

Norme espresse, significati acontestuali, argomenti dell'interpretazione

*Enrico Diciotti**

Sommario

Negli ultimi decenni, Riccardo Guastini ha introdotto nella teoria dell'interpretazione giuridica la distinzione tra norme espresse e norme inesprese. Secondo Guastini e Damiano Canale, questa distinzione dipende dalla distinzione tra due tipi di attività e di argomentazione interpretativa: è espressa una norma identificata utilizzando le tecniche dell'interpretazione intesa in senso stretto; è inespressa una norma identificata utilizzando le tecniche della costruzione giuridica. In questo articolo avanzo alcune obiezioni alla posizione di Guastini e Canale e propongo le seguenti definizioni: una norma è espressa se corrisponde a un possibile significato di un testo normativo, cioè a un significato che questo testo è in grado di esprimere conformemente alle regole della lingua; una norma è inespressa se non corrisponde a un significato di questo genere.

Parole chiave: Norme espresse e inesprese. Significato letterale. Interpretazione giuridica. Costruzione giuridica. Argomentazione interpretativa.

Abstract

During the last decades, Riccardo Guastini introduced the distinction between expressed and unexpressed norms into the Italian theory of legal interpretation. According to Guastini and Damiano Canale, such a distinction is grounded on a distinction between two kinds of interpretive activity and reasoning: an expressed norm is identified through the techniques of interpretation strictly understood; an unexpressed norm is identified through the techniques of legal construction. Here I criticize such a view and propose the following definitions: a norm is expressed if it corresponds to a possible meaning of a legal text, that is, a meaning which can be expressed by this text in accordance with linguistic rules; a norm is unexpressed if it does not correspond to any meaning of this sort.

Keywords: Expressed and Unexpressed Norms. Literal Meaning. Legal Interpretation. Legal Construction. Interpretive Argumentation.

* Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Siena, via Mattioli 10, 53100 Siena, Italia, enrico.diciotti@unisi.it.

1. Norme espresse e norme inesprese

La distinzione tra norme espresse e norme inesprese appare ovvia a chiunque prenda in considerazione le attività interpretative dei giudici e dei giuristi sulla base del semplice senso comune. Essa è implicita nell'idea che ci siano lacune nel diritto e che i giudici provvedano a colmarle: una lacuna consiste infatti nella mancanza di una norma espressa relativa a un certo caso e, se un giudice colma una lacuna, può farlo solo individuando (creando, costruendo) una norma inespressa. Ed è sufficiente leggere il testo della Costituzione italiana per ammettere che questa espressamente riconosce il diritto di manifestazione del pensiero ma non il diritto all'informazione o il diritto all'identità personale, cioè che solo il primo di questi diritti è conferito da una norma espressa.

Dall'ovvietà della distinzione non segue che essa sia sempre utilizzabile, cioè che sia sempre possibile dire con certezza se una norma sia espressa oppure inespressa, né che ci sia un modo ovvio e indiscutibile di precisarla, né che essa sia indiscutibilmente utile alla teoria dell'interpretazione giuridica. Anzitutto, i concetti di norma espressa e di norma inespressa sono indeterminati: ci sono norme che chiunque qualificherebbe come espresse; ce ne sono altre che chiunque qualificherebbe come inesprese; però, ce ne sono altre ancora che alcuni qualificherebbero come espresse e altri come inesprese, mentre molti si limiterebbero ad esprimere i loro dubbi sul modo in cui dovrebbero essere qualificate. E una ridefinizione che miri a rendere questi concetti meno indeterminati non può che basarsi su stipulazioni che, inevitabilmente, non tutti accetteranno. Ed è anche possibile che questi concetti vengano ritenuti infondati, inutili o fuorvianti da qualche teoria dell'interpretazione giuridica¹.

La questione dell'utilità di questi concetti si intreccia con quella della loro ridefinizione, perché sia l'utilità di un concetto sia il modo in cui è opportuno precisarlo dipendono dalle finalità della teoria che lo accoglie. Se uno stesso concetto viene utilizzato per scopi diversi da due diverse teorie, è probabile che esso venga precisato diversamente da queste teorie. Non è qui possibile esaminare e discutere tutte le questioni che possono essere sollevate riguardo alla distinzione tra norme espresse e norme inesprese e ai modi in cui è possibile precisarla. Mi limiterò ad evidenziare il fatto che essa non viene sufficientemente chiarita da Riccardo Guastini, che pure ha il merito di averla introdotta nella teoria dell'interpretazione², ad esaminare il modo in cui viene precisata da Damiano Canale e ad esporre una mia proposta di ridefinizione.

¹ In particolare, la distinzione tra norme espresse e inesprese può essere rifiutata da una teoria secondo cui l'interpretazione giudiziale è costitutiva del significato dei testi normativi, ed è dunque insensata qualsiasi affermazione riguardo a ciò che un testo normativo *di per sé* esprime o non esprime (vedi l'idea dell'interpretazione giudiziale come «interpretazione autentica» dei testi normativi in Kelsen 1966: 387-388; Millard 2009: 92-95; Troper 2001: 71-84).

² A partire da Guastini 1990: 30-33 (ma la distinzione è già sostanzialmente presente in Guastini 1986a). Per una storia della distinzione, vedi Barberis 2019: 181-199.

2. La distinzione tra norme espresse e norme inespresse nella teoria di Riccardo Guastini

Secondo Guastini, la distinzione tra norme espresse e norme inespresse è strettamente legata alla distinzione tra due attività dei giudici e dei giuristi, entrambe interpretative, almeno in senso lato: l'interpretazione in senso stretto e la costruzione giuridica³.

Guastini sostiene che ogni disposizione ha una «cornice», cioè una pluralità, di significati possibili, ovvero è in grado di esprimere una pluralità di norme tra loro alternative⁴. L'*interpretazione in senso stretto* è l'attività di individuazione delle norme espresse ed è eseguita sia da un giurista che cerchi di identificare i possibili significati (la «cornice» dei significati) di una disposizione (*interpretazione cognitiva*) sia da un giudice o da un giurista che ascriva uno di questi significati a tale disposizione (*interpretazione decisoria*). La *costruzione giuridica* consiste invece in ragionamenti che non si concludono con l'individuazione di norme espresse, ma vengono eseguiti a partire da norme espresse previamente individuate: principalmente, i ragionamenti con cui vengono create lacune assiologiche, quelli con cui vengono risolte antinomie, quelli con cui vengono «costruite» norme inespresse ed eccezioni inespresse a norme espresse (d'ora in poi, solo a questi ultimi farò riferimento parlando di costruzione giuridica). In una posizione intermedia tra l'interpretazione in senso stretto e la costruzione giuridica sta, secondo Guastini, l'*interpretazione decisoria creativa*, cioè l'attività con cui viene attribuito a una disposizione un significato non appartenente alla «cornice» dei suoi significati possibili⁵. Questa attività, che Guastini ritiene poco frequente⁶, è simile all'interpretazione in senso stretto per il fatto che si conclude con l'ascrizione di un significato a una disposizione, ma è anche simile alla costruzione giuridica per il fatto che il suo risultato consiste in una norma inespressa.

La distinzione tra norme espresse e norme inespresse non è del tutto chiara nelle pagine di Guastini. Da un lato, Guastini asserisce che è possibile identificare, tramite un'attività conoscitiva (l'interpretazione cognitiva), la «cornice» dei possibili significati di una disposizione, ovvero le norme che una disposizione è in grado di esprimere. Dall'altro lato, egli sembra spesso ritenere che la distinzione tra norme

³ Vedi Guastini 2011: 25-37.

⁴ L'idea che l'interpretazione avvenga all'interno di una «cornice» risale a Kelsen 1989: 111-114, ma nella teoria di Kelsen assume un senso diverso da quello che assume nella teoria di Guastini. Infatti, l'interpretazione è per Guastini un'attività di attribuzione di significati a testi, mentre per Kelsen è anche un'attività di produzione di norme (generali e individuali) in conformità con quanto stabilito da norme di grado superiore (vedi Diciotti 1995: 55-60; Luzzati 1999: 332-338).

⁵ Secondo Guastini 2011: 60, l'interpretazione creativa giudiziale ha effetti importanti sull'interpretazione in senso stretto, poiché il significato ascritto dal giudice a una disposizione D entra a far parte della «cornice» dei possibili significati di D. Trascurerò qui questa problematica tesi di Guastini (al riguardo, vedi comunque le osservazioni di Pino 2013: 86-87).

⁶ Guastini 2011: 31-32.

espresse e norme inesprese possa essere tracciata diversamente dagli interpreti, sulla base di ideologie dell'interpretazione diverse, e sia utile per la teoria dell'interpretazione solo allo scopo di rendere conto dei diversi modi in cui può accadere che giudici e giuristi intendano e presentino, nelle loro argomentazioni, le loro attività.

