

# Norme implicite e de-positivizzazione. Soluzioni, dissoluzioni, problemi aperti

*Mauro Barberis\**

Everything should be made  
as simple as possible,  
but not simpler.  
A. Einstein

## Sommario

La distinzione norme esplicite/implicite, originariamente formulata da Riccardo Guastini e oggi riformulata da Damiano Canale, ne presuppone un'altra, anteriore e di più vasta portata: quella fra disposizione e norma. Nella seconda e terza sezione cerco di contestualizzare la distinzione disposizione/norma alla codificazione, e quella norme esplicite/implicite alla costituzionalizzazione. Nella quarta sezione, la distinzione norme esplicite/implicite viene ancora riformulata, poi distinta nettamente da quella norme espresse/inespresse, e infine spiegata riconducendola al processo giuridico in corso che chiamo de-positivizzazione del diritto. In conclusione, tali contestualizzazioni producono la dissoluzione del problema delle norme implicite, una nuova distinzione fra norme implicite e inesprese, e due problemi aperti e correlati: i principi inespressi e la stessa de-positivizzazione del diritto.

**Parole chiave:** Norme implicite. Norme inesprese. Principi inespressi. Interpretazione. Construzione. De-positivizzazione.

---

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

Questo testo è stato prima una relazione discussa presso l'Istituto Tarello di Genova, il 6 giugno del 2018, poi è stato pubblicato in spagnolo, in una forma diversa da quella orale (cfr. Barberis 2019a), per arrivare a quest'ultima, spero definitiva versione. Ringrazio comunque quanti hanno discusso le versioni precedenti.

## *Abstract*

The “explicit/implicit norms” distinction, originally formulated by Riccardo Guastini and today reformulated by Damiano Canale, presupposes another, previous, and far reaching distinction: the “norm-formulation/norm” one. In the second and third section, I try to contextualize the emergence of “norm-formulation/norm” distinction to the codification process, and the distinction explicit/implicit norms to the constitutionalization process, respectively. In the fourth section, the “explicit/implicit norms” distinction is further reformulated; then it is sharply distinguished from the “expressed/unexpressed norms” distinction; and finally it is explained by reference to an ongoing legal process I call “de-positivization” of law. In short, such contextualizations lead to the dissolution of the “explicit/implicit norms” problem, to a new distinction between implicit and unexpressed norms, and open two interrelated problems: unexpressed principles and the de-positivization of law itself.

**Keywords:** Implicit norms. Unexpressed norms. Interpretation. Construction. De-positivization of law.

### 1. Premessa

I giuristi hanno sempre prodotto norme come il borghese gentiluomo di Molière parlava in prosa: senza saperlo, e comunque senza ammetterlo. Ancor oggi, parlare di norme implicite prodotte dai giuristi a partire da norme esplicite non è comune e suona anzi vagamente scandaloso. Fra i teorici del diritto sono pochi a farlo: beninteso, salvo i partecipanti a questa discussione su «Analisi e diritto». E *pour cause*: per certe norme la locuzione “norme implicite” suona come ovvietà, per altre come ossimoro.

Suona come un’ovvietà per le norme consuetudinarie: che però non sono affatto implicite, cioè inferite da norme esplicite<sup>1</sup>, come vedremo (cfr. 4.2). Suona come un ossimoro, invece, per le norme di origine legislativa: che apparentemente o sono esplicite o non sono<sup>2</sup>. Qui di seguito sosterrò che la distinzione norme implicite/esplicite presupponga e possa persino ridursi alla distinzione disposizione/norma, elaborata ancora nello stato legislativo ma per affrontare problemi poi divenuti tipici dello stato costituzionale<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Come lascia pensare von Wright 1989: 46, parlando delle consuetudini (*customs*) come «prescrizioni implicite (*implicit prescriptions*)».

<sup>2</sup> Cfr. già Guastini 1990: 33: «la locuzione “norma inespressa” è una sorta di ossimoro. A rigore non vi sono cose come norme inesprese, giacché una norma o è espressa da una disposizione o non è» (FN, 33).

<sup>3</sup> “Stato legislativo” e “stato costituzionale” indicano due “stati” o situazioni del diritto separate dall’affermarsi di costituzioni rigide, controllo di costituzionalità e costituzionalizzazione: cfr. qui, § 3.

Per sciogliere tutti questi nodi, comunque, procederò come segue. Nella seconda sezione contestualizzerò la distinzione-madre, disposizione/norma, alla cultura di *civil law* e allo stato legislativo. Nella terza farò lo stesso con la distinzione-figlia, norme esplicite/implicite, rispetto allo stato costituzionale. Nella quarta, riformulerò la distinzione norme esplicite/implicite, la distinguerò nettamente da quella norme espresse/inespresse e porrò i problemi dei principi inespressi e della de-positivizzazione del diritto.

## 2. Primo contesto: *civil law* e stato legislativo

Damiano Canale ed Enrico Diciotti cominciano i loro saggi in questo numero di «Analisi e diritto» affermando che, ormai, tutti ammettono l'esistenza di norme implicite<sup>4</sup>. Ma è davvero così? Forse se “norme implicite” indica norme consuetudinarie (cfr. 4.2), o magari norme derivate (implicate da altre norme). Non, però, nei sensi più specifici e sofisticati usati dai partecipanti a questa discussione: che parrà forse originale, o idiosincratice, a chi opera in contesti giuridici e teorici diversi dal nostro.

In questa sezione, comunque, vorrei operare una prima serie di contestualizzazioni. Anzitutto, vorrei ricordare che la nostra distinzione non è comune fra i teorici angloamericani. Poi, vorrei ipotizzare che non lo sia perché ne presuppone un'altra, fra disposizioni e norme, tipica del diritto codificato. Infine, vorrei osservare che persino la distinzione-madre, lungi dall'essere auto-evidente, s'è imposta solo fra il crepuscolo dello stato legislativo e l'alba dello stato costituzionale.

### 2.1. *Common law*

Nel mondo di *common law* non è comune parlare di norme implicite: tanto per il sostantivo quanto per l'aggettivo. Già il termine “norma” (*norm*) s'è imposto solo di recente: John Austin parlava di comandi, Herbert Hart di regole, poi Ronald Dworkin evocò i principi. Ancora Georg Henrik von Wright, che già scelse “norma” come iperonimo per i tipi di enunciati normativi della sua tipologia, assimilava le norme giuridiche a prescrizioni ed escludeva l'esistenza di prescrizioni implicite, salvo forse nel senso di derivate (*implied*)<sup>5</sup>.

Per spiegare questa “perdita del problema”, d'altronde, non c'è bisogno di invocare l'autoreferenzialità dei teorici angloamericani, i quali leggono solo l'inglese,

<sup>4</sup> Così Canale 2018: 239: «È opinione oggi pressoché unanime che gli ordinamenti giuridici siano composti solo in parte da norme che esprimono il significato di testi normativi» e Diciotti 2020: X la distinzione norme esplicite/implicite sarebbe «ovvia [...] sulla base del senso comune».

<sup>5</sup> Cfr., sin dal titolo, von Wright 1989: 37 ss., 142.

anzi l'inglese madrelingua. Già Jeremy Bentham diceva che l'unica cosa davvero comune ai diversi sistemi giuridici è la terminologia: ma anche su questo ci sarebbe da ridere, pensando all'indeterminatezza della traduzione. Di fatto, i teorici di diversi paesi parlano di cose differenti già usando la stessa terminologia, figuriamoci quando ne usano di diverse.

In particolare, nonostante il luogo comune della convergenza fra *common law* e *civil law*<sup>6</sup>, restano profonde differenze nel modo di ragionare di teorici provenienti dalle due aree. Per dirne solo una, l'*adjudication*, intorno a cui ruota il *common law*, è orientata ai fatti del caso, mentre la legislazione, o meglio il diritto legislativo continentale, è orientata a testi<sup>7</sup>. Non mi sembra che i teorici di *common law* abbiano sviluppato tutto lo strumentario concettuale con cui si studia l'interpretazione testuale continentale.

Di fatto, teorici angloamericani come Joseph Raz sfiorano il tema delle norme implicite solo occasionalmente, ad esempio quando contestano l'incorporazione nel diritto positivo di norme derivate<sup>8</sup>. Atteggiamento quasi incomprensibile per i teorici continentali, abituati invece a pensare che un sistema deduttivo contenga tutte le conseguenze logiche delle sue norme esplicite<sup>9</sup>. E comunque, questo è quanto il più noto teorico angloamericano vivente ha da dire sul tema che tanto appassiona i partecipanti a questa discussione.

## 2.1. *Civil law*

La nostra distinzione norme esplicite/implicite nasce nel diritto continentale: il *civil law* o sistema franco-germanico, come lo chiamano i comparatisti. Stavo per dire che nasce ovviamente lì, ma mi accorgo che non è così ovvio. Ad esempio, le fonti più tipiche del *common law* – i precedenti giudiziari, nel senso di *rationes decidendi* – sono ancor più impliciti delle nostre norme implicite: forse perché dovrebbero piuttosto dirsi inespressi, inferiti più dalla condotta precedente dei giudici che dai loro testi (cfr. 4.2).

