



# Analisi e diritto

1/2020

[riviste.edizioniets.com/aed](http://riviste.edizioniets.com/aed)

## *Direzione esecutiva*

Paolo Comanducci  
Riccardo Guastini

## *Redazione*

Giovanni Battista Ratti (*redattore capo*)  
Diego Dei Vecchi, Andrej Kristan, Luca Malagoli, Julieta Rábanos,  
Natalia Scavuzzo, Adriano Zambon.

## *Comitato scientifico*

Claudio Agüero, Sebastián Agüero, Robert Alexy, Federico Arena,  
María Beatriz Arriagada, Manuel Atienza, Humberto Ávila, Mauro Barberis,  
Juan Carlos Bayón, Hernán Bouvier, Michelangelo Bovero, Pierre Brunet,  
Eugenio Bulygin, Luka Burazin, Alejandro Calzetta, Damiano Canale,  
Ricardo Caracciolo, Flavia Carbonell, Bruno Celano, Jorge Cerdio,  
Véronique Champeil-Desplats, Rodrigo Coloma, Giovanni Damele,  
David Duarte, Pierluigi Chiassoni, Enrico Diciotti, Andrea Dolcetti,  
Timothy Endicott, Rafael Escudero, Luigi Ferrajoli, Jordi Ferrer, Paula Gaido,  
Marina Gascón, Gianmarco Gometz, Daniel González Lagier, Andrea Greppi,  
Giulio Itzcovich, Arnaud Le Pillouer, Francisco Laporta, Brian Leiter,  
Isabel Lifante, Pau Luque, Claudio Luzzati, Giorgio Maniaci, José Luis Martí,  
Tecla Mazzaresse, Daniel Mendonca, Eric Millard, Diego Moreno,  
José Juan Moreso, Nicola Muffato, Pablo Navarro, Álvaro Núñez,  
Claudina Orunesu, Diego Papayannis, Stanley Paulson, Valentina Pazé,  
Giorgio Pino, Anna Pintore, Francesca Poggi, Susanna Pozzolo, Luis Prieto,  
Alberto Puppo, M. Cristina Redondo, Ángeles Ródenas, Jorge Rodríguez,  
Michel Rosenfeld, Corrado Roversi, Juan Ruiz Manero, Alfonso Ruiz Miguel,  
Alessio Sardo, José María Sauca, Frederick Schauer, Aldo Schiavello,  
Adrian Sgarbi, Germán Sucar, Michel Troper, Giovanni Tuzet,  
Rodolfo Vázquez, Vito Velluzzi, José María Vilajosana, Vittorio Villa.

## *Contatti*

[analisediritto@istitutotarello.org](mailto:analisediritto@istitutotarello.org)

## *Realizzazione editoriale*

Edizioni ETS - Pisa  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

# Analisi e diritto

1/2020



Edizioni ETS

Registrazione presso il Tribunale di Pisa n. 5/2019

*Direttore responsabile*

Riccardo Guastini

Periodico semestrale. I contributi pubblicati sono sottoposti, in forma anonima, alla revisione di almeno due lettori anonimi.

*Six-monthly journal. Published articles undergo double-blind peer-review.*

*Analisi e diritto* è pubblicata con il contributo dei fondi per la ricerca delle seguenti istituzioni:

Università degli Studi di Genova

Càtedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona

Università degli Studi di Milano

Université Paris Nanterre

Abbonamenti, comprese spese di spedizione / *Subscription (incl. shipping charges)*

*print, individual:* Italy € 60,00 / Abroad € 70,00

*print, institutional:* Italy € 80,00 / Abroad € 90,00

*PDF\*:* individual € 50,00 / institutional € 60,00

\* Sconti / *Discounts:* Latin America -35%; Africa -50%.

© Copyright 2020

Edizioni ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

*Distribuzione*

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

*Promozione*

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675896-5

ISSN 1126-5779

# Indice

## **Norme inesprese. Un dibattito (Unexpressed Norms. A Debate)**

M. Barberis <i>Norme implicite: il perché e il percome</i> (Implicit Rules: the Whys and Wherefores)	9
D. Canale <i>Norme espresse e norme inesprese. Un'analisi concettuale</i> (Expressed and Unexpressed Norms. A Conceptual Analysis)	13
M. Barberis <i>Norme implicite e de-positivizzazione. Soluzioni, dissoluzioni, problemi aperti</i> (Implicit Norms and De-Positivisation. Solutions, Dissolutions, Open Issues)	43
E. Diciotti <i>Norme espresse, significati acontestuali, argomenti dell'interpretazione</i> (Expressed Norms, Acontextual Meanings, Interpretive Arguments)	69
G. Pino <i>Norme inesprese</i> (Unstated Norms)	93
R. Guastini <i>Postilla</i> (A Marginal Note)	127

## Saggi (Essays)

M.C. Redondo

*La tesis de las “fuentes” y los “frutos” sociales del derecho.*

*Un diálogo entre la metafísica analítica y la teoría de los sistemas jurídicos*

(The “Sources” Thesis and the Social “Fruits” of Law.

A Dialogue between Analytical Metaphysics and the Theory of Legal Systems) 135

P. Luque Sánchez

*The “Who”: Is it Possible to Democratically Determine the Demos*

*Entitled to Secession?*

167

**Norme inesprese. Un dibattito**

**Unexpressed Norms. A Debate**



# Norme implicite: il perché e il percome

Mauro Barberis\*

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

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

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

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

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

---

\* IUSLIT, Università di Trieste, Piazzale Europa 1, 34127, Trieste, [barberis@units.it](mailto:barberis@units.it).

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

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

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

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

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

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

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

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

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



# Norme espresse e norme inespresse. Un'analisi concettuale

Damiano Canale\*

## Sommario

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

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

## Abstract

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

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

---

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

## 1. Introduzione

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

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

## 2. La tesi di Guastini

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

$$D R_i N_{es}$$

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3. Due critiche a Guastini

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 4. Significati ammessi e significati ammissibili

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

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

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

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

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

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

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

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

## 5. Argomenti interpretativi e argomenti costruttivi

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

## 6. Esiste un significato a-contestuale?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 7. La cornice dei significati ammissibili

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

$p$  = legislatore storico

$t$  = 1791

$l$  = Stati Uniti d'America.

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

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

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

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

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

$p$  = lettore competente della disposizione

$t$  = 1971

$l$  = Stati Uniti d'America

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Riferimenti bibliografici**

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

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

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

# 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](mailto: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 (*Verfassungskonformgesetzsauslegung*)<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, espropriino 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 darsi 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 giudiziali.

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 (editori), *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.



# 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](mailto: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 giuridica<sup>1</sup>.

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'interpretazione<sup>2</sup>, ad esaminare il modo in cui viene precisata da Damiano Canale e ad esporre una mia proposta di ridefinizione.

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> 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 giuridica<sup>3</sup>.

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 alternative<sup>4</sup>. 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 possibili<sup>5</sup>. Questa attività, che Guastini ritiene poco frequente<sup>6</sup>, 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

<sup>3</sup> Vedi Guastini 2011: 25-37.

<sup>4</sup> 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).

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> 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*<sup>7</sup>.

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»<sup>8</sup>. 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 argomento<sup>9</sup>. 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.»<sup>10</sup>. 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

<sup>7</sup> Guastini 2011: 282 (corsivo mio).

<sup>8</sup> Guastini 2011: 129-131.

<sup>9</sup> Guastini 2011: 289-291.

<sup>10</sup> 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 espresse<sup>11</sup>. 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”»<sup>12</sup>. 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

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Guastini 2011: 52.

le norme espresse e le norme inesprese: 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 respinta<sup>13</sup>.

### 3. La distinzione tra norme espresse e norme inesprese 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 inesprese 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 inespressa (o, come dice Canale, si dovrà ritenere che «una norma espressa, ricavata per via interpretativa, e una norma inespressa, ricavata per via costruttiva, esprimano il *medesimo* significato»)<sup>14</sup>.

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»<sup>15</sup>. 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.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Canale 2019: 245.

<sup>15</sup> 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 comunicazione<sup>16</sup>. 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 interpretata<sup>17</sup>.

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»<sup>18</sup>.

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»<sup>19</sup>. 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»<sup>20</sup>.

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-

<sup>16</sup> Canale 2019: 260.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> Canale 2019: 261.

<sup>19</sup> Canale 2019: 263-264.

<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>. 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-

---

<sup>21</sup> 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 lacuna<sup>22</sup>; 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 stesso<sup>23</sup>, 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,

---

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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 religione<sup>24</sup>.

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

---

<sup>24</sup> 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 dire<sup>25</sup>.

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 Pino<sup>26</sup>, 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*»<sup>27</sup>, senza però chiarire che cosa esattamente intenda per «argomento letterale» e senza esporre, neppure sommariamente, queste critiche<sup>28</sup>.

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

<sup>26</sup> Pino 2013: 99. E neppure è respinta da Chiassoni 2019.

<sup>27</sup> Barberis 2019: 202.

<sup>28</sup> 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*<sup>29</sup>, 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 linguistiche<sup>30</sup>, 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?).

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> 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 generali<sup>31</sup>, come «La velocità massima permessa ai veicoli nei centri abitati è di 50 km all'ora»<sup>32</sup>.

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 alternative<sup>33</sup>, 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 vago<sup>34</sup>, per cui esprimono norme vaghe, il cui campo di applicazione non è precisamente delimitabile<sup>35</sup>. 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

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

<sup>32</sup> 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.

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

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

<sup>35</sup> 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 C<sub>1</sub>, ma è dubbio che si applichi ai casi C<sub>2</sub>, C<sub>3</sub> e C<sub>4</sub>, allora è possibile ricavare da D le seguenti norme, meno vaghe di N e consentite dalle regole linguistiche: la norma N<sub>1</sub>, certamente inapplicabile ai casi C<sub>2</sub>, C<sub>3</sub> e C<sub>4</sub>; la norma N<sub>2</sub>, certamente applicabile ai casi C<sub>2</sub>, C<sub>3</sub> e C<sub>4</sub>; la norma N<sub>3</sub>, certamente applicabile ai casi C<sub>2</sub> e C<sub>3</sub> e certamente inapplicabile ai casi C<sub>4</sub>; la norma N<sub>4</sub>, certamente applicabile ai casi C<sub>2</sub> e certamente inapplicabile ai casi C<sub>3</sub> e C<sub>4</sub>; 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 individuo<sup>36</sup>. 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 applicazione<sup>37</sup>. 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

<sup>36</sup> 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).

<sup>37</sup> 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  $N_2$ <sup>38</sup>.

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 applicabile<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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 applicabile<sup>40</sup>: 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 disposizione<sup>41</sup>, questo argomento, ove non sia utilizzato congiuntamente ad altri argomenti, è l'unico che consente di giustificare esclusivamente norme espresse<sup>42</sup>. 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

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

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

<sup>42</sup> 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 linguistiche<sup>43</sup>. 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 X<sup>44</sup>, 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 espresse<sup>45</sup>. Tra questi, il ragionamento *a simili*, col quale si argomenta che, conformemente alla *ratio* di una norma N, un determinato caso C<sub>2</sub> presenta una somiglianza rilevante con i casi C<sub>1</sub>, certamente disciplinati da N, per poi sostenere che, in ragione di tale somiglianza, la disciplina stabilita da N per i casi C<sub>1</sub> deve essere estesa al caso C<sub>2</sub>. Infatti, ove N sia una norma espressa, è possibile che C<sub>2</sub> 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 C<sub>2</sub> sia un caso al quale non è certo se la norma N sia o non sia applicabile<sup>46</sup>, e che dunque il risultato del ragionamento sia

<sup>43</sup> 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).

<sup>44</sup> 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).

<sup>45</sup> A questo riguardo, rinvio a Diciotti 2013: 262-266.

<sup>46</sup> 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 costruzione<sup>47</sup>. 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 processo<sup>48</sup>. 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.

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

<sup>48</sup> 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 ottenuti<sup>49</sup>. Credo che, per svolgere questo ruolo, la nozione di significato acontestuale dovrebbe assumere una configurazione leggermente diversa da quella che le ho dato fin qui<sup>50</sup>. 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»<sup>51</sup>. Ed è inespressa la norma  $N_1$  ricavata dall'art. 624 bis Cod. pen. e applicabile a furti commessi in ristoranti, bar, edicole,

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> 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 genere<sup>52</sup>. Egualmente inespressa è inoltre la norma  $N_2$ , 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  $N_1$ , poiché, diversamente da questa, non è applicabile a furti commessi in ristoranti, bar, edicole<sup>53</sup>.

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 giudici<sup>54</sup>; 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.

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> Vedi Corte di Cassazione, Sezioni unite penali, 23 marzo 2017, n. 2437.

<sup>54</sup> 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.



## Sommario

In questo saggio intendo mettere a fuoco alcune questioni teoriche sulle norme inesprese, nella convinzione che si tratti di una categoria estremamente importante per capire il lavoro dei giuristi, anche quando (e forse, soprattutto quando) questi ultimi si astengono dal dichiararne espressamente l'utilizzo. Allo stesso tempo, credo che questa nozione porti allo scoperto i limiti intrinseci di alcuni concetti abitualmente impiegati nella teoria dell'interpretazione, specialmente di stampo analitico, quali "interpretazione", "integrazione", "cornice di significati ammissibili", e simili: una discussione sulle norme implicite può dunque essere una valida occasione per una riflessione più generale sull'interpretazione giuridica. Ad ogni modo il mio scopo, qui, è di problematizzare la nozione di norma inespressa, e la correlativa distinzione con le norme espresse, senza con ciò necessariamente rifiutare né l'una né l'altra.

**Parole chiave:** Norme espresse. Norme inesprese. Interpretazione. Integrazione.

## Abstract

The aim of the essay is to put to test some theoretical issues surrounding the topic of "unstated norms". The underlying assumption is that a reflection on unstated norms is able to bring to the fore several important features of the job of jurists, even when – possibly, most of all when – jurists deny that they are indeed working with unstated norms. At the same time, the notion of unstated norm paves the way to a critical reflection on some conceptual tools often deployed in analytical jurisprudence, such as "interpretation", "construction", "legitimate meanings", and the like. Accordingly, an inquiry on unstated norms may prove a valuable occasion for a more general reflection upon legal interpretation.

**Keywords:** Stated norms. Unstated norms. Legal interpretation. Integration of the law.

---

\* Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre. Via Ostiense 161, 00154, Roma, *giorgio.pino@uniroma3.it*.

## 1. A caccia di fantasmi

Tra i teorici del diritto è più o meno un luogo comune osservare che nelle loro operazioni quotidiane i giuristi usano, oltre alle norme derivabili direttamente da un testo normativo, anche norme inesprese; o che gli ordinamenti giuridici contengono, oltre alle norme derivabili direttamente da un testo normativo, anche norme inesprese. Le norme inesprese, o implicite, sarebbero le norme ricavate dai giuristi con strategie argomentative di vario tipo, e accomunate dalla circostanza di non essere direttamente formulate in un testo normativo – più precisamente, le norme implicite sono norme che non possono essere considerate il significato di un enunciato formulato in un testo normativo. Le norme inesprese, cioè, sarebbero frutto non di un'attività che esplicita o che riproduce, per mezzo di una "semplice" traduzione, ciò che un testo normativo dice, ma piuttosto di un'attività che aggiunge, in maniera creativa, nuovo materiale normativo rispetto a quello prodotto dal legislatore (in senso ampio).

Sfortunatamente questo luogo comune, che peraltro io stesso condivido, si trova stretto tra fuochi opposti. Per un verso, infatti, non c'è accordo tra i teorici del diritto sul modo in cui tracciare la distinzione tra norme espresse e norme inesprese (o la distinzione, ad essa parallela, tra interpretazione e "integrazione", o "costruzione"). Con la conseguenza che, a seconda dello schema teorico e delle definizioni di volta in volta adottate, le norme inesprese potranno apparire o come un fenomeno affatto eccezionale e marginale, e al limite patologico, o all'opposto come la componente preponderante del materiale utilizzato dal giurista nel suo lavoro quotidiano. Così, ad esempio, Enrico Diciotti riconosce che la propria concettualizzazione produce la conseguenza che «si dovranno ritenere inesprese moltissime norme applicate dai giudici»<sup>1</sup>. Esito, questo, che invece è ritenuto «alquanto paradossale» da Riccardo Guastini, il quale evidentemente ritiene che le norme inesprese non siano una componente preponderante dell'ordinamento<sup>2</sup>.

Per altro verso, i giuristi "pratici" sembrano alquanto renitenti a qualificare apertamente come "inesprese" le norme che essi individuano tramite procedimenti (che i teorici chiamano) "integrativi" o "costruttivi". L'esempio più chiaro, anche se in un certo senso poco rappresentativo, è dato dal procedimento per analogia: anche se in via generale esso è formalmente consentito o addirittura imposto dal nostro diritto positivo, di solito è impiegato con notevole pudore dai giuristi italiani anche al di fuori dei casi (norme penali e norme eccezionali) in cui è espressamente escluso<sup>3</sup>. E probabilmente lo stesso potrebbe essere detto per molti altri ordinamenti

<sup>1</sup> Diciotti 2020: § 4.

<sup>2</sup> Guastini 2013: 134.

<sup>3</sup> Si veda a titolo di esempio l'ampia analisi svolta in Alpa 1998 che, a dispetto del titolo, è sostanzialmente una ricognizione dei modi in cui i giudici *evitano* di fare ricorso all'analogia.

a diritto codificato. Con ciò non intendo dire, si badi, che i giuristi che operano in questi ordinamenti non facciano *affatto* ricorso all'analogia e ad altri procedimenti integrativi. (Anche perché si dovrebbe poi distinguere ciò che i giuristi *fanno* da ciò che i giuristi *dicono di fare*. Un giurista, assunto, può tranquillamente far ricorso all'analogia senza dirlo.) E la stessa analogia, in fin dei conti, è probabilmente percepita dai giuristi di *civil law* come un caso estremo di integrazione del diritto (e dunque, proprio in quanto caso estremo, poco rappresentativo), mentre altre tecniche integrative sono adoperate più frequentemente e apertamente dai giuristi. Ciò che intendo dire, piuttosto, è che è relativamente raro che i giuristi affermino di stare impiegando una tecnica "integrativa" anziché "interpretativa", e soprattutto è raro che i giuristi dichiarino apertamente che la norma che stanno utilizzando in un certo caso è una norma inespressa. È ovvio che questa è una generalizzazione, che tollera vari controesempi; e inoltre non è affatto detto che le analisi svolte dalla teoria del diritto debbano restare ostaggio solo di ciò che i giuristi "dicono di fare", anziché spingersi ad indagare su ciò che essi "fanno realmente". Tuttavia, credo che questo sia un dato di cui una indagine teorica debba in qualche modo tenere conto, a pena di raffigurare la pratica giuridica come un gigantesco autoinganno, o adottare verso di essa una poco plausibile *error theory*<sup>4</sup>.

In questo saggio intendo dunque mettere a fuoco alcune questioni teoriche che riguardano la categoria "norme inesprese", nella convinzione che si tratti di una categoria estremamente importante per capire il lavoro dei giuristi, anche quando (e forse, *soprattutto* quando) questi ultimi si astengono dal dichiararne espressamente l'utilizzo. Allo stesso tempo, credo che questa nozione porti allo scoperto i limiti intrinseci di alcuni concetti abitualmente impiegati nella teoria dell'interpretazione, specialmente di stampo analitico, quali "interpretazione", "integrazione", "cornice di significati ammissibili", e simili: una discussione sulle norme implicite può dunque essere una valida occasione per una riflessione più generale sull'interpretazione giuridica. Ad ogni modo il mio scopo, qui, è di problematizzare la nozione di norma inespressa, e la correlativa distinzione con le norme espresse, senza con ciò necessariamente rifiutare né l'una né l'altra. Esistono infatti buone ragioni per mantenerle. Una buona ragione è che la nozione di norma inespressa, e la distinzione tra interpretazione e integrazione del diritto, sono presenti nel linguaggio e (soprattutto) nelle pratiche dei giuristi. Un'altra buona ragione è che la possibilità di un'attività integrativa del diritto da parte degli interpreti è contemplata dal diritto positivo stesso, autorizzandola (art. 12, co. 2, preleggi), o vietandola (art. 14 preleggi).

Ovviamente, che una distinzione sia presente nel linguaggio dei giuristi, o nel diritto positivo, è un argomento in favore del potenziale interesse teorico della distinzione in questione, ma non è affatto un argomento conclusivo in favore del fatto

---

<sup>4</sup> La necessità che l'indagine teorica si mantenga in qualche misura fedele al "senso comune dei giuristi" è rivendicata ad es. da Guastini 2013: 134, e Chiassoni 2019: 122.

che si tratti di una distinzione chiara e precisa – e nemmeno, al limite, per considerarla una distinzione sensata. È del tutto possibile che il diritto positivo prescriva o autorizzi qualcosa di insensato. In ogni caso, mantenere queste distinzioni non implica che sia sempre possibile tracciarle con sicurezza; e magari è anche possibile che i casi dubbi (di interpretazione, di integrazione; di norme espresse, di norme inespresse) siano più frequenti e rilevanti dei casi chiari. In altre parole, queste distinzioni possono anche essere mantenute, ma a condizione di non essenzializzarle<sup>5</sup>.

Procederò in questo modo. In primo luogo, prenderò in considerazione alcuni tentativi di distinzione tra norme espresse e norme inespresse, al fine di mostrarne i limiti (§ 2). Poi proverò a delineare un modo alternativo di porre la questione, nel quadro di un più complessivo resoconto dell'attività interpretativa (§ 3). Infine, cercherò di trarre spunto da tutto ciò per qualche riflessione più generale sull'interpretazione giuridica e la sua "creatività" (§ 4).

## 2. Norme inespresse, interpretazione, costruzione

Dunque, nonostante qualche disaccordo, è generalmente ammesso che nel diritto "esistano" norme inespresse. A dire il vero, mi sembra che spesso i disaccordi riguardino non tanto il "se", ma il "come": non se norme inespresse "ci siano" (in qualche senso di "esserci" che lascerò qui del tutto inesplorato), ma come esse siano individuabili o vengano di fatto individuate.

Iniziamo col dire che, per comune ammissione, quella delle norme inespresse è una categoria eterogenea. Alcune norme inespresse possono essere individuate tramite argomenti puramente logico-deduttivi a partire da norme espresse, mentre altre possono essere individuate tramite argomenti retorico-persuasivi, sempre a partire da norme espresse oppure a partire da tesi puramente dogmatiche prive di qualsivoglia aggancio testuale nel diritto positivo<sup>6</sup>. Di questa eterogeneità si cerca talvolta di dar conto individuando, all'interno della categoria generale delle norme inespresse, alcune sotto-categorie come le "norme implicite", e le "norme totalmente inespresse"<sup>7</sup>. Non nego che simili distinzioni possano essere teoricamente

<sup>5</sup> Si noterà, peraltro, che le ragioni in favore della distinzione tra norme espresse e norme inespresse che ho indicato nel testo hanno importanti ricadute pratiche. E questo, molto spesso, non manca di condizionare profondamente l'elaborazione teorica sul tema. Come ha esattamente notato Jerzy Wróblewski 1991: 98, «the difference between the stated and the unstated in law is related to conceptual choices which are not axiologically neutral».

<sup>6</sup> Guastini 2004a: 103-106; Ratti 2008: 319 ss.

<sup>7</sup> La distinzione tra norme "implicite" e norme "inespresse" è presente ad esempio in Guastini 1990: 124: «altri principi appaiono, per così dire, totalmente inespresi, cioè né formulati né impliciti in alcun segmento del discorso legislativo». V. anche Diciotti 2015; Barberis, 2019: 187; 2020: § 4.2. (che comunque non usano questa distinzione in modo identico).

fondate; per parte mia, però, ed esclusivamente per ragioni di semplicità espositiva, rinuncerò ad articolare ulteriormente la nomenclatura e utilizzerò le espressioni “norme inesprese” e “norme implicite” come perfettamente sinonime (al pari, ovviamente, della coppia “norme espresse” e “norme esplicithe”).

Ebbene, il modo più ovvio di individuare la categoria delle norme inesprese è “in negativo”: sono norme inesprese quelle che non possono essere ragionevolmente considerate come il significato di una disposizione (cioè di un enunciato presente in una fonte del diritto). Talvolta, con espressione meno precisa, si dice che le norme inesprese sono norme “prive di formulazione” (cioè prive di formulazione testuale in una fonte del diritto); quest’ultima definizione è però meno precisa perché, a ben vedere, una norma non può essere *mai* formulata in una fonte del diritto: le fonti del diritto (e più precisamente: le fonti-atto, le fonti dotate di aspetto testuale) non contengono mai norme, ma disposizioni, enunciati da interpretare al fine di individuare le norme. A rigor di termini, dunque, è la disposizione, e non la norma, ad essere ‘formulata’ in una fonte del diritto.

Dunque, quando una norma può essere ragionevolmente considerata come il significato di una disposizione, individuato a seguito di interpretazione, essa è una norma espressa. Una norma espressa è, per definizione, il prodotto dell’interpretazione di una disposizione. Di contro, le norme inesprese non sono frutto di interpretazione, propriamente intesa, ma di “integrazione”, o di “costruzione”. I giuristi, quantomeno in Italia, parlano spesso di “integrazione”, nelle varianti della “auto-integrazione” (ad es. tramite analogia) e della “etero-integrazione” (ad es. tramite ricorso all’equità o alla “natura delle cose”). “Costruzione” è termine che ha origine nella pandettistica tedesca<sup>8</sup>, ed evoca precisamente l’idea del carattere sistematico del diritto; recentemente questo termine è stato riportato in voga da Riccardo Guastini<sup>9</sup>, per designare una varietà di operazioni diverse da quelle strettamente interpretative, tra cui appunto l’individuazione di norme inesprese (ma anche ulteriori operazioni che non coincidono con l’integrazione e l’individuazione di norme inesprese)<sup>10</sup>.

Ora, è evidente che il quadro fin qui tracciato è ancora piuttosto incompleto. Infatti, è evidente che la distinzione tra norme espresse e inesprese è parassitaria

<sup>8</sup> Lazzaro 1965.

<sup>9</sup> Guastini 2011.

<sup>10</sup> Conviene comunque sgomberare il campo da un possibile fraintendimento che potrebbe derivare dall’uso, da parte dei giuristi nordamericani, della apparentemente analoga distinzione tra *interpretation* e *construction*. In realtà, la coppia *interpretation/construction* si riferisce alla distinzione tra l’attribuzione di un significato puramente linguistico, da una parte, e il dare al testo interpretato “effetti giuridici”, dall’altra; e tali “effetti giuridici” coprono un insieme assai eterogeneo di attività quali l’attribuzione di significato sulla base di criteri tipicamente giuridici, l’integrazione della norma nel complessivo tessuto normativo, il ricorso a finzioni giuridiche, l’applicazione al caso concreto. Anche se qualcuna di queste cose ricadrebbe nella nozione di “costruzione” così come impiegata da Guastini in poi, si vede chiaramente che la coppia *interpretation/construction* ha ben poco a che vedere con la coppia interpretazione/costruzione.

rispetto alla distinzione tra interpretazione e integrazione (o costruzione). Solo se è possibile distinguere tra interpretazione e integrazione, tra le attività che consistono nell'attribuzione di significati a testi (e dunque genuinamente interpretative) dalle attività che non possono essere considerate come attribuzione di significati a testi, si potranno poi distinguere le norme espresse dalle norme inesprese. A questo proposito, è venuta in soccorso la nozione – già presente in Kelsen<sup>11</sup> – di “cornice dei significati”.

L'idea, nella sua semplicità, è piuttosto attraente, e può essere riassunta nel modo seguente. Ogni enunciato si presta ad esprimere una pluralità di significati possibili. Se l'interprete individua una norma scegliendo uno dei significati che ricadono all'interno della cornice dei significati possibili, allora si può dire che ha posto in essere una attività interpretativa, e che la norma così individuata sia una norma espressa. Se invece l'interprete individua una norma che non può essere considerata come uno dei significati appartenenti alla cornice, allora ha svolto un'attività (non interpretativa ma) integrativa o costruttiva, e la norma così individuata è una norma inespressa.

Purtroppo, la semplicità di questa idea è affatto ingannevole. Il modello della cornice non può funzionare per distinguere tra interpretazione e integrazione, tra norme espresse e norme inesprese. Per mostrare perché, discuterò qui di seguito due possibili versioni, recentemente proposte, dell'argomento della cornice. (Il lettore che non si appassioni particolarmente alle dispute intra-teoriche, e soprattutto che sia disponibile ad una considerevole apertura di credito nei confronti del mio argomento, può subito saltare al § 3.)

## 2.1. *Guastini*

Riccardo Guastini è stato il primo, per quanto ne so, a riformulare la teoria kelseniana della cornice nei termini di una teoria analitica dell'interpretazione giuridica<sup>12</sup>. Secondo Guastini, la “cornice” consiste nella somma dei diversi possibili significati di un testo normativo, individuati «tenendo conto delle regole della lingua, delle diverse tecniche interpretative in uso, delle tesi dogmatiche diffuse in dottrina, etc.»<sup>13</sup>. Fintanto che l'interprete sceglie una norma che ricade all'interno della cornice, avrà individuato una *norma espressa*, tramite un'attività genuinamente interpretativa; se invece l'interprete individua un significato “fuori cornice”, allora avrà creato una *norma inespressa*, frutto di costruzione o più precisamente, per l'appunto di “interpretazione creativa”<sup>14</sup>. (Giovà ricordare, comunque, che secondo

<sup>11</sup> Kelsen 1934: cap. VI; 1960: cap. VIII. Ma nelle traduzioni italiane l'originale “Rahmen” è stato di solito tradotto con “schema”.

<sup>12</sup> V. ad es. Guastini 2011. Barberis ha rintracciato già nella metà degli anni '90 i primi usi di questa nozione da parte di Guastini: v. Barberis 2019: 193 ss.

<sup>13</sup> Guastini 2011: 28.

<sup>14</sup> «La cornice (anche se di incerta identificazione) [...] serve a classificare le operazioni degli interpreti: in particolare, a discriminare tra interpretazione propriamente detta e creazione di diritto nuovo»

Guastini l'interpretazione creativa non è il solo modo per individuare norme inespresse: queste ultime potranno essere individuate anche attraverso altre tecniche di "costruzione giuridica", come ad esempio la concretizzazione di principi.)

Cosa c'è che non va in questa ricostruzione? In estrema sintesi, le cose seguenti<sup>15</sup>.

*L'illusoria semplicità della cornice.* A ben vedere, l'individuazione della cornice dei significati possibili, utilizzando i criteri indicati da Guastini, sembra essere un'impresa disperata. Ciò a causa dell'estrema eterogeneità delle tecniche interpretative rilevabili in una qualunque cultura giuridica appena sviluppata, e a causa del fatto che tali tecniche si prestano solitamente ad essere implementate in molti modi diversi. Per tracciare la cornice si dovrà dunque elaborare una combinazione tra i diversi criteri offerti dalle regole della lingua (incluse le rispettive varianti storiche, probabilmente), dalle regole giuridico-positive sull'interpretazione (a loro volta oggetto di interpretazione, ovviamente, e dunque a loro volta passibili di molteplici differenti declinazioni in sede interpretativa), dalle tesi dogmatiche e dalle tecniche interpretative presenti nella cultura giuridica (di tutte le tesi dogmatiche e tecniche interpretative? anche di quelle più marginali, cervelotiche ed eterodosse?), che peraltro si prestano normalmente ad essere sviluppate in modi diversi.

Così, ad esempio, dando per scontato che il ricorso all'interpretazione sistematica sia *una* delle "tecniche interpretative in uso", non si potrà fare a meno di notare: *a*) che l'interpretazione sistematica è in realtà una famiglia di tecniche, che possono ben dare luogo a risultati interpretativi opposti (ad es., l'argomento della "costanza terminologica", e l'argomento – speculare – della "incostanza terminologica"<sup>16</sup>, di modo che già questo solo argomento potrebbe far rientrare nella cornice significati (non solo diversi ma) opposti; *b*) il "sistema" rilevante può essere ritagliato in molti modi diversi: qual è il "sistema" dell'art. 2043 c.c.? il Titolo IX del c.c.? tutto il Libro IV? l'intero diritto delle obbligazioni, a prescindere dalla sua collocazione nel codice civile (leggi speciali, ecc.)? l'intero codice civile (che ovviamente contiene tante altre cose oltre al diritto delle obbligazioni)? il diritto civile nel suo complesso? Il diritto civile alla luce della Costituzione? l'intero ordinamento italiano (ad includere anche il diritto penale, amministrativo ecc.)? il diritto civile alla luce del diritto dell'Unione europea? E così via.

E si può presumere (a voler dare qualche significato allo «etc.» usato da Guastini nella sua definizione) che all'individuazione della cornice potranno concorrere anche considerazioni ulteriori (e da Guastini non specificate) come ad esempio le

(Guastini 2011: 60; v. anche 29, 61, 267, 338, 425-426).

<sup>15</sup> Ho già avuto modo di criticare questo aspetto della teoria dell'interpretazione di Guastini: Pino 2013. Quanto scrivo qui di seguito riprende, sviluppa, e (forse) chiarisce quanto ho già cercato di argomentare in quella occasione.