Ad esempio, parlando dell'interpretazione estensiva, cioè di una delle attività che compongono l'interpretazione in senso stretto, Guastini dice:

Per chi sia incline ad interpretare alla lettera e, in particolare, ad argomentare *a contrario* [...] i casi dubbi, di incerta qualificazione, semplicemente *non* ricadono nel campo di applicazione della norma. Da questo punto di vista [...] la sedicente interpretazione estensiva non costituisce vera interpretazione, ma creazione (mascherata) di una nuova norma inespressa. E la differenza tra interpretazione estensiva e costruzione di una norma nuova sembra ridursi, banalmente, *ad un diverso modo di argomentare o di fraseggiare una medesima operazione*⁷.

Inoltre, trattando delle lacune, egli sostiene che queste possono essere prevenute (ossia evitate, rendendo completo il sistema giuridico) tramite l'interpretazione in senso stretto, in quanto ogni disposizione che disciplini un insieme di casi F, prescrivendo che *se F allora X*, può essere intesa da un interprete nel senso in cui esprime la norma «Solo se F, allora X»⁸. Questa norma implica infatti che *se non-F, allora non-X*, e dunque stabilisce una disciplina non solo per i casi F, ma per tutti i possibili casi. Lo stesso Guastini, però, nel tratteggiare l'argomento *a contrario* sostiene che la norma «Se non-F, allora non-X» è da considerare come una norma inespressa, frutto di una costruzione giuridica, quando sia ottenuta utilizzando questo argomento⁹. Pare dunque che per Guastini una stessa operazione, che dà luogo al medesimo risultato, possa essere di volta in volta concepita, a seconda del modo in cui viene presentata da un interprete, o come un'attività di costruzione giuridica o come un'attività di interpretazione in senso stretto.

Si deve anche notare che Guastini non chiarisce in che modo può essere identificata, tramite un'attività conoscitiva, la «cornice» dei possibili significati di una disposizione, cioè non indica il criterio da utilizzare per distinguere le norme espresse dalle norme inesprese. Al riguardo, egli si limita a dire che le norme espresse possono essere individuate tenendo conto «delle regole della lingua, delle diverse tecniche interpretative in uso, delle tesi dogmatiche diffuse in dottrina, etc.»¹⁰. E ci sono almeno due ragioni per asserire che questo breve elenco di mezzi utilizzabili per individuare norme espresse non può essere inteso come l'indicazione di un criterio per distinguere queste norme da quelle inesprese. La prima ragione è che

⁷ Guastini 2011: 282 (corsivo mio).

⁸ Guastini 2011: 129-131.

⁹ Guastini 2011: 289-291.

¹⁰ Guastini 2011: 28.

questo elenco si conclude con un «eccetera» e non viene completato da Guastini in altri luoghi dei suoi lavori. La seconda ragione è che Guastini non chiarisce quali siano «le tecniche interpretative in uso» e quali siano gli usi delle «tesi dogmatiche diffuse in dottrina» che portano all'individuazione delle norme espresse anziché delle norme inesprese.

Per quanto concerne le «tecniche interpretative in uso», si deve supporre che esse non ricomprendano la tecnica dell'interpretazione letterale, utilizzata per attribuire ai testi normativi significati conformi alle regole della lingua (altrimenti la lista di Guastini sarebbe ridondante e uno dei suoi elementi, cioè le regole della lingua, risulterebbe superfluo), e che ricomprendano le tecniche dell'interpretazione in senso stretto ma non le tecniche della costruzione giuridica, dato che queste ultime servono, secondo Guastini, per costruire norme inesprese e non per identificare norme espresse. C'è però un problema: non è chiaro come le tecniche dell'interpretazione in senso stretto siano distinguibili da quelle della costruzione giuridica: lo stesso Guastini evidenzia infatti che alcuni argomenti o tecniche, e in particolare l'argomento analogico e la tecnica della dissociazione, sono utilizzabili sia nell'interpretazione in senso stretto sia nella costruzione giuridica, cioè sia nell'individuazione di norme espresse sia nella costruzione di norme inesprese e di eccezioni inesprese a norme espresse¹¹. Se si assume che, secondo Guastini, le norme espresse siano distinguibili da quelle inesprese per il fatto di essere individuabili tramite gli argomenti dell'interpretazione in senso stretto, bisogna cioè rilevare che, alla domanda di quali siano esattamente questi argomenti, le pagine di Guastini offrono solo la seguente risposta: gli argomenti dell'interpretazione in senso stretto sono quelli che consentono di individuare norme espresse.

Un'osservazione analoga può essere fatta riguardo alle «tesi dogmatiche diffuse in dottrina». Guastini afferma infatti che ogni tesi dogmatica non solo «condiziona l'interpretazione», «suggerendo una decisione interpretativa [...] a preferenza di altre» oppure «escludendo certe decisioni interpretative altrimenti possibili», ma è anche «una matrice di norme "inesprese"»¹². Stando così le cose, il fatto che una certa norma possa essere individuata utilizzando «tesi dogmatiche diffuse in dottrina» non garantisce che essa sia espressa.

Ci sarebbe un modo per trarre dalla lista di Guastini un criterio di distinzione tra

¹¹ Guastini 2011: 276-277, 284. Guastini asserisce che i presupposti da cui muove l'uso di questi argomenti o tecniche non sono gli stessi nell'interpretazione in senso stretto e nella costruzione giuridica. La costruzione di una norma inespressa muove, diversamente dall'interpretazione estensiva, dal presupposto che vi sia una lacuna (Guastini 2011: 276-279, 322); la costruzione di un'eccezione inespressa muove, diversamente dall'interpretazione restrittiva, dall'assunto che il legislatore abbia sottinteso una certa distinzione (Guastini 2011: 284-286). Lasciando da parte il fatto che non sempre gli interpreti esplicitano questi presupposti, resta da chiarire il modo in cui un ipotetico giurista dovrebbe procedere per individuare, tramite un'attività conoscitiva, la «cornice» dei possibili significati di una disposizione.

¹² Guastini 2011: 52.

le norme espresse e le norme inespresse: assumere che questa lista, anziché indicare mezzi alternativi per individuare norme espresse, caratterizzi come espresse le norme che si ottengono attribuendo ai testi normativi il loro significato letterale e quelle che si ottengono precisando tale significato tramite gli argomenti interpretativi in uso e le tesi dogmatiche. Questa assunzione, però, non si accorda facilmente con altre idee di Guastini ed è stata da lui espressamente respinta¹³.

3. La distinzione tra norme espresse e norme inespresse secondo Damiano Canale

Damiano Canale riprende le tesi di Guastini, cercando di conciliare l'idea che la «cornice» dei possibili significati sia identificabile tramite un'attività conoscitiva con l'idea che la distinzione tra le norme espresse e le norme inespresse abbia a che fare con l'ideologia degli interpreti e col modo in cui essi presentano, nelle loro argomentazioni, i risultati della loro attività.

Secondo Canale, per asserire che una norma è espressa, bisogna guardare alle argomentazioni dei giuristi e, soprattutto, dei giudici. Infatti, gli argomenti che questi avanzano a sostegno dei loro risultati interpretativi possono essere distinti, considerando il contenuto delle loro premesse e la loro struttura, in argomenti dell'interpretazione in senso stretto e in argomenti della costruzione giuridica. E una norma espressa è semplicemente una norma giustificata sulla base di argomenti dell'interpretazione in senso stretto. Ove accada che una norma venga giustificata da interpreti diversi sulla base di argomenti di tipo diverso, quella norma dovrà essere considerata sia come espressa sia come inespresa (o, come dice Canale, si dovrà ritenere che «una norma espressa, ricavata per via interpretativa, e una norma inespresa, ricavata per via costruttiva, esprimano il *medesimo* significato»)¹⁴.

Le regole linguistiche, afferma Canale, forniscono il «potenziale semantico» di una disposizione, ma non il suo *contenuto proposizionale*, poiché questo «dipende sempre dalle assunzioni di sfondo dei parlanti e dalle variabili contestuali che caratterizzano la comunicazione linguistica»¹⁵. Un interprete, utilizzando determinati argomenti dell'interpretazione a preferenza di altri, delinea un particolare «contesto enunciativo tipico, all'interno del quale la disposizione esprime un certo significato». Per ogni disposizione è possibile delineare una pluralità di contesti enunciativi tipici, nei quali essa assume significati diversi.

¹³ Guastini 2017: 251. Per contro, Guastini 2013: 135 si dichiarava disponibile ad accogliere l'idea che le regole della lingua forniscano il criterio fondamentale per delimitare la «cornice» delle possibili norme espresse.

¹⁴ Canale 2019: 245.

¹⁵ Canale 2019: 259.