In effetti, ci sono molte ragioni storico-culturali per cui difficilmente la nostra distinzione avrebbe potuto formularsi in tempi e luoghi troppo diversi dai nostri. La teoria del diritto, dopotutto, non è solo la soluzione di *puzzle* concettuali<sup>10</sup>: al contrario. Perché i *puzzles* attirino la nostra attenzione, devono avere a che fare

<sup>6</sup> Cfr. Mattei, Pes 2008.

<sup>7</sup> Opposizione, risalente ad Aulis Aarnio, che torna spesso nell'opera di Guastini, in riferimento alla distinzione fra interpretazione in astratto, orientata a testi, e interpretazione in concreto, orientata a fatti: cfr. Guastini 2011: 15-16.

<sup>8</sup> Raz 1994: 239-240.

<sup>9</sup> Lo nota Navarro 2018: 32.

<sup>10</sup> Alludo a una vecchia tesi di Guastini, da ultimo riformulata in termini di laboratorio concettuale: cfr. Guastini 2011b: 9-11.

con problemi concreti, propri di un'epoca e una cultura determinata. Ad esempio, perché proprio ai partecipanti alla nostra discussione, nel mondo, è capitato di occuparsi di questo *puzzle*?

Tutte le teorizzazioni delle norme implicite qui discusse, di fatto, presuppongono un dato lessicale e uno storico. Il dato lessicale è l'uso di "implicito" per indicare norme già contenute in altre norme: vuoi perché *implicate* logicamente, deduttivamente, oppure, per estensione, perché inferite tramite argomentazione. Si tratta di attività da sempre tipiche della dottrina continentale, e attorno alle quali ruotano le teorie di tipici teorici di *civil law* quali Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, e Riccardo Guastini.

Il dato storico, invece, è rappresentato dai processi di positivizzazione del diritto: processi anch'essi di origine continentale, benché teorizzati più e meglio da autori britannici. Ho distinto altrove tre sensi di "positività", forte, debole, e debolissimo, corrispondenti alle norme che, nel § 4, chiamerò rispettivamente esplicite, implicite, e principi inespressi<sup>11</sup>. Lo "scandalo" delle norme implicite, per i teorici normativisti e giuspositivisti, sta proprio qui: nell'emergere di tipi di norme la cui positività è sempre meno evidente.

Questo scandalo è ancora percepibile nel testo decisivo per la tematizzazione delle norme implicite, il saggio di Guastini *Produzione di norme a mezzo di norme* (1986). In tale saggio, appartenente alla preistoria della teoria, Guastini insiste ancora che «una norma [...] non può che essere espressa», usa ancora prevalentemente "norme implicite" per norme implicate, cioè dedotte da altre norme, e sembra colpito soprattutto dai principi che chiama totalmente inespressi, di formulazione eminente dottrinale<sup>12</sup>.

Il saggio è decisivo anche perché mostra che la distinzione norme esplicite/implicite è figlia di una distinzione-madre, fra disposizione e norma. Distinzione davvero rivoluzionaria, quest'ultima<sup>13</sup>, perché ri-orienta la teoria del diritto continentale, già orientata di suo a testi, verso i problemi dell'interpretazione. Dove "interpretazione", per ora, è usato sia nel senso stretto di attribuzione di significato a testi sia nel senso più lato di argomentazione dell'interpretazione e anche d'integrazione.

### 2.3. Stato costituzionale

I maggiori teorici del Novecento – Hans Kelsen e Herbert Hart – non hanno sentito il bisogno di distinguere fra disposizioni e norme. Che la distinzione appaia a noi così generale e indispensabile, dunque, non esclude che essa sia stata formulata per problemi particolari e poi generalizzata. Anche Alf Ross mostra di conoscerla, in

<sup>11</sup> Cfr. già Barberis 2019: 209 ss., in riferimento a Luhmann 1972: 218.

<sup>12</sup> Guastini 1986: specie 180, 190, 197.

<sup>13</sup> Cfr., sin dal titolo, Chiassoni 2011.

*Diritto e giustizia* (1958), ma non le dà troppo peso<sup>14</sup>. Pure von Wright vi accenna, nel 1963: salvo negare che le norme possano ridursi a significati delle loro formulazioni<sup>15</sup>.

La distinzione disposizione/norma, in realtà, nasce dalla giurisprudenza costituzionale italiana nel passaggio fra stato legislativo e stato costituzionale. Per parlare di stato costituzionale, vedremo, non bastano costituzioni rigide e controllo di costituzionalità, ma occorre che i principi costituzionali s'irradino nel corpo del diritto. Ciò comincia ad avvenire, in Italia, con le sentenze interpretative della Corte costituzionale, che iniziano a distinguere fra disposizioni e norme.

È stato Vezio Crisafulli a formulare più perspicuamente la prima versione, *soft*, della distinzione<sup>16</sup>. Le disposizioni soggette al controllo di costituzionalità, per lui, potevano esprimere diverse norme, alcune conformi, altre difformi dalla Costituzione. La Corte costituzionale poteva dunque escludere la costituzionalità dei significati difformi anche conservando la disposizione nei suoi significati conformi: ciò che da un lato evitava di annullare leggi, dall'altro conservava disposizioni di dubbia costituzionalità.

Vedremo più avanti come questa versione della distinzione conviva, in Crisafulli, con una teorizzazione dei principi inespressi (cfr. 4.2). Molto più *hard*, comunque, è la versione della distinzione elaborata da Giovanni Tarello: distinzione-madre di cui la distinzione di Guastini è figlia. Non forse nel senso che senza la distinzione-madre la distinzione-figlia non sia astrattamente *concepibile*, ma certo nel senso che non sarebbe stata *formulabile* nei termini in cui la formulano Guastini e Canale.

La distinzione-madre di Tarello può dirsi più *hard* dell'altra per due ragioni che occorre sottolineare, al fine di intendere anche il senso della distinzione-figlia. Anzitutto, Tarello non inventa ma *drammatizza* la distinzione disposizione/norma. In particolare, assume, per definizione, che le disposizioni vadano sempre interpretate: sempre, anche quando il loro significato sia ovvio, indiscusso o attribuito automaticamente. Poi, Tarello si mostra scettico verso il significato letterale.

In *Diritto, enunciati, usi* (1974), per la verità, Tarello parlava ancora di un significato da lui chiamato enunciativo, a-contestuale, corrispondente al significato letterale<sup>17</sup>. Ne *L'interpretazione della legge* (1980), però, il significato enunciativo scompare e l'argomento interpretativo letterale non compare nell'elenco degli argomenti interpretativi<sup>18</sup>. Come se la lettera della disposizione, di per sé, non esprime significati, o almeno significati comparabili a quelli giustificati dagli (altri) argomenti interpretativi (cfr. qui, 4.4.1).

<sup>14</sup> Ross 1965: 108, in termini di enunciati e significati, assumendo l'enunciato come unità minima portatrice di significato.

<sup>15</sup> Von Wright 1989: 142: «Le norme prescrittive [...] non si possono chiamare né riferimento né senso (significato) delle corrispondenti formulazioni normative».

<sup>16</sup> Cfr. Crisafulli 1964.

<sup>17</sup> Tarello 1974: 152 ss.

<sup>18</sup> Tarello 1980.

Già in *Diritto, enunciati, usi* Tarello richiamava le sentenze interpretative della Corte costituzionale, se non come origine, certo come conferma della sua definizione delle norme come (non oggetto, ma) prodotto dell'interpretazione<sup>19</sup>. Come vediamo nella prossima sezione, d'altra parte, l'adozione della distinzione disposizione/norma è evidentemente collegata non solo allo sviluppo dell'interpretazione costituzionale e dello stato costituzionale, ma anche alla tematizzazione delle norme implicite.

### 3. Secondo contesto: stato costituzionale

Una seconda serie di contestualizzazioni, senza le quali la distinzione norme esplicite/implicite qui discussa rischierebbe di risultare incomprensibile, è connessa allo stato costituzionale. Ripeto quanto ho già detto più volte, semplificando e volgarizzando tesi di Guastini. Perché si dia stato costituzionale, come superamento dello stato legislativo, devono darsi costituzioni rigide, controllo di costituzionalità, ma anche irradiazione dei principi costituzionali e/o costituzionalizzazione del diritto<sup>20</sup>.

Con il termine "costituzionalizzazione", Guastini intende l'irradiazione dei principi costituzionali nel corpo del diritto tramite l'interpretazione costituzionale: forma di ragionamento prodotta anch'essa dall'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. Qui scandisco questa evoluzione in tre passaggi, corrispondenti a tre sensi di "interpretazione costituzionale": interpretazione in senso stretto, interpretazione in senso lato, come argomentazione costituzionale, interpretazione nel senso latissimo d'integrazione o costruzione.