<sup>16</sup> In proposito, v. Guastini 2004a: 170-171.

definizioni indicate dallo stesso legislatore, o altre indicazioni provenienti dall'autorità normativa, come ad es. le rubriche, i "considerando" nelle direttive e nei regolamenti comunitari, o le motivazioni o relazioni di accompagnamento a certi atti normativi, ecc.

Non è per niente chiaro cosa possa entrare o non entrare nella cornice. La cornice può essere costruita con i criteri più diversi: non appena si provi a prendere sul serio i criteri indicati da Guastini, la costruzione della cornice comincia ad assumere le fattezze di un'impresa vagamente onirica, o di una passeggiata nella biblioteca di Babele.

*Le cornici dipendono dall'interpretazione.* Come conseguenza di quanto abbiamo appena visto, per essere almeno parzialmente praticabile l'individuazione della cornice dei possibili significati non potrà che essere effettuata tramite *una selezione* di criteri, ritenuti dall'interprete più ragionevoli, all'interno della sterminata messe dei criteri potenzialmente ammissibili elencata poco sopra.

Ad esempio, si potrebbe pensare che le «regole della lingua» siano quelle dell'italiano attuale, e non quelle del momento in cui la legge da interpretare è stata promulgata (o viceversa). Oppure, si potrebbe pensare che le «tecniche interpretative in uso» siano quelle impiegate dalla Corte di Cassazione (o dalla "migliore dottrina", o dalle Corti di Appello dei capoluoghi con più di un milione di abitanti, ecc.). Parimenti, si potrebbe pensare che le «tesi dogmatiche diffuse in dottrina» siano quelle adottate unanimemente da tutti i giuristi, o da tutti i giuristi specializzati in una certa disciplina, o dai giuristi specializzati in una certa disciplina e che siano riconosciuti come "particolarmente autorevoli" (*good luck with that*), o dai giuristi specializzati in una certa disciplina e che abbiano almeno una volta nella vita pubblicato un saggio su «Analisi e diritto», e così via.

Una simile riformulazione della cornice è possibile, ovviamente, e probabilmente è ciò che effettivamente fanno i giuristi (e che fa lo stesso Guastini<sup>17</sup>) quando provano a tracciare qualcosa di simile alla cornice. Ma ciò porta semplicemente alla luce il fatto che la cornice non è (solo) un presupposto della distinzione tra interpretazione e integrazione: in realtà, la cornice stessa *dipende dall'interpretazione*. Interpreti diversi individueranno cornici diverse<sup>18</sup>: e non perché un interprete ha

<sup>17</sup> In realtà, quando si impegna nella discussione di esempi concreti della distinzione tra norme espresse e inespresse, Guastini manifesta un atteggiamento inequivocabilmente testualista-letteralista: è norma inespresa qualunque norma che non risponda al significato letterale della disposizione (ad es. Guastini 2011: 158-161). Ma ciò è in aperta contraddizione con il modo in cui lo stesso Guastini definisce la cornice: non si può assolutamente dire, infatti, che qui e ora il metodo testualista-letteralista esaurisca l'universo delle «diverse tecniche interpretative in uso, delle tesi dogmatiche diffuse in dottrina, etc.», e nemmeno che sia quello più rappresentativo.

<sup>18</sup> Così come, ovviamente, uno stesso interprete potrebbe, in via di esperimento mentale, prospettare plurime cornici alterative.

ragione mentre l'altro si sbaglia, ma proprio perché, in ipotesi, essi staranno implementando in maniera perfettamente corretta sotto-insieme diversi di criteri (regole della lingua, tecniche interpretative, tesi dogmatiche, ecc.), all'interno della disordinata pletora di criteri astrattamente disponibili in una certa cultura giuridica. Un giurista "formalista" (testualista, letteralista, ecc.) individuerà la cornice in maniera diversa da come lo farà un giurista "sostanzialista", esattamente perché tali giuristi implementeranno diversi "codici interpretativi", "principi metodologici", "ideologie delle fonti"<sup>19</sup>. Questo sarebbe esattamente un caso di *faultless disagreement*: un disaccordo in cui nessuna delle parti è davvero in errore, perché ciascuna parte usa (correttamente, in ipotesi) criteri diversi e parimenti ammissibili<sup>20</sup>. Nessuno di questi criteri è più "vero" degli altri. Al limite, un criterio potrebbe essere, in un certo periodo, numericamente prevalente all'interno di una certa cultura giuridica: ma questo lo si potrebbe affermare solo in via di cauta generalizzazione, e comunque resterebbe ancora da dimostrare che il criterio prevalente sia anche costruito in maniera tale da tracciare una distinzione netta e univoca tra norme espresse e inespresse.

Nell'idea che la cornice dipenda dall'interpretazione, a ben vedere, non dovrebbe esserci niente di sorprendente. In fin dei conti, abbiamo imparato proprio da Guastini quanto sia pervasiva l'interpretazione, al punto, ad esempio, che le lacune, le antinomie, e lo stesso ordinamento giuridico, non sono altro che entità dipendenti dall'interpretazione: usando certe tecniche interpretative o tesi dogmatiche apparirà una lacuna, o una antinomia, mentre usando altre tecniche interpretative o tesi dogmatiche la lacuna o l'antinomia sparirà<sup>21</sup>. E lo stesso ordinamento giuridico, in quanto costruito in ultima analisi dagli interpreti, avrà diverso contenuto e diversa forma a seconda delle tecniche interpretative o tesi dogmatiche adottate dai diversi interpreti<sup>22</sup>. Ebbene, esattamente come le lacune, le antinomie, e l'ordinamento giuridico, anche la cornice è un concetto *dipendente dall'interpretazione*. Di più: se è vero, come afferma Guastini (*pour épater le juriste?*), che tutte le lacune sono

<sup>19</sup> Per queste nozioni, Chiassoni 2002-2003 (sui codici interpretativi); Diciotti 1999: 277-291, 494-539 (sui principi metodologici dell'interpretazione); Pino 2016: 152 ss. (sulle ideologie delle fonti, o ideologie giuridiche).

<sup>20</sup> Mi pare che questo non sia tenuto ben presente da Damiano Canale quando, alla mia tesi della ineluttabile pluralità delle cornici, obietta che ciò dipende dalla circostanza, del tutto eventuale, che qualche giurista sbaglia a costruire la cornice (e che quindi, davanti a due cornici, una sia quella giusta e l'altra quella sbagliata). Certo che questo è possibile: ma ciò non ha nulla a che vedere con il mio argomento, come lo avevo già esposto in Pino 2013.

<sup>21</sup> Il caso più eclatante: la tesi dogmatica della norma generale esclusiva, che fa magicamente scomparire tutte le lacune.

<sup>22</sup> Su lacune, antinomie, e ordinamento giuridico come concetti dipendenti dall'interpretazione, v. ad es. Chiassoni 1999a: 293 ss.; Guastini 2011: 279, 295; Ratti 2008: 339-349. Ancora più in generale, sulla "non trascendibilità dell'interpretazione", v. Celano 1999: 241-245.

probabilmente lacune assiologiche<sup>23</sup>, forse è vero che anche le cornici di volta in volta proposte dai giuristi (e dallo stesso Guastini) sono nient'altro che "cornici assiologiche".

Dunque, non c'è una meta-cornice oggettiva, archimedea, a partire dalla quale distinguere in maniera altrettanto oggettiva tra norme espresse e norme inespresse, tra interpretazione del diritto esistente e creazione di diritto nuovo. Una cornice (*qualunque* cornice) è frutto di un'opzione interpretativa di fondo, guidata da certi principi metodologici, e dunque ispirata in ultima analisi da un punto di vista normativo e assiologico – e non puramente scientifico e "cognitivo"<sup>24</sup> – sul diritto. E, ammesso che una qualunque tra le cornici possibili riesca ad individuare criteri sufficientemente determinati per distinguere ciò che sta dentro (interpretazione, norme espresse) da ciò che sta fuori (integrazione, norme inespresse), questa distinzione varrà solo per chi effettivamente adotta *quella* cornice, sulla base di un proprio codice interpretativo, o ideologia giuridica, e non anche per chi adotta una cornice diversa.

*La cornice è indeterminata.* Oltre ai problemi appena visti riguardo alla praticabilità della cornice, il modello della cornice risulta essere inadeguato anche perché si fonda su una metafora che intende presentare come netta, qualitativa, una differenza (la differenza cioè tra norme espresse e inespresse, tra interpretazione e integrazione) che in realtà è solo graduale, sfumata e indeterminata. Che la distinzione tra norme espresse e norme inespresse sia graduale e sfumata, in realtà, è apertamente riconosciuto dallo stesso Guastini<sup>25</sup>. Ma allora viene da chiedersi perché ricorrere, in questo campo, proprio ad un'immagine metaforica che porta con sé l'idea della distinzione netta, del perimetro ben circoscritto (cos'altro contraddistingue una cornice se non la sua attitudine a delimitare?).

Il problema, si badi, non è semplicemente che esistono casi dubbi: una distinzione (come, nel nostro caso, quella tra norme espresse e inespresse) può essere

<sup>23</sup> Guastini 2011: 161, 224.

<sup>24</sup> Per l'idea che sia possibile individuare una cornice di possibili significati in maniera puramente scientifica e "oggettiva", vedi invece Guastini 2004a: 81; 2004b: 85 («L'accertamento di un significato è operazione cognitiva (e dunque scientifica)»; 2001: 31, 36.

<sup>25</sup> Guastini 1990: 125: «di fatto, può risultare molto difficile, o addirittura impossibile, decidere se una norma costituisca interpretazione di una certa disposizione (e sia quindi una norma espressa) o se invece costituisca una norma ulteriore implicita» (corsivo aggiunto); 1993: 369: «l'estensione del significato di una disposizione tende a sfumare nella formulazione di una norma nuova (non riconducibile a quella disposizione come suo significato). Tra le due cose *non vi è una differenza netta, ma solo una differenza di grado*» (corsivo aggiunto); 2001: 2034, n. 3: «la linea di demarcazione tra interpretazione dei testi normativi e integrazione del diritto è incerta e sottile»; 2004a: 82: interpretazione e integrazione del diritto «tendono fatalmente a sfumare l'una nell'altra»; 2011: 282: «la linea di demarcazione tra l'interpretazione estensiva propriamente detta e la costruzione di una norma inespresa è molto fluida e sottile»; v. anche 98-100, 162.

importante e interessante anche se è sfumata. Il problema è che, nel nostro caso, i casi dubbi, indeterminati ecc. sembrano essere l'assoluta maggioranza; come ho già detto (§ 1), è piuttosto raro che i giuristi letteralmente *inventino* una norma dal nulla: la stragrande maggioranza delle norme inesprese sono (o sono presentate come) sviluppi, derivazioni, slittamenti progressivi a partire da norme espresse, si trovano cioè in una specie di enorme zona grigia tra interpretazione e integrazione. E questo *mare magnum*, che invero rappresenta l'assoluta normalità dei casi nel lavoro dei giuristi, viene relegato dall'immagine della cornice al rango di caso marginale, stravagante, tra ciò che sta sicuramente dentro e ciò che sta sicuramente fuori dalla cornice.

In conclusione, dunque, il concetto di cornice così come delineato da Guastini sembra per un verso impraticabile, pressoché vuoto, se inteso nei termini di un'improbabile meta-cornice; e per altro verso inidoneo a svolgere la sua funzione primaria (distinguere l'interpretazione propriamente intesa dall'integrazione del diritto, le norme espresse dalle norme inesprese), se non assumendo un punto di vista prescrittivo sulla "migliore" cornice: difendibile sulla base di argomenti normativi, certamente, ma ovviamente e inevitabilmente controverso.

## 2.2. Canale

La teoria della cornice di Guastini è stata recentemente difesa, e parzialmente riformulata, da Damiano Canale. In estrema sintesi, e salvo fraintendimenti da parte mia, mi sembra che la tesi di Canale sia riassumibile così.

In primo luogo, «le regole della lingua, i canoni interpretativi applicati dai giudici e le tesi dogmatiche in uso sono criteri necessari e sufficienti per tracciare, in termini strettamente linguistici, la cornice dei significati ammissibili di una disposizione in un ordinamento determinato»<sup>26</sup>. A tal fine, secondo Canale, soccorre la nozione di "*frame* semantico", cioè un contesto enunciativo «composto perlomeno dall'agente che proferisce la disposizione, dal tempo e dal luogo nei quali il proferimento avviene, e dal mondo nel quale si svolge la comunicazione linguistica»: completando queste variabili (agente, tempo ecc.) alla luce di una certa dottrina dell'interpretazione (cioè alla luce di canoni interpretativi e delle tesi dogmatiche in uso), l'interprete è in grado di dare un contenuto di significato *determinato* alla disposizione da interpretare<sup>27</sup>. Pertanto, «la distinzione tra norme espresse e inesprese [come formulata da Guastini e emendata da Canale] non soffre dei problemi di indeterminatezza che le vengono imputati»<sup>28</sup> (in particolare, da Enrico Diciotti, e da me).

<sup>26</sup> Canale 2019: 248; 2020: § 3.

<sup>27</sup> Canale 2019: 261, 265; 2020: § 7.

<sup>28</sup> Canale 2019: 248; 2020: § 3.

In secondo luogo, la distinzione tra interpretazione (che individua norme espresse) e costruzione (che individua norme inesprese) risiede nel diverso tipo di inferenze (schemi di ragionamento, strutture argomentative) messe in campo: ci sono inferenze tipicamente e propriamente interpretative, e inferenze tipicamente e propriamente costruttive<sup>29</sup>. Ed è possibile così «distinguere in modo chiaro e analiticamente rigoroso le norme espresse dalle norme inesprese, così come l'interpretazione dalla costruzione giuridica». Con la conseguenza, peraltro, che una norma (perfino *una stessa norma*) è una norma espressa se è stata individuata tramite argomenti interpretativi, mentre è una norma inespressa se è stata individuata con argomenti costruttivi<sup>30</sup>.

Canale, se ho ben ricostruito la struttura fondamentale del suo argomento, condivide dunque con Guastini l'idea che sia possibile costruire una cornice di significati (sulla base di regole linguistiche, canoni interpretativi e tesi dogmatiche in uso), e che tale cornice distingua le norme espresse dalle norme inesprese. A differenza di Guastini, però, Canale sostiene anche le seguenti tesi (peraltro negate espressamente da Guastini): che la cornice sia determinata (che la linea che separa norme espresse e norme inesprese sia netta, e rigorosamente tracciata); che la distinzione tra interpretazione e costruzione, e di riflesso la distinzione tra norme espresse e norme inesprese, dipenda esclusivamente dal tipo di argomenti impiegati dall'interprete. Vediamo<sup>31</sup>.

*Ancora problemi con la cornice.* Nella misura in cui Canale ricorre al concetto di cornice, la sua teoria è vulnerabile a tutte le obiezioni già viste poco sopra (§ 2.1). In primo luogo, infatti, i criteri tramite cui dovrebbe essere tracciata la cornice, e che

<sup>29</sup> Su una posizione simile a quella di Canale, centrata soprattutto sul diverso tipo di inferenze, sembra anche Chiassoni 2019: cap. 5.

<sup>30</sup> Canale 2019: 245, 251; 2020: §§ 3 e 5.

<sup>31</sup> Un'altra differenza tra Canale e Guastini consiste nell'uso da parte del primo di un apparato concettuale di stampo inferenzialista e contestualista. Sembra però che questo apparato concettuale non renda sempre un buon servizio alla plausibilità della tesi che egli vuole difendere. Penso in particolare alla nozione di "*frame semantico*" cioè, come abbiamo visto, un contesto enunciativo «composto perlomeno dall'agente che proferisce la disposizione, dal tempo e dal luogo nei quali il proferimento avviene, e dal mondo nel quale si svolge la comunicazione linguistica». Applicando questa concettualità ad un caso di interpretazione costituzionale statunitense (in particolare sull'VIII emendamento), Canale ne ricava che in una prospettiva intenzionalista-originalista, *l'agente che proferisce la disposizione* è il legislatore storico; e fin qui la cosa è chiara, pur con le note difficoltà associate alla figura del legislatore storico. Invece, in una prospettiva che potremmo chiamare dinamica-evolutiva, «l'VIII emendamento viene proferito da un lettore competente al tempo in cui la norma viene applicata, un lettore che impersona la società americana» (Canale 2019: 263; 2020: § 7, corsivi aggiunti). Non è chiarissimo cosa significhi che una disposizione giuridica venga "proferita da un lettore", né in che modo un lettore impersoni un'intera società; probabilmente è soltanto un modo involuto per dire che, per questa seconda prospettiva interpretativa, l'interprete deve ipotizzare o costruire un legislatore ideale fittizio che si esprime nel linguaggio della società attuale. Cioè, che l'interprete deve ricorrere all'interpretazione evolutiva.

Canale indica forse un po' frettolosamente, non sembrano affatto idonei allo scopo, quantomeno in assenza di ulteriori informazioni. Quali sono, infatti, i canoni interpretativi rilevanti? tutti quelli censiti dalle teorie dell'argomentazione, o solo alcuni di essi?<sup>32</sup> e vanno impiegati in tutte le loro possibili declinazioni? o solo, ad esempio, nel modo in cui sono intesi dalla "giurisprudenza prevalente"? e come si individua quest'ultima? e quali sono le tesi dogmatiche "in uso"? in uso da parte di chi?<sup>33</sup> E così via. Con l'aggravante, peraltro, che Canale afferma in maniera invero un po' fideistica che tutto ciò dovrebbe produrre un risultato *determinato*, e dunque una netta distinzione tra norme espresse e norme inesprese. Ma, almeno fintantoché i criteri interpretativi non siano ragionevolmente specificati, una simile affermazione non appare credibile. E si può peraltro dubitare che anche un insieme preciso e ben determinato di *criteri interpretativi* sia sempre, o anche solo talvolta, in grado di produrre *esiti interpretativi* determinati: ad esempio, ammesso che i giuristi usino come criteri interpretativi solo l'argomento letterale e quello dell'intenzione del legislatore (come auspicato dall'art. 12 preleggi), si può forse presumere che questi criteri producano sempre, o anche solo talvolta, esiti interpretativi determinati?<sup>34</sup>

In secondo luogo, Canale sembra ordinare i tre criteri indicati per delineare la cornice (le regole della lingua, i canoni interpretativi applicati dai giudici e le tesi dogmatiche in uso) secondo una progressione (ovviamente logica, non cronologica): dapprima si consultano le regole della lingua, dotate di certe "potenzialità semantiche", selezionando così un primo ambito dei significati ammissibili; poi, all'interno di questo ambito, andrà fatta una selezione sulla base dei canoni interpretativi applicati dai giudici e delle tesi dogmatiche in uso<sup>35</sup>. La cornice dei significati è dunque una sottoclasse dei significati linguisticamente ammissibili. Questo però produce esiti un po' controintuitivi. Infatti, un significato che risulti perfettamente legittimo dal punto di vista degli usi linguistici, ma che non sia anche supportato dai canoni interpretativi e tesi dogmatiche in uso, dovrebbe essere qualificato come una norma inespressa. Si avrebbe in tal caso una norma inespressa dotata però, in ipotesi, di un diretto e inequivoco aggancio testuale, il che sembra un po' strano.

<sup>32</sup> Barberis 2006 ne censisce 10. Tarello 1980: cap. VIII ne censisce 15. Chiassoni 2007: 80-96 ne censisce 25.

<sup>33</sup> Non sembrano granché risolutive le formule utilizzate da Canale, quali: osservare «il comportamento di una comunità linguistica considerata nel suo complesso» (2019: 250; 2020: § 4), osservare «la prassi interpretativa e argomentativa nel suo complesso» (2019: 265; 2020: § 7), operare un «censimento degli argomenti interpretativi utilizzati in un ordinamento» (2019: 265; 2020: § 7). (Si ricordi che l'obiettivo di Canale è «distinguere in modo chiaro e analiticamente rigoroso le norme espresse dalle norme inesprese, così come l'interpretazione dalla costruzione giuridica»; 2019: 248; 2020: § 3.)

<sup>34</sup> Cfr. Celano 2019: 56-59, per la tesi che l'attività interpretativa consiste nell'implementare una funzione, la "funzione E", che non è mai né "compiutamente determinata" (cioè capace di assegnare a ogni enunciato da interpretare uno e un solo significato), né "ben determinata" (cioè capace di assegnare a ciascun enunciato da interpretare un insieme finito, e predeterminato, di significati).

<sup>35</sup> Canale 2019: 264; 2020: § 7.

Inoltre, utilizzando lo schema di Canale una stessa norma linguisticamente ammissibile potrebbe cambiare il proprio status da espressa a inespressa (o viceversa) nel corso del tempo, a seconda che cambino le convenzioni interpretative e le tesi dogmatiche di riferimento. Consideriamo, ad esempio, una norma N, *corrispondente ad un possibile significato linguistico* di una disposizione e ricavata tramite una certa tecnica interpretativa TI; N è dunque una norma espressa; ove però la tecnica interpretativa TI venisse successivamente abbandonata<sup>36</sup>, N diventerebbe una norma inespressa – *pur essendo sempre qualificabile come un legittimo significato (linguistico) di quella disposizione*. E lo stesso vale, ovviamente, per il caso inverso: il caso cioè dell'irrompere<sup>37</sup> di una tecnica interpretativa nuova (che so, l'interpretazione conforme a CEDU, l'argomento comparatistico...), che consente di selezionare un significato linguisticamente ammissibile ma finora ignorato dai giuristi; avremmo così una norma espressa, che fino a quel momento era però una norma inespressa pur essendo, in ipotesi, perfettamente accettabile dal punto di vista linguistico.

*Argomenti "interpretativi" vs. argomenti "costruttivi"*. Canale fa dipendere la distinzione tra interpretazione e costruzione (e dunque tra norme espresse e inesprese) dagli argomenti effettivamente utilizzati dai giuristi per giustificare una certa decisione (tanto che Canale ammette che in taluni casi la distinzione non è chiara, è indeterminata, solo a causa dell'opacità delle argomentazioni presentate dai giuristi)<sup>38</sup>. Questa è una distinzione dicotomica: un argomento interpretativo non può essere anche un argomento costruttivo, e viceversa. Ebbene, mi sembra che questa tesi sia piuttosto problematica.

Ci si può chiedere infatti in che modo Canale utilizzi la nozione di "argomento" (o "inferenza", "struttura inferenziale", e simili). Sembra che Canale impieghi questa nozione per denotare non solo il modo in cui si passa da certe premesse a certe conclusioni, ma anche il tipo di materiale utilizzato nell'argomentazione (un testo normativo, una lacuna, ecc.), e altresì il tipo di output che essa produce. È possibile, ovviamente, usare la nozione di "argomento" in questo modo; ma dovrebbe essere chiaro che non si tratta dell'unico modo possibile di usare questa nozione. Anzi, mi sembra più frequente, in logica e in teoria dell'argomentazione, che le nozioni di "argomento", "inferenza" e simili, siano usate in una maniera più neutra e "formale", a

<sup>36</sup> E nuovamente, si porrebbe il problema: quanto tempo ci vuole per far considerata come "abbandonata" una tecnica interpretativa, e quanti giuristi devono averla abbandonata? Non sto dicendo che simili interrogativi non possano avere qualche tipo di risposta, ma mi pare chiaro che la risposta non potrà essere *determinata*, se non in via di stipulazione (problema del sorite).

<sup>37</sup> Nuovamente: da parte di quanti giuristi? Per quanto tempo? Ecc.

<sup>38</sup> Canale 2019: 264; Canale 2020: § 7. A dire il vero, Canale afferma anche che compito della teoria dell'argomentazione è portare alla luce le premesse implicite delle argomentazioni dei giuristi. Condivido, ma allora non mi è chiaro perché poi Canale faccia dipendere la distinzione tra interpretazione e costruzione dagli argomenti *effettivamente presentati* dai giuristi.

denotare cioè solo il tipo di passaggio dalle premesse alla conclusione dell'argomento stesso: così, un argomento è deduttivo a prescindere, ad esempio, dalla circostanza che produca una conclusione vera oppure una conclusione falsa (la verità o la falsità della conclusione dipenderà dalla verità o falsità delle premesse, mentre il *modus ponens*, ad esempio, è sempre un argomento deduttivo indipendentemente dalla circostanza che operi su premesse vere o su premesse false). Ebbene, mi sembra che la distinzione, nel modo in cui è istituita da Canale, tra inferenze interpretative e inferenze costruttive dipenda in gran parte – non dalla struttura “formale” dell'argomento, ma – proprio dal diverso tipo di output che esse rispettivamente producono. Un'inferenza interpretativa è, per Canale, un'inferenza che produce una norma espressa, mentre un'inferenza costruttiva è un'inferenza che produce una norma inespressa.

Ora, in teoria dell'interpretazione è stato più volte notato che molti schemi argomentativi – in verità la maggior parte – possono essere impiegati *indifferentemente* per individuare norme espresse e norme inesprese<sup>39</sup>. Perfino l'argomento dell'intenzione del legislatore, che è di solito considerato uno degli argomenti interpretativi più formalisti e “conservatori” (o “statici”), potrebbe giustificare l'individuazione di una norma inespressa, ad esempio se collegato alle presunte intenzioni controfattuali del legislatore. La differenza tra argomenti interpretativi e argomenti integrativi, eventualmente, sta non tanto nel tipo di argomenti impiegati, e forse neanche nel tipo di “materiali” utilizzati<sup>40</sup>, ma esattamente nell'output del procedimento argomentativo – a seconda, cioè, che la norma individuata possa essere o no considerata come il significato di un testo normativo, e dunque più o meno direttamente da esso “veicolata”, “formulata”, ecc. Ma se è così, allora diventa evidente che il vero lavoro, nella distinzione tra norme espresse e inesprese, viene svolto dal rapporto (qualunque cosa ciò

<sup>39</sup> Questo è stato notato, di volta in volta, a proposito della capacità dell'argomento *a simili* di giustificare tanto un'interpretazione estensiva quanto un'analogia (Bobbio 1968; Tarello 1980: 350-354; Guastini 2001; 2004a: 159-160; 2011: 282); a proposito della capacità dell'argomento teleologico di fondare sia norme espresse sia norme inesprese (Diciotti 2013). Per affermazioni ancora più generali, Tarello 1980: 392-394 (che considera la distinzione tra argomenti interpretativi e argomenti produttivi «poco fondata», e non dettata «da una realistica considerazione di ciò che gli argomenti servono a fare»); Guastini 2004a, 180-181; 2011: 277 (secondo cui tutti gli argomenti “produttivi”, con la sola eccezione dell'argomento *a contrario*, sono anche argomenti interpretativi); Pino 2013: 90-94.

<sup>40</sup> Infatti, anche la tesi (Guastini 2004a: 104; Canale 2019: 243) che i procedimenti interpretativi prendono le mosse da disposizioni, mentre i procedimenti costruttivi prendono le mosse da norme (a loro volta espresse o inesprese), *di per sé sola* non è molto convincente. Per un verso è solitamente ammessa l'esistenza di norme “isomorfe”, lessicalmente identiche alle (e dunque indistinguibili dalle) disposizioni interpretate (v. *infra*, § 3): un procedimento argomentativo che ha come punto di partenza una norma isomorfa sarà interpretativo o costruttivo? e cosa lo distingue da una “innocua” interpretazione correttiva? Per altro verso, è assolutamente normale che gli interpreti non operino direttamente sui testi delle fonti del diritto, ma piuttosto su precedenti interpretazioni (cfr. Pino 2016: 37, sulla distinzione tra “disposizioni genuine” e “disposizioni spurie”); dovremmo dunque inferirne che l'assoluta maggioranza dei procedimenti argomentativi dei giuristi sono, *per questa sola ragione*, procedimenti costruttivi che producono norme inesprese?

voglia dire) tra l'esito interpretativo e il testo di partenza, anziché dal tipo di argomenti messi in campo. E così, a ben vedere, dovrebbe essere anche per Canale, che come abbiamo visto adotta una certa versione della teoria della cornice. Anche per Canale, dunque, la differenza tra norme espresse e norme inesprese non può che dipendere esclusivamente dalla circostanza che la norma individuata stia dentro oppure fuori dalla cornice, a prescindere dal tipo di argomenti impiegati per individuarla.

La distinzione tra argomenti interpretativi e argomenti costruttivi si rivela così del tutto ridondante, parassitaria rispetto alla distinzione tra ciò che sta dentro e ciò che sta fuori dalla cornice. Non svolge alcun ruolo autonomo<sup>41</sup>.

*La norma che visse due volte.* Uno dei frutti della distinzione categorica, difesa da Canale, tra interpretazione e costruzione è la tesi, invero un po' singolare, secondo cui una norma – *una stessa norma* – può essere espressa e inespressa allo stesso tempo<sup>42</sup>. Infatti, secondo Canale, se quella norma è stata individuata con un procedimento interpretativo, allora conta come norma espressa; mentre se quella stessa norma è stata individuata con un procedimento costruttivo, allora conta come norma inespressa. Così, ad esempio, pensiamo ad un giurista che abbia tratto in via di interpretazione (più o meno) letterale dall'art. 575 c.p. la norma espressa "È vietato l'omicidio"; non contento, il nostro giurista interroga poi i principi costituzionali, rinviene un principio (inespresso) secondo cui l'ordinamento tutela il diritto inviolabile alla vita, e – con tipico procedimento costruttivo – da tale principio deriva per concretizzazione la regola "È vietato l'omicidio". A questo punto, la norma "È vietato l'omicidio" avrà *contemporaneamente* lo status di norma espressa e di norma inespressa.

Nuovamente, mi sembra che gli schemi concettuali adottati da Canale si rivelino troppo rigidi, e finiscano per generare esiti controintuitivi<sup>43</sup>. Mi sembrerebbe molto

<sup>41</sup> Questa difficoltà non è sfuggita a Chiassoni 2019: 123, che ha avvertito come la propria distinzione tra norme espresse e norme inesprese da una parte, e tra interpretazione e integrazione dall'altra (distinzione simile, sotto questo specifico aspetto, a quella di Canale) sia a rischio di circolarità. Chiassoni risolve la cosa affermando che si tratterebbe comunque di una circolarità non viziosa, ma virtuosa. Che sembra solo un modo elegante di lanciare la palla in tribuna.

<sup>42</sup> Canale 2019: 245, 251; 2020: §§ 3 e 5. Non è chiarissimo se Canale intenda dire che in questi casi ci sono due norme (una espressa e una inespressa), oppure che c'è una norma sola, espressa e inespressa allo stesso tempo. I passi in cui Canale enuncia questa tesi legittimano entrambe le letture. Ma in fin dei conti questa può essere considerata una questione solo nominalistica, la cui soluzione non cambia granché dal punto di vista del problema teorico di cui ci stiamo occupando.

<sup>43</sup> Peraltro, non si vede perché fermarsi alla distinzione norme espresse/norme inesprese. Se, come sostiene Canale, ad essere determinante è la struttura dell'argomentazione messa in campo, allora perché non parlare anche di "norme letterali" (ricavate con un argomento letterale), "norme psicologiche" (ricavate con un argomento psicologico), "norme teleologiche" (ricavate con un argomento teleologico), "norme conformi a" (ricavate con un'interpretazione adeguatrice), ecc.? Con la conseguenza, nuovamente, che *una stessa norma* potrà essere contemporaneamente una "norma letterale", "psicologica", "teleologica", "apagoga", "sistemica", ecc.

più semplice e lineare, invece, descrivere l'esempio della norma "È vietato l'omicidio" nel senso che quella norma (in ipotesi, norma espressa in quanto agevolmente riconducibile ad un testo normativo come suo significato) possa essere giustificata/argomentata non solo sulla base di argomenti testuali, ma anche sulla base di argomenti più complessi. Questo, evidentemente, non influisce di per sé sullo status della norma dal punto di vista della distinzione tra norme espresse e inespresse, ma piuttosto sulla qualità e cogenza degli argomenti messi in campo, e dunque sui relativi "oneri argomentativi", nonché su ulteriori operazioni argomentative che il giurista potrebbe voler intraprendere a partire da quella norma (nel nostro esempio, la norma "È vietato l'omicidio" apparirebbe infatti non più come una norma di rango meramente codicistico, ma altresì come una norma in qualche misura richiesta dalla stessa Costituzione: a cambiare non sarebbe più lo status espresso o inespresso della norma, ma la sua "forza", la sua "autorevolezza").

### 3. **Abbandonare la cornice**

Tiriamo le fila. È ampiamente accettata, quantomeno dai teorici del diritto, l'idea che l'ordinamento giuridico comprenda o possa comprendere non solo norme espresse, ma anche norme inespresse. Ma non è chiaro in che modo distinguere le une dalle altre. I tentativi più sofisticati elaborati a tal fine sembrano destinati al fallimento. La "cornice" non ha confini determinati. La distinzione tra argomenti "interpretativi" e argomenti "integrativi" ("produttivi", "costruttivi") non riesce – quantomeno nella maggior parte dei casi – a mantenersi parallela a quella tra norme espresse e norme inespresse.

Cosa è andato storto? Il principale punto debole delle tesi che ho discusso finora consiste, ritengo, nel volersi affidare ad una metafora inadeguata, e a distinzioni categoriche. La cornice è una metafora inadeguata perché veicola l'idea della precisione: una cornice non delimitata non ha molto senso<sup>44</sup>. (L'uso metaforico di "cornice" ha, come condizione minima di sensatezza, che l'entità metaforizzata abbia confini precisi.) E i tentativi di dare contenuto determinato a questa metafora si sono rivelati fallimentari.