I contesti delineati dagli interpreti consistono in «scenari complessi in cui si suppone che il proferimento della disposizione abbia luogo» e possono essere concepiti come *frames* semantici prodotti attribuendo contenuti appropriati a determinate variabili contestuali. Le variabili contestuali che nella maggior parte dei casi consentono congiuntamente di fissare e giustificare il significato di un enunciato, sono costituite da un agente *p*, che proferisce l'enunciato, un tempo *t* e un luogo *l* in cui l'enunciato viene proferito, un mondo *w* nel quale ha luogo la comunicazione¹⁶. Ad esempio, nell'interpretazione di una qualsiasi disposizione è possibile che un interprete delinea un *frame* semantico in cui l'agente *p* è costituito dal legislatore storico e il tempo *t* dal momento in cui la disposizione è stata effettivamente prodotta, e un altro interprete delinea invece un *frame* semantico in cui l'agente *p* è costituito da un legislatore (fittizio) che produce la disposizione nel tempo *t* in cui essa viene interpretata¹⁷.

I *frames* semantici delineati dagli interpreti non sono arbitrari. «La loro configurazione, consolidata in una cultura giuridica, si fonda su concezioni normative dell'interpretazione giuridica, ovverosia 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»¹⁸.

La «cornice» dei significati possibili di cui parla Guastini è dunque determinata, secondo Canale, dall'insieme dei *frames* semantici «idonei a individuare e giustificare, in modo concludente», il significato di una disposizione nell'ambito di una determinata cultura giuridica. Osservando l'attività degli interpreti, e in particolare dei giudici, è possibile conoscere, «per un verso, qual è il “potenziale semantico” di una disposizione, e, per altro verso, quali sono i *frames* semantici [...] usati per giustificare il suo significato in modo concludente. [...] A]lla luce di tali informazioni [...] la cornice può essere tracciata, individuando quali significati una disposizione è probabile che esprima in futuro»¹⁹. Se concepita così, conclude Canale, la «cornice» dei significati possibili diviene «uno strumento utile per conoscere la prassi giudiziale, oltre che per orientare l'attività interpretativa e favorire maggiore rigore in quella argomentativa»²⁰.

La ricostruzione dell'attività interpretativa proposta da Canale mi trova in gran parte d'accordo. In particolare, condivido l'idea che utilizzare argomenti dell'inter-

¹⁶ Canale 2019: 260.

¹⁷ Canale 2019: 263 afferma che l'agente *p* può essere costituito da un «lettore competente della disposizione» nel momento in cui la disposizione viene interpretata. Mi sembra però che sia preferibile parlare di un autore fittizio provvisto di caratteri conformi alle attese di un «lettore competente della disposizione», quale che sia il significato di questa espressione.

¹⁸ Canale 2019: 261.

¹⁹ Canale 2019: 263-264.

²⁰ Canale 2019: 265.

pretazione diversi equivalga a delineare contesti diversi, nei quali una disposizione assume significati diversi: io stesso me ne sono avvalso, pur dandole un'altra veste, e cioè sostituendo all'insieme dei contesti possibili un insieme di possibili autori fittizi, ciascuno dei quali provvisto di particolari conoscenze, atteggiamenti morali, finalità, propensione a esprimersi in determinati modi, ecc.²¹. Non tutto ciò che afferma Canale mi sembra però chiaro e convincente e, in particolare, mi pare insoddisfacente, per più di una ragione, il modo in cui egli precisa i concetti di norma espressa e di norma inespressa.

Anzitutto, il criterio indicato da Canale per distinguere le norme espresse dalle norme inesprese appare eccessivamente indeterminato. Secondo quanto egli dice, una norma è espressa se viene ritenuta o può essere ritenuta espressa dai giudici, date le «potenzialità semantiche» che essi attribuiscono a una disposizione e dati i *frames* semantici che essi ritengono accettabili. Lasciando da parte le «potenzialità semantiche» (che pure danno luogo a qualche perplessità), si deve però osservare che i giudici si trovano spesso in disaccordo sui significati dei testi normativi e, pertanto, sui *frames* semantici su cui questi significati si appoggiano. Dunque, quali sono i *frames* semantici «idonei a individuare e giustificare [...] il significato» di una disposizione, ossia quelli che consentono di individuare norme espresse? Se Canale intende sostenere che, affinché una norma sia espressa, è sufficiente che un singolo giudice la presenti come il risultato che si ottiene intendendo un testo conformemente a un certo *frame* semantico, allora egli semplicemente assume che siano espresse tutte le norme che sono considerate come tali da almeno un giudice; se invece intende sostenere una cosa diversa, non è ben chiaro che cosa. Quante decisioni giudiziali sono necessarie per far diventare espressa una norma che, fino a un certo momento, era da considerare come inespressa? Ed è possibile che una norma debba essere considerata come espressa fino a un certo momento e debba invece essere considerata come inespressa successivamente, ove mutino gli indirizzi della giurisprudenza? E c'è una differenza tra *frames* inaccettabili e *frames* non utilizzati dalla giurisprudenza ma, nondimeno, accettabili? Ed è possibile che un *frame* sia accettabile pur essendo, oltre che inutilizzato, espressamente rifiutato dalla giurisprudenza? E si potrebbe continuare con le domande.

Inoltre, il criterio indicato da Canale per distinguere l'interpretazione in senso stretto dalla costruzione giuridica appare difficile da utilizzare, in molte circostanze, per l'opacità delle argomentazioni interpretative. In particolare, è spesso impossibile, esaminando un'argomentazione interpretativa, accertare se l'interprete intenda delineare un *frame* semantico che consente, a suo avviso, di eseguire un'interpreta-

²¹ Vedi Diciotti 2007: 20; Diciotti 2013: 262; Diciotti 2015: 54-57. Sebbene Canale 2019: 257-258, nota 24, non sia persuaso da questo modo di vedere, l'idea di una pluralità di possibili autori fittizi non è sostanzialmente diversa da quella di una pluralità di possibili *frames* semantici.

zione estensiva o intenda invece colmare una lacuna²²; se l'interprete delinea un *frame* semantico che consente, a suo avviso, di eseguire un'interpretazione restrittiva o costruisca invece un'eccezione inespressa di una norma espressa.

Inoltre, il modo in cui Canale intende le norme espresse e le norme inesprese appare piuttosto distante da quello in cui queste norme vengono comunemente intese. In primo luogo, la distinzione tra queste norme dipende secondo Canale dalle argomentazioni con cui gli interpreti giustificano i risultati della loro attività, mentre non pare che vi sia questa relazione secondo il modo più comune di intenderla. Ad esempio, chi afferma che il diritto all'identità personale non è espressamente conferito dalla Costituzione italiana, non sembra basarsi sul fatto che gli interpreti abbiano argomentato in un certo modo, anziché in altri, a sostegno dell'idea che la Costituzione tuteli questo diritto; e pare che questa affermazione possa sensatamente provenire anche da chi non sappia nulla riguardo alle argomentazioni degli interpreti. In secondo luogo, Canale ritiene possibile che una norma sia espressa e inespressa al tempo stesso²³, mentre non pare che si dia questa possibilità secondo il modo più comune di concepire le norme espresse e le norme inesprese. Ad esempio, chi asserisce che il diritto all'identità personale è conferito da una norma N inespressa, ma ricavabile a partire dall'art. 2 della Costituzione italiana, non pare che sarebbe disposto ad asserire che N è anche una norma espressa da questo medesimo articolo.

La distanza tra la concezione di Canale e il modo comune di concepire le norme espresse e inesprese dipende, a mio modo di vedere, dal fatto che egli ascrive alla distinzione tra queste norme una funzione che non le è confacente (dato il modo in cui viene comunemente intesa). Canale, infatti, inserisce questa distinzione in una teoria relativa a un'attività conoscitiva finalizzata alla previsione delle future interpretazioni e decisioni dei giudici, mentre essa registra l'intuizione preteorica,

²² Canale 2019: 253-254 ammette la possibilità che gli interpreti evidenzino somiglianze tra casi anche quando eseguono un'interpretazione estensiva, ma assume che in questa circostanza eseguano un'analogia fattuale, come quelle che vengono eseguite nella scienza, e non un ragionamento analogico normativo, che ha tra le sue premesse la *ratio* di una norma e che si conclude con l'individuazione di un'altra norma. Questa posizione suscita però una certa perplessità, per almeno due ragioni, che qui è possibile solo accennare. La prima ragione è che l'analogia fattuale ha finalità conoscitive, in quanto consente di passare da ciò che già sappiamo a ciò che ancora non sappiamo, e mette capo all'ipotesi, suscettibile di essere confermata o falsificata, che una certa cosa o un certo fenomeno presenti una qualche proprietà certamente posseduta da un'altra cosa o da un altro fenomeno; l'analogia che Canale qualifica come fattuale non mette invece capo a un'ipotesi, ma ha quale risultato un'attribuzione di significato o una definizione di un termine (la parola «veicolo», nell'esempio di Canale). La seconda ragione è che in genere gli interpreti non fraseggiano le loro operazioni nel modo indicato da Canale, per cui la sua distinzione tra due tipi di analogia nel diritto, anche se fosse fondata, non fornirebbe uno strumento efficace per distinguere le circostanze in cui viene eseguita un'interpretazione estensiva da quelle in cui viene costruita una norma inespressa tramite l'analogia.

