam, Rozenberg.
- Fillmore, C.J. (2006). *Frame Semantics*, in Brown 2006, vol. 6, 613-620.
- Grice, H.P. (1989). *Studies in the Way of Words*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- Guastini, R. (2013). *Replica*, «Rivista di filosofia del diritto», 2/1, 125-136.
- Guastini, R. (2014). *La sintassi del diritto*, II ed., Torino, Giappichelli.
- Guastini, R. (2017). *Discutendo*. Madrid, Marcial Pons.
- Hale, B., Wright, C. (eds.) (1997). *A Companion of Philosophy of Language*, Oxford, Blackwell.
- Huang, Y. (ed.) (2017). *The Oxford Handbook of Pragmatics*, Oxford, Oxford University Press.
- Jakab, A., Dyevre, A., Itzcovich, G. (eds.) (2017). *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press.

- Kaplan, D. (1989). *Demonstratives. An Essay on the Semantics, Logic, Metaphysics, and Epistemology of Demonstratives and other Indexicals*, in Almong, Perry, Wettstein 1989, 481-566.
- MacBride, F. (2016). *Relations*, «Stanford Encyclopedia of Philosophy», URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/relations/>>.
- MacCormick, N.D., Summers, R.S. (1991). *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, London, Routledge.
- Neale, S. (2007). *On Location*, in O'Rourke, Washington 2007, 253-293.
- O'Rourke, M., Washington, C. (eds.) (2007). *Situating Semantics. Essays on the Philosophy of John Perry*, Cambridge (Mass.), MIT Press.
- Pastore, B. (2000). *Identità del testo, interpretazione letterale e contestualismo nella prospettiva ermeneutica*, in Velluzzi 2000: 137-166.
- Pino, G. (2013). *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, «Rivista di filosofia del diritto», 2/1, 77-102.
- Pino, Giorgio (2016). *Teoria analitica del diritto. I: La norma giuridica*, Pisa, Edizioni ETS.
- Poggi, F. (2006). *Contesto e significato letterale*, «Analisi e diritto», 169-213.
- Poggi, F. (2013). *The Myth of Literal Meaning in Legal Interpretation*, «Analisi e diritto», 313-335.
- Preyer, G., Peter, G. (eds.) (2007). *Context-Sensitivity and Semantic Minimalism. New Essays on Semantics and Pragmatics*, Oxford, Oxford University Press.
- Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press.
- Recanati, F. (2004). *Literal Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Russell, B. (1919). *Introduction to Mathematical Philosophy*, London, Allen & Unwin.
- Searle, J.R. (1980). *The Background of Meaning*, in Bierwisch, Kiefer, Searle 1980: 221-232.
- Searle, J.R. (1992). *The Rediscovery of Mind*, Cambridge (Mass.), MIT Press.
- Stojanovic, I. (2008). *The Scope and the Subtleties of the Contextualism/Literalism/Relativism Debate*, «Language and Linguistics Compass», 2/6, 1171-1188.
- Travis, C. (1997). *Pragmatics*, in Hale, Wright 1997, 87-107.
- Velluzzi, V. (ed.) (2000). *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Villa, V. (2012). *Una teoria pragmaticamente orientate dell'interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli.
- Wróblewski, J. (1969). *Legal Reasoning in Legal Interpretation*, «Logique et analyse», 12, 3-31.