Il problema dunque sta proprio qui: nel tentativo di dare una parvenza di determinatezza ad un fenomeno (la distinzione tra interpretazione e integrazione, tra norme espresse e norme inespresse) che in sé non è determinato. Da ciò, l'artificiosità, e in fin dei conti l'implausibilità, dei tentativi di ricondurre questo fenomeno

---

<sup>44</sup> Abbiamo visto che mentre Guastini ammette l'indeterminatezza della cornice (§ 2.1), Canale sostiene invece che la cornice sia un concetto rigoroso e determinato (§ 2.2). Nel primo caso (Guastini), la metafora della cornice è dunque inappropriata; nel secondo (Canale) il modo in cui la cornice è costruita ha mostrato che in realtà essa non è affatto determinata.

ad un'immagine, come la cornice, che veicola esattezza, precisione, confini ben delineati. Forse abbiamo bisogno di metafore, o comunque di strumenti concettuali, che tengano adeguatamente conto di questo aspetto del fenomeno di cui ci stiamo occupando. Non “la cornice”, dunque, ma magari “la costellazione”, “la nebulosa” o, perché no?, “il cancello” (un cancello non è necessariamente chiuso, può essere socchiuso, aperto, spalancato, non a tenuta stagna, ecc.)<sup>45</sup>.

Quale concettualizzazione alternativa si potrebbe impiegare per rendere meno intrattabile questo fenomeno?

### 3.1. *La struttura del procedimento interpretativo*

Proviamo, innanzitutto, a cambiare angolo visuale: non più l'angolo visuale “statico”, o “geografico”, della distinzione tra aree di significati (di qua ciò che sta dentro la cornice, di là ciò che sta fuori; di qua i significati ammissibili, di là quelli non ammissibili; di qua l'interpretazione “propriamente detta”, di là la “creazione di diritto nuovo”<sup>46</sup>; di qua il diritto “di produzione legislativa”, di là il diritto “di produzione giudiziale”<sup>47</sup>; di qua il diritto “vigente”, di là il diritto “vivente”<sup>48</sup>); ma piuttosto l'angolo visuale, “dinamico”, che guarda all'interpretazione come attività.

È possibile infatti ricostruire l'attività interpretativa come un processo che prende le mosse da una “prima interpretazione”, o interpretazione *prima facie*, del testo da interpretare, e che si conclude con l'individuazione di una interpretazione “tutto considerato” o, per l'appunto, interpretazione “conclusiva”<sup>49</sup>. L'interpretazione conclusiva rappresenta una condizione di equilibrio, che l'interprete ritiene di aver raggiunto dopo aver soppesato – alla luce di considerazioni che gli appaiono rilevanti in base alla sua competenza tecnica, alla sua ideologia giuridica, al suo senso di giustizia ecc. – la plausibilità, l'accettabilità, l'applicabilità, la validità ecc. della norma ottenuta tramite l'interpretazione *prima facie*.

Tipicamente, l'interpretazione conclusiva individua la norma destinata ad essere utilizzata come premessa maggiore di un sillogismo giuridico decisionale. Ma ovviamente le norme così individuate possono essere “usate” anche in contesti diversi da quelli immediatamente applicativi, come ad esempio in un'argomentazione dottrinale; così come possono essere usate a fini diversi rispetto al figurare nella premessa maggiore di un sillogismo decisionale: ad esempio, l'interpretazione conclusiva

<sup>45</sup> L'espressione “nebulosa di significati” è usata da Diciotti 2015: 49; dei “cancelli delle parole” parla Irti 2016. Che sia preferibile abbandonare la metafora della cornice è sostenuto anche da Barberis 2020.

<sup>46</sup> Guastini 2011: 60 (e cfr. *supra*, n. 14).

<sup>47</sup> Canale 2019: 241.

<sup>48</sup> Ferrajoli 2013: 128-133. Altrove però Ferrajoli (2016: 177) ha riconosciuto che la soggezione del giudice alla legge «è questione di grado».

<sup>49</sup> Per questo schema di analisi dell'attività interpretativa, Chiassoni 1999b: 24-26; Diciotti 1999: 203 e *passim*; Ratti 2008: 236 ss.; Guastini 2011: 111, 401-402, 405; Pino 2016: cap. I.

può portare il giurista a sollevare (o a proporre che sia sollevata) un'eccezione di costituzionalità su quella norma; o a rilevare che quella norma debba considerarsi tacitamente abrogata. Al limite, il giurista potrebbe anche ritenere che la norma individuata a seguito di interpretazione conclusiva non sia *neanche astrattamente* idonea ad essere applicata: o perché del tutto inintelligibile<sup>50</sup>, oppure perché priva di significato propriamente normativo dovendo essere piuttosto qualificata come un mero “programma”, una clausola di stile, una formula meramente retorica, ecc.<sup>51</sup>.

Si badi: quella appena descritta è una scansione in senso ampio “logica”, che non pretende di descrivere ciò che effettivamente accade nella testa dell'interprete; anche se si può ragionevolmente ipotizzare che spesso un processo simile abbia effettivamente luogo anche sul piano psicologico. Inoltre, si tratta evidentemente di una semplificazione, o meglio della ricostruzione di un frammento soltanto del ragionamento giuridico; questa immagine, in particolare, lascia in ombra il lavoro interpretativo “anteriore”, che l'interprete svolge al fine di identificare una disposizione come disposizione, come frammento del discorso delle fonti<sup>52</sup>.

Ora, se si mettono a confronto la norma individuata tramite interpretazione *prima facie* e la norma individuata tramite interpretazione conclusiva, può accadere:

- 1) che la norma individuata tramite interpretazione conclusiva risulti *identica* alla norma individuata tramite l'interpretazione *prima facie*; oppure,
- 2) che la norma individuata tramite interpretazione conclusiva evidenzi uno “scarto”, maggiore o minore, rispetto alla norma individuata tramite interpretazione *prima facie* – ossia una maggiore o minore “distanza” tra il significato più immediato che si può attribuire alla disposizione di partenza, e la norma formulata dall'interprete<sup>53</sup>.

Nel primo caso, avremo una norma (conclusiva) che semplicemente riproduce, reitera, conferma, il significato *prima facie*<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Kelsen 1934: 128 («La legge stabilisce qui appunto una cosa priva di senso. Ciò non è da escludere perché le leggi sono opera umana. Una norma può avere anche un contenuto privo di senso»); Kelsen 1960: 281.

<sup>51</sup> Si tratta, in altre parole, di “disposizioni senza norme” (Guastini 2011: 69), in questo caso ottenute tramite una “interpretazione abrogante” (Tarello 1980: 36-37, 305; Chiassoni 2007: 135-136). Per alcuni esempi, Pino 2014: 54-57, 78-80.

<sup>52</sup> Comanducci 1992: 39. Per una ricostruzione dettagliata di alcune di queste attività interpretative “anteriori” all'interpretazione della disposizione, Pino 2014.

<sup>53</sup> Ho già usato la nozione di “scarto” in Pino 2016: 31-36, riprendendola, con qualche adattamento, da Gianformaggio 1988. Cfr. anche Chiassoni 2007: 124, che parla di «distanza tra una disposizione e la sua traduzione giudiziale» (si ricordi però che Chiassoni adotta lo schema concettuale della cornice: *supra*, n. 29).

<sup>54</sup> Si può parlare in questo caso di norma “isomorfa”: cfr. Chiassoni 2007: 124. La nozione di “isomorfia” proviene da Wróblewski 1967: 14; Dascal, Wróblewski 1988: 215, 221 (che però utilizzano la nozione di isomorfia in maniera parzialmente diversa da come è stata intesa qui, a denotare la situazione in cui un caso concreto è perfettamente suscumbibile nella norma che corrisponde al significato più ovvio del testo normativo).

Nel secondo caso, avremo una norma (conclusiva) che è stata ricavata a seguito di una “correzione” del, o più in generale uno scostamento dal, significato *prima facie*: correzione e scostamento che potranno essere più o meno intensi, e al limite potranno spingersi anche ad individuare, per la norma conclusiva, un contenuto che non può affatto essere considerato come un significato della disposizione di partenza.

Questo quadro, ovviamente, è ancora incompleto. Per un verso, infatti, occorre chiarire che cosa conti, qui, come significato *prima facie*. Per altro verso, occorre vedere meglio in cosa possono consistere i possibili scostamenti dal significato *prima facie*.

### 3.2. *Il significato prima facie (L'interpretazione)*

Dunque, che cosa è, qui, il significato *prima facie*? Con questa espressione intendo fare riferimento ad una nozione affatto minimale, al “grado zero” del procedimento interpretativo<sup>55</sup>: mi riferisco cioè al significato della disposizione che risulta più ovvio dal punto di vista delle regole linguistiche, *alla luce delle convenzioni sintattiche e semantiche tipiche della pratica giuridica di riferimento*.

Il linguaggio del diritto ha, notoriamente, una struttura stratificata<sup>56</sup>. Talvolta, il linguaggio giuridico incorpora senz'altro il linguaggio ordinario. Talvolta, il linguaggio giuridico utilizza un linguaggio “tecnico”, inteso come linguaggio specifico del diritto, con termini che non si ritrovano anche nel linguaggio ordinario<sup>57</sup>. Talvolta, infine, il linguaggio giuridico si presenta come linguaggio “tecnicizzato”: o nel senso che il diritto contiene vocaboli che sono presenti anche nel linguaggio ordinario, ma assegnando ad essi un significato del tutto diverso<sup>58</sup>; o nel senso che il diritto contiene vocaboli che sono presenti anche nel linguaggio ordinario, ma selezionando *uno specifico significato* tra i diversi che quel vocabolo ammetterebbe anche nell'uso ordinario<sup>59</sup>; o, infine, nel senso che il diritto sfrutta (non vocaboli ma) strutture sintattico-grammaticali e costruzioni lessicali del linguaggio ordinario in un modo peculiare – in un modo, cioè, che nel linguaggio ordinario suonerebbe astruso o sorprendente, anche se non incomprensibile, mentre nel linguaggio giuridico appare del tutto normale<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> Riprendo questa espressione, che trovo molto efficace, da Celano 2019: 57-58.

<sup>56</sup> Su questo aspetto del linguaggio giuridico, Scarpelli 1976: 995-996; Tarello 1980: 108-117; Irti 1990: 72-73; Belvedere 2000: 560-561; Mortara Garavelli 2001; Schauer 2015.

<sup>57</sup> “Abigeano”, “novazione”, “comodato”, “anticresi”, “anatocismo”, “enfiteusi”, “accomandita”, contratto “estimatorio”, “patto commissorio”, “azione revocatoria”, “sostituzione fedecommissaria”, “quota di legittima”, “rescissione”, “evizione”, “rogatoria”, “litispendenza”...

<sup>58</sup> “Compromesso”, “successione”, “confusione”, “invenzione”, “delazione” (dell'eredità), “rappresentazione”, “colpa”, “capacità”, (atto di) “citazione”, “competenza”, “prescrizione”, “decadenza”, “mora”, “azione”...

<sup>59</sup> “Erede”, “tributo”, “residenza”, “assenza”, “corruzione”, “parente”...

<sup>60</sup> Un esempio è la prassi da parte dei testi normativi di veicolare prescrizioni attraverso il modo

La presenza massiccia di termini tecnici e tecnicizzati all'interno del linguaggio giuridico ha come conseguenza che l'interpretazione *prima facie*, il "grado zero" del processo interpretativo, non possa essere ancorata esclusivamente alle regole e agli usi linguistici "generali" del linguaggio ordinario. È implausibile, ed euristicamente ozioso, supporre che nell'interpretazione della parola "confusione" in un articolo del codice civile, vi debba essere concettualmente un primo stadio dell'interpretazione in cui il giurista si domanda se tale articolo faccia riferimento ad uno stato di smarrimento mentale anziché ad un particolare modo di acquisto della proprietà. Così come è implausibile, ed euristicamente ozioso, supporre che nell'interpretazione dell'art. 575 c.p. vi debba essere concettualmente un primo stadio dell'interpretazione in cui il giurista si chiede se tale articolo stia raccontando una storia o esponendo i risultati di una ricerca sociologica, anziché stabilire un precetto.

Dunque, l'interpretazione *prima facie*, il primo esito (da un punto di vista concettuale) dell'attività interpretativa, consiste nell'attribuire al testo da interpretare il significato più ovvio, alla luce non solo delle regole del linguaggio ordinario (di cui il diritto, ovviamente, si serve), ma anche alla luce delle convenzioni sintattiche e semantiche proprie del diritto, e che rendono il linguaggio giuridico anche un linguaggio tecnico e tecnicizzato. Chiamerò questo livello dell'interpretazione "Interpretazione<sub>0</sub>".

Una precisazione è necessaria. Nel diritto si possono trovare tecnicismi e tecnicizzazioni di varia origine. In particolare, possiamo trovare *a*) tecnicismi e tecnicizzazioni *presenti e definiti* nel linguaggio delle fonti: ciò vuol dire che il diritto positivo contiene testualmente gli strumenti per attribuire a quei termini un significato almeno provvisorio, ad esempio tramite le definizioni legislative, le rubriche, il co-testo (i commi di uno stesso articolo; gli articoli immediatamente precedenti e seguenti di una stessa legge, o appartenenti allo stesso "capo", "titolo", ecc.); *b*) tecnicismi e tecnicizzazioni *presenti e definiti* solo nel linguaggio dei giuristi, e non anche da parte del diritto positivo<sup>61</sup>; e anche *c*) tecnicismi e tecnicizzazioni *presenti* nel linguaggio delle fonti, ma *definiti* (solo) dai giuristi<sup>62</sup>.

Ebbene, l'interpretazione<sub>0</sub> è una nozione minimale, corrispondente appunto al "grado zero" del procedimento interpretativo, nel senso che essa individua un significato *prima facie* alla luce solo delle tecnicizzazioni *operate dal diritto positivo stesso*;

---

verbale indicativo, anziché l'imperativo; oppure di impiegare espressioni apparentemente descrittive, anziché prescrittive o deontiche (cioè, non accompagnate da "si deve", "è vietato", o simili: art. 575 c.p. «L'omicidio è punito...»). Un altro esempio è lo stucchevole uso della congiunzione "ovvero" a significare, invariabilmente, "oppure" (anziché, come sembra più frequente nell'italiano comune, "ossia").

<sup>61</sup> L'esempio più famoso è "negoziato giuridico". Per la distinzione tra "tecnicizzazioni legislative" e "tecnicizzazioni dottrinali", Tarello 1980: 113. V. anche Irti 1967: 170, che distingue tra "nomenclatura legale" e "nomenclatura scientifica" (cioè dottrinale).

<sup>62</sup> Un esempio di quest'ultimo caso è il concetto di "dolo", presente nel codice penale e nel codice civile, ma privo di definizione legislativa. Lo stesso si può dire per "nesso di causalità".

non include invece anche i significati consolidati nel “diritto vivente”, o da parte della “dottrina maggioritaria”, o simili: queste variabili interpretative appartengono a fasi più “critiche” del procedimento interpretativo, e dunque entrano in gioco in momenti (concettualmente) successivi del procedimento interpretativo rispetto all’interpretazione *prima facie*.

### 3.3. Oltre il significato *prima facie* (*Interpretazione<sub>1</sub>*, *Interpretazione<sub>2</sub>*, *Interpretazione<sub>3</sub>*,...)

L’interpretazione<sub>0</sub> è scarsamente informativa. È vero che essa è già un’interpretazione, che presuppone certe scelte, nonché il possesso da parte dell’interprete di certe abilità “tecniche”, e che inoltre mette fuori gioco alcune possibilità semantiche: ad esempio, la possibilità che la disposizione interpretata incorpori significati “comuni” anziché tecnici o tecnicizzati – con ciò eliminando, almeno provvisoriamente, una possibile ambiguità nel testo da interpretare. Tuttavia, normalmente l’individuazione del significato *prima facie* lascia ancora aperte numerose questioni e numerose scelte interpretative.

Il significato *prima facie*, infatti, può essere ambiguo, o indeterminato (talvolta, talmente indeterminato da essere inservibile se non passando per una previa “concretizzazione”); può fare rinvio ad altre disposizioni, anch’esse bisognose (ovviamente) di interpretazione; può essere tale da generare una lacuna, o una antinomia; può apparire obsoleto, o inadeguato alla luce di certi principi e valori che si assumono rilevanti per l’ordinamento; può incontrare casi inediti, imprevisi, ai quali sembra offrire una soluzione inadeguata. L’interprete potrebbe, inoltre, ritenere che in fin dei conti il significato migliore (conclusivo) del testo da interpretare sia non quello tecnicizzato, ma proprio quello ordinario. In sintesi, una interpretazione conclusiva che si limiti semplicemente a reiterare l’interpretazione<sub>0</sub> (in cui, cioè, vi fosse uno “scarto nullo” tra l’interpretazione *prima facie* e l’interpretazione conclusiva) con ogni probabilità risulterà, nella maggior parte dei casi se non in tutti, insoddisfacente<sup>63</sup>.

In tutte le ipotesi appena viste, che corrispondono peraltro all’assoluta normalità dei casi nel lavoro del giurista, il procedimento interpretativo passa dunque ad una fase successiva, in cui si operano vari tipi di scostamenti rispetto al significato *prima facie*. Qui di seguito proverò a passare in rassegna diverse possibili modalità in cui si possono effettuare questi scostamenti interpretativi, raggruppandole in ragione dell’intensità dello scarto rispetto al significato *prima facie*.

<sup>63</sup> Guastini 2001: 17, nt. 16: «Di regola, fatto salvo qualche (raro) caso di interpretazione (diciamo così) “strettamente” letterale, che semplicemente itera (come un’eco) il testo interpretato, l’enunciato interpretante non riproduce alla lettera, ma riformula l’enunciato interpretato, differenziandosi da esso sotto il profilo del lessico e/o della struttura sintattica». V. anche Celano 2019: 57-58.

Un primo gruppo di operazioni si caratterizza per il fatto che la norma conclusiva rimane abbastanza fedele al significato *prima facie*, pur essendo il frutto di qualche tipo di intervento manipolativo su di esso. Ecco alcuni esempi.

*Correzione (in senso stretto)*. L'interprete, in sede di interpretazione conclusiva, precisa il significato *prima facie* o elimina una possibile incongruenza in esso, effettuando una sostituzione che viene presentata come puramente lessicale: o ricorrendo ad una sinonimia, cioè sostituendo solo la "parola", e non la "cosa", designata dall'interpretazione *prima facie*, nella convinzione evidentemente che la sostituzione lessicale risponda ad usi più diffusi, più tecnicamente adeguati, ecc.: una sostituzione intesa, cioè, solo a chiarire il significato *prima facie*, senza in alcun modo alterarlo<sup>64</sup>. Oppure facendo emergere verbi "virtuali", nascosti ellitticamente nella prosa in cui è stato redatto il testo da interpretare, al fine di renderne più agevole la comprensione<sup>65</sup>. Oppure ancora, infine, correggendo quello che viene inequivocabilmente avvertito come un mero errore materiale nella formulazione testuale della disposizione di partenza<sup>66</sup> (interpretazione correttiva in senso stretto).

*Explicitazione*. L'interprete, in sede di interpretazione conclusiva, arricchisce o precisa il significato *prima facie* con un procedimento puramente deduttivo (ad esempio, tramite una "sussunzione generica")<sup>67</sup>, o con uno sviluppo strettamente logico-definitorio<sup>68</sup>, oppure facendo appello a consolidate implicature conversazionali, come ad esempio quella che porta a dare per sottintesa la presenza di avverbi

<sup>64</sup> Ad esempio, gli "usi", di cui agli artt. 1 e 8 preleggi, da intendersi come "consuetudini".

<sup>65</sup> Per alcuni esempi, Serianni 2012: 95-96.

<sup>66</sup> Due esempi, piuttosto noti. 1) In materia di impianti industriali potenzialmente inquinanti, l'art. 25, comma 6, del d.P.R. n. 203 del 1988 considera reato «il trasferimento dell'impianto senza l'autorizzazione prescritta dall'art. 13»; ma l'art. 13 riguarda l'autorizzazione per la continuazione delle emissioni di impianti preesistenti, mentre l'autorizzazione da richiedersi per il trasferimento dell'impianto in altra località è contemplata dall'art. 15 (su questa vicenda, v. Corte costituzionale n. 185/1992; e Guastini 1992). 2) In materia di arresti domiciliari, l'art. 276, comma 1-ter, c.p.p. (prima di un recente intervento modificativo), era così formulato: «in caso di trasgressione alle prescrizioni degli arresti domiciliari concernenti il divieto di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora [...]». Come si vede, il significato *prima facie* di questa disposizione è del tutto incongruo, visto che il soggetto che si trova agli arresti domiciliari è semmai destinatario, banalmente, di un divieto di *allontanarsi* dalla propria abitazione ecc. Ed è proprio così che questa disposizione è stata costantemente interpretata, nel corso dei circa quindici anni in cui questa disposizione è rimasta in vigore in questa formulazione.

<sup>67</sup> Ad esempio, a partire dalla norma *prima facie* «vietato il furto», corrispondente alla formulazione testuale di una disposizione, in maniera puramente deduttiva si possono derivare le norme N<sub>1</sub> «vietato il furto di automobili», N<sub>2</sub> «vietato il furto di televisori», N<sub>3</sub> «vietato il furto di libri». Sulla "sussunzione generica", Bulygin 1992: 267-268; Guastini 2011: 24-25.

<sup>68</sup> Ad esempio, utilizzando la concettualizzazione dei diritti soggettivi elaborata da Hohfeld, si dà un rapporto di correlazione logico-definitoria *a*) tra pretesa e obbligo, *b*) tra libertà e assenza di pretesa, *c*) tra potere e soggezione, *d*) tra immunità e incompetenza. Di conseguenza, se una norma *prima facie* attribuisce a Tizio una certa pretesa, essa può (o meglio: deve) essere intesa nel senso che attribuisce a Caio l'obbligo corrispondente – e così via. In proposito, Pino 2017: 81-84.

come “solo”, “soltanto”, “esclusivamente”, anche se non figurano nel testo della disposizione<sup>69</sup>.

*Estensione.* L’interprete, in sede di interpretazione conclusiva, include nell’ambito di applicazione della norma casi che, alla luce del significato *prima facie*, risultavano dubbi; in tal modo ottenendo una norma dal campo di applicazione più ampio rispetto alla norma *prima facie* (interpretazione estensiva).

*Restrizione.* L’interprete, in sede di interpretazione conclusiva, esclude dall’ambito di applicazione della norma casi che, alla luce del significato *prima facie*, risultavano dubbi; in tal modo ottenendo una norma dal campo di applicazione più ristretto rispetto alla norma *prima facie* (interpretazione restrittiva).

*Selezione.* A fronte di ambiguità presenti nel significato *prima facie*, l’interprete sceglie un possibile significato, ad esclusione degli altri. Ciò può accadere non solo in ragione delle possibili ambiguità presenti nel linguaggio ordinario (che peraltro, in fin dei conti, dal punto di vista dell’interpretazione giuridica risultano spesso alquanto innocue), ma anche e soprattutto in ragione di ambiguità che potremmo dire tipiche del linguaggio giuridico, e che consistono nel fatto che uno stesso termine tecnico o tecnicizzato può essere presente nel linguaggio delle fonti in accezioni diverse, oppure può aver ricevuto tecnicizzazioni diverse in sede di usi dottrinali e giurisprudenziali (le “tecnicizzazioni non univoche”)<sup>70</sup>. Infine, l’ambiguità da sciogliere può anche riguardare il dubbio se un termine tecnicizzato presente in un enunciato delle fonti debba essere inteso secondo il significato, appunto, tecnico-giuridico, oppure secondo il significato ordinario (dubbio che si pone spesso, in particolare, nell’interpretazione costituzionale, a causa del basso tasso di tecnicismo giuridico con cui sono state, volutamente, redatte molte costituzioni contemporanee<sup>71</sup>).

In tutti questi casi si avrà un’interpretazione conclusiva che, pur manipolando in vario modo il significato *prima facie*, è tuttavia suscettibile di essere avvertita dai parlanti competenti – in un contesto culturale dato – come una precisazione del significato della disposizione di partenza, e non come l’invenzione di una norma nuova<sup>72</sup>. La norma così individuata intrattiene uno scarto “minimo”, o talvolta uno scarto “medio”, rispetto all’interpretazione *prima facie*. Potremmo convenire di chiamare tutto questo “Interpretazione<sub>1</sub>”, o “interpretazione correttiva”, o “interpretazione in senso stretto”.

<sup>69</sup> Diciotti 2015. Si pensi all’art. 48 cost.: «Sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età», normalmente interpretato nel senso che il diritto di voto è attribuito *solo* ai cittadini maggiorenni.

<sup>70</sup> Sulle “tecnicizzazioni non univoche”, e i relativi problemi interpretativi, Tarello 1980: 112-113. Alcuni esempi (“mobili”, “dolo”, “ammortamento”) si possono leggere in Belvedere 2001-2002.

<sup>71</sup> Il “domicilio” di parla l’art. 14 cost. è lo stesso “domicilio” di cui parla il codice civile? O corrisponde alla nozione di “domicilio” nel linguaggio comune? O ad un’altra nozione ancora?

<sup>72</sup> È interessante notare che Guastini considera le norme che sono derivazioni logico-deduttive da norme espresse come norme – sì implicite, ma allo stesso tempo – “positive” (Guastini 2011: 161).

Ma non è finita qui, ovviamente. Infatti possiamo procedere ancora lungo la linea dello “scarto”, della “distanza” da un significato *prima facie*, e imbatterci così in altre operazioni interpretative piuttosto interessanti.

*Sostituzione.* L'interprete, in sede di interpretazione conclusiva, sostituisce uno o più elementi presenti nella norma individuata con interpretazione *prima facie*, in tal modo ottenendo una norma che avrà un campo di applicazione diverso – ma, per l'interprete, più corretto, o il solo corretto – rispetto a quello della norma *prima facie* (interpretazione sostitutiva). Diversamente dalla “correzione in senso stretto” vista prima, in questo caso non si tratta di una sostituzione meramente lessicale, ma della sostituzione di un concetto o di un significato con un altro. E, diversamente dall'interpretazione estensiva, non si tratta qui di includere nel campo di applicazione della norma un caso dubbio, ma di includere un caso diverso da quello contemplato nel significato *prima facie*, eventualmente in sostituzione di esso<sup>73</sup>.

*Addizione.* L'interprete, in sede di interpretazione conclusiva, integra la norma *prima facie* con elementi ulteriori e in essa non previsti (interpretazione additiva)<sup>74</sup>. Tali elementi ulteriori potrebbero anche provenire da altre norme, e in tal caso l'addizione si risolverà in un gioco di incastri tra la norma *prima facie* e questa altre norme (il combinato disposto, gli “elementi normativi” delle fattispecie penali).

*Concretizzazione.* Alcune delle norme individuate in sede di interpretazione *prima facie* possono presentare un elevato grado di genericità e di indeterminatezza: nella loro fattispecie, nella loro conseguenza giuridica, o in entrambe. Si tratta in particolare dei principi (espresi), e delle norme che includono clausole generali e rinvio a standards. Per norme di questo tipo, l'interpretazione *prima facie* risulta particolarmente vacua. Per rispondere a domande quali “L'art. 21 cost. protegge la blasfemia?”, “L'art. 32 cost. consente il suicidio assistito?”, “Tirare in lungo una trattativa precontrattuale è comportamento contrario a buona fede?”, è necessario intraprendere un'operazione di concretizzazione delle norme di partenza, che richiede argomenti che vanno ben al di là una lettura testuale delle disposizioni di riferimento<sup>75</sup>.

In tutti questi casi, la distanza rispetto al testo di partenza, e alla sua interpretazione *prima facie*, è decisamente maggiore rispetto a quanto abbiamo visto nell'interpretazione<sub>1</sub>: la norma conclusiva si trova in un rapporto di scarto “medio”, o talvolta anche di scarto “massimo”, rispetto all'interpretazione *prima facie*. Ma non si può certo dire che in questi casi la formulazione testuale della disposizione, e il suo significato *prima facie*, non contino nulla: in una discussione sul trattamento giuridico della

<sup>73</sup> Un esempio è la prassi pressoché costante della Corte costituzionale di interpretare il riferimento ai «cittadini», contenuto nell'art. 3 cost., nel senso di «tutti» (ad includere, cioè, anche i non cittadini).

<sup>74</sup> Ad esempio, una norma *prima facie* che impone di far indossare la museruola ai cani quando li si porta a passeggio, viene reinterpretata nel senso che occorre munirsi anche di guinzaglio (riprendo questo esempio da Belvedere 2001-2002: 570).

<sup>75</sup> Guastini 2011: 192-195, 201-203; Pino 2016: 94-96. Si veda però Diciotti 2018, per una critica alla tesi che l'applicazione di principi richieda sempre concretizzazione.

blasfemia in Italia, ad esempio, sarebbe un po' strano affermare che l'art. 21 cost., e la sua formulazione testuale, non abbiano alcun ruolo da svolgere e non facciano alcuna differenza. Quelle viste qui, dunque, sono ancora attività "interpretative", anche se non strettamente testuali<sup>76</sup>. Potremmo convenire di chiamarle "interpretazione<sub>2</sub>", o "interpretazione-integrazione".

Infine, procedendo ancora oltre sulla linea dello scarto, dello scostamento rispetto ad una possibile formulazione testuale di partenza e ad un significato *prima facie*, troviamo le norme individuate tramite procedimenti argomentativi quali l'analogia, l'introduzione di eccezioni implicite in una norma espressa (che può anche essere descritta come l'individuazione di una norma inespressa che fa eccezione ad una norma espressa<sup>77</sup>), e l'individuazione di principi inespressi con la modalità "dal basso verso l'alto", ossia tramite un'abduzione<sup>78</sup>. In queste ipotesi, il rapporto con un significato *prima facie* è ancora più remoto, anche se i procedimenti argomentativi in esse impiegati prendono comunque le mosse (concettualmente) da una o più norme espresse e dunque presuppongono una previa attività interpretativa rispetto alla quale sono concettualmente parassitari. Ciò che contraddistingue queste ipotesi, però, è che l'esito del procedimento "interpretativo" non consiste nel pretendere di assegnare un significato ad un testo di partenza, ma nell'introdurre qualcosa di nuovo – di nuovo rispetto al significato *prima facie*, ma presentato come "già presente" nell'ordinamento, quantomeno nel senso di argomentabile a partire da materiali normativi forniti dall'ordinamento stesso. Potremmo convenire di chiamare tutto ciò "interpretazione<sub>3</sub>", o "interpretazione creativa", "interpretazione in senso ampio", "interpretazione-normazione"<sup>79</sup>.

Ho individuato deliberatamente questi tipi di interpretazione con degli aridi numeretti (interpretazione<sub>1</sub>, interpretazione<sub>2</sub>...), anziché ricorrere a denominazioni più estrose, per rendere chiare due cose: 1) che non istituisco alcun ordine assiologico tra queste forme di interpretazione; e 2) che ci possono essere buone ragioni per chiamare tutto ciò interpretazione – una di queste buone ragioni essendo esattamente il carattere graduale e sfumato con cui si transita dall'una all'altra, e la conseguente artificiosità di linee di demarcazione rigide tra le une e le altre.

Infatti, la distinzione tra interpretazione<sub>1</sub>, interpretazione<sub>2</sub>, e interpretazione<sub>3</sub> dipende in ultima analisi da una nozione non dicotomica ma scalare come quella di

<sup>76</sup> Per Guastini, ovviamente, «la concretizzazione non è un'operazione interpretativa in senso stretto: è piuttosto un'operazione "costruttiva"» (Guastini 2011: 201).

<sup>77</sup> Salvo il caso in cui la norma  $N_1$ , alla quale l'eccezione implicita viene associata, non facesse a sua volta eccezione ad altra norma  $N_2$ : in tal caso, l'eccezione implicita a  $N_1$  avrà l'effetto di far riesperire il campo di applicazione di  $N_2$ ; cfr. Diciotti 2015: 58.

<sup>78</sup> Pino 2010: 65-68.

<sup>79</sup> Per formule di questo tipo, v. Chiassoni 1999b: 22-23 (interpretazione "in senso ampio"); Diciotti 1999: 215-217 ("interpretazione-normazione"); Guastini 2011: 29-32 ("interpretazione creativa").

“scarto” (o “distanza”, o “scostamento”). E ovviamente non disponiamo di una unità di misura per quantificare lo scarto. Ciò tuttavia non impedisce affatto di stabilire (salvo i casi di “penombra”) che, rispetto al significato di partenza,  $N_0$ , la norma  $N_1$  risulti intrattenere uno scarto minore rispetto alla norma  $N_2$ , e ancor più rispetto alla norma  $N_3$ . Ciò potrà essere affermato del tutto sensatamente da un parlante in possesso di competenze linguistiche e giuridiche – esattamente come è normalmente possibile affermare che Tizio è più “divertente”, o più “fantasioso”, di Caio, pur non essendo tali qualità riconducibili a una unità di misura propriamente detta<sup>80</sup>.