Non lo faccio, si badi, per mostrare che la distinzione norme esplicite/implicite presuppone la distinzione disposizione/norma: per mostrarlo, infatti, basta citare Crisafulli<sup>21</sup>, o lo stesso Guastini del libro *Dalle fonti alle norme* (1990)<sup>22</sup>, la sua prima tematizzazione sistematica delle norme implicite. Scandire questi passaggi, piuttosto, serve solo a illustrare come interpretazione costituzionale e tematizzazione delle norme implicite siano processi *path dependent*, sicché si comprendono solo storicizzandoli.

<sup>19</sup> Tarello 1974: 399-400

<sup>20</sup> Cfr. Barberis 2017, a partire dalla terminologia di Schmitt 1972 e da una periodizzazione analoga di Fioravanti 2002. Di irradiazione (*Ausstrahlungswirkung*), Alexy 2012: 555 ss. La teoria più elaborata della costituzionalizzazione si trova invece in Guastini 2001: 203-231.

<sup>21</sup> Crisafulli 1964: 196-197: «Non tutte le norme, scrive, hanno dietro di sé corrispondenti disposizioni»; in particolare, si danno «principi [...] privi di formulazione».

<sup>22</sup> Cfr. in particolare Guastini 1990: 30-31.

### 3.1. Interpretazione in senso stretto

“Interpretazione costituzionale”, anzitutto, significa attribuzione di significato a documenti costituzionali o trattati internazionali, ove questi ultimi fungano da “costituzione” di comunità internazionali quali Consiglio d’Europa o Unione europea. In questo primo senso la locuzione non indica fenomeni diversi dall’interpretazione della legge<sup>23</sup>. In particolare, possono ben usarsi, nell’interpretazione di costituzioni e trattati, gli *stessi* argomenti interpretativi usati nell’interpretazione della legge.

Nell’interpretazione fornita dalla Corte costituzionale italiana, tuttavia, all’argomento letterale, prescritto dall’art. 12, c. 1 della Preleggi del 1942 per l’interpretazione della legge, è sempre stato preferito l’argomento sistematico prima<sup>24</sup>, forme di bilanciamento poi<sup>25</sup>. E benché il testo costituzionale sia spesso citato nel dibattito politico, e nonostante le suggestioni provenienti dall’interpretazione costituzionale statunitense (cfr. § 4), pare difficile immaginare che questa tendenza possa invertirsi.

Distinguendo fra disposizione e norma, la Corte italiana aggirava l’alternativa secca, stabilita dal modello costituzionale originario<sup>26</sup>, fra conformità e difformità di una disposizione alla costituzione. Quanto all’oggetto del controllo, infatti, la Corte ha scelto una terza possibilità: conservare la disposizione, distinguendo significati conformi a, o difformi da, la Costituzione. Quanto al parametro, le disposizioni costituzionali di principio<sup>27</sup>, queste sono ancora più ambigue e vaghe delle disposizioni di legge.

Nel procedere al controllo, quindi, la Corte deve procedere a una doppia interpretazione, della disposizione-oggetto e della disposizione-parametro. Quando un significato della disposizione-oggetto è “salvato” dalla Corte in virtù della sua conformità a un significato della disposizione-parametro, si ha l’interpretazione conforme o adeguatrice (*Verfassungskonformgesetzauslegung*)<sup>28</sup>. Questa, da un lato, è ancora interpretazione sistematica della legge, dall’altro è già un argomento dell’interpretazione costituzionale.

L’interpretazione adeguatrice è ancora un’interpretazione sistematica della legge nel senso che attribuisce a una disposizione di legge un significato dipendente da (il significato attribuito a) un’altra disposizione, stavolta costituzionale. Ma l’interpretazione adeguatrice è già un argomento dell’interpretazione costituzionale nel senso

<sup>23</sup> Questa è sempre stata l’opinione di Guastini su (tutta) l’interpretazione costituzionale: cfr. ancora Guastini 2017: 299-304.

<sup>24</sup> Paladin 1996: 104 ss, 146 ss.

<sup>25</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza 85/2013: la Costituzione, lungi dal prevedere una gerarchia fissa fra valori principi interessi e diritti, «richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi».

<sup>26</sup> Cfr. sin dal titolo Bin 2019: benché distinguere il modello costituzionale originario dalle sue “deviazioni” sia spesso fatica di Sisifo, più adatta agli storici che ai costituzionalisti.

<sup>27</sup> Uso ancora, qui, una nota formula di Crisafulli 1952.

<sup>28</sup> Cfr. almeno Luciani 2016.



lato di “interpretazione”: senso che non indica più, genericamente, l’argomento sistematico ma un argomento specifico dell’interpretazione costituzionale.

### 3.2. *Interpretazione in senso lato*

“Interpretazione costituzionale”, poi, indica l’insieme degli argomenti interpretativi specificamente usati nell’interpretazione della Costituzione, specie ai fini del controllo di costituzionalità. Detto altrimenti, il modo più semplice per mostrare la specificità dell’interpretazione costituzionale, nel secondo senso, rispetto all’interpretazione della legge, è distinguere gli argomenti tipicamente usati in quest’ultima e gli argomenti tipicamente usati, invece, per attribuire significato alla Costituzione.

Quanto questa distinzione sia relativa, dipendente dall’evoluzione delle giurisprudenze ordinaria e costituzionale, è però mostrato dalle vicende della stessa interpretazione adeguatrice. Nata per “salvare” disposizioni di legge virtualmente incostituzionali, a un certo punto essa si generalizza. La Corte italiana, cioè, stabilisce che il giudice *a quo*, a pena d’inammissibilità della questione di costituzionalità, debba mostrare che della disposizione di legge non si dia qualche interpretazione conforme a costituzione<sup>29</sup>.

Di fronte a ogni disposizione potenzialmente incostituzionale, cioè, il giudice ordinario è chiamato a interpretarla in conformità con la Costituzione. In questo modo, però, l’interpretazione adeguatrice si estende dall’interpretazione costituzionale all’interpretazione della legge ordinaria, irradiandola. Al punto che, invece di chiederci ancora se la Costituzione debba interpretarsi in base all’art. 12 delle Preleggi, oggi dovremmo piuttosto chiederci se non sia l’art. 12 Prel. a doversi reinterpretare in conformità alla Costituzione.

Comunque sia, l’interpretazione adeguatrice si conferma il primo, cronologicamente, degli argomenti dell’interpretazione costituzionale. Gli altri argomenti, invece, saranno considerati al prossimo punto, in relazione a quell’attività interpretativa in senso latissimo, ulteriore all’argomentazione costituzionale, che è l’integrazione della Costituzione. Sin dall’inizio, infatti, la Corte costituzionale ha prodotto norme implicite che hanno finito per fungere a loro volta da argomenti dell’interpretazione costituzionale.

### 3.3. *Integrazione costituzionale*

“Interpretazione costituzionale”, infine, indica l’integrazione costituzionale, attività che prima Guastini e oggi Canale chiamano costruzione: denominazione che,

---

<sup>29</sup> Cfr. sentenza Corte Costituzionale n. 356/1996, dove il redattore, Gustavo Zagrebelsky, al punto 4 del considerato in diritto, scrive: «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali [...] ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali».

riferita alla Costituzione, suona però ancor più problematica di “integrazione”<sup>30</sup>. Comunque sia, va registrato che alla costituzione italiana sono state aggiunte almeno tre norme implicite: le interpretazioni dell’art. 3, c. 1, Cost.: i diritti “coperti” dalla formulazione generalissima dell’art. 2 Cost.; i principi inespressi, nel senso che vedremo.

3.3.1. Anzitutto, ci sono le interpretazioni successive e sempre più estese – una vera catena d’interpretazioni, si potrebbe chiamarle – dell’art. 3, c. 1, Cost.: presto divenuto il parametro più frequentemente invocato nel controllo di costituzionalità delle leggi italiane<sup>31</sup>. La disposizione, com’è noto, recita: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

Se la disposizione ha mai espresso una norma esplicita, conforme al proprio tenore letterale, questo è il divieto di discriminazione: tutti i *cittadini* (italiani) (hanno pari dignità e) sono uguali davanti alla legge, senza discriminazioni giustificate dalle (sole) ragioni nominate. Ignoro se questa interpretazione sia mai stata davvero fornita, ma ipotizzo, per semplicità, che con “tutti i cittadini” si sia sempre inteso “tutti gli esseri umani”, e che l’elenco delle ragioni di discriminazione vietate sia sempre stato meramente esemplificativo.

Qui diventa attraente l’idea di potenziale semantico evocata da Canale per la lettera delle disposizioni<sup>32</sup>: si può sempre astrarre dai significati attribuiti a una disposizione in un contesto d’applicazione, e ipotizzare, à rebours, che essi siano attualizzazioni di un significato a-contestuale originario. A cosa serve quest’ipotesi, però, lo ignoro: forse solo ad avvertirci che, dato il potenziale semantico della disposizione, domani un’eventuale Corte a maggioranza sovranista potrebbe reinterpretare “cittadini” come “italiani”.