²³ Vedi anche Barberis 2019: 205-206, che espressamente accoglie quest'idea di Canale.

apparentemente ovvia e incontestabile (almeno in alcuni casi), che le parole di un testo dicano *espressamente* determinate cose e non altre. Secondo questa intuizione, gli enunciati hanno di per sé un significato (o una pluralità di possibili significati) a prescindere dal significato che viene loro attribuito sulla base di *frames* semantici variabili da individui particolari, siano essi giudici o giuristi, profeti o sommi sacerdoti di una qualsiasi religione²⁴.

Secondo questa intuizione preteorica, vi è la possibilità di un'analisi critica della giurisprudenza che appare invece impossibile per la concezione di Canale, in base alla quale sono da considerare come espresse tutte le norme che vengono presentate come tali nelle argomentazioni dei giudici (non è chiaro se da un singolo giudice o da una pluralità di giudici). Ad esempio, poiché tutte le norme penali applicate dai giudici vengono presentate come norme espresse, in ragione del divieto di analogia nella legge penale, per la concezione di Canale tutte queste norme, o almeno quelle ripetutamente applicate, devono essere considerate come espresse, anche quando a tutti noi (che giudici non siamo) non appaiano affatto come tali.

4. Significati acontestuali, norme espresse e argomenti dell'interpretazione

Ripartiamo da capo.

La distinzione tra norme espresse e norme inesprese registra l'idea o l'intuizione preteorica che i testi normativi, così come ogni altro testo, dicano ovvero siano in grado di dire certe cose e non altre, e che non tutte le norme ricavate da questi testi a opera di giudici e giuristi corrispondano a ciò che i testi sono in grado di dire. Guastini e Canale chiariscono e precisano questa distinzione a partire da un'altra, relativa agli argomenti dell'interpretazione, ma la loro proposta teorica non pare convincente, per le ragioni che ho detto. Ragionevolmente, se c'è un modo migliore di chiarirla e precisarla, senza distaccarla troppo dall'idea preteorica da cui dipende, questo deve essere individuato mettendo in relazione le norme espresse e le norme inesprese non con particolari argomenti o metodi interpretativi, ma con ciò che i testi normativi sono, *di per sé*, in grado o non in grado di esprimere.

Un testo, ovviamente, dice qualcosa solo quando un interprete attribuisca significati alle parole che lo compongono. Ma l'attività di attribuire significati a testi non

²⁴ La tesi di Canale riguardo ai significati dei testi normativi potrebbe essere etichettata come *contestualismo autoritativo*. Egli, infatti, adotta una posizione contestualista, secondo cui i significati dipendono dai contesti e non dalle regole linguistiche (dichiarazioni di adesioni al contestualismo ed esposizioni di questa concezione possono trovarsi in Chiassoni 2005; Poggi 2013; Villa 2012), stipulando che i contesti in base ai quali sono individuabili i possibili significati di una disposizione dipendano dalle decisioni giudiziali, cioè dalle decisioni di chi, conformemente all'ordinamento giuridico, ha il potere di applicare le norme che ricava dai testi normativi. Una posizione simile a quella di Canale è sostenuta da Chiassoni 2019, che ho potuto leggere solo quando queste pagine erano già state scritte.

è arbitraria: se fosse il nostro arbitrio a farli parlare, non ci sarebbero testi che si ostinano a restare «muti» e indecifrabili, perché scritti sulla base di regole che non conosciamo. Né pare arbitraria la distinzione tra ciò che le parole di un testo sono in grado di dire e ciò che non sono in grado di dire: da questa distinzione dipende quella tra contenuto esplicito e contenuto implicito di un testo, così come il concetto di implicatura conversazionale, che mette a fuoco la possibilità di comunicare, utilizzando determinate parole, più di quanto le parole sono in grado di dire²⁵.

L'affermazione che un testo ha, *di per sé*, un significato potrebbe forse essere intesa in due sensi: o nel senso che quel testo ha un significato conformemente alle regole linguistiche, cioè un significato *letterale* o *acontestuale*; oppure nel senso che quel testo ha un significato conformemente all'intenzione del suo autore, cioè un significato *intenzionale*. Si deve però notare che il significato intenzionale di un testo è in effetti altra cosa dal significato che un testo, ossia un certo insieme di parole, è in grado di esprimere. Ad esempio, chi afferma che in una piazza è vietato parcheggiare il mercoledì, in genere intende dire che vi è permesso parcheggiare nei restanti giorni della settimana, ma questo non è il significato delle parole con cui viene fatta l'affermazione. Il significato intenzionale di un testo ricomprende dunque anche ciò che le parole del testo non sono in grado di dire, ma che può essere inferito a partire da ciò che esse espressamente dicono.

Tra chi si è occupato della distinzione tra norme espresse e norme inesprese, la nozione di significato acontestuale non è rifiutata da Guastini e da Giorgio Pino²⁶, mentre è respinta da Canale ed è messa fortemente in dubbio da Mauro Barberis. Canale ritiene che la comunicazione tra gli esseri umani sia resa possibile (anche) dall'esistenza di regole linguistiche, ma che queste regole forniscano «potenzialità semantiche» e non significati. Il concetto di «potenzialità semantica» di un enunciato, se non coincide con quello di significato acontestuale, mi sembra però un'entità piuttosto misteriosa. Quanto a Barberis, dopo avere menzionato la tesi secondo cui le norme espresse sono quelle identificabili sulla base delle regole linguistiche, asserisce che «l'argomento letterale» è «*hoy blanco de críticas devastadoras*»²⁷, senza però chiarire che cosa esattamente intenda per «argomento letterale» e senza esporre, neppure sommariamente, queste critiche²⁸.

²⁵ Il concetto di implicatura conversazionale si deve, com'è noto, a Grice 1993: 55-95.

²⁶ Pino 2013: 99. E neppure è respinta da Chiassoni 2019.

²⁷ Barberis 2019: 202.

²⁸ In nota, Barberis rinvia a Chiassoni 2015 e a Poggi 2013, ma non mi sembra che questi due testi colpiscano la nozione di significato letterale con critiche «devastanti». Non il testo di Chiassoni, in cui tale nozione viene accettata, sebbene vi sia ritenuta poco rilevante per una teoria dell'interpretazione giuridica, né il testo di Poggi, il cui titolo qualifica tale nozione come un mito, ma il cui contenuto delude le attese suscitate dal titolo. Le osservazioni di Poggi sul significato letterale sono peraltro, in linea di massima, condivisibili: 1) questo significato è indeterminato; 2) norme non corrispondenti a questo significato possono essere individuate dagli interpreti. La sua conclusione, secondo cui la nozione di significato letterale è inutile per la teoria dell'interpretazione giuridica in quanto non consente di circoscrivere

Il fatto che sia possibile distinguere un significato acontestuale degli enunciati dai vari significati che questi possono assumere in contesti diversi appare piuttosto evidente. Ad esempio, l'enunciato «Il gatto è sul tappeto» può essere usato in innumerevoli contesti, per scopi diversi e in riferimento a gatti e a tappeti diversi, ma il suo significato acontestuale non muta: un animale così e così (cioè provvisto delle proprietà definitorie dei gatti) si trova in una posizione sovrastante rispetto a un oggetto così e così (cioè provvisto delle proprietà definitorie dei tappeti). Secondo Canale, i presunti significati acontestuali sono in realtà significati di enunciati in contesti *tipici*²⁹, ma, per chiarire il significato dell'enunciato «Il gatto è sul tappeto» nel modo in cui l'ho adesso chiarito, non pare che sia necessario un qualche contesto, tipico o non tipico.

L'idea fondamentale, della quale mi sembra difficile sbarazzarsi, è la seguente: se ci sono regole linguistiche³⁰, che costituiscono il prodotto di innumerevoli interazioni tra gli individui e che, pur essendo in continua evoluzione, sono tuttavia provviste di una relativa stabilità (regole riportate dai dizionari, dai testi di grammatica, ecc., e in base alle quali possiamo correggere chi «sbaglia» ad usare la lingua), allora deve esserci anche un significato acontestuale degli enunciati, cioè un significato espresso dagli enunciati sulla base di queste regole.