Di conseguenza, non c'è una netta linea divisoria tra interpretazione<sub>1</sub> e interpretazione<sub>2</sub>, così come non c'è una netta linea divisoria tra interpretazione<sub>2</sub> e interpretazione<sub>3</sub>.<sup>81</sup> Far rientrare nella nozione di “domicilio” la camera d'albergo, il cruscotto di un'automobile, o una roulotte, sono esercizi di interpretazione estensiva o di analogia? Affermare che il concetto di “titolare di assegno divorzile” include anche i soggetti *astrattamente qualificati* a percepire un assegno divorzile (anziché solo coloro che di fatto già percepiscono tale assegno), è interpretazione estensiva, interpretazione additiva, o analogia<sup>82</sup>? Il problema, come ho già avuto modo di dire, non è che esistano casi dubbi come questi: il problema è l'assoluta preponderanza e pervasività dei casi dubbi. La gestione dei casi dubbi rappresenta l'assoluta normalità del lavoro del giurista: anche perché il giurista entra in azione esattamente per decidere i casi dubbi – o per crearli.

Inoltre, come abbiamo già avuto modo di vedere (*supra*, § 2.2) una distinzione tra questi tipi di interpretazione non può essere fatta dipendere dal diverso tipo di argomenti interpretativi messi in campo rispettivamente nell'interpretazione<sub>1</sub>, nell'interpretazione<sub>2</sub>, nell'interpretazione<sub>3</sub>. L'argomento *a simili* potrà essere utilizzato per effettuare un'interpretazione estensiva oppure un'analogia. L'argomento della dissociazione potrà essere utilizzato per effettuare un'interpretazione restrittiva o per individuare un'eccezione implicita<sup>83</sup>. L'argomento teleologico potrà essere

<sup>80</sup> Sulle nozioni “non misurabili”, Endicott 2000: 46-47.

<sup>81</sup> Diciotti 1999: 493. Più netta sembrerebbe essere la linea di separazione tra l'interpretazione<sub>0</sub> e l'interpretazione<sub>1</sub>. In fin dei conti, sembrerebbe, l'interpretazione<sub>0</sub> fotografa un significato fissato da regole interne al diritto positivo, di cui l'interprete si limita a prendere atto – la “vera” interpretazione comincia dopo, con l'interpretazione<sub>1</sub>, allorché l'interprete mette in campo i suoi ferri del mestiere (tecniche interpretative, tesi dogmatiche...). Questo, in linea di massima, è vero. E tuttavia talvolta non è facile distinguere con precisione *neanche* tra l'interpretazione<sub>0</sub> e l'interpretazione<sub>1</sub>. Ciò accade, ad esempio, quando una certa tecnicizzazione dottrinarica è talmente consolidata da apparire indiscutibile, e sostanzialmente incorporata nel diritto positivo stesso (si pensi al significato di “dolo”: assolutamente pacifico per definizione dottrinarica, anche se non definito dal diritto positivo). Secondo Riccardo Guastini, peraltro, «è impossibile tracciare una chiara linea di confine tra il linguaggio del diritto e il linguaggio dei giuristi: essi sono soggetti ad un continuo processo osmotico» (Guastini 2011: 225).

<sup>82</sup> Riprendo questo esempio da Belvedere 2001-2002: 566.

<sup>83</sup> Guastini 2011: 282, interpretazione estensiva e analogia sono due modi «di argomentare o di frasteggiare una medesima operazione» (v. anche 276-277, 284). Per la tesi che tra interpretazione estensiva

utilizzato sia nell'interpretazione<sub>1</sub> sia nell'interpretazione<sub>2</sub>. Con un ragionamento abduttivo si potrà individuare un principio inespresso, ma anche un principio espresso. E anche la concretizzazione è un procedimento argomentativo che può condurre all'individuazione tanto di norme inesprese quanto di norme espresse. Non intendo escludere *in assoluto* che qualche argomento sia utilizzabile solo nell'interpretazione<sub>1</sub> (o nell'interpretazione<sub>2</sub>, o nell'interpretazione<sub>3</sub>): ad esempio, è verosimile che l'argomento del significato letterale individui invariabilmente norme espresse. Ma questo non inficia il mio argomento: la mia tesi della assoluta preponderanza di casi dubbi non è confutata dalla presenza di casi paradigmatici di casi chiari di norme espresse e inesprese (a ben vedere, la presuppone).

In ogni caso, e ancora una volta, io non ho mai preteso di individuare distinzioni nette: al contrario, uno degli scopi di questo saggio è proprio mostrare che in molti casi è impossibile, oppure (anche se possibile) inutile, tracciare distinzioni nette.

### 3.4. *Norme espresse e norme inesprese - Redux*

Dove ci porta tutto questo, dal punto di vista della distinzione tra norme espresse e norme inesprese?

Come ho detto all'inizio di questo saggio, non è mia intenzione sconfessare queste nozioni. Infatti, possiamo certamente dire che una norma isomorfa è una norma espressa (anche se la rilevanza pratica delle norme isomorfe è estremamente limitata). Probabilmente possiamo qualificare come norme espresse anche molte norme conclusive individuate a seguito di una correzione del significato *prima facie* che si limiti a scegliere tra significati parimenti ammessi (sciogliendo una ambiguità), o che precisi un significato indeterminato restando pienamente all'interno di un margine di accettabilità, di tollerabilità linguistica (anche dal punto di vista del linguaggio tecnico e tecnicizzato, come abbiamo visto) nel contesto culturale di riferimento. Probabilmente possiamo qualificare così anche le norme logicamente implicite. *Forse* possiamo qualificare così anche le norme non testualmente formulate, ma derivate tramite una implicatura conversazionale che, nel contesto culturale di riferimento, sia considerata ovvia. Più o meno, si tratta di ciò che sta nell'interpretazione<sub>1</sub>.

Passiamo adesso alla polarità opposta dello spettro. Certamente sono norme inesprese quelle ricavate tramite analogia. Così come le norme che sono ricavate introducendo un'eccezione implicita tra i casi chiari di applicazione del significato *prima facie* («le ambulanze sono certamente veicoli, ma...»). E probabilmente sono da considerarsi inespresi certi principi del tutto privi di formulazione, ma solo dotati di "indizi di rilevanza" sparsi qua e là nell'ordinamento (il principio della certezza

---

e analogia vi sia solo una differenza di grado, v. Guastini 1993: 369; Gianformaggio 1987: 327. V. anche *supra*, n. 39 e testo corrispondente.

del diritto, il principio della separazione dei poteri...). Più o meno, è ciò che si può ricavare con l'interpretazione<sub>3</sub>.

Tra queste polarità opposte, si trova un *mare magnum* di possibilità intermedie, per ciascuna delle quali si potrebbe plausibilmente argomentare di essere in presenza tanto di una norma espressa quanto di una norma inespressa<sup>84</sup>. Che dire, ad esempio, della norma ricavata dalla concretizzazione di un principio espresso, ad esempio costituzionale? e della concretizzazione di una clausola generale? Peraltro, molte norme individuate con una interpretazione correttiva, e di solito considerate norme espresse, non sono dotate di un preciso riferimento testuale, quantomeno nel senso che la norma ottenuta in sede di interpretazione conclusiva si presenta come un bel po' diversa rispetto alla norma *prima facie*.

Ma il problema è anche più profondo e corrosivo di così. Il problema, infatti, è che non siamo in grado di affermare con certezza quanto scarto sia necessario o sufficiente per transitare, di scostamento in scostamento, di manipolazione in manipolazione, da una norma espressa a una norma inespressa.

La distinzione tra norme espresse e inesprese è incerta, sfumata, fluida. Al di fuori dei casi paradigmatici<sup>85</sup>, non avendo a disposizione una metrica per misurare lo scarto, non ci resta che imbarcarci in una valutazione della plausibilità, accettabilità, coerenza, ecc. degli argomenti utilizzati per individuare una certa norma conclusiva.

#### 4. La creatività dell'interpretazione

Concludo questo saggio già troppo lungo con due brevi chiarificazioni, probabilmente non del tutto oziose.

I) La priorità che ho assegnato al linguaggio tecnico-giuridico al fine dell'individuazione del significato *prima facie* è una priorità concettuale. Non è, ovviamente, una priorità assiologica: non dipende da opzioni assiologiche come il valore della certezza del diritto, o la deferenza verso il legislatore democratico; e da nessuna

---

<sup>84</sup> Damiano Canale, come abbiamo visto (nt. 38, e testo corrispondente), ha affermato che questa indeterminatezza dipende solo dalla opacità degli argomenti usati dai giuristi. Non mi pare che ciò sia necessariamente vero. Ad esempio, se si ripercorre la nota vicenda giudiziaria di Radio Vaticana (Cass., sez. III pen., 13 maggio 2008, in «Foro italiano» 2009, II, 262), si può vedere agevolmente che tanto l'argomento dell'analogia quanto l'argomento dell'interpretazione estensiva, così come articolati nei vari gradi di giudizio, erano invero piuttosto efficaci e ben fondati. Esattamente all'opposto di quanto sostenuto da Canale, in questo caso l'indeterminatezza è dipesa anche dalla ricchezza delle argomentazioni che pesavano su entrambi i piatti della bilancia.

<sup>85</sup> Anche i casi paradigmatici, peraltro, hanno una loro precarietà: sono indiscussi solo fino a quando non vengono messi in discussione (con argomenti dotati di qualche plausibilità, ovviamente).

parte ho sostenuto (né la mia tesi offre argomenti in questa direzione) che l'interpretazione (conclusiva) debba rispettare il più possibile il significato *prima facie* così definito.

La priorità concettuale del significato tecnico-giuridico deriva dalla particolare natura del linguaggio giuridico come “linguaggio amministrato”<sup>86</sup>: un linguaggio in cui i significati non coincidono del tutto con quelli del linguaggio naturale, ma sono decisi con atti autoritativi interni alla pratica giuridica. Ma ciò lascia del tutto impregiudicato quale sia il modo migliore, per gli interpreti, di interpretare, rielaborare, manipolare il significato *prima facie*. Quest'ultima non è più una questione concettuale, ma – ora sì – assiologica: è la questione della scelta di un codice interpretativo, scelta che in ultima analisi rimanda alle opzioni etico-politiche dell'interprete. E da *questo* punto di vista, il significato tecnico giuridico non ha necessariamente priorità<sup>87</sup>.

II) La tendenza ad estendere il campo semantico di “interpretazione” *al di là* della mera attività di attribuzione di significati a testi (meglio ancora se svolta all'interno delle possibilità circoscritte da una “cornice”), viene talvolta criticata non solo sulla base di argomenti teorici (la distinzione tra norme espresse e inesprese, tra argomenti interpretativi e costruttivi...), ma anche sulla base di argomenti pragmatici: tale espansione della nozione di “interpretazione”, infatti, avrebbe l'effetto di contrabbandare, dietro un'etichetta percepita come rassicurante, da *business as usual*, attività che sono in realtà creative, innovative ecc.

Ebbene, anche l'ampliamento del concetto di interpretazione qui proposto (a ricomprendere l'interpretazione<sub>1</sub>, l'interpretazione<sub>2</sub>, l'interpretazione<sub>3</sub>) risponde non solo a considerazioni teoriche – quelle esposte finora in questo saggio – ma anche a considerazioni pratiche. Come dovrebbe aver mostrato la mia analisi, infatti, elementi “creativi”, innovativi, sono presenti in *tutti* gli stadi dell'interpretazione, anche nell'interpretazione<sub>1</sub><sup>88</sup>. (A cambiare, ovviamente, è l'intensità dell'intervento. Ma *quanta* intensità è richiesta per far scattare l'allarme democratico, e l'attentato alla separazione dei poteri?). L'idea che il diritto “giudiziario”, o il diritto “vivente”, siano qualcosa di nettamente separato dal diritto “legislativo” – l'idea che i giudici “creino diritto” solo quando fanno analogia, o quando interpretano “fuori cornice”,

<sup>86</sup> La fortunata espressione si deve, come è noto, a Mario Jori (v. ad es. Jori 2013; 2016). Sulle implicazioni di ciò rispetto all'interpretazione giuridica, v. anche Celano 2019.

<sup>87</sup> Come abbiamo visto (*supra*, nt. 71 e testo corrispondente) è del tutto possibile che, in sede di interpretazione conclusiva, il significato tecnico-giuridico venga abbandonato in favore di un significato “comune”.

<sup>88</sup> «Entro certi limiti, un'attività integratrice e manipolatrice è connaturale all'interpretare [...] il discorso legislativo» (Tarello: 1980: 37). «La distinction entre interprétation et création, est la simple reproduction d'une idéologie qui tend à faire croire que l'interprète n'à normalement qu'un pouvoir limité par le cadre interprétatif» (Troper 2018: 67). «A ben vedere, ogni atto di interpretazione/applicazione di un testo normativo nasconde una sua trasformazione» (Bin 2020: 25).

o simili – è un’illusione rassicurante. La realtà è ben diversa, e prenderne atto equivale ad un invito a richiedere agli interpreti adeguati standard argomentativi, e a mantenere alto lo scrutinio *anche* sulle attività “semplicemente” interpretative, non solo su quelle “creative”.

Mauro Barberis ha osservato, con ragione, che l’espedito della “cornice” è servito al realismo giuridico italiano, specialmente nella versione “genovese”, per immunizzarsi dal rischio dello scetticismo interpretativo estremo<sup>89</sup>. Se è così, allora dovremmo considerare la cornice alla stregua di una apparecchiatura ortopedica: una volta che abbia servito al suo scopo non c’è più bisogno di indossarla. Oltre ad essere inutile, darebbe solo intralcio. Meglio metterla via.

### Riferimenti bibliografici

- Alpa, G. (1998). *Il ricorso all’analogia nella giurisprudenza. Esempi, tecniche, stili*, «La nuova giurisprudenza civile commentata», II, 45-67.
- Barberis, M. (2006). *Pluralismo argomentativo. Sull’argomentazione dell’interpretazione*, «Etica & Politica», 1.
- Barberis, M. (2019). *Lo que los juristas no dicen. Normas no expresadas y despositivización*, «Revista Oficial del Poder Judicial», vol. 9, 11, 179-217.
- Barberis, M. (2020). *Norme implicite e de-positivizzazione. Soluzioni, dissoluzioni, problemi aperti*, in questo volume.
- Belvedere, A. (2000). *Linguaggio giuridico*, «Digesto IV, Discipline privatistiche - sezione civile», aggiornamento, 555-567.
- Belvedere, A. (2001-2002). *Interpretazione estensiva e analogia: alcune considerazioni*, «Diritto privato», voll. VII-VIII, 557-577.
- Bin, R. (2020). *Mutamenti costituzionali. Un’analisi concettuale*, «Diritto costituzionale», 1, 23-45.
- Bobbio, N. (1968). *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, «Giurisprudenza italiana», 695-702.
- Bulygin, E. (1992). *Sull’interpretazione giuridica*, in Id., *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, 257-277.
- 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.
- Canale, D. (2020). *Norme espresse e norme inespresse. Un’analisi concettuale*, in questo volume.

<sup>89</sup> Barberis 2020: § 4.1.

- Celano, B. (1999). *Efficacia, antirealismo, interpretazione*, «Analisi e diritto», 229-247.
- Celano, B. (2019). *Due problemi aperti della teoria dell'interpretazione giuridica*, in P. Chiassoni, P. Comanducci, G.B. Ratti (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. 2, Madrid, Marcial Pons, 51-89.
- Chiassoni, P. (1999a). *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè.
- Chiassoni, P. (1999b). *L'interpretazione dei documenti legislativi: nozioni introduttive*, in M. Bessone (a cura di), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale I: regole, metodi, modelli*, Torino, Giappichelli, 21-45.
- Chiassoni, P. (2002-2003). *Codici interpretativi. Progetto di voce per un Vademecum giuridico*, «Analisi e diritto», 55-124.
- Chiassoni, P. (2007). *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, il Mulino.
- Chiassoni, P. (2019). *Interpretation without Truth. A Realistic Enquiry*, Springer, Cham.
- Comanducci, P. (1992). *Assaggi di metaetica*, Torino, Giappichelli.
- Dascal M., Wróblewski J. (1988). *Transparency and Doubt. Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law*, «Law and Philosophy», 7, 203-224.
- Diciotti E. (1999). *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino.
- Diciotti E. (2013). *L'individuazione di norme espresse e inesprese 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.
- Diciotti E. (2018). *L'interpretazione e l'applicazione dei principi costituzionali*, in P. Chiassoni, P. Comanducci, G.B. Ratti (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. 1, Madrid, Marcial Pons, 103-128.
- Diciotti E. (2020) *Norme espresse, significati acontestuali, argomenti dell'interpretazione*, in questo volume.
- Endicott, T. (2000). *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Ferrajoli, L. (2013). *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza.
- Ferrajoli, L. (2016). *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza.
- Gianformaggio, L. (1987). *Analogia*, «Digesto IV edizione. Discipline privatistiche», vol. I, 320-329.
- Gianformaggio, L. (1988). *Certezza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di MacCormick*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XVIII, 2, 459-487.
- Guastini, R. (1990). *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli.

- Guastini, R. (1992). *Errore materiale del legislatore e interpretazione correttiva del diritto penale*, «Giurisprudenza costituzionale», 1339-1343.
- Guastini, R. (1993). *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè.
- Guastini, R. (2001). *Interpretazione estensiva o applicazione analogica?*, «Giurisprudenza costituzionale», 2032-2035.
- Guastini, R. (2004a). *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè.
- Guastini, R. (2004b). *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica*, «Diritto pubblico», 3, 927-938.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- Guastini, R. (2013). *Replia*, «Rivista di filosofia del diritto», II, 1, 125-136.
- Irti, N. (1967). *Note per uno studio della nomenclatura giuridica*, in Id., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1984, 165-178.
- Irti, N. (1990). *Introduzione allo studio del diritto privato*, Cedam, Padova (4<sup>a</sup> ed.).
- Irti, N. (2016), *I 'cancelli delle parole'*, in Id., *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, 57-87.
- Jori, M. (2013). *Linguaggio giuridico*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 257-288.
- Jori, M. (2016). *Pragmatica giuridica*, Modena, Mucchi.
- Kelsen, H. (1934). *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1952.
- Kelsen, H. (1960). *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1990.
- Lazzaro, G. (1965). *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, Giappichelli.
- Mortara Garavelli, B. (2001). *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, Einaudi.
- Pino, G. (2010). *Diritti e interpretazione. il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino.
- Pino, G. (2013). *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, «Rivista di filosofia del diritto», II, 1, 77-102.
- 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. (2017). *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, il Mulino.
- Ratti, G.B. (2008). *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Scarpelli, U. (1976). *Semantica giuridica*, «Novissimo Digesto Italiano», vol. XVI, 978-999.
- Schauer, F. (2015). *Is Law a Technical Language?*, «San Diego Law Review», 52, 501-514.
- Serianni, L. (2012). *Italiani scritti*, Bologna, il Mulino (3<sup>a</sup> ed.).

- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano.
- Troper, M. (2018). *Sur la théorie guastinienne de l'interprétation. La distinction entre text-oriented et fact-oriented interpretation*, in P. Chiassoni, P. Comanducci, G.B. Ratti (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. 1, Madrid, Marcial Pons, 57-68.
- Wróblewski, J. (1967). *Il modello teorico dell'applicazione della legge*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 10-30.
- Wróblewski, J. (1991). *On the Unstated in Law: Implicit Presuppositions and Conventions*, in P. Amselek, N. MacCormick (eds.), *Controversies about Law's Ontology*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 91-106.

## Sommario

L'autore discute brevemente alcune questioni di teoria dell'interpretazione emerse nei saggi precedenti. In particolare: la distinzione tra interpretazione *in abstracto* e *in concreto*; la distinzione tra interpretazione cognitiva e decisoria; la (duplice) cornice delle interpretazioni ammissibili e, rispettivamente, ammesse; le peculiarità dei ragionamenti mediante i quali i giuristi (e i giudici) costruiscono norme inesprese.

**Parole chiave:** Interpretazione *in abstracto*. Interpretazione *in concreto*. Interpretazione cognitiva. Interpretazione decisoria. Costruzione giuridica. Norme inesprese. Cornice delle interpretazioni ammissibili e ammesse. Ragionamento interpretativo.

## Abstract

The author briefly discusses some issues about interpretation arising from the preceding essays. In particular: the distinction between *in abstracto* and *in concreto* interpretation; the distinction between cognitive and adjudicative interpretation; the (twofold) frame of the admissible and, respectively, accepted interpretations; the peculiarities of the reasoning by which unexpressed norms are constructed by legal scholars (and judges).

**Keywords:** *In abstracto* interpretation. *In concreto* interpretation. Cognitive interpretation. Adjudicative interpretation. Legal construction. Unexpressed norms. Frame of admissible and accepted interpretations. Legal Reasoning.

---

\* Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova, Via Balbi 30, 16126, Genova, Italia, [guastini@unige.it](mailto:guastini@unige.it).

Nei saggi che precedono quattro amici cari discutono spassionatamente di due distinzioni, che certo non ho inventato io, ma sulle quali ho molto insistito nei miei studi sull'interpretazione: interpretazione (in senso stretto) vs. costruzione giuridica, norme espresse vs. norme inesprese. Ne sono molto lusingato e grato.

Mi piacerebbe discutere analiticamente questi quattro lavori, ma, diciamo così, le circostanze non sono favorevoli. Colgo l'occasione di questo pubblico ringraziamento solo per chiarire due o tre punti che mi paiono importanti.

1. Entrambe le distinzioni, che ho menzionato, appartengono al dominio di ciò che io chiamo "interpretazione *in astratto*", latamente intesa così da includere anche la costruzione giuridica. Riguardano cioè l'identificazione delle norme (la vigente costituzione garantisce, o no, un diritto all'identità personale?), non la loro applicazione all'uno o all'altro caso concreto, o all'una o all'altra classe di casi (il tale comportamento viola, o no, il diritto all'identità personale?). Insomma, la sussunzione in astratto ("generica") o in concreto ("individuale") non c'entra nulla: l'identificazione delle norme è, concettualmente, un altro tipo di problema logicamente antecedente l'applicazione a casi concreti.

Forse, la distinzione tra interpretazione in astratto e interpretazione in concreto è troppo netta (palesamente, Enrico la ignora o la rifiuta). Forse, c'è una distorsione derivante dalla mia attenzione privilegiata al diritto costituzionale, dove la differenza tra le due cose è particolarmente evidente. Però, credo che vada tenuta ferma.

Come già ho scritto in un'altra occasione, una cosa è interrogarsi sul senso di un testo normativo, altra cosa è risolvere una controversia; una cosa è interpretare un enunciato completo, altra cosa interpretare (i.e. definire) un predicato (un termine generale classificatorio, come si usa dire). Interpretare un enunciato completo (identificare una o più norme) è diverso dall'interpretare un predicato (precisare il campo di applicazione di una norma); precisare il campo di applicazione di una norma (le automobili sono veicoli) è altra cosa dal sostituire una norma con un'altra (i veicoli, ad eccezione delle ambulanze). Risolvere l'ambiguità – latamente intesa: ciò che io chiamo "equivocità" – di un enunciato è diverso dal circoscrivere la vaghezza di un predicato.

2. Credo che il concetto, di ascendenza kelseniana, di "cornice", malgrado i problemi concettuali che – lo riconosco senza alcun imbarazzo – solleva ad un'analisi ravvicinata, non vada troppo drammatizzato. Dimentichiamo la (folle) idea kelseniana che la cornice sia l'insieme di "tutte" le interpretazioni possibili.

Intanto, converrà distinguere tra una cornice sincronica e una cornice diacronica.

Dal punto di vista diacronico, la cornice si accerta semplicemente con studi di meta-giurisprudenza o di storia della cultura giuridica (di storia della dogmatica e, soprattutto, della giurisprudenza). Torna qui utile l'impeccabile distinzione tra casi

*ammessi* e casi *ammissibili*, introdotta da G.B. Ratti<sup>1</sup> e ripresa da Damiano. La storia ci fornirà l'insieme dei significati ammessi, che includerà sia i significati originariamente (solo) ammissibili, sia i significati nuovi che abbiano però acquisito stabilità nella prassi, concretamente in giurisprudenza, e dunque ormai ammessi, accettati.

Dal punto di vista sincronico, la cornice – l'insieme dei significati ammissibili – è un fatto alquanto banale. Almeno, io così sospetto. Lasciamo da parte le complesse questioni teoriche coinvolte, e diamo uno sguardo alla pratica giuridica.

Non è infrequente, leggendo un testo dottrinale, imbattersi in discorsi del tipo: “La disposizione D può essere intesa nel senso x o nel senso y”. Questo enunciato, sia detto per inciso, è un (modesto) esempio di interpretazione cognitiva. È facile che il discorso prosegua con una formula del tipo: “Tuttavia (per le ragioni a, b, e c) l'interpretazione corretta è x, e non y”. E questo, ancora per inciso, è un esempio lampante di interpretazione decisoria (sebbene non “autentica” nel senso di Kelsen).

Il duplice inciso che precede mi pare opportuno, se non necessario, perché Giorgio, se non lo fraintendo, ha la deprecabile tendenza a mettere in discussione la distinzione capitale tra interpretazione cognitiva e interpretazione decisoria, contestando la possibilità stessa di una interpretazione meramente cognitiva.

Ebbene, tornando all'esempio: in casi del genere, la “cornice” dei significati della disposizione D è, banalmente, x o y. Se un altro giurista sostiene che la disposizione D ammette anche l'interpretazione w, e che anzi w è l'interpretazione corretta, allora avremo una cornice leggermente più ampia, x, y, e w, identificabile in sede di meta-giurisprudenza descrittiva. Un commentario ben fatto, di solito, consiste proprio in questo: enumerare le diverse interpretazioni che si riscontrano in dottrina e in giurisprudenza, e indicare quella prevalente (se c'è).

O ancora: è normale, in una causa, trovare che secondo il difensore dell'attore “La disposizione D deve essere intesa nel senso x”; mentre il difensore del convenuto sostiene che “La disposizione D deve essere intesa nel senso y”; e può accadere che risulti invece poi dalla sentenza che, secondo il giudice, “Il significato corretto della disposizione D è z”.

Anche qui si vede bene come l'interpretazione decisoria (sia delle parti, sia del giudice) si differenzi dall'interpretazione cognitiva (ad esempio, dell'ipotetico estensore di una nota a sentenza). Ma il punto interessante è che quella, e non altra, è banalmente la “cornice” dei significati della disposizione D: x, o y, o z.

Voglio dire, insomma, che nella pratica (dottrinale e giudiziale) del diritto le interpretazioni plausibili, o ammissibili, che costituiscono la “cornice”, non sono (sincronicamente) innumerevoli: sono appena due o tre. E non sono particolarmente difficili da identificare.

---

<sup>1</sup> G.B. Ratti, *Cornici e insiemi*, in P. Chiassoni, P. Comanducci, G.B. Ratti (eds.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, Madrid, Marcial Pons, 2019, 317-325.

(Forse, fa eccezione proprio il diritto costituzionale, per ragioni che sarebbe troppo complesso, qui, analizzare. Qualche anno fa, ho cercato di darne conto, a titolo esemplificativo, in un lavoro sull'interpretazione dell'*incipit* dell'art. 2 cost.)

Si badi bene (torno all'ultimo esempio): può darsi che, prima della decisione giurisdizionale, le interpretazioni plausibili (la "cornice") fossero solo x e y, e l'interpretazione z, decisa dal giudice, sia dunque una norma nuova, fin qui inespressa, "costruita" dal giudice stesso. Come accertarlo?

3. Ha ragione Damiano, credo: le norme espresse e quelle inesprese si differenziano per i diversi modi di argomentare in favore delle une e delle altre, rispettivamente.

Il ragionamento – interpretativo – che conduce alla formulazione di una norma espressa, ridotto all'osso, ha grosso modo la struttura seguente:

Premessa 1. La disposizione (interpretanda) D. Beninteso, l'enunciato in questione può anche essere solo un frammento di disposizione, così come una combinazione di frammenti di disposizioni costruita dall'interprete.

Premessa 2. Un argomento interpretativo. Per esempio, l'argomento letterale, l'argomento intenzionale, l'argomento teleologico, l'argomento sistematico, etc. Ma resta inteso che l'argomento in questione può anche essere molto complesso, combinando, ad esempio, considerazioni letteralistiche, intenzionalistiche, teleologiche, sistematiche, e quant'altro.

Conclusione: D significa s (o esprime la norma n).

Insomma, tralasciando le diverse presupposizioni così ben analizzate da Damiano, nelle premesse di un ragionamento interpretativo "puro" (ma chi sa se esista nella pratica?) vi sono solo disposizioni e argomenti interpretativi. Mi riferisco, spero sia chiaro, alla "giustificazione interna" di una decisione interpretativa. L'argomento prescelto, o la combinazione di argomenti prescelti, sarà (forse) "esternamente giustificato(a)" da una ponderata selezione tra più argomenti in competizione.

Un ragionamento "costruttivo", per quanto posso vedere, ha sempre una struttura più complessa. Intanto, muove non da disposizioni, ma da norme, frutto, dunque, di una interpretazione previa. L'argomento interpretativo sta, per così dire, nella "giustificazione esterna" della costruzione giuridica. Mi illudo di aver colto (ma solo parzialmente) il punto, tanti anni fa, con la formula – rubata a Piero Sraffa – "produzione di norme a mezzo di norme". L'analogia è, evidentemente, un ottimo esempio di produzione di una norma nuova a partire da una norma preesistente. Ma l'analogia, dopo tutto, non è il caso centrale di costruzione giuridica, e non è neppure il più interessante dal punto di vista della teoria dell'interpretazione o della meta-giurisprudenza. (Spesso l'argomento analogico è usato non tanto per elaborare una nuova norma, quanto per precisare i confini di una norma previamente identificata.)

In tutte le questioni che mi è accaduto di studiare da vicino – per lo più questioni di diritto costituzionale (occasionalmente anche di diritto amministrativo o internazionale, e talora di diritto universitario) – la costruzione di norme inespresse muove (da norme e) da “teorie generali” (cosiddette), quali la teoria della responsabilità aquiliana, la teoria delle costituzioni rigide, la teoria dei rapporti tra diritto statale e diritto internazionale, la teoria del governo parlamentare, la teoria del reato, e via enumerando. Qualche volta muove anche da assunzioni “filosofico-giuridiche”, tipo il giusnaturalismo o invece il positivismo giuridico (il catalogo dei diritti costituzionali è aperto o chiuso?).

Le norme inespresse, insomma, sono desunte – poco importa se deduttivamente, o no – da premesse “teorico-generalì”: sono queste che caratterizzano e strutturano il ragionamento costruttivo.

Se una norma inespresa poi divenga o no diritto vigente, dipende ovviamente dalla giurisprudenza e più in generale dalle decisioni degli organi dell’applicazione. Ma il punto interessante è che, almeno nella maggior parte dei casi, la genuina attività nomopoietica è propria primariamente della dottrina, e solo secondariamente della giurisprudenza. Dice bene Mauro: i giuristi hanno sempre prodotto norme come il borghese gentiluomo di Molière parlava in prosa, non direi senza saperlo, ma, sì, senza ammetterlo.



**SAGGI  
(ESSAYS)**



# La tesis de las “fuentes” y los “frutos” sociales del derecho. Un diálogo entre la metafísica analítica y la teoría de los sistemas jurídicos

María Cristina Redondo\*

## Resumen

Este trabajo presenta una discusión sobre el carácter socialmente constituido y constitutivo del derecho. En un primer momento intentaré explicar en qué consiste esta relación constitutiva o de determinación metafísica. En especial, me detendré en el tipo de explicación constitutiva que se apoya en este tipo de relación. Posteriormente, me concentraré en la tesis metafísica del positivismo jurídico según la cual la existencia y el contenido del derecho están determinados por fuentes sociales. Por último, me referiré al modo en el que el derecho se constituye a sí mismo y a otros resultados sociales. En tal sentido, conectaré la tesis de las fuentes sociales con una adicional referida a los frutos sociales que el derecho contribuye a producir.

**Palabras clave:** Relación metafísico-constitutiva. Tesis de las fuentes sociales del derecho. Reglas constitutivas. Explicación constitutiva

## Abstract

This paper presents a discussion about the socially constituted and constitutive character of law. At first, I will try to explain what this constitutive or metaphysical determination relationship consists of. In particular, I will dwell on the type of constitutive explanation that rests on this kind of relationship. Later, I will concentrate on the metaphysical thesis of legal positivism according to which the existence and the contents of law are determined by social sources. Finally, I will refer to how the law constitutes itself and other social results. In this sense, I will connect the thesis of the social sources with an additional one referring to the social fruits that the law contributes to produce.

**Keywords:** The Grounding Relation. The Social Sources Thesis. Constitutive Rules. Constitutive Explanation.

---

\* Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova, Via Balbi 30, 16126, Genova, Italia, [cristina.redondo@unige.it](mailto:cristina.redondo@unige.it).

Agradezco los valiosos comentarios de Ricardo Caracciolo y Diego dei Vecchi que me han llevado a reescribir varios puntos de este trabajo y a seguir reflexionando sobre ellos.

## 1. Introducción

Este trabajo presenta una reflexión sobre el carácter socialmente constituido y constitutivo del derecho. En primer lugar, intentaré explicar en qué consiste la relación constitutiva mediante la que, por una parte, el derecho es producido y, por otra, él produce otros efectos. Posteriormente, me concentraré en la tesis ontológica del positivismo jurídico según la cual la existencia y el contenido del derecho están determinados por fuentes sociales. Por último, conectaré esta tesis con una adicional sobre los frutos sociales que el derecho contribuye a producir.