Comunque sia, tutti sanno che, a partire dalla norma esplicita che vieta di discriminare fra tutti gli esseri umani, per quelle ragioni e per molte altre ancora, l’art. 3 c. 1 Cost. è stato presto reinterpretato come *principio di uguaglianza*, riferito non solo a tutti gli esseri umani ma a tutte le situazioni. In base a tale principio, cioè, oltre a non discriminare fra esseri umani il legislatore dovrebbe – secondo la ben nota formula – trattare situazioni (o casi) uguali in modo uguale, e situazioni (o casi) diverse(i) in modo differente.

La potremmo chiamare una norma implicita, inferita dalla norma esplicita per una catena di progressive interpretazioni estensive, o potremmo accontentarci di

<sup>30</sup> Almeno nel caso di Guastini, infatti, “costruzione” ha connotazioni soprattutto dottrinali: sicché, se pare già arduo accettare l’idea che il testo costituzionale possa essere integrato dalla Corte costituzionale, ancor più difficile sembra ammettere che possa esserlo dalla dottrina.

<sup>31</sup> La migliore e anche più sintetica ricostruzione di tale processo si trova in Sorrentino 2018. Ma cfr. anche Guastini 2013: 255-266.

<sup>32</sup> Canale 2000: 34 in riferimento a Recanati 2004.

considerarlo il significato minimo ormai pacifico della disposizione. Da avvocato del diavolo tarelliano<sup>33</sup>, però, vorrei avanzare perplessità almeno sul primo corno dell'alternativa. Intanto, *ogni* estensione dell'originario divieto di discriminazione, a rigore, andrebbe considerata una norma implicita a sé, moltiplicando le norme implicite *praeter necessitatem*<sup>34</sup>.

Poi, com'è noto, la catena delle interpretazioni dell'art. 3, c. 1, non s'è fermata qui. S'è aggiunto almeno un altro anello, *il principio di ragionevolezza*, variamente distinto da, oppure confuso con, il principio d'uguaglianza<sup>35</sup>. Anello ulteriore potrebbe poi essere il *principio di proporzionalità*, sempre "agganciato" alla stessa disposizione<sup>36</sup>. L'unica cosa certa è che, salvo forse il principio di proporzionalità, tutte queste estensioni formano ormai il significato pacifico della disposizione costituzionale.

Infine, vogliamo ricordare che il principio d'uguaglianza costituisce il nucleo di tutte le possibili concezioni della giustizia<sup>37</sup>? Ricordiamolo: ma non per denunciare, à la Kelsen, il pericolo che le Corti costituzionali, usando l'idea di giustizia, espropino i rispettivi Parlamenti dei loro poteri normativi. Semmai, per insinuare il sospetto che principi del genere siano impliciti in *tutti* i sistemi giuridici degli stati costituzionali: indipendentemente dalla disposizione-gancio cui le diverse Corti decidono di appenderli (cfr. qui 4.3).

3.3.2. C'è poi l'art. 2 Cost. it.: «La repubblica protegge e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo». La disposizione è stata coinvolta nella nostra discussione per un'ottima ragione<sup>38</sup>: per mostrare, come s'è appena fatto per l'art. 3, c. 1, che delle molte norme da essa inferite resta dubbio lo status di norme esplicite o implicite. In effetti, nessuno ignora che la disposizione dell'art. 2 Cost. è, per dir così, il maggiore generatore automatico di norme implicite della Costituzione italiana.

Come vedremo anche al prossimo punto, infatti, l'art. 2 viene sistematicamente usato come una norma di chiusura, idonea ad assicurare una copertura costituzionale ai diritti umani inviolabili non formulati in Costituzione e non implicite in altre disposizioni. Come la Costituzione federale degli Stati Uniti con il suo nono emen-

<sup>33</sup> Allusione a Tarello 1988: che in realtà si esprime in termini di «giurista amante delle tenebre».

<sup>34</sup> Idea, di mero buonsenso, che fa spesso capolino anche nel nostro dibattito, tutte le volte che qualcuno dei partecipanti sottolinea l'esigenza di fissare il criterio distintivo fra norme esplicite e implicite in modo da non considerare implicite troppe norme pacificamente usate dai giuristi.

<sup>35</sup> Crisafulli 1984: 35, e Guastini 1990: 125, lo considerano un principio implicito, in quanto ricavato da un principio esplicito.

<sup>36</sup> Cfr. ancora Corte costituzionale, sentenza 85/2013: nel bilanciamento «il punto di equilibrio [...] deve essere valutato [...] secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

<sup>37</sup> È questa l'idea espressa, in termini differenti, da autori tanto diversi come Chaïm Perelman, Alf Ross, Herbert Hart, John Rawls: cfr. almeno Ross 1965: 253 ss.

<sup>38</sup> Guastini 2014: 378; 2011: 368; Canale 2020: 29-30.

damento<sup>39</sup>, cioè, anche la Costituzione italiana ha un suo generatore automatico di diritti “non enumerati”, ossia non previsti né esplicitamente né implicitamente da una specifica disposizione.

Canale ricorda a questo proposito le note decisioni della Corte costituzionale n. 1146/1988 e 366/1991: benché in entrambe, mi sembra, si citino solo norme esplicite. Annoto già, però, la ragione addotta da Damiano per qualificare come implicite le norme inferite dall’art. 2, perché coincide con quella che proporrò anch’io in 4.1: «I giudici non muovono da disposizioni per ricavare norme espresse, ma prendono le mosse da norme espresse [...] per elaborare [...] una norma inespressa»<sup>40</sup>.

3.3.3. Infine, ci sono tutte le norme, ulteriori a quelle relative a diritti supremi inviolabili *ex art. 2 Cost.*, non formulate nel testo costituzionale in una specifica disposizione, e neppure inferibili da esso, per quanto i costituzionalisti si sforzino di farlo. Esiste dunque davvero – per esprimersi come il teorico neo-originalista americano Akhil Amar a proposito della costituzione federale statunitense – una (parte della) costituzione italiana non scritta, formata da principi totalmente inespressi<sup>41</sup>.

La locuzione «principi totalmente inespressi» fu usata da Guastini nella sua prima tematizzazione delle norme implicite, per una sottoclasse di queste<sup>42</sup>, ma oggi è da lui abbandonata, sicché è sinora sfuggita alla discussione in corso. Guastini comprendeva nella sottoclasse, alla rinfusa, separazione dei poteri e Stato di diritto, come Amar, più dottrina della costituzione materiale, principio di conservazione dei documenti legislativi, e persino (la teoria della) norma (o meglio principio) generale esclusiva(o)<sup>43</sup>.

La sottoclasse sembra abbastanza eterogenea, in effetti, da spiegarne l’abbandono. Eppure, l’idea di principi inespressi, benché scandalosa per il teorico normativista e giuspositivista, o forse proprio per questo, merita di essere recuperata. In 4.3, seguendo Crisafulli, chiamerò così una sottoclasse delle norme – non implicite, ma – inesprese, comprendente almeno i principi istituzionali di teorici istituzionalisti come Santi Romano, e forse anche principi ulteriori, la cui positività pare ancor meno evidente.

Di fatto, le giurisprudenze costituzionali dei diversi paesi ammettono pacificamente l’esistenza di principi che le rispettive Carte non nominano, o ai quali non dedicano una specifica disposizione. Per limitarci alla Costituzione italiana, basti

<sup>39</sup> «The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people».

<sup>40</sup> Canale 2020: 30. Qui Canale usa, salvo le parti della citazione sostituite con i puntini, la stessa definizione di norme implicite che proporrò in 4.1.

<sup>41</sup> Amar 2012.

<sup>42</sup> Guastini 1990: 124: «altri principi appaiono, per così dire, totalmente inespressi, cioè né formulati né impliciti in alcun segmento del discorso legislativo».

<sup>43</sup> Guastini 1990: 126.

pensare a principi istituzionali come separazione dei poteri o Stato di diritto, riconducibili solo a consuetudini, convenzioni, o prassi costituzionali. Che dire, però, di principi ancor più fondamentali come vita, dignità umana, laicità dello Stato? Che dire della stessa giustizia?

La dottrina costituzionale italiana più risalente parla, per tutti questi principi, di «natura delle cose», «costituzione materiale», «principi di struttura»<sup>44</sup>. La dottrina più recente, e anche la giurisprudenza costituzionale, si affanna a indicare “ganci” testuali cui appenderli, come s’è visto per le estensioni del principio d’uguaglianza. In sede di teoria generale, però, ci si può domandare se l’emergere di principi siffatti, nello stato costituzionale, non sia sintomo di un processo di de-positivizzazione del diritto (cfr. 4.3).