Se si accetta l'idea che ci sia un significato acontestuale dei testi, si può notare che molti enunciati hanno però significati acontestuali che richiedono di essere «completati» tramite un contesto appropriato per poter assolvere a una funzione comunicativa. Ad esempio, l'enunciato «Il gatto è sul tappeto» è in grado di informare riguardo a un particolare stato di cose solo se il suo significato acontestuale viene «completato» con l'individuazione, sulla base di elementi contestuali, del gatto e del tappeto, nonché del momento temporale ai quali fa riferimento il parlante. Similmente, l'enunciato «Vieni qui!» è in grado di indicare un certo modello di comportamento solo se il suo significato acontestuale viene «completato» con l'individuazione, sulla base di elementi contestuali, del luogo al quale fa riferimento il parlante.

l'estensione dei possibili risultati interpretativi, appare invece piuttosto affrettata, poiché non è ragionevole ritenere che per la teoria dell'interpretazione giuridica siano utili solo concetti che consentono di circoscrivere l'insieme dei possibili risultati interpretativi (e c'è poi qualche teoria che davvero ha messo a punto un concetto di questo genere?).

²⁹ A Searle 1979 (ma vedi anche Searle 1980) si deve un noto tentativo di mostrare, ricorrendo ad alcuni esempi, che il supposto significato acontestuale di un enunciato dipende in realtà da un contesto tipico, in base al quale l'enunciato viene interpretato. Ho già cercato di chiarire che Searle tende a confondere il significato acontestuale col significato più ovvio, quello in cui sono normalmente da intendere gli enunciati che prende in considerazione (vedi Diciotti 1999: 353, nota 79; per un'analisi più accurata e una critica della posizione di Searle, vedi Katz 1981: 218-232). Poggi 2006: 170-171 si dichiara in disaccordo con la mia posizione riguardo agli enunciati menzionati da Searle, ma non mi pare che indichi qualche ragione per respingerla.

³⁰ Regole o, meglio, convenzioni: vedi Lewis 1969.

Tuttavia, non tutti gli enunciati devono essere «completati» per assolvere la loro funzione. Non richiedono un «completamento», tra gli altri, gli enunciati che esprimono proposizioni universali, come «I gatti hanno normalmente una frequenza cardiaca di 110/140 battiti al minuto», e con essi le disposizioni che esprimono norme eminentemente generali³¹, come «La velocità massima permessa ai veicoli nei centri abitati è di 50 km all'ora»³².

A prescindere dalla questione se una disposizione o un qualsiasi altro enunciato richieda o non richieda di essere «completato», accade poi, molto frequentemente, che il significato acontestuale di una disposizione, e più in generale di un qualsiasi enunciato, richieda di *essere precisato*. Una disposizione, conformemente alle sole regole linguistiche, può infatti essere ambigua, cioè in grado di esprimere due significati ovvero due norme tra loro alternative³³, oppure può esprimere una norma che si rivela indeterminata in relazione a determinati casi. Mentre le disposizioni ambigue sono poco frequenti, ogni disposizione ha un significato indeterminato per il fatto che inevitabilmente contiene parole e sintagmi provvisti di un significato vago o termini valutativi, utilizzabili, in significati diversi dipendenti da giudizi di valore diversi, allo scopo di esprimere valutazioni. Una disposizione ambigua impone agli interpreti di compiere una scelta tra due significati ovvero due norme acontestualmente possibili; invece una disposizione dal significato indeterminato non impone necessariamente, come adesso chiarirò, una scelta di questo genere.

Le disposizioni contengono parole e sintagmi provvisti di significato vago³⁴, per cui esprimono norme vaghe, il cui campo di applicazione non è precisamente delimitabile³⁵. La vaghezza di una norma sta nel fatto che ci sono casi ai quali essa è certamente applicabile, casi ai quali certamente non è applicabile, ma anche casi dubbi, ai quali non è certo se sia o non sia applicabile. Dunque, precisare una norma vaga diviene necessario solo quando si voglia stabilire se essa debba o non debba essere applicata a qualche caso dubbio. Ad esempio, l'art. 575 Cod. pen. («Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno») ha un significato vago, perché ci sono molti casi in cui è dubbio se sia o non sia appropriato dire che qualcuno *ha cagionato* la morte di un uomo; tuttavia non è necessario per un giudice precisare questo significato fin quando debba

³¹ Per il concetto di norma eminentemente generale, vedi Von Wright 1989: 127.

³² Se questa è una norma giuridica, bisogna allora dire che, in effetti, anch'essa richiederebbe un qualche indice spaziale e temporale, dato che la vigenza delle norme giuridiche ha limiti spaziali (tipicamente costituiti dai confini di uno stato) e temporali. Assumo qui, per semplicità, che questi limiti non abbiano a che fare col contenuto delle norme.

³³ Sull'ambiguità nei testi normativi vedi Nino 1996: 231-234; Ross 1965: 117-121; Tarello 1980: 119-123.

³⁴ Sulla vaghezza vedi, tra gli altri, Alston 1971: 35-52; Black 1949; Russell 1923; Waismann 1945: 122-127.

³⁵ Sulla vaghezza delle norme vedi, tra gli altri, Endicott 2000; Luzzati 1990; Williams 1945, 181-195, 293-302; Wróblewski 1983.

decidere casi in cui è indubbiamente appropriato dire che qualcuno ha cagionato la morte di un uomo.

Una norma vaga può essere precisata, cioè resa meno indeterminata, in una pluralità di modi: includendo nel suo campo di applicazione tutti i casi dubbi, una parte più o meno estesa di essi, nessuno di essi. Precisare una norma vaga N equivale ad attribuire alla disposizione D che la esprime un significato meno vago di quello (e dunque diverso da quello) che D esprime conformemente alle sole regole linguistiche, ma consentito da queste regole. Attribuire a D un significato meno vago di quello che D esprime conformemente alle sole regole linguistiche equivale a ricavare da D una delle norme, tra loro alternative, consentite dalle regole linguistiche. Se la norma N, espressa da una disposizione D conformemente alle sole regole linguistiche, si applica certamente ai casi C₁, ma è dubbio che si applichi ai casi C₂, C₃ e C₄, allora è possibile ricavare da D le seguenti norme, meno vaghe di N e consentite dalle regole linguistiche: la norma N₁, certamente inapplicabile ai casi C₂, C₃ e C₄; la norma N₂, certamente applicabile ai casi C₂, C₃ e C₄; la norma N₃, certamente applicabile ai casi C₂ e C₃ e certamente inapplicabile ai casi C₄; la norma N₄, certamente applicabile ai casi C₂ e certamente inapplicabile ai casi C₃ e C₄; ecc.

Le disposizioni contengono inoltre termini valutativi (come «pubblico interesse», artt. 834 e 845 Cod. civ.; «motivi di particolare valore morale o sociale», art. 62 Cod. pen.; «pari dignità sociale», art. 2 Cost.; «pieno sviluppo della persona umana», art. 3 Cost.). Il significato di questi termini dipende almeno in parte da giudizi di valore che possono essere diversi da individuo a individuo³⁶. Anche se è possibile che qualcuno di questi termini abbia un significato totalmente o quasi totalmente indeterminato (similmente a «buono» e «cattivo» nel discorso morale), la gran parte di essi ha un significato solo parzialmente indeterminato, cioè un significato provvisto di casi certi di applicazione e di casi controversi o potenzialmente controversi di applicazione³⁷. I termini valutativi di questo secondo genere sono simili alle parole provviste di significato vago, poiché una precisazione del loro significato diviene necessaria solo quando vengano presi in considerazione casi controversi o potenzialmente controversi.

Ciò che ho detto finora può essere riassunto così: poiché le disposizioni ambigue sono relativamente rare, la gran parte delle disposizioni esprime, conformemente alle sole regole linguistiche, una sola norma, più o meno indeterminata ma certamente applicabile in alcune circostanze; da una disposizione che, conformemente alle sole

³⁶ In riferimento alle disposizioni legislative contenenti termini di questo genere, si parla comunemente di *clausole generali* (sul tema, vedi Velluzzi 2010). Nella Costituzione, questi termini sono tipicamente (anche se non esclusivamente) presenti nelle disposizioni che conferiscono diritti fondamentali (Pino 2010: 127).

³⁷ Questi termini appartengono cioè al genere di quelli che, nel discorso morale, possiedono un significato valutativo secondario (secondo Hare 1968: 112-113), ovvero connotano concetti etici «spessi» (*thick*: secondo Williams 1987: 157-158, 170-172).

regole linguistiche, esprime una sola norma è però possibile ricavare, precisandone il significato, molte norme alternative tra loro. Ebbene, si può assumere che una norma ricavata da una disposizione (o da un insieme di disposizioni) D sia espressa se consiste o nella norma N_1 espressa da D conformemente alle sole regole linguistiche o in una qualsiasi norma N_2 che costituisca una semplice precisazione di N_1 ; e si può quindi assumere che una norma ricavata da una disposizione (o da un insieme di disposizioni) D sia inespressa se consiste in una norma diversa da N_1 e da N_2 ³⁸.

A questo punto sono però necessari alcuni chiarimenti e precisazioni.