1.1. En la metafísica analítica contemporánea existe un vivaz debate acerca de sí, a la par de la explicación científica causal, “puede haber un tipo distintivo de explicación metafísica, en la que el *explanans* y el *explanandum* están conectados, no a través de algún tipo de mecanismo causal, sino a través de alguna forma constitutiva de determinación”<sup>1</sup>. Este tipo de explicación luce especialmente interesante en este ámbito de la filosofía del derecho, donde, entre otras cosas, se discute sobre la posibilidad de explicar la existencia y el contenido de hechos, propiedades o entidades jurídicos en virtud de la existencia de otros hechos, propiedades o entidades de los cuales lo primeros dependerían. A título de ejemplo de este tipo de explicación metafísica puede citarse el siguiente enunciado: “Existe un contrato de compraventa entre Susana y Patricia *porque* existe un acuerdo entre ellas en el cual Patricia se compromete a entregar un jarrón a Susana y esta última se compromete a pagar el precio establecido”. Ciertamente, este tipo de enunciado no es el único que se puede citar como ejemplo paradigmático. Esta clase de explicación podría *expresarse* mediante enunciados diferentes tales como “La proposición según la cual existe un contrato de compraventa entre Susana y Patricia es verdadera en virtud del hecho que ellas llegaron a un acuerdo en el que...”, o bien “La existencia de un contrato de compraventa entre Susana y Patricia se explica en virtud de que ellas llegaron a un acuerdo en el que...”, etc. Me referiré a este tipo de explicación con el nombre de “explicación metafísica o constitutiva”<sup>2</sup>.

No es el objetivo de este trabajo entrar en el extenso debate existente acerca de este tipo de explicación, sin embargo, es indispensable indicar, al menos a grandes rasgos, cómo se entiende en este contexto<sup>3</sup>. Comenzaré por enunciar, en términos negativos, aquello que la explicación constitutiva no es. En primer lugar, cabe aclarar que este tipo de explicación no alude a un sentido de explicación diferente del usual. Como toda explicación, la que aquí llamo “constitutiva” conecta o relaciona un *explanandum* a un *explanans* que pretende hacerlo inteligible. Asimismo, tal

<sup>1</sup> Cf. Fine 2012: 37.

<sup>2</sup> La expresión “explicación constitutiva”, la tomo de Dasgupta 2017: 74.

<sup>3</sup> Respecto la caracterización de este tipo de explicación sigo parcialmente a Dasgupta 2017 y a Schaffer 2019.

como proponen varios autores, es posible asumir que este tipo de explicación no es estructuralmente distinta de una explicación causal. Ahora bien, las razones que se invocan en una explicación constitutiva no son causas. Usando el lenguaje en el que se expresa la literatura referida a este tema diré que el *explanans* menciona los fundamentos, fuentes, (*grounds*), o condiciones constitutivas en virtud de los cuales el *explanandum* se produce.

En segundo lugar, asumiré aquí que dicha explicación da cuenta de, o expresa, una *relación* metafísica de constitutividad o fundamentación (*grounding*). Algunos autores son escépticos respecto de este tipo de relación<sup>4</sup>. Y, ciertamente, existen distintas teorías sobre aquello en lo que ella consiste. Algunos teóricos proponen una concepción muy robusta basada en la esencia de las entidades o hechos explicados, mientras otros sostienen que se trata de una relación de carácter conceptual y contrafáctico<sup>5</sup>. Algunas posiciones entienden que no hay un único tipo de relación de constitutividad metafísica, sino una multiplicidad de relaciones distintas<sup>6</sup>. Por último, según algunos autores, tiene sentido admitir un tipo de explicación metafísico-constitutiva aun si ella no da cuenta ni informa sobre la existencia de un específico tipo de relación existente en el mundo<sup>7</sup>. En todo caso, con respecto a la explicación constitutiva y a la relación de fundamentación (*grounding*) asumiré aquí una posición muy ‘delgada’ o ‘deflacionaria’<sup>8</sup>. Esto significa que puede aceptar-la quien quiera que admita que enunciados como los mencionados anteriormente, en primer lugar, explican ciertos fenómenos. En tal sentido, tales enunciados se apoyan, o presuponen, un patrón que conecta o unifica ciertos datos, lo cual hace posible su manipulación o predicción y, sobre todo, la comprensión de los mismos<sup>9</sup>. En segundo lugar, cabe subrayar que este tipo de relación constitutiva, en la medida en que es explicativa, es una relación asimétrica: si un acuerdo de voluntad es una condición constitutiva de un contrato de compraventa, un contrato de compraventa

<sup>4</sup> A título de ejemplo, Daly 2012: 81-100. Un análisis de algunas posiciones supuestamente escépticas según el cual ellas no exigen abandonar la idea de una relación de determinación metafísica, sino solo precisarla, puede verse en Audi 2012: 101-121.

<sup>5</sup> Por ejemplo, Jackson 1998. También Dasgupta 2017.

<sup>6</sup> Por ejemplo, Willson 2014: 535-579. Según esta autora no existiría un único tipo de relación (Constitutividad con *C* mayúscula o *Grounding* con *G* mayúscula), sino múltiples tipos de relaciones metafísicas diferentes (distintos tipos de relaciones constitutivas con *c* minúscula, o relaciones de *grounding* con *g* minúscula).

<sup>7</sup> Siguiendo a Fine, probablemente sería mejor entender la idea de fundamentación metafísica como una operación expresada por un operador que afecta enunciados más que como una relación expresada por un predicado. Cf. Fine 2012: 43. Con respecto a la posibilidad de admitir una explicación constitutiva aun rechazando que ella aluda a, o informe acerca de, la existencia de una relación, véase Dasgupta 2017.

<sup>8</sup> En este sentido débil, en palabras de Schaffer: “... The reader who dislikes the notion of grounding is welcome to insert her own preferred understanding of the metaphysical – unified or not – so long as it covers these sorts of examples of non-causal generation”. Cf. Schaffer 2017: 303. Las itálicas son mías.

<sup>9</sup> Al respecto, Schaffer 2019: 305-307.

no es una condición constitutiva de la firma de un acuerdo de voluntad. Asimismo, es irreflexiva: un acuerdo de voluntad no es condición constitutiva de un acuerdo de voluntad, ni un contrato de compraventa no es condición constitutiva de un contrato de compraventa. Por último, es transitiva: si un acuerdo de voluntad es una condición constitutiva de un contrato de compraventa y éste es una condición constitutiva de la propiedad de S sobre Y entonces un acuerdo de voluntad es una condición constitutiva de la propiedad de S sobre Y<sup>10</sup>. En tercer lugar, si bien puede admitirse que la explicación constitutiva es estructuralmente análoga a una explicación causal, ella no enuncia una relación causal. Es decir, el *explanans* que esclarece o hace inteligible el *explanandum* no menciona causas, sino condiciones constitutivas o metafísicamente determinantes<sup>11</sup>.

Ahora bien, si admitimos que enunciados como los citados anteriormente *explanans* en el sentido indicado (unifican, permiten manipular y comprender fenómenos) se sigue que aceptamos un principio general según el cual no solo es posible *explicar* (científicamente) la producción de ciertos eventos en términos de una relación de causa-efecto, sino que también es posible explicar (metafísicamente) la producción de ciertos eventos en términos de una relación entre condiciones constitutivas-resultados constituidos. En otras palabras, así como aceptamos un principio filosófico de causalidad o explicación causal, podemos admitir un principio de constitutividad, de explicación constitutiva o metafísica. Conforme a este principio general, las propiedades, entidades o hechos a explicar (el *explanandum*) son datos no fundamentales que ‘están determinados por’, ‘dependen de’, o ‘existen en virtud de’ otros datos (propiedades, entidades, hechos) más fundamentales (el *explanans*)<sup>12</sup>. Estos últimos son los que ya he llamado “condiciones constitutivas”, pero se denominan también “condiciones fundantes”, “fuentes”, “fundamentos” (*grounds*).

En este trabajo estaré exclusivamente interesada en la explicación metafísico-constitutiva aplicada a propiedades, entidades o hechos jurídicos; aunque, obviamente, el mismo tipo de explicación es pertinente para cualquier tipo de dato no fundamental que se considere constituido por, o dependiente de, otros factores fundantes, constitutivos o determinantes. Por ejemplo, conforme al mismo principio de constitutividad es posible sostener que los hechos mentales están determinados por

<sup>10</sup> Las propiedades de relación de determinación metafísica son materia de controversia. Sin embargo, es ampliamente reconocido que ella es asimétrica, irreflexiva y transitiva. Schaffer indica diversos contraejemplos de la transitividad de esta relación, pero propone también el modo de resolverlos. Cf. Schaffer 2012: 122-138.

<sup>11</sup> Conforme a Schaffer: “Roughly speaking, just as causation links the world across time, grounding links the world across levels. Grounding connects the more fundamental to the less fundamental, and thereby backs a certain form of explanation.” Cf. Schaffer 2012: 122.

<sup>12</sup> La investigación sobre este tema se denomina “interlevel metaphysics”. A saber “The discipline which studies the nature of “high-level,” or “macroscopic,” things and how they are related to “low-level,” or “microscopic,” things.” Cf. Epstein 2015: 17.

hechos biológicos y que éstos dependen de hechos químicos; los que, a su vez, se explican constitutivamente en términos de hechos físicos, que, por su parte, dependen de datos microfísicos<sup>13</sup>.

1.2. La analogía entre la explicación causal y la constitutiva tiene al menos una consecuencia importante. Del mismo modo que las explicaciones causales requieren la admisión de ‘leyes’ causales de la naturaleza, las explicaciones metafísico-constitutivas requieren la admisión de ‘leyes’ o tesis metafísicas o constitutivas<sup>14</sup>. En otras palabras, así como admitimos ‘leyes’ científicas que conectan específicos tipos de eventos naturales en términos de causa-efecto (por ejemplo, la modificación de la temperatura y la de la presión atmosféricas) también podremos admitir ‘leyes’ o tesis metafísico-constitutivas que conectan específicos tipos de hechos o entidades en términos de condiciones constitutivas y resultados constituidos. Estas leyes o tesis son generalizaciones o principios contrafácticos que identifican un patrón. Son estas generalizaciones las que unifican los fenómenos explicados; de este modo, hacen posible su manipulación y, sobre todo, su comprensión<sup>15</sup>. En síntesis, si aceptamos la analogía entre explicación causal y explicación metafísico-constitutiva, toda explicación de este último tipo se apoya en una ‘ley’ o tesis metafísica, sin la cual no podríamos explicar aquello que queremos explicar.

Sobre la base de la analogía señalada deberíamos aceptar también lo siguiente. Del mismo modo que el principio de causalidad no expresa una ley causal, el principio de explicación metafísica no propone ninguna ‘ley’ o conexión metafísica sustancial. Se trata exclusivamente de una tesis filosófica general según la cual todo dato no fundamental está metafísicamente constituido o determinado por datos menos fundamentales. Consecuentemente, del mismo modo que el principio de causalidad debe ser claramente distinguido de las específicas ‘leyes’ científicas (que captan o identifican específicas relaciones causales), así el principio filosófico de constitutividad tiene que ser distinguido de las ‘leyes’ o tesis metafísicas sustantivas (que captan o identifican específicas relaciones constitutivas)<sup>16</sup>. En este sentido, el principio filosófico según el

<sup>13</sup> Un elenco de ejemplos de este tipo de relaciones constitutivas puede verse en Correia, Schlieder 2012: 1.

<sup>14</sup> Cf. Schaffer 2017: 302-321. “In saying that a law is ‘of metaphysics’, I mean just that it is operative in the metaphysical realm, concerning the not-causal-but-constitutive generation of a dependent outcome”. Cf. Schaffer 2017: 305.

<sup>15</sup> Cf. Schaffer 2017: 307.

<sup>16</sup> Tal como ha sido señalado con relación a la distinción entre un principio filosófico de determinación causal y las específicas leyes causales, algunos enunciados – en virtud del lenguaje en el que se expresan – pueden generar dudas acerca de su estatus y, consecuentemente, acerca del tipo de argumentos relevantes para establecer su verdad. Cf. Nowell-Smith 1954: 317 y 321. Ciertamente, el tipo de argumento relevante para dar sustento a una ley o tesis metafísica dependerá de cómo se conciba la relación de dependencia metafísica (*grounding*). En este contexto, como se verá más adelante, la verdad de una tesis metafísica depende de la efectiva existencia de la regla o relación constitutiva que ella pretende captar.

cual el derecho tiene carácter constituido (i.e. según el cual los hechos, propiedades o entidades jurídicas son susceptibles de explicarse en términos metafísicos constitutivos) debe ser distinguido de las tesis sustanciales según las cuales los datos jurídicos están metafísicamente determinados o dependen de hechos sociales, argumentos morales o la voluntad divina, etc. En suma, así como el principio de causalidad reclama la existencia de ‘leyes’ causales, pero no es en sí mismo una ‘ley’ causal de la naturaleza, el principio de explicación constitutiva exige la existencia de ‘leyes’ o tesis metafísicas sustanciales, pero no es en sí mismo una ‘ley’ o tesis metafísica sustancial.

Ahora bien, en el ámbito de la teoría jurídica, si bien por lo general se acepta que el derecho es un fenómeno no fundamental que depende de otros, no hay acuerdo sobre qué es lo que determina la existencia del derecho. En otras palabras, diversas teorías discrepan acerca de aquello de lo que el derecho depende. Con respecto a este punto, el positivismo jurídico sostiene la verdad de una ‘ley’ o tesis metafísica según la cual existe una relación constitutiva entre la existencia y el contenido del derecho (el *explanandum*) y ciertos hechos sociales externos a él (el *explanans*). La llamada “tesis de las fuentes sociales”. Ciertamente, se trata de una tesis metafísica que, como veremos luego, puede ser puesta en cuestión. Solo por dar un ejemplo, algunas teorías jurídicas sostienen que la tesis de las fuentes sociales es falsa y que, en realidad, la existencia y el contenido del derecho están determinados por argumentos morales, o por la voluntad divina. En todo caso, a tenor de estas posiciones, el derecho es siempre un resultado constituido que depende de, o está determinado por, ciertas condiciones fundantes o constitutivas más fundamentales.

1.3. Admitir que la existencia y el contenido de propiedades, entidades o hechos jurídicos puede explicarse en términos metafísicos-constitutivos presupone, entre otras cosas, dos ideas que es conveniente hacer explícitas. En primer lugar, y como acabo de enunciar, presupone que en algún sentido estos hechos, propiedades o entidades *existen*, forman parte del ‘mobiliario del (único) mundo’ real o actual que habitamos y que, por tal motivo, necesitan explicación. Este tipo de explicación parte de la admisión según la cual los datos explicados, si bien co-varían con respecto a los datos que los explican, no se reducen ni son idénticos a ellos<sup>17</sup>. De hecho, conforme he mencionado hasta aquí, los datos a explicar son menos fundamentales, producen efectos ‘constitutivos’ peculiares y un cuerpo de conocimientos diferenciado. En tal sentido, la tesis según la cual ciertos datos no fundamentales dependen de, o están determinados por, otros menos fundamentales no implica que una teoría sobre los primeros sea reducible o expresable en términos de una teoría de nivel inferior, más fundamental. Consecuentemente, la hipótesis de que el derecho pueda

---

<sup>17</sup> En este sentido, la relación de dependencia o determinación, si bien no es sinónimo de, implica una relación de superveniencia. Por ejemplo, conforme a Epstein, la relación de *determinación* (que es más fuerte que la de *fundamentación completa* (*full grounding*)) implica superveniencia. Cf. Epstein 2015: 71.

ser explicado en este modo supone haber cerrado la discusión con el escéptico que niega la existencia de las entidades, propiedades o hechos jurídicos que se pretende explicar. O, al menos, presupone haber puesto entre paréntesis sus objeciones y no detenerse en ellas en este contexto.

En segundo lugar, y a pesar de lo dicho, es oportuno subrayar que el tipo de explicación del que estamos hablando, aunque no implique una reducción, tampoco implica necesariamente admitir un dualismo de sustancias. Es decir, aquello que se explica en términos de una relación constitutiva no es parte de un mundo o esfera separada de aquellos factores que lo explican. Todo lo contrario, conforme al principio de constitutividad, los datos a explicar son dependientes, y no existen más allá de los datos más fundamentales que los explican<sup>18</sup>. En una perspectiva como la del positivismo jurídico, es justamente éste uno de los aspectos interesantes de la admisión del principio de constitutividad con respecto a ‘la realidad’ jurídica: él habilita un sentido de “explicación” conforme al cual es posible hacer inteligible algo que no es un evento empírico (y que, por lo tanto, no puede hacerse inteligible en términos causales) pero que, no obstante ello, estaría totalmente determinado por eventos empíricos. Esto es lo que sostiene la tesis de las fuentes sociales a la que me referiré más adelante.

En síntesis, el principio de constitutividad aplicado a propiedades, entidades, o hechos jurídicos supone asumir que éstos existen, sin embargo, no son datos fundamentales o básicos y *dependen de* datos más fundamentales o básicos. Es claro que queda abierto cuáles sean específicamente los datos que determinan la existencia de entidades o hechos jurídicos y, asimismo, cuáles las características de la relación de dependencia o determinación. Sin embargo, cualquiera sea el modo en el que las condiciones y la relación constitutivas se entiendan, por hipótesis, esta perspectiva excluye que los datos jurídicos a explicar pertenezcan a una realidad normativa fundamental o autónoma.

## 2. Algunas precisiones sobre la relación de constitutividad en el derecho

2.1. En primer lugar, conforme a una posición ampliamente aceptada respecto de este tema, el principio de explicación metafísico-constitutiva conecta *hechos*<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Una idea central de las posiciones que critican el dualismo ontológico es que la propiedad, entidad o hecho menos fundamental a explicar (el *explanandum*) no existe independientemente, o más allá, de aquello que lo determina o constituye (el *explanans*). Al respecto, por ejemplo, John Searle en numerosos escritos ha insistido en que es posible admitir la existencia de propiedades o hechos no reducibles a hechos empíricos, sin necesidad de asumir una posición dualista. Cf. Searle, 1983, 1992, 1995. También Epstein 2017: 43-46.

<sup>19</sup> Cf. Epstein 2015: 74-75. También en este sentido la relación de constitutividad metafísica no es idéntica a la de superveniencia, que es normalmente entendida como una relación de co-variación entre conjuntos de propiedades. Cf. Epstein 2017: 66.

Sin embargo, entenderé que con las correcciones pertinentes, el mismo tipo de explicación puede ofrecerse respecto de cualquier tipo de propiedad o entidad constituida<sup>20</sup>. Siguiendo esta línea, me permitiré hablar, por ejemplo, de ‘entidades’ como las normas jurídicas, de la ‘propiedad’ de ser jurídicamente existentes, o bien, de la verificación de ciertos ‘hechos’ jurídicos o sociales en tanto datos determinados o constituidos por otros más fundamentales. Ciertamente, por una parte, los datos a explicar son de distintos tipos. A título de ejemplo: el hecho de que Susana y María están unidas en matrimonio en Argentina (i.e. la existencia de un hecho jurídico individual), el hecho de que en España existe una monarquía constitucional (i.e. la existencia de una institución o un tipo de sistema jurídico) o que en Suiza está permitida la eutanasia (i.e. la existencia de una norma jurídica general, individualmente considerada). En cualquier caso, se trata de hechos, entidades o propiedades que, a diferencia de los hechos, entidades o propiedades físicas, están dotados de contenido. En tal sentido, explicarlos constitutivamente es explicar la existencia y el contenido de los mismos.

2.2. En segundo lugar, en la literatura sobre este tema, el debate se concentra alrededor de la noción *Grounding*, a la que aquí me estoy refiriendo mediante expresiones como “constitutividad”, “fundamentación”, “dependencia” o “determinación metafísica”. Conforme lo dicho precedentemente, la admisión de explicaciones constitutivas o metafísicas supone la existencia de leyes constitutivas o metafísicas en las que dichas explicaciones se sustentan. Esto permite advertir que la idea general según la cual ciertos hechos se explican metafísicamente en virtud de otros más fundamentales es ambigua. Cuando nos referimos, por ejemplo, a aquello que ‘explica metafísicamente’ (*grounds*) la existencia del matrimonio entre Susana y María podemos estar aludiendo, o bien a los hechos que son sus *condiciones constitutivas* (la firma de un documento, la inscripción en un registro, por ejemplo), o bien a la *ley o tesis de cobertura* que identifica las condiciones que determinan la existencia de un matrimonio<sup>21</sup>. La ‘ley’ o tesis general identifica la relación constitutiva que hace posible un universo de acciones, hechos, situaciones o mundos<sup>22</sup>. La verificación, en un específico tiempo y lugar, de las condiciones identificadas por la ley explica efectivamente por qué las consecuencias constituidas se generan, haciéndolas de este modo inteligibles. En cualquier caso, es imprescindible distinguir la ‘ley’ de las condiciones constitutivas identificadas por ella; aun cuando ambos datos puedan considerarse fundamentos (*grounds*) que explican el resultado constituido<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Cf. Schaffer 2009 y Schaffer 2019: 753.

<sup>21</sup> Esta ambigüedad corresponde a la distinción entre *triggering grounds* y *structuring grounds*. Véase, Schaffer 2019: 752. También Chilovi 2019: 57.

<sup>22</sup> Cf. Epstein 2015: 78.

<sup>23</sup> Al respecto existe una discrepancia importante en la literatura sobre el tema. Según Epstein, explicar la existencia de la ‘ley’ que establece las condiciones constitutivas (a la que llama “principio

2.3. En tercer lugar, una característica típica de toda realidad ‘constituida’ es que ella supone necesariamente distinguir al menos dos niveles de hechos o de realidad, que son los que se conectan mediante la explicación constitutiva (un nivel menos y otro más fundamental). Ahora bien, en el ámbito del derecho, un aporte importante de la teoría de los sistemas jurídicos es el haber puesto de relieve que en la explicación de la ‘realidad jurídica’ a estos dos niveles se suma necesariamente un tercero. Me explico. Uno de los rasgos unánimemente reconocidos de los ordenamientos jurídicos entendidos como sistemas de normas es, entre otros, su carácter autopoietico o autorreferencial, es decir, el hecho de que el mismo derecho es el que pone las condiciones que *determinan* su reproducción y/o extinción. Esta es una peculiaridad del derecho que lo distingue de otros tipos de instituciones sociales constituidas, sobre todo, de la moral. Como se verá más adelante, este carácter autorreferencial o autogenerador del derecho tiene corolarios importantes. En este punto interesa subrayar que, una vez que se tiene en cuenta, se advierte también que no es posible explicar la existencia y el contenido del derecho o de las normas jurídicas, *sans phrase*, y que dentro del derecho o de la clase de las normas jurídicas es imprescindible distinguir, por una parte, la existencia de normas jurídicas llamadas “dependientes” (cuyas condiciones constitutivas están fijadas internamente por el propio derecho) y, por otra, la de normas llamadas “últimas”, “independientes” o “supremas” (que, por hipótesis, dependen directamente de hechos externos al derecho)<sup>24</sup>. Conforme a la teoría de los sistemas jurídicos, la existencia y el contenido de toda norma jurídica dependiente se explica sobre la base de una relación intrasistémica con otra norma jurídica preexistente que determina las condiciones para su generación. Por ejemplo, la existencia y contenido de las normas legisladas por un parlamento están determinados por la existencia y contenido de normas constitucionales que establecen condiciones procedimentales y materiales para generarlas. Por su parte, la existencia y contenido de las normas constitucionales también pueden estar determinados por otras normas preexistentes. Sin embargo, esta cadena interna de fundamentación, necesariamente, termina en normas que son últimas y que, si bien son también constituidas, no pueden explicarse en los mismos términos intrasistémicos que se explican las anteriores. Como veremos a continuación, conforme a una ‘ley’ o tesis metafísica propuesta por el positivismo y ampliamente

---

marco”) exige admitir una relación de anclaje distinta de la relación de determinación metafísica que se verifica entre las condiciones constitutivas (establecidas por la ley) y los hechos constituidos. En contraste, para otros autores “conjuntivistas”, como por ejemplo Schaffer, es un error distinguir entre anclaje y determinación metafísica como dos relaciones de distinto tipo. Los dos aspectos que Epstein distingue se explican en términos del mismo tipo de relación de constitutividad metafísica. Véase Schaffer 2019: 749-767. Como dije anteriormente, aquí asumiré la existencia de un único tipo de relación metafísico-constitutiva, sin embargo, no creo que ello implique asumir la posición del conjuntivismo. No es posible discutir este punto en este trabajo.

<sup>24</sup> Una clara explicación de esta distinción puede encontrarse en Caracciolo 1986: 31-43.

aceptada en la teoría jurídica contemporánea (i.e. la tesis de las fuentes sociales) la existencia y contenido de estas normas jurídicas últimas se explica inmediatamente en virtud de una relación extrasistemática con determinados hechos sociales más fundamentales. A su vez, la existencia de las normas ‘dependientes’ u ordinarias – si bien en términos mediatos también depende de estas fuentes sociales –, se explica intrasistemáticamente en virtud de la satisfacción de las condiciones impuestas por normas jurídicas preexistentes.

Analizar la distinción entre normas independientes y dependientes desde una perspectiva metafísica tiene al menos dos ventajas. Por una parte, permite destacar que, aun cuando en la teoría de los sistemas jurídicos se hable de normas jurídicas ‘independientes’, si aceptamos el principio de constitutividad debemos admitir que es engañoso calificarlas de esta manera. Ello por la sencilla razón de que toda entidad o hecho jurídico, por hipótesis, es metafísicamente no fundamental, constituido o dependiente de otros hechos más fundamentales. Consecuentemente, la forma apropiada de presentar la distinción, y que adoptaré de aquí en adelante, es sosteniendo que en todo derecho hay, por una parte, normas jurídicas últimas, directa o inmediatamente determinadas por, o dependientes de, condiciones externas al propio derecho (por ejemplo, hechos sociales según la ley o tesis metafísica defendida por el positivismo jurídico) y, por otra parte, normas jurídicas ordinarias, directa o inmediatamente dependientes de las condiciones establecidas por otras normas jurídicas, cuya existencia, a su vez, se explica en virtud de la verificación de las condiciones previstas, o bien por ulteriores normas ordinarias, o bien por normas últimas. En todo caso, y dada la transitividad de la relación de determinación metafísica, todas las normas ordinarias, en modo mediato o indirecto, también dependen de aquellas condiciones constitutivas externas de las cuales las normas últimas dependen inmediatamente.

Por otra parte, al destacar que la existencia de normas jurídicas (últimas u ordinarias) se explica en términos de una relación de dependencia o constitutividad metafísica estamos también destacando que la ‘generación’ de normas jurídicas a partir de hechos no es una relación, ni de justificación moral, ni de derivación lógica, ni de causación empírica. Decir que las normas jurídicas se ‘derivan’, por ejemplo, según el principio aceptado por el positivismo, de hechos sociales o de otros hechos previstos por las mismas normas jurídicas, significa que, sobre la base de dicho principio, tales hechos son la razón metafísica en virtud de la cual las normas jurídicas existen. O bien, que la existencia de normas jurídicas se explica en virtud de tales hechos, y depende de ellos. En tal sentido, subrayar que se trata de una relación constitutiva de determinación metafísica permite comprender por qué está fuera de lugar la crítica de muchos autores según la cual ‘derivar’ normas a partir de hechos (empíricos, según la tesis del iuspositivismo) violaría el principio de Hume. Para despejar este tipo de crítica basta recordar que la ‘derivación’ de la que se está hablando se basa en una ley o principio que la justifica y que dicha ley

identifica una relación metafísico-constitutiva, no una relación de carácter lógico-formal, axiológico, o causal<sup>25</sup>.

### 3. El carácter constituido del derecho: La tesis de las fuentes sociales

Conforme a la ‘tesis de las fuentes sociales’ sostenida por el positivismo jurídico el derecho es un dato no fundamental que se explica en virtud de otros hechos externos al derecho y más fundamentales que él. Precisamente, de acuerdo a ella, la existencia y el contenido del derecho están determinados por hechos sociales<sup>26</sup>. Como mencioné anteriormente, esta tesis tiene el status de una ley metafísica sustancial que, si bien puede ser controvertida, en nuestros días es ampliamente compartida. En esta sección me interesa mostrar lo siguiente. En primer lugar, que esta tesis es sumamente genérica y, como tal, poco informativa. El carácter genérico de la misma se debe a que tanto los dos argumentos que conecta (el ‘derecho’, por una parte, y las ‘fuentes’ o ‘hechos sociales’, por la otra) como la relación de determinación que enuncia pueden entenderse en modos muy distintos. Al respecto, mostraré diversos sentidos que han sido atribuidos a esta tesis; incluyendo algunos que llegan a contradecir las premisas en las que ella supuestamente se basa. Teniendo en cuenta estas consideraciones, sostendré que semejante tesis, con el nivel de generalidad que se presenta, no expresa una idea distintiva de la concepción positivista del derecho. Posteriormente, intentaré indicar qué restricciones se deben aceptar (o qué interpretaciones se deben rechazar) para que la tesis de las fuentes sociales exprese una tesis iuspositivista. Por último, señalaré algunos corolarios que se siguen una vez que se adoptan las restricciones interpretativas propuestas.

3.1. En primer lugar, con respecto a la tesis de las fuentes sociales del derecho es oportuno hacer una aclaración. Al hablar de hechos sociales que determinan o constituyen ‘el derecho’, estoy dando por descontado que ‘el derecho’, i.e. el *explanandum*, es un fenómeno normativo. En tal sentido, estoy siguiendo la posición de autores como Kelsen o Hart, y rechazando la de una amplia corriente del iuspositivismo contemporáneo según la cual la normatividad no es una característica

<sup>25</sup> Con respecto a por qué el principio de Hume no es una amenaza para la tesis positivista, véase Chilovi 2019: 213-225.

<sup>26</sup> Cf. Raz 1979. En la literatura reciente sobre el tema, siguiendo una terminología empleada por Greenberg, en lugar de ‘hechos sociales’ se habla de ‘hechos descriptivos’. Cf. Greenberg 2004: 157-198. No considero que la expresión “hecho descriptivo” sea apropiada para expresar la idea de hecho social, dado que un hecho social puede ser ya un hecho normativo. Además, la asimilación de los hechos sociales a hechos descriptivos torna paradójica la idea de que los hechos normativos también pueden ser descriptos.

paradigmática o definitoria del derecho<sup>27</sup>. No discutiré aquí este tema. Ahora bien, la ‘ley’ o tesis metafísica fundamental sostenida por el iuspositivismo es que el derecho está determinado por, o depende de, hechos sociales relativos a acciones y actitudes humanas. Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, ciertas actitudes y comportamientos humanos serían las condiciones constitutivas externas (i.e. extra-sistemáticas) que, en modo inmediato, determinan las normas jurídicas últimas y, de modo mediato, todas las restantes normas jurídicas ordinarias.

Lamentablemente, el acuerdo entre iuspositivistas no va mucho más allá de la fórmula general apenas mencionada. Si intentamos precisar cuáles son estos hechos relativos a ‘acciones o actitudes humanas’ de los cuales dependería el derecho encontramos marcadas discrepancias. Por ejemplo, siguiendo a John Austin, los hechos relevantes harían referencia a la obediencia habitual de un grupo respecto de una persona o grupo de personas que, a su vez, no obedece habitualmente a ninguna otra<sup>28</sup>. Según Hart, en cambio, el comportamiento del grupo es crucial, pero no suficiente. Es también imprescindible una actitud crítico-reflexiva por parte de algunos miembros. Concretamente: la aceptación de ciertas condiciones constitutivas últimas (criterios últimos de validez) por parte de los órganos encargados de identificar y aplicar el derecho<sup>29</sup>. Asimismo, otros teóricos sostienen que la condición constitutiva fundamental no es la aceptación tal como la caracteriza Hart, sino una precisa actitud moral<sup>30</sup>. Todas estas tesis, si bien difieren entre sí, son coherentes con las premisas empiristas y naturalistas con las que el iuspositivismo se compromete. En contraste con ellas, en lo que sigue me referiré a tres posiciones que, dada la aparente obviedad de la tesis de las fuentes, sostienen que la comparten plenamente; sin embargo, valiéndose de su excesiva indeterminación, le atribuyen un contenido que, paradójicamente, contradice la idea positivista que ella pretende expresar.

(a) Por ejemplo, es posible admitir que las normas jurídicas dependen de la acción y la aceptación humanas, entendiendo que estas son fruto de una decisión intencional ‘libre’, de una voluntad no causalmente determinada. En esta lectura, el que las condiciones constitutivas últimas sean libremente creadas o aceptadas sería justamente lo que permite establecer el contraste entre un mundo físico gobernado por leyes de la naturaleza y un mundo social gobernado por normas (sean morales o jurídicas). En otras palabras, las acciones o actitudes humanas de las cuales la moral o el derecho dependen serían acciones y actitudes autónomas, no determinadas, y esto marcaría el contraste entre el principio de causalidad al que estamos sujetos en

---

<sup>27</sup> Con respecto a la tesis de que el derecho no es realmente normativo, por ejemplo, véase Bix 2018: 25-42.

<sup>28</sup> Cf. Austin 1832, 1995: 166-170.