Ricapitolando, la contestualizzazione del problema delle norme implicite ci ha portato a concentrare l’attenzione sulla teoria del diritto continentale, nel passaggio dallo stato legislativo allo stato costituzionale. È questo il contesto in cui sono apparse la distinzione-madre, disposizione/norma, e la distinzione-figlia, norme esplicite/implicite. Il problema delle norme implicite nasce qui: non come una curiosità, però, ma come uno dei fenomeni più caratteristici del diritto nel suo “stato” costituzionale.

#### 4. Norme implicite, inesprese e principi inespressi

Rispetto all’elencazione più esaustiva dei sensi di “norma implicita”, stilata da Giovanni Battista Ratti<sup>45</sup>, nelle sezioni precedenti sono emersi tre tipi principali di norme implicite, distinte non riguardo al contenuto ma semmai alla formulazione e all’autore: norme implicite, norme inesprese, e principi inespressi. Prima di esaminarli uno per uno, però, occorre ricapitolare brevemente lo stato della discussione: tematizzazione originaria, sviluppi successivi, critiche, sino alla riformulazione discussa qui<sup>46</sup>.

Come si accennava all’inizio, la distinzione norme esplicite (esprese)/implicite (inesprese), è stata formulata da Guastini negli anni Novanta del secolo scorso, quando l’autore insegnava anche diritto costituzionale. Oggi, alcune delle tesi originarie sono cadute: la qualifica delle norme implicite come norme “apocriefe” di origine dottrinale, i principi totalmente inespressi... Nel frattempo, però, la distinzione s’è

<sup>44</sup> Così, ad esempio, Biscaretti di Ruffia 1983: 99 ss.

<sup>45</sup> Cfr. Ratti 2008: 319-320 e ss. Fra gli otto tipi non compaiono le norme consuetudinarie, che benché inesprese non sono implicite in altre norme.

<sup>46</sup> Per un resoconto molto più dettagliato, cfr. Barberis 2019.

intrecciata – ma non sovrapposta – alla distinzione fra interpretazione e costruzione<sup>47</sup>.

Mentre le norme esplicite, cioè, sarebbero frutto d'*interpretazione* delle disposizioni, le norme implicite sarebbero prodotte dall'integrazione del diritto vigente: una delle tante attività, specie dottrinali, ricomprese da Riccardo sotto la denominazione di *costruzione*<sup>48</sup>. L'opposizione interpretazione/costruzione risale alla dottrina tedesca dell'Ottocento e ricompare nel neo-originalismo statunitense odierno: ma con uno dei soliti equivoci che affliggono la teoria generale internazionale.

Mentre nella dottrina tedesca e in Guastini, cioè, "costruzione" (*Konstruktion*) designa un'attività eminentemente dottrinale<sup>49</sup>, nel neo-originalismo statunitense indica un'attività meramente giudiziale: l'applicazione, o interpretazione in concreto<sup>50</sup>. Sotto la rubrica interpretazione/costruzione, nondimeno, il tema è stato discusso da Diciotti e Giorgio Pino nel 2013, sulla «Rivista di filosofia del diritto»<sup>51</sup>, e poi ripreso da Canale nel 2019, in una relazione divenuta il saggio discusso oggi su «Analisi e diritto».

La distinzione norme esplicite/implicite formulata da Guastini è stata riformulata da Canale semplificandola ulteriormente, se possibile. Si dicono esplicite e implicite, per Damiano, norme prodotte grazie a due tipi diversi di inferenza: interpretazione e costruzione. Che le due inferenze siano differenti, per la verità, non è così ovvio: ad esempio, la costruzione presuppone l'interpretazione, le norme implicite le esplicite, ed entrambe le inferenze si presentano come relazioni diadiche e asimmetriche<sup>52</sup>.

Circa la riformulazione di Canale, così, temo abbia ragione Guastini: «Il punto

---

<sup>47</sup> Per la storia, la prima apparizione del termine si trova forse in Guastini 1989:127, n. 40, nella sua traduzione di un passo di Aleksandr Peczenik, *Non-Equivalent Transformation and the Law* (1979) che suona: «Ma da dove è tratta questa norma? Non è tratta da alcuna fonte scritta. In realtà essa è *costruita*. Le fonti del diritto non sono altro che argomenti usati nel processo di costruzione di tale norma» (corsivo nel testo).

<sup>48</sup> Cfr. Guastini 2011a: 32-33: l'elenco, aperto, comprende la creazione di lacune assiologiche, l'integrazione delle medesime, la concretizzazione di principi, la creazione di gerarchie assiologiche, il bilanciamento, la soluzione di (talune) antinomie.

<sup>49</sup> Cfr. sin dal titolo Lazzaro 1965.

<sup>50</sup> Cfr. Solum 2010; Cisneros 2010; Berman, Toh, 2013, Kay 2017. Sull'originalismo in genere, cfr. Sardo 2018.

<sup>51</sup> Il titolo della parte monografica della rivista, curata da Vito Velluzzi, era infatti "Interpretazione e costruzione del diritto. Riflessioni su *Interpretare e argomentare* di Riccardo Guastini". Cfr. Pino 2013, Diciotti 2013, Guastini 2013: 125-136. Guastini ha poi riscritto la propria *Replica* in Id. 2017: 241-252.

<sup>52</sup> Canale 2000: 2, n. 8. Per la terminologia, cfr. Russell 1919: 42-51, e MacBride 2016: fra le relazioni a due termini si dicono simmetriche relazioni come "A e B sono sposati", non simmetriche relazioni come "A ama B", asimmetriche relazioni non simmetriche come "A è più alto di B". La ragione principale di una distinzione intuitiva fra dire e implicare che risale almeno a Gottlob Frege mi pare addotta da Canale alla successiva nota 12: gli argomenti interpretativi sarebbero inferenze semplici, del genere *modus ponens*, quelli costruttivi inferenze complesse, con componenti non solo deduttive ma anche induttive e abduttive.

è che non esiste una chiara distinzione tra ciò che un testo significa e ciò che il suo significato implica»<sup>53</sup>. Oltretutto, la distinzione dipende davvero dal tipo d'inferenza, come potrebbe apparire generalizzando distinzioni correnti fra i giuristi positivi, come quella fra interpretazione estensiva e analogia? O non dipende soprattutto dal contesto e dalla storia istituzionale, come suggeriscono tutti gli esempi addotti nella sezione precedente?

Ciò considerato, temo abbia ancor più ragione Pino quando, in un lavoro precedente, insiste sul carattere quantitativo e non qualitativo di tutte queste distinzioni<sup>54</sup>. Rispetto al significato letterale, meglio, al significato convenzionalmente e mutevolmente attribuito a una disposizione, si danno solo diversi "scarti" interpretativi, graduabili come minimi, intermedi o massimi. Per gli scarti minimi si parlerà di norme esplicite e d'interpretazione, per quelli massimi di norme implicite e di costruzione: ma che dire degli intermedi?

L'unica e chiara distinzione qualitativa, forse, resta proprio quella fra disposizione e norma. Sin dalla relazione del 2019, in effetti, mi era parso che la riformulazione di Canale potesse ri-riformularsi ancor più semplicemente così. Qui di seguito provo a riformularla appunto in termini di disposizioni e norme. Senza nascondermi, però, che la distinzione norme esplicite/implicite, anche ridotta all'osso, resta di scarso interesse pratico, e anche in teoria andrebbe ricompresa nelle distinzioni più nette che traccio subito dopo.

#### 4.1. *Norme implicite*

Propongo allora di chiamare esplicite le norme direttamente inferite da una disposizione tramite interpretazione in senso stretto, implicite, invece, le norme inferite indirettamente, *sempre tramite interpretazione*, dalle (formulazioni delle) norme esplicite precedenti. Illustro brevemente le conseguenze della proposta. Anzitutto, la distinzione norme esplicite/norme implicite torna a non dipendere dalla distinzione interpretazione/costruzione: con la quale del resto, prima della riformulazione di Canale, non aveva mai coinciso.

Così riformulata, in particolare, la distinzione norme implicite/esplicite non dipende più dalla distinzione fra argomenti interpretativi e costruttivi<sup>55</sup>: distinzione che potrebbe anche continuare a tracciarsi, tanto nei termini di Canale quanto nei miei. A parte la distinzione fra interpretazione estensiva e analogia in penale<sup>56</sup>, però, viene da chiedersi cosa ci sarebbe di male ad ammettere, con Pino, che gli *stessi*

<sup>53</sup> Guastini 2017: 251.

<sup>54</sup> Il riferimento è a Pino 2016: 31-36.

<sup>55</sup> Tarello 1980: 393: «questa seconda distinzione è tanto poco fondata come la prima» (fra argomenti "logici" e "non logici").

<sup>56</sup> Cfr. Di Giovine 2006.

argomenti – argomenti ugualmente denominati – possano avere tanto usi interpretativi quanto costruttivi<sup>57</sup>.