Per quanto concerne il significato acontestuale delle disposizioni, appare opportuno assumere che esso dipenda non solo dalle regole del linguaggio ordinario, ma anche da alcune convenzioni ovvie e indiscutibili, generalmente utilizzate nella redazione dei testi normativi. Una di queste è la convenzione per cui nella legge penale il sintagma «è punito», se riferito a un certo comportamento, significa che quel comportamento *deve essere punito*. Un'altra è quella per cui una disposizione, se fa rinvio a un'altra disposizione indicando unicamente il numero di un certo articolo, fa rinvio a una disposizione presente nel suo stesso documento normativo (l'art. 9 Cod. civ. dicendo che lo pseudonimo «può essere tutelato ai sensi dell'art. 7», rinvia all'art. 7 Cod. civ.).

Per quanto concerne le norme inesprese, è opportuno chiarire che norme di questo genere vengono individuate nelle seguenti circostanze: se viene individuata una norma che disciplina in un certo modo casi che certamente non sono disciplinati in quel modo da una norma espressa (esempio: da una disposizione che vieta l'ingresso di veicoli in un parco viene ricavata una norma che vieta l'ingresso nel parco agli elefanti); oppure se vengono esclusi dal campo di applicazione di una norma espressa casi che certamente vi ricadono (esempio: da una disposizione che vieta l'ingresso di veicoli in un parco viene ricavata una norma che vieta l'ingresso nel parco a tutti i veicoli fuorché alle ambulanze). In questa seconda eventualità, ciò che viene individuato dall'interprete è anzitutto un'*eccezione inespressa* a una norma N espressa da una disposizione D, ma si può assumere che, individuando tale eccezione, l'interprete ricavi da D una norma inespressa N_1 , diversa da N per il fatto di non essere applicabile a casi ai quali N è certamente applicabile³⁹.

³⁸ Per idee di questo genere vedi, tra gli altri, Diciotti 1999: 482-493; Engisch 1970: 237-238, 285-289; Marmor 2005: 95-106; Peczenik 1989: 388-390; Schauer 2000: 102-131, 317-328; Velluzzi 2012: 28-29. Chiassoni 2019: 120-121 obietta che, dalla prospettiva che adotto, dovrei considerare come inesprese le norme ottenute precisando il significato acontestuale; a me pare che sia invece opportuno concepirle come espresse, per non contravvenire al senso comune: la questione è comunque verbale e non di grande rilevanza.

³⁹ Si potrebbe obiettare che etichettare come inesprese queste norme è inappropriato, perché esse sono in effetti provviste di una componente espressa e di una inespressa. Se si vuole, si potrà ovviamente denominarle in altro modo (ad esempio, norme composite). Anche tale questione è, comunque, meramente verbale.

Bisogna inoltre sottolineare che la distinzione tra le norme espresse e le norme inesprese non può essere tracciata con precisione. Data una norma N, espressa conformemente alle sole regole linguistiche, in ragione dell'indeterminatezza di queste regole non è possibile individuare una precisa linea di separazione tra i casi ai quali N è certamente applicabile e i casi ai quali non è certo se N sia applicabile, né tra i casi ai quali non è certo se N sia applicabile e i casi ai quali certamente N non è applicabile⁴⁰: riprendendo una nota metafora, il significato di una disposizione è come una luce che gradualmente sfuma nel buio.

Infine, è opportuno soffermarsi sulla distinzione tra l'interpretazione in senso stretto e la costruzione giuridica. Se utilizzare l'argomento del significato letterale vuol dire addurre le regole della lingua per giustificare l'attribuzione di un significato a una disposizione⁴¹, questo argomento, ove non sia utilizzato congiuntamente ad altri argomenti, è l'unico che consente di giustificare esclusivamente norme espresse⁴². Pertanto, o si assume che la differenza tra l'interpretazione in senso stretto e la costruzione giuridica stia nei risultati interpretativi anziché nella struttura degli argomenti utilizzati (interpretazione in senso stretto è ogni attività con cui vengono individuate norme espresse; costruzione giuridica è ogni attività con cui vengono individuate norme inesprese); oppure si assume che questa differenza stia nella struttura degli argomenti interpretativi e non nei risultati di volta in volta ottenuti utilizzando tali argomenti (l'interpretazione in senso stretto è l'attività eseguita utilizzando gli argomenti X e la costruzione giuridica è l'attività eseguita utilizzando gli argomenti Y, a prescindere dalle norme, espresse o inesprese, individuate utilizzando gli uni e gli altri argomenti).

Ove si faccia quest'ultima assunzione, l'interpretazione in senso stretto può essere concepita come l'attività con cui vengono attribuiti significati alle disposizioni (ricavando norme espresse e inesprese) e la costruzione giuridica può essere concepita come l'attività con cui, tramite ragionamenti normativi, vengono individuate norme (espresse e inesprese) a partire da altre norme previamente individuate.

Tramite l'interpretazione in senso stretto è possibile individuare non solo norme espresse, ma anche norme inesprese, per il fatto che quasi sempre, se non sempre, è possibile delineare non solo *frames* semantici in cui le disposizioni assumono significati consentiti dalle regole linguistiche (ossia coincidenti col significato accontestuale o con possibili precisazioni di questo), ma anche *frames* semantici in cui le disposizioni assumono significati diversi da quelli consentiti dalle regole linguistiche. È infatti quasi sempre possibile configurare o presupporre autori fittizi che, in contesti

⁴⁰ Diciotti 1999: 490-493; Guastini 2011: 159-160; Engisch 1970: 237-238; Peczenik 1989: 391.

⁴¹ Cfr. Carcaterra 1994: 190; Guastini 2011: 96; Peczenik 1989: 381-382.

⁴² È opportuno ricordare il fatto che i giuristi intendono il significato letterale e l'argomento del significato letterale in una certa varietà di modi (vedi Chiassoni 2000: 38-50; Luzzati 1990: 208-221). Pertanto accade spesso che essi argomentino a sostegno di significati che qualificano come letterali, ma che non possono essere considerati come accontestuali.

appropriati, tramite una stessa disposizione intendono esprimere significati diversi, alcuni consentiti e altri non consentiti dalle regole linguistiche⁴³. Autori di questo genere vengono presupposti in ogni attività con cui venga individuato un possibile contenuto, espresso o inespresso, di una disposizione (qualcosa che, ragionevolmente, un possibile autore della disposizione può aver voluto dire per mezzo di questa), sulla base dei lavori preparatori, del contenuto di altre disposizioni o di altri elementi comunemente utilizzati a questo fine dagli interpreti.

Le norme inesprese individuabili tramite l'interpretazione in senso stretto possono essere distinte in tre tipi. Un primo tipo viene individuato argomentando che qualche parola di una disposizione debba essere intesa in un significato in cui designa anche casi diversi da quelli che è in grado di designare conformemente alle regole linguistiche. Un altro tipo viene individuato argomentando che qualche parola di una disposizione debba essere intesa in un significato in cui non designa casi che certamente designa conformemente alle regole linguistiche. Un terzo tipo viene individuato assumendo o argomentando che una disposizione, secondo cui determinati casi C hanno la disciplina X, debba essere intesa nel senso che *solo* i casi C hanno la disciplina X⁴⁴, e così pervenendo alla conclusione secondo cui *se non-C, allora non-X*.

La gran parte degli argomenti ovvero dei ragionamenti della costruzione giuridica consente di individuare non solo norme inesprese, ma anche norme espresse⁴⁵. Tra questi, il ragionamento *a simili*, col quale si argomenta che, conformemente alla *ratio* di una norma N, un determinato caso C₂ presenta una somiglianza rilevante con i casi C₁, certamente disciplinati da N, per poi sostenere che, in ragione di tale somiglianza, la disciplina stabilita da N per i casi C₁ deve essere estesa al caso C₂. Infatti, ove N sia una norma espressa, è possibile che C₂ sia un caso al quale N non è certamente applicabile, e che dunque il risultato del ragionamento sia costituito da una norma inespressa, ma è anche possibile che C₂ sia un caso al quale non è certo se la norma N sia o non sia applicabile⁴⁶, e che dunque il risultato del ragionamento sia

⁴³ Tutte le variabili che compongono un *frame* semantico possono essere concepite come variabili relative ai caratteri distintivi di autori fittizi: si può cioè affermare che eseguire un'interpretazione equivale a presupporre una certa intenzione di un particolare parlante o autore di un testo (Fish 1983: 282-283), almeno nel caso in cui il significato attribuito al testo interpretato non sia quello acontestuale, e che gli autori presupposti dagli interpreti del diritto sono fittizi (cfr. Marmor 2005: 21-25), anche quando gli interpreti facciano espresso riferimento al legislatore storico, utilizzando il contenuto dei lavori preparatori come argomento a sostegno dei loro risultati interpretativi (vedi Diciotti 2013: 258-262). Una simile idea dell'interpretazione si trova in alcune indagini sul legislatore razionale quale presupposto dell'attività interpretativa: vedi, in particolare, Nino 1984: 85-101 (ma anche Bobbio 1971 e Nowak 1969).