<sup>29</sup> Cf. Hart 1961: 97-114.

<sup>30</sup> A título de ejemplo: Garzón Valdez 1990: 111-130, Soper 1984, Shiner 1992.

tanto organismos biológicos/físicos, y un principio de imputación al que estaríamos sujetos en tanto agentes capaces de crear y responder ante normas. Esta lectura del principio no distorsiona en absoluto la idea de que las normas jurídicas dependen, y se explican en virtud, de acciones o actitudes humanas. Solo que sostiene una concepción dualista de la realidad (existen dos mundos: un físico y otro normativo, independientes entre sí) e incompatible de la libertad, de la cual dependería el mundo normativo. Por ejemplo, una visión kantiana podría ser acusada de sostener esta visión reñida con el positivismo contemporáneo. El cual, por el contrario, trata de explicar la existencia de normas en términos monistas y naturalistas.

(b) Existe una segunda lectura de la tesis de las fuentes sociales que, a pesar de ser fiel con su presentación general, la banaliza casi por completo. Conforme a esta interpretación, la tesis de las fuentes sostendría que el derecho está ciertamente determinado por acciones y actitudes humanas, pero solo en modo parcial<sup>31</sup>. Ahora bien, si este es el contenido de la tesis de las fuentes, las teorías que se oponen al iuspositivismo no necesitan negarla. Un iusnaturalista, por ejemplo, sin lugar a dudas acepta que el derecho depende, entre otras condiciones, de acciones y actitudes humanas. Sin embargo, estas otras condiciones constitutivas son cruciales. Concretamente, las acciones humanas (si bien necesarias) no lograrán constituir normas jurídicas si, adicionalmente, no se respetan otras condiciones como la conformidad con específicos valores vigentes, o con los valores justificados sobre la base de ciertos criterios, o con la voluntad divina, etc. En realidad, interpretar la tesis de las fuentes sociales como una tesis de determinación parcial no solo la priva de su contenido positivista, sino que le confiere un sentido fútil, que la hace compatible con cualquier concepción del derecho. Ninguna teoría necesita ponerla en cuestión en virtud de su trivialidad. Como se verá en un momento, una de las razones que justificarían esta interpretación es que ella sería necesaria para captar la posición del positivismo jurídico inclusivo que, según esta lectura, sostendría justamente esta tesis, i.e. el derecho depende parcialmente de acciones y actitudes humanas, sin embargo, también *puede* depender de consideraciones morales. En otras palabras, si no adoptásemos esta interpretación deberíamos concluir que el positivismo jurídico inclusivo no es una forma de positivismo. En el punto siguiente trataré de mostrar por qué esto no es así. En realidad, para dar cuenta del positivismo jurídico inclusivo no es necesario pagar el alto precio de dar a la tesis de las fuentes sociales un contenido insustancial.

(c) Por último, una lectura de la tesis metafísica de las fuentes sociales que, paradójicamente, le confiere un contenido antipositivista es la siguiente. Piénsese en la pregunta ¿cómo se justifica una específica explicación metafísico-constitutiva? Por ejemplo: ¿Cómo justificamos la aserción “X es una norma jurídica última hoy

---

<sup>31</sup> Por ejemplo, véase Chilovi 2019: 88-97.

en España en virtud de que los jueces así lo aceptan?» Si la pregunta se refiriese a cómo justificamos una explicación causal, sabemos que la respuesta apunta a una 'ley' que la sustenta; la cual, se supone, está apoyada en una investigación empírica. En el caso de la explicación metafísico-constitutiva la respuesta no es clara. En la literatura sobre el tema hay quienes sostienen que la relación de determinación metafísica (la relación de *Grounding*) sería una relación primaria y, en cuanto tal, no susceptible de ulterior fundamentación. Esta posición no solo no ofrece una respuesta a nuestra pregunta, sino que afirma que, por hipótesis, ella carece de respuesta. Una respuesta más prometedora es aquella que, como hemos asumido hasta aquí, sostiene que dicha explicación está fundada en una 'ley' o tesis metafísica sustancial que le ofrece apoyo contrafáctico. Por último, hay quienes sostienen que este tipo de explicación se funda y justifica en la *esencia* de las entidades o hechos que se explican, i.e. la esencia del *explanandum*. Esta concepción implica que la dirección de la relación de dependencia metafísica no va de las condiciones constitutivas al hecho o entidad constituidos, sino al revés, del hecho o entidad constituidos (el derecho en nuestro caso) cuya esencia fija cuáles son las condiciones o hechos que lo determinan<sup>32</sup>. Ahora bien, si esta idea se admite, estamos dando vuelta el sentido de la tesis iuspositivista. Conforme a ella, el derecho está determinado por hechos sociales y, específicamente, por acciones y actitudes humanas. Primero, porque las normas últimas, o inmediatamente derivadas, dependen directamente de ellos. Segundo, porque mediante acciones humanas podemos deliberadamente decidir de qué *otros* hechos o condiciones hacerlo depender. Es decir, a través de la acción y aceptación humanas podemos hacer depender el derecho de hechos que no son necesariamente hechos sociales o acciones humanas<sup>33</sup>. En tal sentido, la existencia de una norma o de ciertas consecuencias jurídicas podrían explícitamente *hacerse* depender de fenómenos naturales como el nacimiento o la muerte de una persona, o de acontecimientos fortuitos como la destrucción de una cosecha. En todo caso, el punto iuspositivista es que las condiciones constitutivas del derecho, en general, y de las diversas instituciones jurídicas, en particular, en última instancia, dependen exclusivamente de, y pueden ser modificadas mediante, acciones humanas. Ahora bien, esta tesis parece ser exactamente la negación de la idea según la cual el derecho, en general, y las distintas instituciones jurídicas, tienen una esencia o naturaleza que impone cuáles pueden ser los hechos (más fundamentales) que los determinan o

<sup>32</sup> Una concepción según la cual la esencia de aquello que es constituido determina sus condiciones constitutivas puede verse en Fine 2012: 37-80. En el ámbito de la teoría del derecho, una visión que puede considerarse también esencialista y que intenta mostrar la existencia de un límite (en este caso pragmático) a aquello que pueden ser las condiciones constitutivas previstas para una determinada institución puede verse en Roversi 2012:135-155.

<sup>33</sup> Epstein insiste sobre este punto y critica la trampa antropocéntrica en la que estaríamos instaurados al asumir que la realidad social está siempre constituida por aspectos relativos a acciones humanas. Cf. Epstein 2015: 10. Volveré más adelante sobre este punto.

constituyen. En esta línea de pensamiento, algunos autores sostienen que, conforme a una visión iuspositivista, las normas jurídicas no tendrían una esencia o naturaleza, justamente porque aquello en virtud de lo cual son normas jurídicas varía de un lugar a otro y de un momento a otro, según cuáles sean los criterios aceptados<sup>34</sup>. Sin embargo, y para no caer en una paradoja, no es necesario negar que el derecho tenga una esencia o naturaleza. Lo que cabe es subrayar que ella precisamente consiste en que es un constructo exclusivamente humano. En palabras equivalentes: en última instancia, sus condiciones constitutivas están fijadas *solo* por decisiones humanas que, efectivamente, pueden variar.

Los ejemplos que he ofrecido son suficientes para mostrar que la tesis metafísica según la cual ‘la existencia y contenido del derecho dependen de hechos sociales’ es muy poco informativa y recibe interpretaciones que impiden afirmar que ella, con el nivel de generalidad que se presenta, expresa una tesis iuspositivista.

3.2. Para evitar una interpretación que frustré o contradiga las premisas del iuspositivismo, a mi juicio, deben admitirse las siguientes restricciones:

(a) Conforme a una visión positivista, no existen dos mundos independientes: uno de hechos sociales o normativos y otro de hechos físicos, naturales. Al contrario, la tesis positivista es que toda entidad o hecho normativo (jurídico, social, moral, o de cualquier otro tipo), en última instancia, está determinado por entidades o hechos naturales explicables en términos de leyes causales. Esta idea descarta cualquier posibilidad de interpretar que las acciones y actitudes en virtud de las cuales existe el derecho sean fruto de decisiones ‘libres’ que no puedan hacerse compatibles con una explicación causal. En pocas palabras: debería ser claro que, para una visión iuspositivista, las acciones y actitudes de las que en última instancia el derecho depende son datos que, a su vez, se explican en términos de hechos físicos, naturales.

(b) Para que la tesis de las fuentes sociales exprese una posición iuspositivista es necesario precisar qué se entiende por “derecho” cuando se afirma que su existencia y contenido dependen de actitudes y acciones humanas, o, como sostiene Hart, de la aceptación y el comportamiento conforme de ciertas personas. En rigor, según la tesis de las fuentes sociales, lo que estas acciones y actitudes determinan inmediatamente son solo las normas ‘últimas’ de todo sistema jurídico. Conforme vimos, una norma jurídica es última cuando su existencia no depende de condiciones previstas por una norma jurídica preexistente y, justamente por ello, se explica extrasistemáticamente en virtud de los hechos sociales a los que se refiere la tesis de las fuentes; en la versión de Hart: de la aceptación de ciertos parámetros y la conformidad con los mismos.

---

<sup>34</sup> Gardner subraya que, siguiendo a Hart, se debe llegar a esta conclusión. Cf. Gardner 2012: 179.

Teniendo en cuenta esta distinción propuesta por la teoría de los sistemas jurídicos entre normas intrasistemática y extrasistemáticamente explicables, cuando hablamos de ‘derecho’ nos estamos refiriendo a un conjunto conformado necesariamente por normas de dos niveles metafísicos diferentes: normas jurídicas ordinarias y normas jurídicas últimas. Las normas jurídicas ordinarias (normas constitucionales no originarias, normas legisladas en general, decretos, sentencias, circulares, etc.), independientemente de su jerarquía formal, son normas de un mismo nivel metafísico y dependen inmediatamente de las condiciones previstas por otras normas jurídicas preexistentes. Solo las normas jurídicas últimas (que son más fundamentales ya que no presuponen ni se derivan de otras normas jurídicas) dependen inmediatamente de las condiciones previstas por la tesis de las fuentes sociales. Ahora bien, cabe recordar que, dada la transitividad de la relación de fundamentación metafísica, toda norma jurídica ordinaria, en modo mediato, también está determinada por las acciones y actitudes que generan (y explican) a las normas jurídicas últimas.

Permítaseme hacer hincapié en la tesis según la cual en todo derecho es necesario distinguir entre normas jurídicas ‘últimas’ y normas jurídicas ‘ordinarias’, ya que las ‘fuentes sociales’ se relacionan en modo diverso con cada una de ellas. Esta distinción ha sido claramente advertida y presentada por Ricardo Caracciolo, pero confusamente captada, por ejemplo, por Herbert Hart. En efecto, Hart coloca a la regla ‘última’ de reconocimiento dentro de la categoría de las ‘normas secundarias’, que comprende también a las de cambio y de adjudicación. Al hacer esta clasificación se pierde de vista que, a diferencia de las de cambio y adjudicación, la regla de reconocimiento se explica extrasistemáticamente, i.e. es una norma jurídica última. Pero, a la vez, no se advierte que las reglas de cambio y adjudicación bien podrían ser normas últimas como ordinarias. Es decir, no hay ninguna razón por la que las normas de cambio y de adjudicación no puedan ser también, como la regla de reconocimiento del sistema, extrasistemáticamente explicables.

Cabe también subrayar que hay dos sentidos en los que todo sistema jurídico contiene normas jurídicas ‘últimas’<sup>35</sup>. En primer término, como acabamos de ver, todo sistema incluye normas cuya existencia y contenido son solo extrasistemáticamente explicables. La existencia de estas normas es categorialmente distinta de la existencia de las normas jurídicas ordinarias, y ello independientemente de qué tipo de normas sean: podrían ser normas primarias de obligación, normas secundarias que confieren competencia a un legislador (i.e. normas de cambio), normas que constituyen órganos de aplicación (i.e. normas de adjudicación) o, en general, normas que establecen criterios de validez (i.e. normas de reconocimiento). En esta acepción, una norma es última porque su existencia no se explica intrasistemáticamente, sino en virtud de hechos sociales externos al derecho. Concretamente,

---

<sup>35</sup> Una distinción entre estos dos sentidos de normas últimas puede verse en Rodríguez 2016: 209-210.

existen porque satisfacen, inmediatamente, las condiciones previstas por la tesis metafísica de las fuentes sociales. En segundo término, todo sistema jurídico contiene normas que establecen las competencias más altas o supremas en relación con diversos ámbitos o materias. En este segundo sentido, solo pueden ser últimas (supremas) las metanormas sobre la producción de otras normas (i.e. lo que luego llamaré normas constitutivas en sentido estricto). Todo sistema jurídico tiene una estructura jerárquica con normas que constituyen autoridades últimas (supremas) en el sentido de sobre-ordenadas respecto a otras. De este modo, en la medida en que el derecho es un sistema dinámico, contiene normas que confieren las competencias supremas de cambio y, en la medida en que permite resolver casos individuales, contiene normas que otorgan competencias supremas de adjudicación. Ciertamente, las normas que delimitan estas autoridades supremas y las condiciones de su ejercicio podrían, contingentemente, concentrar las competencias en un único órgano que actúa mediante un único tipo de procedimiento. O bien, podrían distinguir procedimientos o distribuir las competencias en órganos diversos.

En suma, conforme a una concepción iuspositivista, en todo derecho hay normas últimas en los dos sentidos de esta expresión. En la medida en que todo derecho determina las condiciones de su reproducción, entre sus normas últimas en el primer sentido de esta expresión (i.e. extrasistemáticamente explicables), contendrá normas de competencia. Sin embargo, las normas constitutivas de las competencias supremas del sistema (últimas en el segundo sentido) podrían, o no, ser últimas en el primer sentido de la expresión (i.e. extrasistemáticamente explicables).

(c) Por último, habiendo ya subrayado que los hechos sociales a los que se refiere la tesis del iuspositivismo determinan *inmediatamente* solo las normas jurídicas últimas (extrasistemáticamente explicables) de todo derecho, debería destacarse también que, conforme a esta posición, estas normas últimas dependen *completamente* de hechos sociales. O, dicho de otro modo, si la tesis de las fuentes sociales expresa una posición característica del positivismo jurídico, ella no puede ser interpretada como una tesis de determinación parcial. Ahora bien, sostener que las normas últimas de todo derecho están *completamente* determinadas por hechos sociales no implica en absoluto sostener que tales hechos no sean, a su vez, hechos constituidos y, por lo tanto, explicables en virtud de datos aún más fundamentales. En tal sentido, la tesis de la determinación *completa* del derecho por parte de hechos sociales debe entenderse como sosteniendo que el derecho está determinado *solo* a partir de estos hechos sociales, excluyendo cualquier otro tipo de factor. Así entendida, la tesis de las fuentes sociales excluye a la moral, a la voluntad divina o a cualquier otro dato que no sea un hecho social. En otros términos, sostiene que los hechos sociales indicados por la tesis de las fuentes son *suficientes* para explicar las normas últimas y no necesitan ser puestos en *conjunción* con ningún otro factor. Ahora bien, obviamente, la tesis de las fuentes así entendida es totalmente compatible con

la transitividad de la relación de fundamentación. Es decir, admite que el derecho, en modo mediato, dependa de todos aquellos datos aún más fundamentales de los cuales sus propias fuentes dependen. Pero, ciertamente, estos datos aún más fundamentales no se agregan a, sino que determinan, la existencia de los hechos sociales de los cuales el derecho depende.

Con las restricciones indicadas, la 'ley' o tesis de las fuentes sociales asume un contenido típicamente positivista y adquiere densidad informativa, i.e. no es una tesis trivial compatible con cualquier concepción del derecho. Al mismo tiempo, a pesar de las apariencias, esta interpretación permite dar cuenta perfectamente de las dos corrientes internas del positivismo jurídico: el positivismo exclusivo e inclusivo<sup>36</sup>. Estas dos posiciones concuerdan en que, como especificado anteriormente, las normas jurídicas últimas, i.e. *inmediatamente* derivadas, están determinadas *completamente* por acciones y actitudes humanas. Ahora bien, conforme al positivismo inclusivo, estas normas últimas extrasistemáticamente explicables *podrían* establecer como condición constitutiva inmediata de las normas ordinarias, su conformidad con criterios morales. En este caso, se puede ver con claridad la necesidad de no confundir la 'ley' o tesis metafísica del positivismo jurídico (i.e. la 'ley' o tesis metafísica de las fuentes sociales) con las normas constitutivas a través de las cuales se establecen las condiciones inmediatas para generar nuevas normas. El positivismo jurídico inclusivo sostiene que las normas constitutivas presentes en un derecho (sean últimas u ordinarias) *pueden* incorporar condiciones constitutivas de carácter moral; pero no la tesis de las fuentes sociales. En tal sentido, según esta posición, es *posible* que la existencia y el contenido de las normas ordinarias dependa de la satisfacción de exigencias morales. Por el contrario, el positivismo jurídico exclusivo entiende que esto no es posible, ni las normas últimas ni las ordinarias pueden depender de la satisfacción de condiciones morales. Aun cuando intentemos incorporar este tipo de condiciones, estableciendo explícitamente los criterios morales a los que el derecho debería adecuarse, ello solo significaría conferir discrecionalidad a los decisores encargados de identificarlo y, en definitiva, confirmar la tesis de las fuentes sociales. Es decir, que el derecho depende de una fuente empírica, en este caso, la decisión del juez. En suma, según el positivismo exclusivo, *es imposible* que la existencia y el contenido de las normas jurídicas (ni las normas últimas ni las ordinarias) dependan de la satisfacción de criterios morales, ellas están siempre en manos de una decisión humana<sup>37</sup>. Como puede verse, la convivencia entre positi-

---

<sup>36</sup> En contra de esta posición, Chilovi sostiene que entender la tesis de las fuentes como una tesis de determinación completa del derecho por parte de hechos sociales haría imposible dar cuenta de la tesis del positivismo inclusivo. Cf. Chilovi 2019: 96.

<sup>37</sup> Con un lenguaje diferente, la propuesta que estoy presentando coincide con la de Shapiro 2011: 269-273.

vismo inclusivo y exclusivo es posible no porque la tesis metafísica del positivismo sostenga algo banal que nadie estaría interesado en negar, i.e. que, entre otras cosas (o en modo parcial), el derecho depende de acciones y actitudes humanas. Es posible porque ambas posiciones aceptan la tesis metafísica de las fuentes sociales. Concuerdan en que, en última instancia, el derecho depende completa y exclusivamente de acciones y actitudes humanas. Ciertamente, es imprescindible advertir que este es el contenido de la tesis metafísica de las fuentes sociales, no es el contenido de las normas constitutivas (últimas u ordinarias) que todo derecho necesariamente contiene. Estas normas jurídicas, según el positivismo inclusivo, podrían hacer depender el derecho de la satisfacción de criterios morales. El positivismo exclusivo niega esta posibilidad<sup>38</sup>.

En síntesis, como el razonamiento precedentemente expuesto muestra, para dar cuenta de que hay dos formas de ser positivistas, sin trivializar la tesis de las fuentes, es imprescindible advertir la distinción entre normas jurídicas últimas (extra-sistemáticamente explicables) y normas jurídicas ordinarias (intrasistemáticamente explicables). Consecuentemente, también la distinción entre determinación o dependencia inmediata y mediata. La tesis metafísica del positivismo jurídico es que todas las normas jurídicas, en modo inmediato o mediato, dependen por completo de acciones y actitudes humanas. En modo inmediato, las normas jurídicas últimas y, en modo mediato, las restantes normas jurídicas ordinarias.

### 3.3. A partir de lo dicho es posible extraer algunos corolarios.

(a) Conforme a una posición iuspositivista, parte de la ‘naturaleza’ o ‘esencia’ del derecho está en que, en última instancia, él está *exclusivamente* en nuestras manos. El derecho es un ejemplo de hecho institucional que, en última instancia, es totalmente antropocéntrico. No es la naturaleza del derecho la que fija o identifica cuáles son sus condiciones constitutivas o determinantes. Son la actitudes y acciones humanas las que lo hacen, y ello en virtud de su naturaleza. Este rasgo es especialmente relevante puesto que, como veremos más adelante, no todos los hechos institucionales son como el derecho, en el sentido de que no todos ellos están, en última instancia, completamente determinados por acciones y actitudes humanas. Por ejemplo, si en un momento histórico intentamos explicar fenómenos sociales muy complejos tales como los flujos de inmigración, la existencia de prostitución o algunas de las características del mercado de valores, etc., veremos que, necesariamente, entre sus condiciones constitutivas figuran la existencia y el contenido de normas jurídicas. Ahora bien, este tipo de hechos sociales se explica solo parcialmente y no

---

<sup>38</sup> Si bien con una caracterización ingenua de la distinción entre reglas primarias y secundarias, y sin advertir la diferencia entre normas últimas y ordinarias, el análisis que ofrece Epstein, en términos de la relación de anclaje, podría ser traducido en una tesis similar a la sostenida aquí. Véase Epstein 2015: 98-99.

exclusivamente en términos de la existencia y el contenido del derecho. A su vez, esto permite ver una diferencia entre el derecho en tanto realidad social *constituida* por ciertas acciones y actitudes humanas y el mismo derecho en tanto realidad social *constitutiva*, no sólo de ulteriores normas jurídicas ordinarias, sino de hechos sociales ulteriores, que no son – o al menos no son exclusivamente – hechos jurídicos.

(b) Sostener que, en última instancia, el derecho es un fenómeno exclusivamente antropocéntrico, no impide destacar que tanto las normas jurídicas ordinarias como otros hechos sociales que dependen parcialmente de ellas *pueden* estar determinados por factores no relativos a individuos humanos. A través de las normas jurídicas (en última instancia, *completamente* dependiente de comportamientos y actitudes humanas) podemos deliberadamente establecer que otras específicas normas o resultados jurídicos no dependan de acciones humanas. Por ejemplo, que dependan de fenómenos naturales o acontecimientos fortuitos. Si aceptamos estas ideas podemos ver con claridad en qué sentido tiene razón, y en qué sentido no la tiene, Brian Epstein cuando destaca que el estudio de ‘la realidad social’ cae en una trampa antropocéntrica al no advertir que entre las condiciones determinantes de la misma *pueden* contar hechos no relativos a la aceptación o acción humanas<sup>39</sup>. Es interesante notar que el punto destacado por Epstein para subrayar que la realidad social *puede hacerse depender*, inmediatamente, de múltiples factores diferentes (y así criticar la visión antropocéntrica de la misma) es el mismo que destaca el positivismo jurídico inclusivo cuando sostiene que la existencia/validez de las normas jurídicas ordinarias *puede hacerse depender* de otros factores que no son hechos sociales: concretamente puede hacerse depender de argumentos morales. Usando (y traduciendo) el lenguaje de Epstein: mediante nuestra aceptación podemos ‘anclar’ (poner en vigor) distintos ‘principios marco’ (normas constitutivas). De este modo, podemos establecer que cualquier tipo de hecho, natural o moral, sea un ‘*ground*’ (condición fundante o constitutiva) de un nuevo tipo de hecho social.

(c) Por último, la tesis de que las condiciones constitutivas del derecho están completamente en nuestras manos sugiere que podríamos siempre decidir dichas condiciones *deliberada o arbitrariamente*. Esta tesis necesita ser precisada. Ella es claramente verdadera respecto de las normas jurídicas ordinarias que dependen in-

---

<sup>39</sup> Las críticas que Epstein dirige a la tesis de que la realidad social depende enteramente de acciones de individuos humanos (i.e. la crítica a la trampa antropocéntrica) da por sentado que dicha tesis nos compromete con el individualismo, o bien metodológico, o bien sustancial. Sin embargo, no tiene por qué ser así. Podemos sostener que el derecho depende completamente de acciones humanas y criticar el individualismo metodológico y/o sustancial. Ello porque las acciones individuales se pueden explicar a partir de reacciones y expectativas intersubjetivas, sin asumir una visión individualista. Siguiendo la propuesta de Strawson 1962, un claro contraste entre una explicación individualista y otra interpersonal de la acción humana puede verse en Figueroa 2019: cap II y III.

mediatamente de las condiciones *intencionalmente* establecidas mediante normas jurídicas ya existentes. En contraste, respecto de las condiciones constitutivas de las normas jurídicas últimas, como vimos, en el positivismo jurídico no hay acuerdo más allá de la tesis general de que se trata de acciones y actitudes humanas.

El punto a destacar es que sostener que, en última instancia, el derecho depende por completo de actitudes y acciones humanas no implica sostener que, en última instancia, es creado intencional o deliberadamente. Por ejemplo, según Hart, las normas jurídicas últimas están completamente determinadas por la aceptación de los jueces y la conformidad del grupo social. En la literatura sobre el tema se discute sobre si la aceptación requerida es fruto de una intencionalidad colectiva, o bien de una pluralidad de intenciones individuales<sup>40</sup>. No es parte de mi objetivo discutir este tema aquí. En todo caso, conforme a esta visión, ellas no son el resultado de un acto (ni colectivo ni individual) intencional o deliberadamente dirigido a crearlas.

#### 4. El carácter constitutivo del derecho: La tesis de los frutos sociales

Como vimos, tal como se presenta usualmente, la ‘ley’ o tesis metafísica de las fuentes indica que el derecho depende de hechos sociales, pero no distingue entre dependencia mediata e inmediata y deja indeterminado cuáles son exactamente los hechos sociales que operan como condiciones constitutivas últimas de todo derecho (¿Se trata de un hábito de obediencia personal, de una práctica de comportamiento más la aceptación, sólo la aceptación moral es relevante?). Ahora bien, por otra parte, esta tesis también deja indeterminado qué se entiende exactamente por ‘derecho’, en tanto consecuencia *constituída* por fuentes sociales. Al respecto, si bien es claro que la expresión “derecho” se está usando en su sentido objetivo, ella puede hacer referencia al menos a tres cosas diferentes: a un conjunto de normas, a una norma jurídica general, o a una norma jurídica individual<sup>41</sup>. Por último, cabe notar que esta tesis se refiere solo al derecho y, consecuentemente, no menciona que las fuentes sociales a las que alude, en modo mediato y parcial, también determinan resultados externos al derecho. En otras palabras, no menciona que las fuentes del

<sup>40</sup> Muchos autores entienden que la explicación de la realidad social exige un tipo de intencionalidad colectiva. Al respecto, véase Searle 1995: 23-26. En contraste, una posición convencionalista en sentido estricto sostiene que la realidad social puede explicarse en términos de actitudes individuales interconectadas. Al respecto, véase Celano 2010: 137-169. También Arena 2014 o Ramírez & Vilajosana 2016. Un ejemplo dentro de este volumen: Vilajosana 2016: 119-130.

<sup>41</sup> Kelsen destaca que el último eslabón de la cadena de fundamentación determina solo actos aplicativos y no creativos de derecho. Cf. Kelsen 1979 [1960]: 246. En otras palabras, estas normas individuales no establecen condiciones constitutivas de nuevas normas jurídicas.

derecho están también metafísicamente conectadas con consecuencias sociales que el derecho contribuye a producir.

En relación con este punto, y reproduciendo el lenguaje figurativo en el que se expresa la ley metafísica propuesta por el positivismo jurídico, a la par de la tesis según el cual el derecho está *constituido* por ‘fuentes sociales’ se justifica aceptar un principio según la cual el derecho es *constitutivo* de ‘frutos sociales’. Conforme a esta tesis, el derecho determina o constituye, en primer lugar, la existencia de normas jurídicas ordinarias y, en segundo lugar, la de otros hechos sociales externos, es decir, que no son parte del ordenamiento jurídico, y solo parcialmente pueden considerarse jurídicos. Atesorando lo dicho anteriormente, el derecho es (el *explanans*) constitutivo de al menos dos tipos de hechos (los *explananda*) claramente diferenciables: hechos estrictamente jurídicos y, en última instancia, completamente dependientes de él (la existencia de normas jurídicas ordinarias, generales e individuales) y hechos sociales no estrictamente jurídicos, externos al derecho y, en última instancia, solo parcialmente dependientes de él (por ejemplo, el grado de instrucción de la población, la distribución de la tierra, el crecimiento de una actitud xenofóbica en la población, etc.).

4.1. Al hablar del “carácter constitutivo” del derecho se presentan más de una ambigüedad que es importante señalar.

En primer lugar, cabe advertir que hay al menos tres sentidos en los que, hasta aquí, he hablado de principios de ‘carácter constitutivo’. (a) En primer lugar, con referencia al principio de constitutividad paralelo y comparable al principio de causalidad y que, como vimos, es un principio filosófico general (b) En segundo lugar, con relación a la ‘ley’ o tesis metafísica que identifica qué tipo específico de hechos más fundamentales determinan o constituyen otros hechos menos fundamentales. Por ejemplo, según la tesis de las fuentes analizada, son hechos sociales los que determinan la existencia y el contenido del derecho (c) Por último, para referirnos a principios o normas constitutivas en sentido estricto. Al respecto, es esencial advertir que todo enunciado que identifica una relación constitutiva, es decir, que conecta ciertas condiciones constitutivas con ciertos resultados constituidos es pragmáticamente ambivalente. Puede ser entendido, o bien como una norma o regla constitutiva, o bien como una tesis o ley explicativa. En el primer caso, el enunciado tiene una dirección de ajuste mundo-a-mente e intenta crear o justificar una relación constitutiva entre ciertas condiciones y ciertos resultados. En el segundo caso, el enunciado tiene una dirección de ajuste mente-a-mundo y pretende captar una relación constitutiva (i.e. una regla constitutiva) existente. Al respecto, toda la discusión en torno a la tesis de las fuentes puede ser entendida como un debate teórico-descriptivo acerca de cuál es el contenido de la regla que establece las condiciones constitutivas de las cuales el derecho depende. O bien como un debate

normativo-justificativo que intenta justificar y contribuir a configurar las condiciones constitutivas del derecho en un determinado modo<sup>42</sup>.

En segundo lugar, al hablar específicamente del ‘carácter constitutivo’ de ciertas normas o reglas es posible identificar otra ambigüedad que es paralela a la que presenta cuando se afirma el ‘carácter regulativo’ de las mismas.

- El ‘carácter constitutivo’ puede ser entendido como la propiedad de hacer metafísicamente posible (y en este sentido de *constituir*) un nuevo tipo o descripción de acción (hecho, propiedad o entidad) menos fundamental<sup>43</sup>.
- El ‘carácter constitutivo’ puede ser entendido como la propiedad de hacer metafísicamente posible (y en este sentido de *constituir*) una competencia normativa.

En el primer sentido, toda norma tiene una función o dimensión metafísico-constitutiva. Es decir, toda norma es constitutiva en cuanto hace posible nuevos tipos o descripciones de acción: por una parte, la acción de ‘seguir’ o ‘conformarse’ con la norma misma, y, complementariamente, la acción de ‘no seguir’ o ‘no conformarse’ con ella. Eventualmente, las acciones o entidades que una norma hace posible tienen nombre propio. Sin embargo, el hecho de que no lo tengan no significa que no sea posible su realización. Por ejemplo, la norma que establece la prohibición de matar hace posible las acciones de ‘conformarse a la prohibición matar’ y la de ‘no conformarse a la prohibición matar’. Conceptualmente, no sería posible realizar estas acciones (‘conformarse’, o ‘no conformarse’, a la prohibición matar) si no existiese la prohibición de matar, o el deber de no matar. Y, esto, independientemente del hecho de que estas acciones tengan o no un nombre que las identifique. En este ejemplo, la acción de ‘no conformarse a la prohibición matar’ se llama ‘homicidio’, pero podemos referirnos a ella apelando a múltiples descripciones alternativas. La literatura jurídica ha analizado con detenimiento este carácter constitutivo de las normas y no es mi objetivo detenerme en tal análisis<sup>44</sup>. Lo que interesa señalar es lo siguiente: en primer lugar, no hay normas que carezcan de un rol constitutivo. Solo que algunas no mencionan explícitamente el nuevo tipo de acción, propiedad o entidad que hacen posible, mientras que otras indican expresamente que las condiciones establecidas dan lugar, por ejemplo, a una promesa, un matrimonio, una

---

<sup>42</sup> Las teorías post-positivistas entienden que es imposible separar tajantemente la explicación de la justificación. Consecuentemente, en su visión, el debate de las teorías jurídicas parcialmente explica y parcialmente justifica (y contribuye a constituir) la forma en la que el derecho se entiende y las condiciones que lo determinan. En esta perspectiva no cabría hacer la distinción neta entre (b) y (c).

<sup>43</sup> En lo que sigue hablaré solo de nuevos tipos o descripciones de acciones. Sin embargo, como se vio en la primera parte del trabajo, lo dicho con respecto a acciones podría presentarse en términos de propiedades, entidades o hechos.

<sup>44</sup> Solo por mencionar algunos ejemplos: Comte 1983: 21-39, Raz 1975: 108-111, Carcaterra 1974 y Carcaterra 1979: 71-109, Gonzalez Lagier 1993: 265-273.

donación, un testamento, etc.<sup>45</sup>. En segundo lugar, que el carácter constitutivo así entendido es inescindible de un carácter regulativo (en sentido amplio) asociado, también por definición, a toda norma: la propiedad de ser un parámetro de evaluación o corrección del comportamiento<sup>46</sup>. Desde este punto de vista, toda norma, por el hecho de ser tal, tiene carácter constitutivo y regulativo a la vez. Para evitar la ambigüedad, cuando quiera aludir a esta idea hablaré del “carácter”, “función”, “dimensión” o “rol” constitutivo o regulativo de una norma.