Le ragioni di tipo inferenzialista e contestualista addotte da Damiano, ancora, serviranno a precisare, spiegare, o giustificare la distinzione norme esplicite/implicite: solo, non serviranno più a definirla. L’inferenzialismo – la concezione dei significati in termini d’inferenze – continuerà ad aiutarci a esplicitare l’implicito<sup>58</sup>, anche senza distinguere inferenze interpretative e costruttive. Con sollievo dei giuristi positivi, del resto, che potranno continuare a parlare indistintamente d’interpretazione per entrambe.

Infine, il contestualismo continuerà a evitarci di postulare un significato letterale o a-contestuale della disposizione, magari come criterio distintivo fra norme esplicite e implicite. Tale criterio era proposto dubitativamente anche da Pino, ma solo in alternativa alla soluzione che anch’io ritengo più sensata: rinunciare a una distinzione qualitativa fra interpretazione e costruzione, o limitarla all’analisi dell’attività dottrinale<sup>59</sup>. Sul criterio del significato letterale insiste invece Diciotti<sup>60</sup>, al quale rispondo così.

Per chi adotti una qualsiasi versione della concezione del significato come uso, il significato letterale o a-contestuale è solo un’astrazione dai tanti e mutevoli usi contestuali di uno stesso testo (cfr. 3.3.1). Tarello se n’era liberato ancor più disinvoltamente (cfr. 2.3) che delle distinzioni fra argomenti interpretativi e integrativi, e fra interpretazioni restrittive, letterali, ed estensive. Ecco, forse parlare di significato letterale in quest’ultimo senso è innocuo: ma il significato a-contestuale no, quello si può proprio evitare.

Analogamente, si può forse abbandonare un’altra astrazione basata sull’intuizione che a un testo non può attribuirsi qualsiasi significato: la nozione di cornice, su cui torna anche Canale<sup>61</sup>. Adottata da Guastini per ottime ragioni teoriche<sup>62</sup> – sbarazzarsi dell’idea tarelliana di testi privi di significato *ante interpretationem* – la nozione è sopravvissuta, temo, soprattutto per ragioni meta-teoriche: “moderare” l’originario scetticismo interpretativo “genovese”, ma al prezzo di produrre l’ossimoro dello scetticismo “moderato”.

Il problema con la nozione di cornice di una norma – proprio come con le nozioni di significato letterale e d’interpretazione cognitiva, e per ragioni simili – è che essa

<sup>57</sup> Cfr. già Pino 2013: 88.

<sup>58</sup> Cfr. Bandom 1994; Bandom 2002. Sulle applicazioni giuridiche, cfr. Canale, Tuzet 2009 e Canale 2017.

<sup>59</sup> Pino 2013: 99.

<sup>60</sup> Diciotti 2020: 84.

<sup>61</sup> Canale 2020: 34 ss.

<sup>62</sup> Sempre per la storia, l’adozione della teoria kelseniana della cornice credo avvenga la prima volta in Guastini 1996: 70.



resta metaforica e disperatamente vaga<sup>63</sup>. In particolare, non c'è verso di precisarla perché – di nuovo, come con il significato letterale e l'interpretazione cognitiva – anche la cornice cambia nel tempo<sup>64</sup>. Lettere, cornici, interpretazioni cognitive non solo dipendono da applicazioni contestuali ma non possono (de)limitarle, bensì solo registrarle<sup>65</sup>.

Tornando alla mia proposta, la distinzione norme esplicite/implicite, per non essere del tutto vuota, richiede un criterio ausiliario per individuare le norme. La mia ne suggerisce uno di tipo genealogico: una norma si dice esplicita se inferita da una disposizione *prima*, mentre si dice implicita se inferita, *dopo*, dalla (formulazione della) norma esplicita precedente. Ma inferita come, e da chi? Perché non tutti gli interpreti sono autorizzati a produrre norme giuridiche in senso stretto<sup>66</sup>.

L'unico criterio ausiliario proponibile per individuare le norme giuridiche, esplicite o implicite, credo sia il seguente, indicato anche da Damiano<sup>67</sup>. Non certo le infinite interpretazioni dottrinali: come lascia invece pensare la costruzione di Guastini. E neppure le interpretazioni giudiziali singole, da parte di un solo giudice: benché decisioni singole di corti superiori possano davvero produrre norme. Semmai, le interpretazioni giudiziali collettive: giurisprudenze costanti, con gli inevitabili margini di vaghezza della nozione.

La ri-riformulazione della distinzione-figlia nei termini della distinzione-madre comporta un'ovvia semplificazione, ma può comportare anche una relativizzazione. Si pensi ancora all'art. 3, c. 1, Cost. e al passaggio, dall'ipotetico primo significato esplicito, per progressive estensioni di significato che incorporavano i significati precedenti nei successivi, al principio d'uguaglianza, al principio-di-uguaglianza-più-ra-gionevolezza, sino a tutti i significati precedenti più il principio di proporzionalità.

Davanti a queste estensioni del significato, la distinzione norme esplicite/implicite qui proposta è passibile di due usi diversi. Intanto, un uso assoluto, sincronico: la prima interpretazione resta sempre la norma esplicita, e le successive sempre norme implicite. Poi, e in questo consiste la possibile relativizzazione, un uso relativo, diacronico: i significati convenzionali cambiano. Un tempo, forse, l'art. 3, c. 1, ha espresso solo un divieto di discriminazione: ma oggi esprime pacificamente almeno altri due o tre principi.

Certo, se si tiene alla distinzione per la distinzione, o si vuole denunciare la “cre-

<sup>63</sup> Nonostante tutti gli sforzi meritoriamente compiuti per specificarla: cfr. in particolare Chiassoni 2015: specie 352-354.

<sup>64</sup> Cfr. Guastini 2011: 36, nei termini della (cosiddetta) interpretazione cognitiva. Sul cambiamento del significato letterale, cfr. almeno Luzzati 1990: 201 ss.

<sup>65</sup> Sul carattere contestuale delle interpretazioni giudiziali, specie da parte dei giudici ordinari, cfr. Canale, Tuzet 2017b.

<sup>66</sup> Nei termini di Guastini 2011: 31: solo la giurisprudenza produce norme “autentiche”, à la Kelsen, ossia con conseguenze giuridiche, almeno *inter partes*.

<sup>67</sup> Canale 2000: 8 (?).

azione” giudiziale di norme implicite, o si fa storia della giurisprudenza, ci si atterrà all’uso assoluto. Ma per un giurista positivo, interessato solo a ricostruire il significato odierno dell’art. 3 c. 1, Cost., l’uso relativo basta e avanza. E lo stesso, forse, vale anche per un teorico del diritto (realmente) realista: il quale, dopo essersi servito della distinzione norme esplicite/implicite, può ben liberarsene, come il lettore del *Tractatus* con la scala<sup>68</sup>.

#### 4.2. *Norme inesprese*

In tutte le teorizzazioni delle norme implicite sinora discusse, gli aggettivi “implicito” e “inespresso” sono stati usati come sinonimi: ma non lo sono affatto. Già nel linguaggio ordinario, “implicito” significa “già contenuto in un discorso, scritto od orale”, e come tale meritevole di essere esplicitato. “Norme implicite”, in particolare, indica norme implicite *in* altre norme, perché logicamente implicate in esse oppure, per estensione, perché inferite da esse in altri modi, in una catena d’interpretazioni virtualmente infinita.

“Inespresso”, invece, vuol dire semplicemente non formulato linguisticamente, ma al massimo formulabile<sup>69</sup>. È inespressa, e forse non linguistica ma meramente comportamentale, la gran parte degli automatismi, regolarità, o regole che gli umani seguono nella vita quotidiana<sup>70</sup>. Fra le stesse norme giuridiche possono ben dirsi inesprese, perché non inferite da un testo ma da una condotta, e quindi non canonicamente formulate, le consuetudini: ma pure, come vediamo fra un attimo, i precedenti giudiziari.

Nella secolare discussione sui «principi generali del diritto» *ex* art. 3 Prel. al Codice civile del 1865, ad esempio, i privatisti sostennero trattarsi di norme implicite, ricavabili per astrazione da norme esplicite più particolari, mentre i pubblicisti – specie se istituzionalisti, nel solco di Santi Romano – sostennero che si trattava di fatti (istituzionali). Fu Crisafulli, allievo normativista di Romano, a considerarli principi inespressi istituzionali, inferiti da consuetudini, convenzioni, e prassi istituzionali<sup>71</sup>.

La distinzione norme espresse/inesprese, dunque, non coincide né linguisticamente né giuridicamente con la distinzione norme implicite/implicite: come confermato dal fatto che nella nostra discussione le consuetudini compaiono solo *in limine*, per essere subito escluse. Ma soprattutto la distinzione norme espresse/

<sup>68</sup> Wittgenstein 1964: 82 (6.54): «colui che mi comprende [...] deve, per così dire, gettare via la scala dopo che v’è salito».