⁴⁴ Carcaterra 1994: 221-230; Diciotti 2015: 57-59. L'individuazione di una norma inespressa di questo genere è resa possibile dalla massima conversazionale della quantità, secondo cui un parlante deve sempre fornire informazioni nella quantità adeguata agli scopi della comunicazione (vedi Grice 1993: 60-64).

⁴⁵ A questo riguardo, rinvio a Diciotti 2013: 262-266.

⁴⁶ Vedi, tra gli altri, Carcaterra 1988: 16-17; Hart 1965: 149-150; Guastini 2011: 56-57; Schauer 2016: 210-216.

costituito dalla precisazione di N, ovvero dall'individuazione di una norma espressa meno indeterminata di N.

Le norme inesprese individuabili tramite la costruzione sono degli stessi tipi di quelle individuabili tramite l'interpretazione in senso stretto. Però la costruzione consente in genere di individuare norme inesprese che maggiormente si distaccano dal contenuto acontestuale dei testi normativi: banalmente, data una disposizione che vieta l'ingresso dei veicoli in un parco, si potrà argomentare che, considerando la *ratio* della norma espressa da questa disposizione, il divieto deve essere esteso agli elefanti, mentre non si potrà in genere argomentare che l'autore della disposizione (uno dei possibili autori fittizi della disposizione) ha utilizzato la parola «veicolo» per fare riferimento anche agli elefanti.

Barberis propone di distinguere, nella classe delle norme inesprese, una sottoclasse costituita da *norme totalmente inesprese*, diverse dalle altre norme inesprese per il fatto di non essere ottenute, a partire da norme espresse, tramite i ragionamenti della costruzione⁴⁷. Però, date le distinzioni che ho proposto tra norme espresse e norme inesprese e tra interpretazione in senso stretto e costruzione, l'etichetta di *norme totalmente inesprese* appare infelice, poiché una norma non può essere più o meno inespressa, pienamente o non pienamente inespressa. E in effetti una norma «totalmente inespressa» è semplicemente una norma inespressa la cui individuazione non è stata giustificata, né mostrando che le disposizioni devono essere intese in un determinato modo conformemente all'intenzione di un loro possibile autore, né tramite i ragionamenti della costruzione. Dal fatto che una giustificazione di questo genere non sia stata avanzata non si deve d'altronde inferire che non sia possibile avanzarla: i ragionamenti della costruzione consentono infatti di individuare innumerevoli norme, provviste dei più vari contenuti.

A che servono la nozione di significato acontestuale e la distinzione tra norme espresse e norme inesprese delineate in queste pagine? Non pretendo che questa nozione e questa distinzione servano a chiarire il modo in cui effettivamente avviene l'attività interpretativa, intesa come processo mentale, ovvero che i significati acontestuali svolgano un ruolo particolare in tale processo⁴⁸. Né ritengo che i significati acontestuali appaiano spesso agli interpreti come i significati più ovvi o immediati, o che siano sovente richiamati nelle argomentazioni avanzate dagli interpreti. E tantomeno intendo sostenere che i giudici dovrebbero preferibilmente applicare norme espresse, cioè corrispondenti ai significati acontestuali o ottenibili tramite una precisazione di essi.

⁴⁷ Barberis 2019: 206-209. Di «principi totalmente inespressi» parla Guastini 1986b: 614-615 (vedi anche Guastini 1990: 125-126).

⁴⁸ Una questione dibattuta, riguardo al significato acontestuale (letterale, convenzionale), ha ad oggetto il ruolo di questo significato (ossia delle regole linguistiche) nell'attività di comprensione (di interpretazione) di un testo (Bianchi 2009: 171-213). Tale questione, però, è irrilevante per la posizione che sostengo.

A mio avviso, alla nozione di significato acontestuale e alla distinzione tra norme espresse e norme inesprese che ne deriva può anzitutto essere affidato un ruolo importante in un modello che evidenzi le ragioni necessarie per fondare una tesi interpretativa, ossia per giustificare l'individuazione di una norma a partire da un testo normativo. In un modello di questo genere, il significato acontestuale può essere considerato come il «significato primario» delle disposizioni: un significato sempre presente, relativamente certo e a tutti accessibile, ogni deviazione dal quale, in direzione di significati solitamente meno certi e accessibili (conformi alle intenzioni di un qualche legislatore, reale o fittizio), non può avvenire che in presenza di qualche specifico elemento, ossia per qualche specifica ragione, esplicitabile quando una giustificazione sia richiesta. A partire dal significato acontestuale è infatti possibile individuare e ordinare le varie ragioni che forniscono una risposta al perché è stato ottenuto un certo risultato interpretativo invece di un altro possibile: anzitutto, le regole della lingua, che forniscono un significato acontestuale, ossia una norma espressa N ; e poi, ad esempio, uno o più elementi X che giustificano una certa precisazione di questo significato (ove venga in evidenza una sua indeterminatezza), ossia l'individuazione di una norma N_1 meno indeterminata di N , e infine un ragionamento che, a partire da N_1 , conduca all'individuazione di una norma inespressa N_2 , in qualche misura diversa da N_1 .

Inoltre, alla nozione di significato acontestuale e alla distinzione tra norme espresse e inesprese può essere affidato un ruolo nella «misurazione» dello scarto tra i risultati interpretativi e i testi normativi a partire dai quali sono stati ottenuti⁴⁹. Credo che, per svolgere questo ruolo, la nozione di significato acontestuale dovrebbe assumere una configurazione leggermente diversa da quella che le ho dato fin qui⁵⁰. Tuttavia, anche tralasciando eventuali aggiustamenti, dovrebbe essere intuitivamente chiaro il modo in cui questa nozione e la distinzione tra norme espresse e norme inesprese consentono di evidenziare scarti di varia entità tra testi e risultati interpretativi.

Ad esempio, è inespressa la norma ricavata dall'art. 610 Cod. pen. e applicata al caso di una telecamera nascosta da un istruttore di ruolo in uno spogliatoio femminile: nel comportamento dell'istruttore non è infatti riscontrabile, conformemente alle regole linguistiche, «violenza o minaccia»⁵¹. Ed è inespressa la norma N_1 ricavata dall'art. 624 bis Cod. pen. e applicabile a furti commessi in ristoranti, bar, edicole,

⁴⁹ Cfr. la nozione di «scarto» tra testo e norma in Pino 2016: 31, sebbene l'autore non leghi questa nozione al concetto di significato letterale.

⁵⁰ Credo, in particolare, che in questa nozione dovrebbero essere incluse alcune ovvie regole o convenzioni seguite nella redazione di testi in generale e testi normativi in particolare: ad esempio, la regola per cui una certa parola è da intendere, in una certa disposizione, nello stesso significato che assume in una disposizione immediatamente precedente (cioè deve essere intesa come una ripresa anaforica di un'entità precedentemente indicata: sull'anafora quale connettivo degli enunciati che compongono un testo, vedi Andorno 2003: 45-58; Conte 1999); oppure la convenzione per cui una certa parola è da intendere, all'interno di un documento normativo, nel significato indicato da una definizione contenuta nello stesso documento.

⁵¹ Corte di Cassazione, Sezione V, 2 luglio 2015, n. 28174.

spogliatoi annessi a luoghi di lavoro, poiché il sintagma «edificio destinato in tutto o in parte a privata dimora o nelle pertinenze di essa» non designa, conformemente alle regole della lingua italiana, luoghi di quel genere⁵². Egualmente inespressa è inoltre la norma N₂, applicabile anch'essa a furti commessi in spogliatoi annessi a luoghi di lavoro, che la Corte di Cassazione ha recentemente ricavato da questo stesso articolo, ma il suo scarto dal testo è minore di quello della norma N₁, poiché, diversamente da questa, non è applicabile a furti commessi in ristoranti, bar, edicole⁵³.

Infine, la nozione di significato acontestuale e la distinzione tra norme espresse e inesprese possono essere utilizzate per chiarire come l'attività di interpretazione e applicazione del diritto sia necessariamente, in una certa misura, attività di cooperazione con l'autorità normativa. L'attribuzione all'autorità normativa di precise intenzioni riguardo al contenuto di singole disposizioni o alle finalità di una legge è un'attività degli interpreti in una certa misura arbitraria, anche per il fatto che le autorità normative sono in genere costituite da una pluralità di individui provvisti di intenzioni in parte diverse (o anche di nessuna intenzione, se non quella di approvare un testo di cui conoscono il contenuto in modo approssimativo). Si deve però ritenere che l'approvazione di un testo normativo si accompagni alla volontà di produrre norme non molto diverse da quelle espresse dal testo nel suo significato acontestuale, ossia che l'autorità normativa, se avesse voluto produrre norme completamente diverse da quelle, avrebbe approvato un testo diverso. Dunque, si deve anche ritenere che gli interpreti cooperino con l'autorità normativa quando ricavano dal testo normativo una norma espressa o almeno una norma che in larga parte coincide con questa, considerando il suo campo di applicazione e la disciplina che stabilisce. E si deve infine rilevare che, là dove venisse a mancare questa cooperazione, cioè là dove dai testi normativi fossero ricavate tramite l'interpretazione norme ed eccezioni inesprese che stabilissero una disciplina diversa da quella stabilita dalle norme espresse per tutti o quasi tutti i casi cui queste fanno riferimento, l'attività delle autorità normative diverrebbe insensata, e risulterebbe alquanto dubbia l'idea che vi fossero, in quell'ordinamento, autorità normative.