Ahora bien, lo dicho no impide que la misma expresión “carácter constitutivo” se utilice para marcar una subdivisión dentro del universo de las normas. En este segundo sentido, se consideran constitutivas solo aquellas metanormas que hacen posible un poder o competencia normativa constituyendo explícitamente a una autoridad. Al respecto, se distinguen al menos cuatro tipos de normas que confieren poder: aquellas que definen el órgano o agente dotado de competencia, las que establecen los procedimientos para ejercerla, las que delimitan el objeto o materia sobre la cual se ejerce y las que definen límites al ejercicio<sup>47</sup>. En contraste con ellas, se consideran regulativas solo aquellas normas que establecen consecuencias deónticas. Al respecto, pueden también distinguirse cuatro tipos de normas regulativas: aquellas que establecen permisos, facultades, obligaciones y prohibiciones.

Nuevamente, para despejar la ambigüedad, cuando quiera aludir a este último sentido me referiré a “normas constitutivas” o “normas regulativas” en sentido estricto. Claramente, en este caso, una norma o bien es constitutiva o bien regulativa ya que se trata de propiedades excluyentes entre sí. A su vez, toda norma constitutiva en sentido estricto, es también constitutiva en el primer sentido, i.e. tiene una dimensión o carácter constitutivo, pero no todo enunciado que tiene carácter constitutivo es una norma constitutiva en sentido estricto. Del mismo modo, toda norma regulativa en sentido estricto tiene carácter regulativo en el primer sentido mencionado, pero no todo enunciado con carácter regulativo, i.e. que permite evaluar comportamientos, es una norma regulativa en sentido estricto.

En la literatura especializada existe una extensa discusión sobre si el contraste entre las dos especies de normas mencionadas está dado por el hecho de que las regulativas están conectadas (necesaria o contingentemente) con una sanción,

---

<sup>45</sup> Existe una extensa discusión acerca de las normas que explícitamente establecen las condiciones para la existencia de un/a (clase de) acción, hecho o entidad. Al respecto, en ocasiones la expresión “norma constitutiva” alude en realidad un conjunto de normas (cf. Ross 1994 [1958]: 164-169). En otras ocasiones con ella se designa una única norma general Cf. Hart 1961: cap. III. También Searle, se refiere al contenido de una norma convencional extra lingüística que confiere para crear un hecho institucional (cf. Searle 2010: 111-112). En otras ocasiones, se hace referencia al contenido de un acto performativo o declaración individual como “Declaro cerrada la sesión” (cf. Searle 1995: 34).

<sup>46</sup> Así entendido, el carácter regulativo corresponde a un sentido débil de normatividad. Cf. Narváz 2004:187-190; 2014: 266-269.

<sup>47</sup> Cf. Guastini 2018 [2017]: 50-60.

mientras las constitutivas están conectadas (necesaria o contingentemente) con la validez/invalidéz de ciertos resultados normativos<sup>48</sup>. Es interesante observar, en cualquier caso, ya sea que ambas consecuencias se consideren, o no, del mismo tipo – es decir, que la invalidez se entienda, o no, como un tipo de sanción – o que la conexión se considere interna /necesaria o externa/ contingente, las propiedades en cuestión (ser una norma constitutiva o una norma regulativa en sentido estricto) son lógicamente independientes entre sí. Es decir, en este sentido estricto de las expresiones, una norma constitutiva no implica ni presupone una norma regulativa y, viceversa. Es decir, las normas que configuran una competencia normativa no califican deónticamente ningún comportamiento, y las que califican deónticamente un comportamiento no configuran una competencia normativa<sup>49</sup>. Ahora bien, es imprescindible recordar que, en el primer sentido de las expresiones, por definición, ambos tipos de normas tienen carácter regulativo y constitutivo a la vez, ya que necesariamente hacen posible un nuevo tipo o descripción de acción y, a su vez, permiten evaluar un comportamiento como conforme/ correcto, o como disconforme / incorrecto en relación con ellas.

Ahora bien, según fue señalado, la existencia de toda norma jurídica (sea constitutiva o regulativa en sentido estricto) es un resultado constituido. Ello significa que toda norma jurídica depende metafísicamente de que se verifiquen las condiciones establecidas, o bien por normas constitutivas ya existentes en un sistema jurídico (en el caso de las normas ordinarias), o bien por normas constitutivas externas al derecho (en el caso de las normas últimas). En tal sentido, la explicación de la existencia de cualquier norma jurídica, sea ella regulativa o constitutiva, en sentido estricto, sea última u ordinaria, exige captar correctamente cuáles son las condiciones constitutivas de las cuales ellas dependen. En otras palabras, requiere que las tesis metafísicas que apoyan la explicación sean verdaderas, i.e. que describan adecuadamente las reglas constitutivas existentes.

---

<sup>48</sup> Es ampliamente difundido el análisis de Hart conforme al cual la nulidad o invalidez es una consecuencia necesaria establecida por toda norma de competencia. Cf. Hart 1961: 27-35. Es interesante notar que, aplicando las categorías Hohfeldianas, se pueden identificar normas de competencia que establecen, o bien una competencia/sujeción, o bien una incompetencia/inmunidad independientemente de que existan normas que impongan el deber o permiso de *declarar* la nulidad/invalidéz de los resultados que no se conforman a tales normas. De este modo, podría decirse que hay un total paralelismo entre normas constitutivas y regulativas ya que, así como, en palabras de Hart “podemos distinguir claramente la regla que prohíbe cierto comportamiento de la *provisión* de una punición” o del hecho que una punición u otro mal “sean *amenazados*” (cf. Hart 1961: 34, las cursivas son mías), también podemos distinguir claramente la regla que constituye una competencia de la *provisión* de una nulidad o del hecho que una nulidad sea *amenazada* para los resultados que no se adecuan. Como ejemplo de un análisis en el que las normas constitutivas se conciben como no necesariamente conectadas con normas que imponen o permiten la declaración de nulidad véase Arriagada, 2020 forthcoming.

<sup>49</sup> Cf. Bulygin 2015 [1992]: 282. En relación con el contraste entre convenciones constitutivas y regulativas véase Marmor 2009 y 2016.

## 4.2. Las consideraciones precedentes permiten subrayar algunos corolarios.

(a) Toda norma jurídica tiene una función o dimensión práctica regulativa-evaluativa, pero también, y en modo inescindible, una función o dimensión metafísico-constitutiva. Es precisamente esto lo que se está diciendo al afirmar que toda norma es regulativa y constitutiva a la vez. Desde la perspectiva de la filosofía práctica, existe un amplio debate acerca de la normatividad del derecho o, en otros términos, acerca de qué tipo de razones ofrecen los distintos tipos de normas jurídicas. El punto destacado aquí es que toda norma, por definición, tiene carácter normativo o regulativo al menos en un sentido débil: ofrece una razón o parámetro para la evaluación de comportamientos que, justamente por ello, pueden juzgarse como conformes/correctos o disconformes/incorrectos con relación a la norma.

(b) Las ‘leyes’ o tesis de explicación metafísica a las que hemos hecho referencia (por ejemplo, la tesis de las fuentes sociales del derecho) no son normas, ni constitutivas ni regulativas en sentido estricto (i.e. no configuran una competencia normativa ni califican deónticamente un comportamiento). Una ley metafísica identifica el contenido de una regla constitutiva. Ahora bien, no todas las reglas constitutivas tienen relevancia explicativa. Las normas constitutivas generan *un* universo de posibilidades y *hacen posible* la explicación de acciones. Sin embargo, la efectiva relevancia explicativa de estas normas depende de que ellas sean de hecho seguidas en la práctica. En tal sentido, una norma constitutiva jurídica no necesariamente logra explicar acciones. Ello, porque podría no ser eficaz. Por el contrario, una regla constitutiva social o consuetudinaria siempre lo hace, ya que su existencia presupone aceptación y comportamiento generalmente conforme. En todo caso, cualquier tipo de norma puede ganar o perder poder explicativo en la medida en que gane o pierda eficacia, por los motivos que fuere. La efectiva relevancia explicativa de una norma jurídica, sea última u ordinaria, es gradual, no es una propiedad todo o nada. Atento a estas consideraciones, una tesis metafísica será idónea a explicar aquello que pretende explicar solo si identifica reglas constitutivas efectivamente vigentes.

(c) Por último, es oportuno observar que tanto las normas jurídicas regulativas como las metanormas jurídicas constitutivas pueden ser indistintamente últimas u ordinarias. Es decir, es posible que su existencia y contenido dependa directamente de ciertas acciones y actitudes – tal como establece la tesis de las fuentes –, o bien, es posible que dependan de las condiciones establecidas por normas jurídicas previamente existentes. No hay ninguna razón por la que una norma por el hecho de ser última deba ser regulativa o constitutiva. O, viceversa, por el hecho de ser constitutiva o regulativa deba ser última. Ahora bien, un sistema normativo que entre sus normas últimas no incluya metanormas constitutivas en sentido estricto carecerá de una de las características distintivas del derecho, no será un conjunto de normas que determina deliberadamente las condiciones para su reproducción. Por este motivo,

i.e. porque, por definición, el derecho es un conjunto de normas que determina las condiciones de su propia producción, todo derecho, necesariamente, contiene metanormas constitutivas entre sus normas últimas. Por el contrario, si bien es posible que entre las normas últimas haya normas regulativas en sentido estricto, no es necesario que así sea. Todas las normas regulativas de un sistema jurídico *podrían* ser ordinarias o mediatamente derivadas.

4.3. Como vimos, la existencia del derecho es un hecho institucional constituido por fuentes sociales más fundamentales, pero, a su vez, es constitutiva de otros hechos institucionales menos fundamentales que el derecho. En este sentido, es preciso distinguir entre dos tipos de ‘frutos’ que el derecho constituye o contribuye a constituir. En el primer caso se trata de frutos estrictamente jurídicos como la existencia de normas jurídicas ordinarias, generales o individuales, que están completamente determinadas por el derecho mismo. En el segundo caso se trata de hechos sociales que no son parte del derecho y que él determina solo parcialmente. En este punto me interesa detenerme brevemente sobre el rol constitutivo del derecho respecto de estos últimos.

La advertencia de que ciertos hechos sociales están parcialmente determinados por el derecho permite destacar que éste, si bien en parte es un sistema autorreferencial (en la medida en que establece las condiciones para autoreproducirse), es también heteroreferencial (en la medida en que establece condiciones que determinan efectos sociales externos a él).

Esta dimensión heteroreferencial del derecho ha sido ampliamente destacada con respecto a las normas regulativas en sentido estricto. Nadie duda de que a través de la calificación deontológica de comportamientos el derecho establece condiciones que contribuyen a producir o evitar estados de cosas valiosos o disvaliosos. Sin embargo, al mismo fin, las normas constitutivas son también cruciales porque a través de ellas se confieren poderes privados y públicos, no solo para generar nuevas normas jurídicas, sino para decidir sobre la propia vida, o la de la sociedad en general. Piénsese en el poder que se quita o confiere cuando se fijan las condiciones para ser ciudadano, para ofrecer o acceder a servicios educativos o de salud, para obtener un visado, o importar/exportar bienes. Asimismo, en virtud de estas normas constitutivas devienen aplicables normas regulativas que no son necesariamente jurídicas (normas sociales y morales) que, por lo tanto, no pueden ser directamente manipuladas (abrogadas o modificadas) como pueden serlo las normas jurídicas. En suma, sin imponer nuevas obligaciones, sino ampliando o restringiendo, por ejemplo, la definición de “hijo”, “familia”, “puerto seguro”, etc. el derecho tiene impacto, no solo sobre sí mismo, sino sobre estados de cosas individuales y generales externos a él; y lo tiene en un modo que puede ser tan o más eficaz que cuando emana normas de obligación. Desde este punto de vista, las normas jurídicas constitutivas establecen condiciones determinantes de consecuencias sociales con las que se encuentran

en una relación extrasistemática de determinación parcial. La relación constitutiva en este caso es extrasistemática porque las consecuencias sociales en cuestión no son parte del sistema jurídico, y es solo parcial porque, si bien las normas constitutivas pueden determinar completamente el significado jurídico de expresiones como “hijo”, “familia”, o “puerto seguro”, por hipótesis, visto que las consecuencias de las que hablamos no son exclusivamente jurídicas, solo pueden establecer algunas de las condiciones necesarias para que se produzcan, pero no pueden garantizar su producción.

Cabe destacar que ha sido fundamentalmente Hart quien ha puesto de relieve el carácter heteroreferencial de las normas constitutivas. En efecto, al criticar la concepción imperativista del derecho, Hart destaca que a través de las mismas se establecen las condiciones no solo para crear nuevas normas jurídicas, sino también para facilitar la vida de los ciudadanos y para ampliar su capacidad de acción. Cabría precisar que mediante estas normas también es posible producir efectos exactamente contrarios a los mencionados. Es decir, es posible dificultar y restringir la capacidad de acción de los ciudadanos.

Para ilustrar la relevancia conceptual de esta característica heteroreferencial del derecho podemos imaginar una situación posible en la que ella no esté presente. Por ejemplo, podemos conjeturar que un grupo social acepta un conjunto de normas que, por una parte, identifica las condiciones para poder reproducirse y, por otra, también impone la obligación de hacerlo en ciertas circunstancias, estableciendo sanciones para el caso en que esto no suceda. Es decir, se trata de normas que determinan órganos con competencia para crear, interpretar y aplicar otras normas que, a su vez, constituyen nuevas competencias, o bien establecen la obligación o la prohibición de crear, interpretar y aplicar las mismas normas (constitutivas y regulativas) relativas a los órganos y procedimientos ya constituidos, o a constituir. Un conjunto de normas como éste, más que un sistema jurídico sería un sistema de normas lúdicas: un juego<sup>50</sup>. Y ello, no porque esté compuesto solo por normas constitutivas. Por hipótesis, estoy admitiendo que contiene también normas regulativas en sentido estricto, dirigidas a los órganos de creación y aplicación. Sin embargo, sería difícil considerarlo un ejemplo de derecho porque sus normas son totalmente autorreferenciales. Por hipótesis, se acepta que el sistema no produce resultados que vayan más allá de las acciones de crear, interpretar y aplicar sus propias normas, i.e. determina sólo estos comportamientos.

Un ejemplo como el propuesto permite subrayar que las normas constitutivas en sentido estricto son esenciales en el derecho no solo porque a través de ellas se establecen las condiciones para crear nuevas normas, i.e. porque hacen del derecho un sistema dinámico, sino porque a través de ellas también se establecen las condiciones que determinan ulteriores importantes consecuencias sociales, no estricta-

---

<sup>50</sup> Al respecto, véase Atria 2001: 29-49.

mente jurídicas. Consecuencias que pueden ser valiosas o disvaliosas y más o menos mediatas. En efecto, el derecho puede determinar inmediatamente la posibilidad/imposibilidad de contraer matrimonio, adoptar hijos u organizar asociaciones políticas, pero también, en modo mediato, puede contribuir a fenómenos más complejos como el incremento/disminución del producto bruto interno de un país, la alfabetización infantil o un determinado estándar de salud de la sociedad. Asimismo, estas consecuencias sociales mediatas pueden ser intencionalmente perseguidas o no. En este sentido, en modo deliberado o no deliberado, el derecho puede establecer condiciones que contribuyen a incrementar/disminuir la prostitución, la desnutrición infantil, la desertificación de la tierra, etc.

En síntesis, la tesis que aquí he llamado de los ‘frutos’ sociales del derecho está presupuesta en la idea – unánimemente aceptada – de que el derecho tiene carácter instrumental. En efecto, el que el derecho pueda determinar estas consecuencias sociales o, lo que es lo mismo, el hecho que ellas puedan parcialmente depender de él, hace inteligible el uso deliberado del derecho como un instrumento apto para producirlas.

## 5. Consideraciones finales

En este último punto querría destacar algunas ideas que se siguen del análisis propuesto.

Si es verdad que toda norma jurídica tiene contemporáneamente carácter constitutivo y regulativo, se sigue que toda norma jurídica tiene, a la vez, un rol metafísico y un rol práctico: por una parte, hace posible explicar en virtud de qué ciertas consecuencias constituidas se producen; por otra parte, permite evaluar y justificar ciertos actos como correctos o incorrectos, adecuados o inadecuados, válidos o inválidos. Sostener el carácter a la vez constituido y constitutivo de las normas jurídicas supone sostener una tesis ontológica o metafísica.

El análisis de las normas jurídicas desde la perspectiva metafísica supone poner el acento en un tipo de análisis que ciertamente no sustituye, sino que complementa aquellos que pueden proporcionar el análisis conceptual, la filosofía práctica, la historia o la sociología. Se podría decir que, al menos en parte, supone retomar la preocupación Kelseniana respecto de la razón en virtud de la cual podemos decir que ciertos comportamientos generan, o dan lugar a, normas. Preocupación parcialmente abandonada por el análisis que se concentra en el carácter regulativo del derecho, i.e. en su rol de razón para la acción.

Sin lugar a dudas, el enfoque metafísico permite responder a la preocupación Kelseniana. Sin embargo, va más allá ya que, adicionalmente, permite mostrar cómo el mismo derecho es la razón en virtud de la cual tienen lugar otros hechos sociales no estrictamente jurídicos. En tal sentido, este tipo de análisis es un complemento

esencial de cualquier estudio empírico de la realidad social en general. Asimismo, es interesante notar otro aspecto en el que este análisis metafísico ofrece una respuesta que no coincide con la sugerida por Kelsen. El enfoque presentado aquí, en lugar de apoyar la explicación en una norma (hipotética) como la propuesta por este autor, explica la existencia de normas jurídicas sobre la base de una 'ley' o tesis metafísica. Esta tesis no es parte de la estructura ni está en la base de ningún sistema jurídico. Es una tesis teórica que describe la existencia de reglas que establecen relaciones constitutivas: reglas sociales externas al derecho que permiten explicar cómo se generan las normas jurídicas últimas de cualquier ordenamiento jurídico, las que, a su vez, permiten explicar la existencia de normas jurídicas ordinarias, de las que, a su vez, dependen otros hechos sociales menos fundamentales.

En todo caso, debería ser claro que adoptar una perspectiva metafísica, como la seguida en este caso, no significa sostener que el método para estudiar el derecho sea el método metafísico. El derecho puede, y debería, ser estudiado desde diversas perspectivas o con distintos enfoques metodológicos. En otras palabras, el método para estudiar el derecho no es el metafísico, ni el propuesto por la filosofía del lenguaje, ni el que sugieren la filosofía práctica o las ciencias empíricas. Cada uno de estos enfoques es en sí mismo adecuado y permite captar una dimensión o rol del derecho que con un método alternativo, por hipótesis, no podríamos captar.

## Referencias bibliográficas

- Arena, F. (2014). *El convencionalismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons.
- Arriagada, M.B. (2020). *Las dos caras del precedente vinculante* (en vía de publicación).
- Atria, F. (2001). *On Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing.
- Audi, P. (2012). *A Clarification and Defense of a Notion of Grounding*, en F. Correia, B. Schnieder (eds.) 2012: 101-121.
- Austin, J. (1995). *The Province of Jurisprudence Determined* [1832], Cambridge, Cambridge University Press.
- Bix, B. (2018). *Kelsen, Hart, and Legal Normativity*, «Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law», 34, 25-42.
- Bulygin, E. (2015). *On Norms of Competence* (1982), en C. Bernal *et al.* (eds.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 272-283.
- Carcattera, G. (1974). *Le norme costitutive*, Milano, Giuffrè.
- Carcattera, G. (1979). *La forza costitutiva delle norme*, Roma, Bulzoni.
- Celano, B. (2010). *Institutional Facts: The Realist Approach*, in Id., *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Roma, Aracne, 137-169.

- Conte, A.G. (1983). *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, in U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Comunità, 21-39.
- Caracciolo, R. (1988). *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Chilovi, S. (2019). *Grounding Legal Reality*, Tesis doctoral, Universidad de Barcelona.
- Correia F., Schnieder, B. (2012). *Grounding: an opinionated introduction*, en F. Correia, B. Schnieder (eds.), 2012: 1-36.
- Correia, F., Schnieder, B. (eds.) (2012). *Metaphysical Grounding Understanding the Structure of Reality*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Daly, C. (2012). *Skepticism about Grounding*, en F. Correia, B. Schnieder (eds.), 2012: 81-100.
- Dasgupta, S. (2017). *Constitutive Explanations*, «Philosophical Issues», 27, 74-97.
- Epstein, B. (2015). *The Ant Trap. The Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*, Oxford, Oxford University Press.
- Figuroa, S. (2019). *Adscripción y reacción. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal*, Madrid, Marcial Pons.
- Fine, K. (2012). *Guide to Ground*, en F. Correia, B. Schnieder (eds.), 2012: 37-80.
- Gardner, J. (2012). *The Legality of Law*, en Id., *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press.
- Garzón Valdés, E. (1990). *Algo más sobre la relación entre derecho y moral*, «Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho», 8, 11-130.
- González Lagier, D. (1993). *Clasificar acciones. Sobre la crítica de Raz a las reglas constitutivas de Searle*, «Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho», 13, 265-276.
- Greenberg, M. (2004). *How Facts Make Law*, «Legal Theory», 10, 157-198.
- Guastini, R. (2018). *Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del Derecho en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra.
- Hart, H. (1961). *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Kelsen H. (1979). *Teoría Pura del derecho* [1960], Ciudad de México, UNAM.
- Marmor, A. (2009). *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton, Princeton University Press.
- Marmor, A. (2016). *Convenciones, razones y derecho*, en L. Ramírez Ludeña, J.M. Vilajosana Rubio (eds.) 2016: 67-88.
- Narváez, M. (2004). *Wittgenstein y la Teoría del Derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons.
- Nowell-Smith, P. (1954). *Determinists and Libertarians*, «Mind», 63: 317-337.
- Raz, J. (1975). *Practical Reasons and Norms*, London, Hutchinson.

- Raz, J. (1979). *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press.
- Ramírez Ludeña, L., Vilajosana Rubio, J.M. (2016). *Convencionalismo y derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Rodríguez, J.L. (2016). *La regla de reconocimiento como convención constitutiva*, en L. Ramírez Ludeña, J.M. Vilajosana Rubio (eds.) 2016: 89-117.
- Roversi, C. (2012). *Costituire. Uno studio di ontologia giuridica*, Torino, Giappichelli.
- Schaffer, J. (2012). *Grounding, Transitivity and Contrastivity*, en F. Correia, B. Schnieder (eds.) 2012: 122-138.
- Schaffer, J. (2017). *Laws for Metaphysical Explanations*, «Philosophical Issues», 27: 302-321.
- Schaffer, J. (2019). *Anchoring as Grounding: On Epstein's the Ant Trap*, «Philosophy ad Phenomenological Research», 99: 749-767.
- Searle, J. (1983). *Intentionality, an Essay in the Philosophy of Mind*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Searle, J. (1992). *The Rediscovery of the Mind*, Cambridge (Mass.), The MIT Press.
- Searle, J. (1995). *The Construction of Social Reality*, London, Penguin Books.
- Searle, J. (2010). *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press
- Shapiro, S. (2011). *Legality*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Shiner, R. (1992). *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Oxford, Clarendon Press.
- Soper, P. (1984). *A Theory of Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Strawson, P.F (1962). *Freedom and Resentment*, «Proceedings of the British Academy», 48, 1-25,
- Vilajosana, J.M. (2016). *Por qué la regla de reconocimiento es una convención*, en L. Ramírez Ludeña, J.M. Vilajosana Rubio (eds.) 2016: 219-242.
- Wilson, J. (2014). *No Work for a Theory of Grounding*, «Inquiry», 57, 535-579.

# The “Who”: Is it Possible to Democratically Determine the Demos Entitled to Secession?

*Pau Luque\**

## Abstract

Democratic theories of secession claim that when a group of people expresses a preference for secession, such willingness (with some practical restrictions) suffices to ground a democratic right to secede – so not only nations, or encompassing cultural groups, are entitled to secede. Democratic theories of secession, it is claimed, provide a democratic way to deal not only with secession itself, but also to identify which groups are eligible to secede, namely those people who express the will to be independent. This paper is devoted to show that the democratic arguments invoked to identify which groups are eligible to secede, despite their initial appeal, are flawed. I argue that this is ultimately due to the inability of these theories to democratically determine the demos entitled to secession. This critique to democratic theories of secession, though explicitly mentioned by a few authors, has not been previously developed by anyone. This is the aim of this article. My conclusion will be that a group’s willingness to secede, while normatively relevant, does not guarantee a unilateral right to secede.

**Keywords:** Secession. Determination of the Demos. Democratic Theory.

## 0. Introduction

With some exaggeration, we could say that nowadays, calls for political secession are pervasive in Western liberal democracies. New cases like Scotland, Catalonia – and in some sense, also Brexit – have followed the “old” group of secessionist movements including Quebec, Ireland, and the Basque Country. But secession is not only politically hard to deal with; it also presents many theoretical and philosophical challenges.

---

\* Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Circuito Mario de la Cueva s/n, 04510, Ciudad Universitaria, Del. Coyoacán, Ciudad de México, México, [pls2001@gmail.com](mailto:pls2001@gmail.com).

Theorizing about secession seems to involve (at least) two key questions –which groups have the right to secede, i.e. the “Who”, and what is the correct procedure for deciding whether to secede, i.e. the “How”<sup>1</sup>.

In this article, I will assume that the correct way to decide in favor or against secession in a particular case necessarily involves democratic procedures, namely some sort of referendum, and so I will not dispute the “How” of secession. Rather, this article is mainly devoted to the “Who” question, concerning which groups have a right to secede<sup>2</sup>.

Theories that address that latter question can be roughly classified into two types. According to the first type of theory, only those groups whose members share a national identity, or some cultural traits, have a right to secede<sup>3</sup>. Another prominent type of theory claims that the members of a group need not share any national or cultural identity in order for that group to be eligible for secession; rather, a group is entitled to secede whenever its members express the will to form a new state<sup>4</sup>.

Whereas the former theories invoke non-democratic criteria to determine who the relevant groups are<sup>5</sup>, the latter theories appeal to democratic considerations. Accordingly, I will call the former *non-democratic theories* of the “Who”, and the latter *democratic theories* of the “Who”<sup>6</sup>. In this article I will focus on democratic theories of the “Who”, and I will say almost nothing, positive or negative, about non-democratic theories of the “Who”. One last terminological clarification: throughout this article, when I say “democratic theories of secession”, I mean those theories according to which both the “How” question and the “Who” question ought to have democratic answers<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> There seems to be a hidden third question here: who has the right to participate in the decision of secession? It is usually assumed that the answer to this question amounts to the answer to the first question, that is, those who have the right to participate in the decision are those entitled to secede. Some of my arguments here will dispute this assumption.

<sup>2</sup> By a right to secede I mean a non-remedial right to secede. So I will not consider here remedial-right theories of secession, like Buchanan’s (see Buchanan1991). However, some of my arguments here are similar to his criticisms of what I call democratic theories of the “Who” (see Buchanan 1998).

<sup>3</sup> Margalit and Raz 1990; Nielsen 1998; Miller 1997: chap. 4.

<sup>4</sup> Philpott 1995; Wellman 2005; Beran 1984, 1988; Copp 1997.

<sup>5</sup> According to Margalit and Raz 1990: 455, who advocate theories of this sort, «that question [i.e. the “Who”] cannot be democratically decided, at least not entirely so».

<sup>6</sup> Some would claim that democratic theories of secession only concern the “How”; that is, they answer that the right procedure for deciding any case of secession is a plebiscite. So it might be disputed that such theories have anything to say, qua *democratic* theories of secession, regarding which groups are eligible to secede. I think they actually do – and so they intend to be democratic all the way down. I will deal with this in the next section.

<sup>7</sup> By combining the “Who” and the “How” with the democratic or non-democratic nature of a theory, there is logical space for four cases. 1) A democratic theory about the “Who” but not about the “How”; 2) A democratic theory about the “How” but not about the “Who”; 3) A non-democratic theory about both the “Who” and the “How”; and 4) A democratic theory about both the “How” and the “Who”.

I will try to show that democratic theories of secession are flawed when it comes to determining which groups are entitled to secede. For it is not possible to democratically determine who the relevant group is for a democratic secession. As I will explain later, I take this to be a consequence of the so-called boundary problem<sup>8</sup>.

I will proceed as follows. In the first section, I will show why the boundary problem intuitively makes trouble for democratic theories of the “Who”. Sections two, three, and four are devoted to analyzing and ultimately rejecting three different democratic responses to the boundary problem. Finally, I will summarize my argument and deal with some of its consequences in the conclusion.

## 1. Democratic Theories of Secession Meet the Boundary Problem

A democratic method can be roughly understood as a method of collective decision-making characterized by the equality of the participants in the collective decision. Some will find this definition unsatisfactory, but it will not be necessary to specify which kind of democracy I am referring to here, since the boundary problem affects all forms of democratic theory<sup>9</sup>.

Thus, any kind of democratic theory «must face the logically prior and in some ways more fundamental question of the appropriate constitution of the *people* or unit within which democratic governance is to be practiced»<sup>10</sup>. This is usually called the boundary problem, or the problem of «constituting the demos»<sup>11</sup>. The core of the problem for democratic theories is that if we try to democratically specify who is to make the collective decisions, an infinite regress results: democracy is a method of collective decision-making that cannot determine who the relevant decision-making group is<sup>12</sup>.

Some solutions have been proposed to block this infinite regress. One prevailing answer to the boundary problem – especially in the past, though it remains important – has been a nationalistic one: the nation, understood as some sort of contingent, pre-political entity, properly constitutes the demos<sup>13</sup>.

---

This article is devoted to discrediting theories of the last sort (although my arguments, if valid, would in principle also discredit theories of the first sort).

<sup>8</sup> I want to make clear that this article is about secession, not about the boundary problem. Thus, I think that I do not need to exhaustively treat the literature on the boundary problem for my argument is circumscribed to the effects of the boundary problem on democratic theories of secession. Besides, as I will implicitly suggest later, the contemporary solutions to the boundary problem cannot help democratic answers to the “Who” question (on the contrary, they would rather count against democratic theories of secession).

<sup>9</sup> Whelan 1983: 15.

<sup>10</sup> Whelan 1983: 13, italics in the original.

<sup>11</sup> Goodin 2007: 40.

<sup>12</sup> Schumpeter 1983: 40.

<sup>13</sup> Miller 1997; Walzer 1983, as cited in Song 2012: 40.

It is precisely because of this aforementioned contingency that some authors seem to consider this answer to the boundary problem to be somehow arbitrary and thus unsatisfactory. Alternative non-contingent answers to the boundary problem have accordingly been provided. Some rely on the principle of affected interests<sup>14</sup>, according to which anyone whose interests are affected by a decision should be part of the demos making the decision; whereas others embrace what they call the coercion principle<sup>15</sup>, according to which those subject to the coercive force of an executive and legislative power should have a say in how such coercive force is exercised.

The debate is ongoing, but notice that all these proposed solutions, presented very roughly here, seem to assume the very same claim, namely, that how the demos is composed cannot be decided within democracy.

It was perhaps W. Ivor Jennings who first connected this worry (albeit without explicitly labeling it as the boundary problem) to the “Who” question of secession: «On the surface (self-determination) seemed reasonable: let the people decide. It was in fact ridiculous because the people cannot decide until somebody decides who are the people»<sup>16</sup>.

Nevertheless, who the relevant demos is, is «itself a matter of political decision, actually or potentially [...] Democratic Theory cannot simply take the matter for granted»<sup>17</sup>. This is precisely what the democratic theorists of the “Who” try to decide; they do not take the matter for granted.

However, some would object that it is misleading to characterize democratic theories of secession as providing criteria to select the relevant group for secession. This, supposedly, is because democratic theories of secession are not concerned with the “Who”, but rather only with the “How”. So the boundary problem as it arises here – who is the relevant demos for secession – is beyond the scope of democratic theories of secession. If this were true, my claim would indeed be misleading. But to the extent that proponents of democratic theories actually claim that non-democratic theories of secession are wrong to restrict the right to secede to nations and encompassing cultures, they thereby address the question of which groups are entitled to secede – and so the boundary problem shows up.

Perhaps some would respond that, even if I am right, it would be a mistake to claim that such authors provide criteria for identifying the group entitled to secede, qua *democratic* theorists. Regarding the “Who”, democratic theorists of secession have remained – and cannot but remain – silent; if they hold any opinion regarding

---

<sup>14</sup> Goodin 2007; Shapiro 1999; Young 2000. In fact I will later appeal to a close cousin of this principle to criticise one of the democratic answers to the “Who”.

<sup>15</sup> Abizadeh 2008.

<sup>16</sup> Jennings 1956: 56.

<sup>17</sup> Whelan 1983: 16.

the “Who”, they do so not in their capacity as democratic theorists, but rather as something else.

Well, it is a fact that some democratic theorists of secession – at least the ones that I take into account in this article – have not remained silent regarding which groups are entitled to secede. And this is not hard to understand; not only because, as Whelan claims, how we delimit the relevant demos is one of the most fundamental political issues, but also because some ways to determine who is the relevant group are *more democratic* than others. Suppose there is a group G that inhabits a delimited territory within state S, and is formed from members of races A and B. Now suppose that only the A’s were to decide whether G should secede from S. If you are sensitive to democratic considerations then you would probably not remain silent if the B’s were excluded from the relevant demos, since there is an alternative, more democratic way to delimit the demos, namely by including the B’s. In sum, democratic theorists, qua *democratic* theorists, do not remain silent on such points, because they intend to be democratic all the way down – democratic values permeate their answer not only to the “How” question, but also to the “Who” question.