<sup>69</sup> Così, nei termini del principio di esprimibilità di John Searle, Barberis 1990.

<sup>70</sup> Cfr. Brigaglia, Celano 2017. Altro che caso-limite, come ritiene Pino 2016: 36: sono le consuetudini il caso normale, le norme giuridiche sono un caso anomalo.

<sup>71</sup> Cfr. Crisafulli 2020 (ma il saggio fu pubblicato nel 1941 sulla «Rivista internazionale di filosofia del diritto»). Sulla vicenda, cfr. Bin 2020.

inespresse va considerata preliminare a, e comprensiva de, la distinzione norme implicite/implicite: si danno cioè norme espresse e inesprese e, fra le espresse, norme esplicite e implicite.

Il tipo più problematico di norme inesprese, d'altra parte, restano i principi chiamati totalmente inespressi da Guastini, come sottoclasse delle norme implicite (cfr. 3.3), ma poi spariti dalla discussione anche perché apparivano eterogenei, comprendendo principi di origine consuetudinaria, giurisprudenziale, dottrinale, teorica, o addirittura filosofica. Tali principi fanno problema non solo perché è dubbio se siano impliciti o inespressi, nel senso appena adottato, ma, prim'ancora, se si possa considerarli positivi.

#### 4.3. *Principi inespressi (e de-positivizzazione)*

I principi totalmente inespressi elencati da Guastini trent'anni fa erano, per la maggior parte, principi istituzionali, spesso applicati dalla Corte costituzionale non tanto nella sua qualità di giudice delle leggi quanto nello svolgimento di un'altra funzione cruciale: la soluzione dei conflitti d'attribuzione fra i poteri dello Stato. È appunto qui che diventano particolarmente rilevanti consuetudini, convenzioni, e prassi istituzionali, che Crisafulli qualifica come principi istituzionali inespressi del sistema costituzionale italiano.

La separazione dei poteri è condizione istituzionale dell'esistenza stessa della costituzione, di cui lo Stato di diritto è un obiettivo. La costituzione materiale non è altro che il funzionamento effettivo delle istituzioni, eventualmente distinto da quello fissato dalla costituzione formale. La conservazione dei documenti normativi, per le leggi, è ricavabile dallo stesso principio democratico. Persino il principio generale esclusivo è ritenuto da Crisafulli insito in tutte le costituzioni che adottano il principio di legalità<sup>72</sup>.

C'è però almeno un'altra sottoclasse di principi inespressi che né Crisafulli né Guastini menzionano, e che non può ridursi, come la precedente, a espressione di consuetudini, convenzioni e prassi istituzionali. Che dire, infatti, di principi come la tutela della vita, la dignità umana, la laicità dello Stato? Che dire della stessa giustizia? Potremmo mai immaginare la costituzione di uno stato costituzionale e forse, nel caso di vita e giustizia, una costituzione *tout court* che non li prevedesse?

Guastini riteneva che i suoi principi totalmente inespressi fossero basati solo su opinabili dottrine politiche o giuridiche<sup>73</sup>. Altri potrebbero ricondurre questa sottoclasse di principi inespressi – si pensi in particolare alla tutela di vita e dignità umana – ai sistemi sovranazionali con i quali il sistema italiano è ormai integrato,

<sup>72</sup> Crisafulli 2020: 185, n. 29: «la norma generale esclusiva è un vero principio generale, il più generale, anzi». Il principio di legalità era già formulato nel codice penale fascista del 1930, all'art. 1.

<sup>73</sup> Guastini 1990: 131.

specie Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Carta di Nizza. Per amor di discussione, invece, sosterrò che possano considerarsi consuetudini interpretative giudiziali, frutto di giurisprudenze costanti.

Come le *doctrines* dei precedenti di *common law*, a partire dallo stesso principio dello *stare decisis*, tali principi, che chiamerò non istituzionali, possono cioè ritenersi di origine tanto giudiziale quanto consuetudinaria: Alf Ross ritiene, a ragione, consuetudini e precedenti due specie dello stesso genere<sup>74</sup>. Per l'esistenza, e la positività di tali principi, peraltro, occorre che siano adottati: 1) non solo dalla dottrina, ma anche 2) dai giudici, specie costituzionali, e soprattutto 3) che lo siano pacificamente, in modo incontestato.

1) I principi inespressi non possono essere meramente dottrinali: anche per Guastini, dopotutto, la dottrina partecipa alla produzione del diritto solo avanzando «tesi dogmatiche», che concorrono con regole della lingua e argomenti interpretativi alla determinazione della cornice di significato di una norma giuridica<sup>75</sup>. Detto altrimenti, una tesi dogmatica, da sola, non è condizione sufficiente per produrre una norma giuridica né implicita né meno che mai inespressa, se non in congiunzione con norme esplicite o implicite.

2) I principi inespressi, dunque, possono sì essere di origine dottrinale ma devono essere accolti dalla giurisprudenza. In questo, sono più simili alle *doctrines* del *common law*, anch'esse di origine istituzionale e procedurale, che alla dottrina continentale, cui assomigliano solo per livello d'astrazione. Per il formarsi di una consuetudine giudiziale, d'altronde, non basta una singola decisione (un precedente in senso stretto), neppure di una Corte costituzionale: ne occorre un'intera serie, una giurisprudenza.

3) Infine, i principi inespressi non istituzionali devono essere adottati pacificamente, in modo incontestato: proprio come avviene per il formarsi delle consuetudini extragiudiziali. Certo, principi come tutela della vita, dignità umana, laicità dello Stato e persino giustizia – almeno nel suo nucleo indiscusso, il principio di uguaglianza – saranno fatalmente passibili d'interpretazioni differenti: anche perché, piuttosto che attribuire diritti, fungono da meta-diritti, criteri per l'attribuzione di diritti.

Non è il loro contenuto, dunque, ma la loro stessa vigenza, anche indipendentemente da qualsiasi previsione positiva, che deve ritenersi un dato incontestato. Emergono qui tre caratteri di tali principi, corrispondenti ai tre principali requisiti della consuetudine. Essi devono provenire da una regolarità di decisioni (*diuturnitas*), es-

<sup>74</sup> Cfr. Ross 1946: 143, e Ross 1965: 74 e 96, dove si distinguono fonti oggettivate (legislazione), parzialmente oggettivate (consuetudini e precedenti) e non oggettivate (tradizioni culturali, "ragione"), affermando che il giusrealismo si distingue dal positivismo giuridico proprio perché ammette fonti «non formalmente stabilite». Cfr. Barberis 2017: specie 334-337.

<sup>75</sup> Guastini 2011: 28.

sere percepiti come intrinsecamente giuridici (*opinio iuris*), se non proprio come necessari (*opinio necessitatis*): almeno nel senso, come si diceva, che non sarebbe concepibile uno stato costituzionale, o addirittura una costituzione che non li prevedesse<sup>76</sup>.

Ma questo solleva il problema della positività dei principi inespressi non istituzionali. “Positivo”, qui, non può significare solo “di produzione umana”: anche il diritto naturale sarebbe positivo in questo senso ecumenico. “Positività” può significare solo contingenza (non-necessità) del diritto, in un duplice senso. Da un lato, non esistono contenuti giuridici necessari. Dall’altro, i contenuti giuridici possibili sono infiniti. È stata proprio questa doppia contingenza a caratterizzare la positività del diritto nello stato legislativo<sup>77</sup>.

Già la de-codificazione, però, con la sostituzione delle leggi speciali al codice, aveva mostrato un eccesso di contingenza del diritto legislativo. Le guerre del Novecento, con la sostituzione dei decreti alle leggi ordinarie, hanno aumentato ancora il tasso di contingenza. Auschwitz, infine, ha mostrato che la doppia contingenza del diritto legislativo può essere autodistruttiva: meno per la sua non-necessità che per le infinite, intollerabili possibilità che apre. Di qui lo stato costituzionale e la de-positivizzazione del diritto.

“De-positivizzazione” potrebbe definirsi appunto come il processo attraverso il quale la doppia contingenza del diritto, tipica dello stato legislativo, viene ridotta e limitata. Invertendo la direzione di sviluppo che va dallo stato giurisdizionale allo stato legislativo, cioè, lo stato costituzionale rende più difficile mutare taluni contenuti del diritto. In particolare, mutano con difficoltà crescenti, ascendendo la gerarchia delle fonti, atti, regolamenti, decreti, leggi, costituzioni: e anche, paradigmaticamente, i principi inespressi non istituzionali.

## 5. Conclusione

La distinzione norme esplicite/implicite, formulata da Guastini e riformulata da Canale, è stata qui ulteriormente riformulata, riconducendola alla sua matrice, la distinzione disposizione/norma, e dissolvendo alcuni dei problemi che sorgevano nelle sue versioni precedenti. Tutto ciò ne rende possibile tanto un uso assoluto, sincronico, quanto un uso relativo, diacronico, che registri i diversi significati attribuiti nel tempo dalla giurisprudenza a una stessa disposizione: soluzione, la seconda, che preferisco.