Data la concezione che ho proposto, le norme sono espresse o inesprese a prescindere dal modo in cui è avvenuta l'attività interpretativa che ha portato alla loro individuazione, dalle argomentazioni avanzate, da qualsiasi valutazione che voglia darsi dell'operato dei giudici. Accettando tale concezione, si dovranno ritenere inesprese moltissime norme applicate dai giudici⁵⁴; però, ove non si abbia l'obiettivo di elaborare concetti accettabili per i giudici e in grado di influenzarne l'attività, non mi sembra che ciò sia rilevante.

⁵² Vedi le seguenti sentenze della Corte di Cassazione: Sez. II, 25 maggio 2015, n. 24763; Sez. V, 24 novembre 2015, n. 6210; Sez. V, 17 dicembre 2014, n. 2768; Sez. V, 25 giugno 2010, n. 32093.

⁵³ Vedi Corte di Cassazione, Sezioni unite penali, 23 marzo 2017, n. 2437.

⁵⁴ Questa obiezione, avanzata da Guastini 2017: 251, è ripresa da Barberis 2019: 202.

Riferimenti bibliografici

- Alston, W.P. (1971). *Philosophy of Language* (1964), trad. it. *Filosofia del linguaggio*, Bologna, il Mulino.
- Andorno, C. (2003). *Linguistica testuale*, Roma, Carocci.
- Barberis, M. (2019). *Lo que lo justistas no dicen. Normas no expresadas y depositivización*, «Revista oficial del poder judicial», 9, 11, 179-217.
- Bianchi, C. (2009). *Pragmatica cognitiva*, Roma-Bari, Laterza.
- Black, M. (1949). *Vagueness: An Exercise in Logical Analysis*, in Id., *Language and Philosophy*, Ithaca, Cornell University Press, 23-58.
- Bobbio, N. (1971). *Le bon législateur*, in H. Hubien (ed.), *Le raisonnement juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1971, 243-249.
- Canale, D. (2019). *In difesa della distinzione tra interpretazione e costruzione giuridica*, in P. Chiassoni, P. Comanducci, G.B. Ratti (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. 2, Madrid, Marcial Pons, 239-268.
- Carcattera, G. (1988). *Analoga. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. 2, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana.
- Carcattera, G. (1994). *L'argomento a contrario*, in S. Cassese, G. Carcattera, M. D'Alberti, A. Bixio (eds.), *L'unità del diritto*, Bologna, il Mulino, 177-272.
- Chiassoni, P. (2000). *Significato letterale: giuristi e linguisti a confronto (Another view of the Cathedral)*, in V. Velluzzi (ed.), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 1-63.
- Chiassoni, P. (2005). *A Nice Derangement of Literal-Meaning Freaks*, «Analisi e diritto», 2005, 115-126.
- Chiassoni, P. (2007). *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, il Mulino.
- Chiassoni, P. (2015). *Frames of Interpretation and the Container-Retrieval View: Reflections of a Theoretical Context*, in T. Bustamante, C. Dahlman (eds.), *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*, Dordrecht, Springer, 111-127.
- Chiassoni, P. (2019). *Interpretation without Truth*, Dordrecht, Springer.
- Conte, M.-E. (1999). *Condizioni di coerenza*, Alessandria, Edizioni dell'orso.
- Diciotti, E. (1995). *Operative Interpretation and Systemic Validity*, in L. Gianformaggio, S.L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli, 51-83.
- Diciotti, E. (1999). *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli.
- Diciotti, E. (2007). *Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto*, «Diritto & questioni pubbliche» (<http://www.dirittoequestionipubbliche.org/>), 7, 9-42.
- Diciotti, E. (2013). *L'individuazione di norme espresse e inespresse tramite l'interpretazione teleologica della legge*, «Analisi e diritto», 249-273.

- Diciotti, E. (2015). *Equivocità dei testi normativi, norme espresse e norme inesprese*, «Analisi e diritto», 47-70.
- Endicott, T.A.O. (2000). *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Engisch, K. (1970). *Einführung in das juristische Denken* (1968), trad. it. *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè.
- Fish, S. (1983). *Working on the Chain Gang*, in W.J.T. Mitchell (ed.), *The Politics of Interpretation*, Chicago, The University of Chicago Press, 271-286.
- Grice, P. (1993). *Studies in the Way of Words* (1989), trad. it. *Logica e conversazione*, Bologna, il Mulino.
- Guastini, R. (1986a). *Produzione di norme a mezzo di norme*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto*, Bari, Laterza, 173-201.
- Guastini, R. (1986b). *Sui principi di diritto*, «Diritto e società», 601-624.
- Guastini, R. (1990). *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- Guastini, R. (2013). *Replika*, «Rivista di filosofia del diritto», 2, 1, 125-136.
- Guastini, R. (2017). *Discutendo*, Madrid, Marcial Pons.
- Hare, R.M. (1968). *The Language of Morals* (1961), trad. it. *Il linguaggio della morale*, Roma, Ubaldini.
- Hart, H.L.A. (1965). *The Concept of Law* (1961), trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi.
- Katz, J.J. (1981). *Literal Meaning and Logical Theory*, «The Journal of Philosophy», 78, 4, 203-233.
- Kelsen, H. (1966). *Reine Rechtslehre* (2ª ed. 1960), trad. it. *La teoria pura del diritto*, Torino, Einaudi.
- Kelsen, H. (1989). *Zur Theorie der Interpretation* (1934), trad. it. *Sulla teoria dell'interpretazione*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Vol. II*, Torino, Giappichelli, 107-120.
- Lewis, D. (1969). *Convention*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Luzzati, C. (1990). *La vaghezza delle norme*, Milano, Giuffrè.
- Luzzati, C. (1999). *L'interprete e il legislatore*, Milano, Giuffrè.
- Marmor, A. (2005). *Interpretation and Legal Theory*, 2ª ed., Oxford-Portland, Hart.
- Millard, E. (1989). *Théorie générale du droit* (2006), trad. it. *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Nino, C.S. (1984). *Concideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Nino, C.S. (1996). *Introducción al análisis del derecho* (1980), trad. it. *Introduzione all'analisi del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Nowak, L. (1969). *De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique*, «Logique et analyse», 12, 65-86.

- Peczenik, A. (1989). *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer.
- Pino, G. (2010). *Diritti e interpretazione*, Bologna, il Mulino.
- Pino, G. (2013). *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, «Rivista di filosofia del diritto», 2, 1, 77-101.
- Pino, G. (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.
- Ross, A. (1965). *Om ret og retfærdighed* (1953), trad. it. *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi.
- Russell, B. (1923). *Vagueness*, «Australasian Journal of Philosophy and Psychology», 1, 84-92.
- Schauer, F. (2000). *Playing by the Rules* (1991), trad. it. *Le regole del gioco*, Bologna, il Mulino.
- Schauer, F. (2016). *Thinking Like a Lawyer* (2009), trad. it. *Il ragionamento giuridico*, Roma, Carocci.
- Searle, J. (1979). *Literal Meaning*, in Id., *Expression and Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press, 117-136.
- Searle, J. (1980). *The Background of Meaning*, in J. Searle, F. Kiefer, M. Bierwisch (eds.), *Speech Act Theory and Pragmatics*, Dordrecht, Reidel, 221-232.
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè.
- Troper, M. (2001), *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses Universitaires de France.
- Velluzzi, V. (2010). *Le clausole generali*, Milano, Giuffrè.
- Velluzzi, V. (2012). *Tra teoria e dogmatica*, Pisa, Edizioni ETS.
- Villa, V. (2012). *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli.
- Von Wright, G.H. (1989). *Norm and Action* (1963), trad. it. *Norma e azione*, Bologna, il Mulino.
- Waismann, F. (1945), *Verifiability*, «Proceedings of the Aristotelian Society», Suppl. Vol. 19, 119-150.
- Williams, B. (1987). *Ethics and the Limits of Philosophy* (1985), trad. it. *L'etica e i limiti della filosofia*, Bari, Laterza.
- Williams, G. (1945). *Language and the Law*, «Law Quarterly Review», 61, 71-86, 179-195, 293-303, 384-406.
- Wróblewski, J. (1983). *Fuzziness of Legal System*, in U. Kangas (ed.), *Essays in Honor of Kaarle Makkonen*, numero monografico di «Oikeustiede», 16, 313-330.