La distinzione norme esplicite/implicite è stata poi ricompresa in un’altra, fra norme espresse, inferite da testi, e norme inesprese, inferite da fatti. Fra queste ultime, infine, si sono individuati principi inespressi, pacificamente ammessi dai giuristi

<sup>76</sup> Questi caratteri fattuali, emergenti persino nel normativista Crisafulli, riemergono in Bartole 1986.

<sup>77</sup> Luhmann 1990: specie 208.

benché originati solo da consuetudini istituzionali e giudiziali. Rispetto a essi si è anche ipotizzato un processo di de-positivizzazione: beninteso rispetto a quella nozione di positività, tipica dello stato legislativo, che è la vera ragione della resistenza ad ammettere tutti questi tipi di norma.

Dal mio punto di vista, dunque, il problema delle norme implicite merita la seguente dissoluzione: ci sono sempre state e sempre ci saranno, nel diritto, norme non formulate ma solo formulabili, che non rispondono ai criteri di positività troppo stretti dello stato legislativo. Non solo la distinzione norme esplicite/implicite non fa più scandalo, riducendosi alla distinzione disposizioni/norme, ma i soli problemi aperti restano altri: i principi inespressi, specie se non istituzionali, e la de-positivizzazione del diritto.

## Bibliografia

- Alexy, R. (2012). *Teoria dei diritti fondamentali* (1985), trad. it., Bologna, il Mulino.
- Amar, A. (2012). *America's Unwritten Constitution. Precedents and Principles we Live By*, New York, Basic Books.
- Barberis, M. (1990). *Regole e linguaggio. Primi elementi per la critica del prescrittivismismo*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1990*, Torino, Giappichelli, 9-28.
- Barberis, M. (2017a). *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- Barberis, M. (2017b). *Pragmatics of Adjudication*, in F. Poggi, A. Capone (eds.), *Pragmatics and Law. Practical and Theoretical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 333-348.
- Barberis, M. (2018). *Il diritto futuro e la sua de-positivizzazione*, «Persona y derecho», 79, 51-69.
- Barberis, M. (2019). *Lo que los juristas no dicen. Normas no expresadas y despositivización*, «Revista oficial del poder judicial», 9/11, 179-217.
- Bartole, S. (1986). *Principi del diritto (dir. cost.)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milano, Giuffrè.
- Berman, M.N., Toh, K. (2013). *On What Distinguishes New Originalism from Old: a Jurisprudential Take*, «Fordham Law Review», 82, 545-576.
- Bin, R. (2018). *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, «Rivista AIC», 4, 633-650.
- Bin, R. (2020). *Principi generali del diritto e "fatti"*, «Lo Stato», vii/13, 177-182.
- Brandom, R.B. (1994). *Making It Explicit*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

- Brandom, R.B. (2002). *Articolare le ragioni. Un'introduzione all'inferenzialismo* (2000), trad. it. Milano, Il Saggiatore.
- Brigaglia, M., Celano, B. (2017). *Rivoluzione cognitivista e teoria del diritto: un programma di ricerca*, «Diritto & questioni pubbliche», 17, 523-535.
- Canale, D. (2017). *L'indeterminatezza interpretativa delle norme: un approccio inferenzialista*, «Analisi e diritto», 31-60.
- Canale, D. (2019). *In difesa della distinzione fra interpretazione e costruzione giuridica*, in P. Chiassoni, P. Comanducci, G.B. Ratti (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, Madrid, Marcial Pons, vol. II, 239-268.
- Canale, D. (2020). *Norme espresse e norme inesprese. Un'analisi concettuale*, in questo volume, 13-42.
- Canale, D., Tuzet, G. (2009a). *The Rules of Inference. Inferentialism in Law and Philosophy*, Milano, Egea.
- Canale, D., Tuzet, G. (2009b). *Judicial Scorekeeping*, in Canale, Tuzet (2009a): 73-89.
- Chiassoni, P. (2011). *Disposición vs norma. Una distinción revolucionaria*, introduzione a S. Pozzolo, R. Escudero (editores), *Disposicion vs. norma*, Lima, Palestra.
- Chiassoni, P. (2015). *Dei difetti dell'evoluzionismo giuridico*, «Rivista di filosofia del diritto», 4/2, 335-358.
- Cisneros, L.A. (2010). *The Constitutional Interpretation/Construction Distinction: a Useful Fiction*, «Constitutional Commentary», 27, 71-93.
- Crisafulli, V. (1952). *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè.
- Crisafulli, V. (1964) *Disposizione (e norma)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, 195-209.
- Crisafulli, V. (1984). *Lezioni di diritto costituzionale, vol. II, L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, Padova, Cedam.
- Crisafulli, V. (2020). *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto. Parte seconda* (1941), «Lo Stato», VII/13, 183-200.
- Diciotti, E. (2013). *Norme espresse e norme inesprese. Sulla teoria dell'interpretazione di Riccardo Guastini*, in «Rivista di Filosofia del diritto», 2/1, 103-124.
- Diciotti, E. (2020). *Norme inesprese, significati acontestuali, argomenti dell'interpretazione*, in questo volume, 69-91.
- Di Giovine, O. (2006). *L'interpretazione nel diritto penale fra creatività e vincolo alla legge*, Milano, Giuffrè.
- Fioravanti, M. (2002), *Stato e costituzione*, in Id. (ed.), *Lo Stato moderno in Europa*, Roma-Bari, Laterza.
- Geiger, Th. (2018). *Studi preliminari di sociologia del diritto* (1947), trad. it. Milano-Udine, Mimesis.

- Guastini, R. (1986). *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, Laterza, 173-201.
- Guastini, R. (1990). *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli.
- Guastini, R. (1996). *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Guastini, R. (2011a), *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- Guastini, R. (2011b). *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Guastini, R. (2013a). *Distinguendo ancora*, Madrid, Marcial Pons.
- Guastini, R. (2013b). *Replica*, «Rivista di filosofia del diritto», 1, 125-136.
- Guastini, R. (2014), *La sintassi del diritto. Seconda edizione*, Giappichelli, Torino.
- Guastini, R. (2017). *Discutendo*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- Kay, R.S. (2017). *Construction, Original Interpretation and the Complete Constitution*, «Journal of the Constitutional Law», 19, 1-25.
- Lazzaro, G (1965). *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, Giappichelli.
- Luciani, M. (2016). *Interpretazione conforme a Costituzione*, voce in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 391 ss.
- Luhmann, N. (1977). *Sociologia del diritto* (1972), trad. it. parz. Roma-Bari, Laterza.
- Luhmann, N. (1990). *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale* (1984), trad. it. Bologna, il Mulino.
- MacBride, F. (2016). *Relations*, voce in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- Mattei, U., Pes, L.M. (2008). *Civil Law and Common Law: Toward Convergence?*, in K. Whittington, R.D. Kelemen, G.A. Caldeira (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 267-280.
- Navarro, P.E. (2018). *The Uncertain Limits of Law. Some Remarks on Legal Positivism and Legal Systems*, «Analisi e diritto», 2, 9-38.
- Paladin, L. (1996). *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino.
- Pino, G. (2013). *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2/1, 77-101.
- Pino, G. (2014). *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, Mucchi.
- Pino, G. (2016). *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, Edizioni ETS.
- Pino, G. (2020). *Norme inesprese*, in questo volume, 93-126.
- Ratti, G. B. (2008). *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Raz, J. (1994). *Ethics and Public Domain*, Oxford, Oxford University Press.
- Recanati, F. (2004). *Literal Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Ross, A. (1946). *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of Dualism in Law*, Copenhagen, Einar Munksgaard.



- Ross, A. (1965). *Diritto e giustizia* (1952; 1958), trad. it., Torino, Einaudi.
- Russell, B. (1919). *Introduction to Mathematical Philosophy*, London, Allen & Unwin.
- Sardo, A. (2018). *L'originalismo e la sfida del bilanciamento*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- Schmitt, C. (1972). *Legalità e legittimità* (1932), trad. it. in Id., *Le categorie del "politico"*, Bologna, il Mulino, 211-244.
- Solum, L. (2010). *The Interpretation-Construction Distinction*, in «Constitutional Commentary», 27, 95-118.
- Sorrentino, F. (2018). *Le dimensioni dell'eguaglianza nella Costituzione e nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in F. Mastromartino (a cura di), *Teoria e pratica dell'eguaglianza. Percorsi di analisi critica*, Roma, L'Asino d'Oro, 27-61.
- Tarello, G. (1974). *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, il Mulino.
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè.
- Tarello, G. (1988). *Sulla teoria (generale) del diritto*, in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il Mulino, 391-399.
- von Wright, G.-H. (1989). *Norma e azione. Un'analisi logica* (1963), trad. it. Bologna, il Mulino.