In a sense, what democratic theorists of secession seem to claim is that if we see democracy as purely procedural, the infinite regress will arise and the boundary problem will thus be plainly unsolvable. If, instead, democracy is understood to also involve a set of normative values and moral considerations that underlie those procedures, then in contrast there would seem to be a democratic way to deal with the secessionist “Who”<sup>18</sup>.

The problem, as I will argue in the following sections, is that, notwithstanding their initial appeal, the democratic criteria provided by these theories to decide which groups are eligible to secede lead to a dead end. Democratic theories of secession cannot satisfactorily answer the boundary problem and, as a result, cannot be democratic all the way down.

In the next three sections I will assess several attempts, based on democratic values, to overcome the boundary problem for secession. Following Allen Buchanan’s presentation of democratic theories of secession<sup>19</sup>, I explore the idea that the values that justify democracy also justify why some groups have the right to secede. It is in that sense that democratic values would allegedly help us to determine the “Who”<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> For a similar strategy to overcome the boundary problem, albeit proposed in a somewhat different dialectical context (see Song 2012).

<sup>19</sup> Buchanan 1998.

<sup>20</sup> If you prefer to say three *liberal* attempts to solve the boundary problem, I will not object. I am interested in the values that justify democracy, and – as we will see in the following sections – the values invoked to support a democratic right to secede are usually embraced by political liberals.

## 2. In the Name of Autonomy

According to Daniel Philpott, «any group of individuals within a defined territory which desires to govern itself more independently enjoys a prima facie right to self-determination – a legal arrangement which gives it independent statehood or greater autonomy within a federal state»<sup>21</sup>. For Philpott, self-determination is grounded in individual moral autonomy and democracy is «the activity of governing oneself, of exercising one’s autonomy in the political realm»<sup>22</sup>. Self-determination is a legal arrangement which «promotes participation and representation, the political activities of an autonomous person»<sup>23</sup>. Self-determination, therefore, promotes democracy for a group whose members «claim to share an identity for political purposes»<sup>24</sup>. This latter point is important. To share an identity for political purposes does not mean that the identity in question is the only identity that members of the group may embrace. Those who favor secession can differ in their religion, race, or other cultural preferences – or even along traditional political dimensions such as left-right or liberal-conservative. It is in virtue of their shared political identity, that is, the fact they want to govern themselves within a delimited territory, that such a group is eligible to secede<sup>25</sup>.

Consider the present Catalan secessionist movement. Imagine that the relevant demos that ought to decide whether Catalonia should become a new state are all the citizens of Spain. Additionally, assume that Catalans want Catalonia to become a new state. If it were up to all Spaniards to vote on Catalonia’s secession, this would violate the Catalan people’s autonomy, making it a non-democratic decision. According to Philpott, whether Catalonia becomes a new state is up to the Catalan people, since «one does not have the autonomy to restrict another’s autonomy simply because she wants to govern the other (...). A right to decide whether another self can enjoy self-determination would make a mockery of the concept»<sup>26</sup>. To allow all Spanish citizens to take part in deciding whether Catalonia secedes would be to diminish the autonomy of every Catalan.

One might wonder whether such an argument actually responds to the boundary problem, since the «another self» of which Philpott speaks seems to be already delimited when he attributes autonomy to it. But, according to Philpott, to identify such a self is problematic only if we aspire to determine the demos by means of

---

<sup>21</sup> Philpott 1995: 353. Philpott’s argument concerns not only secession but also self-determination, that is, improving self-governance without creating a new state, for example within a federal structure. For the sake of simplicity, from now on I will use both “self-determination” and “secession” to denote the creation of a new state.

<sup>22</sup> Philpott 1995: 356 and 357.

<sup>23</sup> Philpott 1995: 358.

<sup>24</sup> Philpott 1995: 358.

<sup>25</sup> Philpott 1995: 359.

<sup>26</sup> Philpott 1995: 362-363.

what he calls «objective criteria». Philpott, like Buchanan<sup>27</sup>, considers that «tests for identifying a people – linguistic, historical, religious, ethnic, racial, cultural – are virtually impossible to construct non-arbitrarily»<sup>28</sup>. The alternative, for Philpott (though not for Buchanan), is simply to give up the search for objective criteria: «(I) t simply does not matter which traits define a seceding group; we know one when it announces, campaigns, or takes up arms for its dream of self-determination»<sup>29</sup>. The criterion for identifying an eligible group is subjective – those who express their preference for secession constitute an eligible group.

But, as Alan Patten points out, Philpott's argument here would only make sense in a scenario in which, to take the Catalan example, the Catalans' preference for secession is unanimous<sup>30</sup>. Meanwhile, given that, in Catalonia, citizens in favor of secession are in fact territorially intermingled with other citizens who oppose it, it will be impossible to respect everyone's autonomy, since allowing secession would be to disrespect anti-secessionist Catalans' autonomy; while conversely, denying secession would be to disrespect secessionist Catalans' autonomy.

Though it is certainly true that unanimity within a given territory is logically and empirically possible, in the actual history of secessionist movements, as in the Catalan case, those in favor and those against are usually intermingled within the relevant territory<sup>31</sup>.

Philpott admits that when unanimity does not obtain, his theory of secession could be in trouble<sup>32</sup>. But he proposes a way to solve this problem. He begins by defining what counts as a candidate territory for secession: «a candidate territory is that region which the proclaimers of self-determination desire to place under a new (or more local) government»<sup>33</sup>. And when there is no unanimity within the candidate territory, «the operative principle must be majoritarianism. Guaranteeing everyone's right to live in the state of his choice is impossible; a next-best alternative must be adopted»<sup>34</sup>. Thus, if it is not possible to guarantee everyone's preference within the relevant territory with respect to living in their desired state, what should count, in virtue of the majoritarian principle, is the majority's preference.

Similarly, Christopher Wellman, arguing that majoritarianism within the secessionist territory should rule when unanimity does not obtain, claims that such an

---

<sup>27</sup> Buchanan 1991: 49.

<sup>28</sup> Philpott 1995: 364.

<sup>29</sup> Philpott 1995: 365.

<sup>30</sup> Patten 2014: 259.

<sup>31</sup> One possible exception is the secession of colonies. But nowadays it seems that the most striking, controversial cases of potential secession occur in Western societies (Quebec, Scotland, the Basque Country, or Catalonia itself). In these latter cases supporters and opponents of secession are usually intermingled within the relevant territory.

<sup>32</sup> Philpott 1995: 365.

<sup>33</sup> Philpott 1995: 379.

<sup>34</sup> Philpott 1995: 379.

arrangement would allow for the satisfaction of 51 percent of the population's autonomy (i.e. their preferences regarding which state they would prefer to live in) while leaving the other 49 percent's autonomy unsatisfied. In contrast, «denying unilateral secession could allow 1 percent to force an unhappy 99 percent to remain in their current state»<sup>35</sup>.

It seems, therefore, that with Wellman's or Philpott's arrangement we would respect the autonomy of more people. The more individual preferences are satisfied, the better. Thus, if we believe in individual autonomy we should be persuaded by their solution – or perhaps we should not.

Notice that Wellman is speaking here about percentages within the secessionist territory, that is, the territory described by the secessionists as the relevant one.

Consider the Catalan case again. Suppose that, within the Catalan territory, 51 percent are in favor of secession and 49 percent are against it. If we accept the majoritarian principle, according to which the best-case scenario is that in which more preferences are satisfied, then secession should be allowed. But, alternatively, one could do the math within the territory of the established Spanish state. Consider, then, the case in which 90 percent of Spanish people – including some Catalans – oppose Catalan secession, whereas 10 percent are in favor. Thus, depending on what the relevant demos is, taking into account the preferences of the majority may adjudicate in one direction or another. Or, to put it differently, we cannot know which is the relevant majority until we know which is the relevant boundary.

Yet, Philpott would probably claim that, given that autonomy cannot be used to limit the autonomy of others, we already know which is the relevant boundary here – the Catalan demos. Regarding some group's secession, why should the preferences of some *other* group be relevant? Why should Spaniards' preferences be the relevant ones regarding Catalonia's secession, given that Spaniards constitute a different group from Catalans? Would that not make a mockery of the concept of autonomy?

The problem with this response is that it begs the question, since precisely what is at stake here is whether Spain and Catalonia are two different groups. And the hypothesized response would seem to just assume that this is the case<sup>36</sup>. Philpott's argument from autonomy does not provide an operative criterion for differentiating Catalonia and Spain. It simply presupposes that they are somehow different, and only when this is the case is his argument operative.

And since Philpott denies that ethnicity or any other objective trait should be the criterion of identification of groups (1995: 366), we are apparently left, at least within his theoretical framework, with no criterion to solve the "Who" question of secession.

---

<sup>35</sup> Wellman 2005: 61.

<sup>36</sup> The same would happen if we spoke of "territories" instead of "groups". What is at issue here is whether Spain and Catalonia are two different political territories. So it cannot be taken for granted that they are.

Perhaps the only possible way out for theories of this kind, as I said, depends on the occurrence of a highly unlikely fact – unanimity within secessionist territories. But most of the territories claimed by current secessionist movements, at least in Western societies, are inhabited by both opponents and sympathizers of secession. So the ideal version of a theory like Philpott’s or Wellman’s would offer no useful normative guidance to deal with secession in our real-world scenarios – though it would apply perfectly well in a far-fetched possible world where there is unanimity in all secessionist territories.

### 3. Societies and Equal Respect

According to David Copp, «territorial-political societies have the right to constitute themselves as states»<sup>37</sup>. Neither encompassing groups nor nations are eligible to secede, because if they were, this would disrespect other members of society who occupy the territory claimed by secessionists, since they would be excluded from a decision that affects them<sup>38</sup>. Copp claims that «authority over political decisions is divided equally among the (competent) adult citizens», and that by this democratic principle, «if the members of such a society have a stable desire for statehood, it would show a lack of respect for them and for their judgment if they were not given the authority to make a decision about statehood. Democracy requires that the members of the society be given equal authority over the decision»<sup>39</sup>.

For Copp, only territorial-political societies have the right to secede<sup>40</sup>. «Societies are characterized by what I call a “social network”. People come to associate with members of the society in which they live, to find their friends in that society, their mates, and their coworkers, and their children find their friends there, and their mates, and so on»<sup>41</sup>. These societies are political in the sense that they express a preference to form a new state, and are territorial in the sense that they occupy a territory in which a state can be formed<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> Copp 1997: 278, 290.

<sup>38</sup> Copp 1997: 291-292. Copp admits that non-democratic theories could be amended so as to become democratic theories, by including in the relevant demos not only members of the nation or encompassing group, but also all inhabitants of the territory claimed by secessionists. He says that while this would be correct, it would amount to giving up on non-democratic theories (see Copp 1997: 287).

<sup>39</sup> Copp 1997: 292.

<sup>40</sup> Actually Copp says “right to self-determination”, but given that he takes “self-determination” to involve forming a new state, I will assume that the “right to self-determination” is equivalent, in his terminology, to the right to secede.

<sup>41</sup> Copp 1997: 294.

<sup>42</sup> More precisely, «a “territory” is a region of land or a sum of regions of land within which people can (in principle) move about, meet with other people, form significant social relationships, and otherwise live their lives; a territory is a region within which a state could feasibly be formed», Copp 1997: 294.

There is a sense in which equal respect determines the relevant boundary for Copp. In his account, equal respect calls for a more inclusive boundary than is drawn by non-democratic theories of secession. On the grounds of equal respect, Copp suggests we should take into account not only the preferences of secessionists, but also the preferences of non-secessionists who live in the territory claimed by secessionists.

But one could wonder, if democracy requires citizens to have the authority to decide key political questions<sup>43</sup>, why, in virtue of equal respect, are not all citizens of Spain entitled to decide whether Catalonia becomes a new state?<sup>44</sup> Not allowing all Spaniards to participate is to fail to show them equal respect, because this amounts to denying them the authority to decide a key political question that clearly affects them – i.e. where the legal boundaries of their state are drawn.

So it seems that on Copp's view, somewhat paradoxically, if we use the equal-respect principle to delimit the relevant demos, there will be a right to secede but very few secessions would actually take place. Why? Well, if applying equal respect means involving all those people affected by a key political decision, then all citizens of the established state would have a voice in all secessionist processes. And, given how unlikely the citizens of a state are to vote in favor of giving up part of its territory, a secession in this format is improbable<sup>45</sup>.

It is improbable, but not impossible. There can be cases in which the group seeking to secede is a net consumer of resources from the state from which it wants to secede. Unless such a group has a very strong national or cultural identity that overrides any other kind of consideration, it would be irrational for such a group to seek secession. Yet this remains a possibility; indeed, such irrationality does not always count against any crucial decision in real life. In this kind of case, it is not obvious that, if all the citizens of the state have a say in the decision, they would vote against secession.

However, it is not easy to find real instances of this scenario, at least in Western liberal democracies. It would probably be easier to find such instances among colo-

---

<sup>43</sup> Copp 1997: 285.

<sup>44</sup> Indeed, Buchanan claims that, by Copp's standards, there should be a «world-wide referendum on boundaries, so that all people can be treated with equal concern and respect regarding the disposition of this «key political decision», Buchanan 1998: 20.

<sup>45</sup> Similar reasoning would lead us to extend the relevant demos even beyond administrative boundaries. If, following Goodin 2007: 64), we take the “all affected interests” principle to be the best way to constitute the relevant demos, then, since every citizen whose interests are affected must have a say, the relevant demos in cases of secession would include not only citizens of the state whose territory includes the so-called secessionist region, but also, at least, citizens of neighboring states. But the extension of the demos could be even wider – if we interpret “all affected interests” as “all *possible* affected interests” then, in a world as interconnected as ours, virtually everyone would have a say in virtually any referendum of secession. At the end of the day, as Goodin 2007: 68 puts it, we would all make decisions together within a single demos.

nies of European countries, especially in past centuries. In those cases, Copp's strategy would intuitively authorize more than a few secessions even when all citizens of the State participate in the decision. But my impression is that the main target of Copp's theory is not that kind of case. He seems to be thinking more of liberal democracies like Spain and Canada. And regarding states of this kind, Copp's view – if it implies that all citizens of the State would have a say in the decision – would license very few, if any, cases of secession.

Would Copp accept something like this? My guess is that Copp would insist that every territorial-political society is eligible to have its own state. Catalonia and Spain, according to Copp's stipulative definition of «territorial-political society», are different territorial-political societies, so each of them has a right to its own state.

Could a view like Copp's avoid implying that secession ought to be decided by all Spaniards? Recall that according to Copp, a group should satisfy three conditions in order to become a territorial-political society:

- (a) The group inhabits a delimited territory.
- (b) The group expresses the desire to form a new state.
- (c) The group forms a social network.

I will start with (c). This desideratum is, to my mind, far too vague. How should we interpret “social network”? If we understand “social network” in its narrowest possible sense, then it seems that only some families and neighborhoods would be societies. But Copp could reply that no families or neighborhoods have expressed a desire to form a new state. They would not be territorial-political societies, and so they would not constitute groups eligible to secede – and besides, they could not perform the usual functions of a state. Most likely this is not the sense that Copp has in mind. On the other hand, assuming a wider sense of “social network” makes it hard to see why Spain, including Catalonia, or Canada, including Quebec, would not be territorial-political societies.

There are two ways to try to defend Copp's ideas. The first is to adopt an intermediate sense of “social network”. Copp uses Quebec and the Basque Country as examples of what he understands to be territorial-political societies. Perhaps we could interpret “social network” in a way that captures the sense in which Quebec and the Basque Country (or Catalonia), as territorial-political societies, differ from Canada and Spain, respectively. In other words, it might seem that between the narrow and the wide senses of “social network” we have already considered, there is room for an intermediate interpretation that allows us to distinguish current relevant cases. Unfortunately, however, Copp does not specify criteria that would allow us to distinguish between Catalonia and Spain (or between the Basque Country and Spain) on the grounds of them being different social networks.

Copp's concept of a “social network” is underdefined. It is not clear that there is any sense of the term that characterizes social relations that exist among Catalans,

and not also among Catalans and Spaniards, making it difficult to distinguish Catalonia and Spain as different territorial-political societies on such grounds.

It seems that the most natural way to distinguish between Spain and Catalonia draws on cultural differences between them. I am not claiming that such traits ground a right to secede, I am just claiming that if we want to differentiate Catalonia and Spain, it seems easier to do it on the grounds of differing cultural features like language. But I guess that Copp would not be happy with such a response, for to concede something like this would be to embrace some sort of non-democratic theory.

In sum, since Copp asserts that in a world of pluralistic societies, the idea that “nations” and some culturally unified groups have a right to secede is antidemocratic<sup>46</sup>, and since his concept of a “social network” is far too vague, it seems that his theory provides no operative way to identify groups eligible to have their own state.

Additionally, condition (b) can be interpreted in two different ways. Is the desire to form a new state to be understood here as *unanimity* or *majority* among those occupying a delimited territory? If the criterion is unanimity then arguably Spain, including Catalonia within its borders, is not a territorial-political society because there is no unanimity – some Catalans do not want to live in Spain. If instead the criterion is majority then Spain, including Catalonia, would be a territorial-political society because a majority of its citizens want to live in a state called Spain. Similarly for Catalonia. According to a criterion of unanimity Catalonia is not a territorial-political society: some Catalans have no sympathy for an independent Catalan state. In contrast, under a majoritarian evaluation, Catalonia is a territorial-political society because a majority of its citizens, by hypothesis, want to live in an independent Catalan state.

What consequences can we extract from this symmetry between Catalonia and Spain? If we require unanimity, neither Catalonia nor Spain are territorial-political societies, and so Copp’s proposal cannot solve the boundary problem. That is, it cannot provide normative guidance for dealing with the issue of political division – of which secession would be a particular instance. Meanwhile, if (b) requires not unanimity but only a majority, Copp’s view is faced with an already familiar problem. Namely, we first need to know what the relevant demos is (or in Copp’s terminology, we first have to identify the territorial-political society), in order to know which is the relevant majority.

Condition (a) – “The group inhabits a delimited territory” – is controversial as well. I will address this issue in the next section.

---

<sup>46</sup> Copp 1997: 278.

#### 4. Political Association and the Majoritarian Principle

I will now discuss a third democratic attempt, based on the principle of political association, to determine what makes a group eligible to secede. Once it has been shown that – as with the cases of autonomy and equal respect – this third proposal does not work unless there is unanimity, we will see how the rule of majority has been argued to solve the problem of determining the relevant boundaries for secession.

«Normal adults», Harry Beran claims, «have the human right of freedom of association, including political association, with willing partners»<sup>47</sup>. Although Beran's theory is sophisticated, it will not be necessary to explain it in detail here. It will suffice to say that, for him, what makes a group eligible is that its members express a desire to freely associate with each other in order to form a state<sup>48</sup>. That way we could solve Ivor Jennings's old concern, according to which self-determination is impracticable because the people cannot decide until somebody decides who are the people. Charles Beitz has vividly expressed why the principle of political association would allay Jennings's concern: «the people should decide who the people are. This is made plausible by the analogy with voluntary associations whose memberships are determined simply by including only those willing to accept the terms of membership. For convenience, we can say that, on this view, the groups to which self-determination applies are self-defining»<sup>49</sup>.

On this view, a group is eligible to secede when various people, occupying a portion of a territory, express their desire to freely associate with each other in order to form a state. We do not need any nationalistic or external-to-the-group criterion to determine the relevant boundaries. The eligible group is self-defining. If A wants to be politically associated with B, and B wants to be politically associated with C, and C wants to be politically associated with D, and so on (assuming that those people rightfully occupy a determined territory), then together these people form an eligible group.

Let us assume that these conditions are met. Here, again, the proposal seems to work only when there is unanimity among those who inhabit the secessionist territory – i.e. the delimited territory described by secessionists as the territory of the new state. Without unanimity, there will be at least one person that will not be

---

<sup>47</sup> Beran 1998: 36.

<sup>48</sup> I will assume that, as Beran himself claims, «Individuals have the right of free association, including the right to form territorial communities on land they rightfully hold or acquire. Territorial communities have the right to maintain themselves, and for this they need territory» (see Beran, 1998: 37).

<sup>49</sup> Beitz 1979: 106. According to Robert A. Dahl, however, the principle «"let every people define itself" is nothing more than an aphorism. It may succinctly summarize historical experience, but it provides no grounds for judging whether one claim is better than another or whether the historical outcome should be preserved or overthrown», Dahl 1989: 196. I will make a different argument, consistent with Dahl's criticism.

freely associated with her desired group. A proposal like Beran's or Beitz's, just like Philpott's, Wellman's, or Copp's, would reproduce in the new states just the same structure that the old states have. That is, neither individual autonomy, nor equal respect, nor the principle of political association would be completely satisfied.

The next natural step would be to embrace majoritarianism. But, as we have seen, majoritarianism adjudicates the issue only once the demos has already been selected in a non-majoritarian way. Beran, nevertheless, seems to think that this is not the right way to see the issue. According to him, a recursive use of the majority principle offers a way out:

the majority principle seems to be the only method of resolving such conflicts [i.e. the lack of unanimity within the new states] that is consistent with the voluntary association principle. According to this method, a separatist movement can call for a referendum, within a territory specified by it, to determine whether there should be a change in this territory's political status, e.g. whether it should secede from its state. If there is a majority in the territory as a whole for secession, then the territory's people may exercise its right of self-determination and secede. But there may be people within this territory who do not wish to be part of the newly independent state. They could show, by majority vote within their territory, that this is so, and then become independent in turn, or remain within the state from which the others wish to secede. This use of the majority principle may be continued until it is applied to a single community (i.e. a community which is not composed of a number of communities) to determine its political status<sup>50</sup>.

The final outcome of this recursive use of the majority principle would be a situation in which the principle of political association would be completely satisfied.

Does the recursive approach, then, solve the boundary problem?

Allegedly, at the end of the recursive application of the majoritarian principle, there would remain just one community for every delimited territory<sup>51</sup>. Thus we would have a democratic way to establish the relevant boundary. The difference – and this sounds quite iconoclastic given the standard presentation of the boundary problem – is that boundaries would be the outcome of the democratic method, not its precondition.

I will present two sets of considerations that call into question whether the prin-

---

<sup>50</sup> Beran 1998: 38-39. Beran 1984: 29 had already made this point a few years earlier.

<sup>51</sup> In addition, Beran, quoting Gauthier 1994: 360, claims that recursively applying the majority principle «maximizes the number of individuals who live in mutually desired political association», Beran 1998: 39. This latter claim is more interesting than saying that secession would increase the number of satisfied people within the secessionist territory – because that would simply presuppose that the relevant boundary is that of the secessionist territory (see section 2 above). Beran's point is that, when there is a majority within a secessionist territory in favor of a new state, to allow secession would increase the total number of people who live in mutually desired political association.

ciple of political association and the principle of majority together provide an adequate response to the boundary problem. I do not pretend that these considerations constitute conclusive arguments against a strategy such as Beran's for solving the boundary problem. I only want to make a *prima facie* case against Beran.

*Conflicts between democratic principles.* There is no single principle that justifies democracy's status as a good method to make collective decisions. Political association is just one among many; and these democratic principles can be in conflict. One such clash may arise between the principle of political association and the principle of equal respect. Recall that according to the principle of equal respect, citizens have a right to participate, in equal condition, in key political decisions that affect them. For Beran, political association and equal respect compete because – to take the Catalan case – equal respect would require non-Catalan Spaniards to participate in the decision on secession, whereas political association would require them not to participate.

Beran, perhaps, could reply that it is possible to dissolve this apparent conflict by using the majority principle in a recursive fashion, so that at the end of the day equal respect would be satisfied too.

This is a dubious response. To create a new state is not an isolated political decision; it is rather a political decision that entails other key political decisions. Secession implies withdrawing from citizens of the original state their previous capacity to influence key political decisions that affect them. Obviously, not all key political questions in the new state will affect its former partners. But some will – for example, those regarding economical welfare and sovereignty over territorial waters. So it is not true that recursive use of the principle of majority would eventually satisfy the principle of equal respect.

Beran might say that I am missing the point here – what is at stake here is what state we belong to and who we are politically associated with; not economical welfare or maritime sovereignty, or anything of that sort. But it is obvious that when deciding on secession, people do not only decide on their political association status – they also decide on key political issues that affect many people *outside* the boundaries of the new state. Therefore, if secession involves making key political decisions, it seems that, in virtue of equal respect, all those people affected by such decisions should have a say in them. But this could be inconsistent with the principle of political association.

I do not know whether democratic theorists think hierarchically about democratic values. But if so, it is not obvious to me that we should give more weight to political association than to equal respect. Imagine that most inhabitants of the richest neighborhood of Barcelona do not want to be politically associated with the other inhabitants of Barcelona. By the principle of political association, there would then be a case for secession. By the principle of equal respect, and given that seces-

sion involves key political issues regarding the economy and welfare of the other inhabitants of Barcelona, it seems that the latter should have a say regarding the possible secession. Some, such as Beran himself, would claim that all such political issues can be settled between the governments of the old state and the new one<sup>52</sup>. But the fact remains that if equal respect justifies democracy, and we want a democratic procedure to adjudicate secession, then it seems that all citizens of Barcelona should be included within the relevant boundary. Similarly, *mutatis mutandis*, for the Catalan case.

I am not claiming that this is the absolute, correct hierarchy of democratic values. I only want to suggest that it is not at all obvious, from a democratic point of view, that we should give more weight to political association than to equal respect. And, in any case, this shows the difficulties involved in determining boundaries in a democratic fashion – because if we decided to maximize equal respect so that everybody is involved in key political questions, there would most likely be very few boundaries.

*Territorial concentration.* According to Beran and Philpott, territorial concentration of the relevant group is a precondition for its eligibility to secede<sup>53</sup>.

What I am going to argue is that territorial concentration is not merely a neutral condition for the possibility of secession, but rather a disguised normative consideration, given that territorial concentration is, so to speak, a *manipulable* fact.

Recall that, on Beran's view, the secessionist group can call for a referendum in the territory delimited by them. And if the secessionists win, and within the new state there is another secessionist movement, or a movement that wants to rejoin the old state, and if the members of the latter movement are territorially concentrated, they too can call for a referendum. My point is that whether this second group is territorially concentrated partly depends on what (or where) the relevant boundary is.

Suppose that the Catalan secessionist movement calls for a referendum in a territory that coincides with the actual administrative territory of Catalonia. Let us suppose, too, that secessionism wins the referendum with a majority of 51 percent. And let us suppose now – as would actually be the case – that the pro-Spanish minority in the new Catalan state is not concentrated within a delimited territory of that state, but rather distributed more or less homogeneously over its territory. According to Beran's theory, this pro-Spanish minority could not hold a referendum on whether to rejoin Spain, because it would not be territorially concentrated. However, some members of this group could say: «Well, of course we are territorially concentrated; for there is no territorial discontinuity between what is left of Spain and the terri-

---

<sup>52</sup> Perhaps the new state can direct some resources, for a limited period of time, to the old state, and so on. See Beran 1984.

<sup>53</sup> Beran 1984: 390 and Philpott 1995: 355. *Contra* Margalit and Raz 1990: 445.

tory we live in right now. We fail to be territorially concentrated only within the territory delimited by the secessionist movement». Accordingly, whether a group is territorially concentrated depends on what the boundaries are, and if we leave the delimitation those boundaries in the hands of the secessionist group, territorial concentration can be used as a normative consideration, and not merely as a condition of possibility, in order to prevent ulterior uses of the principle of the majority.

Recall that Beran's strategy can be interpreted as saying that the relevant boundaries would arise after recursive use of the majority principle. But in those Western societies where there are secessionist movements, there would be no recursive use of the majority principle. And given that, according to Beran, the secessionist movements would decide the territory within which the referendum should take place, it follows that the boundaries would be defined by secessionist movements – and this, once the recursive use of the majority principle has lost its apparent virtues, seems rather arbitrary from a democratic point of view.

## 5. Conclusion

I have assessed three possible democratic responses to the boundary problem for secession. Each of these responses leads to a dead end because of (at least) one of the following problems. (i) The argument based on individual preferences for secession offers no useful normative guidance for actual cases of secession (at least in the West) due to the lack of unanimity in such cases; and the next best option, i.e. majoritarianism, is flawed because until we know what the relevant boundary is, we cannot know what the relevant majority is. (ii) The strategy based on equal respect would extend the relevant demos to (at least) all inhabitants of the established state, with the likely outcome that the final decision will be against secession. (iii) The promising strategy of recursively using the majority principle is impracticable, because (again, at least in the West) minorities in the new independent states will not be territorially concentrated; and so there would be just one single use of the principle, with the arbitrary consequence that secessionists would *de facto* define the boundaries. (iv) Some democratic principles invoked to identify the relevant demos for secession – i.e. equal respect and political association – clash; and democratic theorists have not established a hierarchy between them.

In conclusion, it is impossible to be democratic all the way down when dealing with the whole process of secession – a process that includes not only the “How” but also the “Who”. Without being able to decide the “Who” in a fully democratic way, it is rather hard to see how a unilateral, democratic right to secede can be justified.

Two relevant worries remain, however. First, it might seem that I assign no value at all to a group's desire to form a new state. Their yearning for independence ap-

pears to be irrelevant for my argument: if it is not possible, in principle, to determine the relevant demos through democratic values, then the claim of those seeking independence counts for nothing. I reply that, from the fact that the boundary problem provides a *prima facie* case against democratic theories of secession that intend to be democratic about the “Who”, it does not follow that a group of people expressing their preference for secession is politically or morally irrelevant. Perhaps such an expressed preference does not morally ground a democratic right to secede via a referendum within the so-called secessionist region; but nevertheless I think there is a moral duty to address the considerations that motivate any such secessionist claim. Thus, an expressed preference for secession does not morally justify any unilateral action on behalf of the secessionists, but it does oblige the established state to address the concerns that secessionists invoke to justify their claim of secession – and when such concerns are not met, their expressed preference for secession also obliges the international community to press the established state to deal with those concerns. In conclusion, contrary to first appearances, people democratically expressing their desire to secede is not morally irrelevant – it just does not guarantee a unilateral *right* to secede.

The second worry that I want to briefly address, before ending this article, arises from my criticisms of democratic theories of secession. If it is truly impossible to democratically establish boundaries, then it would seem that this holds not only for secessionist boundaries, but also for the actual boundaries of existing, recognized states. To put it differently, the boundary problem affects both potential new states and established old states. So it might seem that, if I am right, my argument proves too much, since I would not be able to democratically justify the boundaries of actual states. Although I will not elaborate it here, my response is to say that I am not uncomfortable with such a conclusion. It was not my intention to justify the existence of actual states while denying such justification for potential new states. If it follows from my arguments that actual boundaries are also democratically unjustified, and that a world without borders is democratically justified, I am willing to bite the bullet. But an explicit argument for this stronger conclusion will have to wait for another occasion. In any case, if the consequences of my argument seem impracticable, because a world without borders is too far-fetched, then – as Goodin says when justifying his idea that virtually everyone everywhere should have a vote on virtually everything decided anywhere – «we need to begin thinking what arrangements might best approximate that ideal in some practice that is feasible»<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Goodin 2007: 64.

## References

- Abizadeh, A. (2008). *Democratic Theory and Border Coercion: No Right to Unilaterally Control your own Borders*, «Political Theory» 36, 37-65.
- Beitz, Ch. R. (1979). *Political Theory and International Relations*, Princeton, Princeton University Press.
- Beran, H. (1984). *A Liberal Theory of Secession*, «Political Studies», XXXII, 21-31.
- Beran, H. (1998). *A Democratic Theory of Political Self-Determination for a New World Order*, in P.B. Lehning (ed.), *Theories of Secession*, London, Routledge, 33-61.
- Buchanan, A. (1991). *Secession: The Legitimacy of Political Divorce From Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Boulder, Westview Press.
- Buchanan, A. (1998). *Democracy and Secession*, in M. Moore (ed.), *National Self-Determination and Secession*, Oxford, Oxford University Press, 14-34.
- Copp, D. (1997). *Democracy and Communal Self-Determination*, in R. McKim, J. Mahan (eds.), *The Morality of Nationalism*, Oxford, Oxford University Press.
- Dahl, R. (1989). *Democracy and its Critics*, New Haven (Conn.), Yale University Press.
- Gauthier, D. (1994). *Breaking Up: An Essay on Secession*, «Canadian Journal of Philosophy», 24, 357-371.
- Goodin, R. (2007). *Enfranchising All Affected Interests, and Its Alternatives*, «Philosophy and Public Affairs», 35, 40-68.
- Jennings, W.I. (1956). *The Approach to Self-Government*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Margalit, A., Raz, J. (1990). *National Self-Determination*, «Journal of Philosophy», 87, 439-461.
- Miller, D. (1997). *On Nationality*, Oxford, Oxford University Press.
- Moore, M. (2001). *The Ethics of Nationalism*, Oxford, Oxford University Press.
- Nielsen, K. (1998). *Liberal Nationalism and Secession*, in M. Moore (ed.), *National Self-Determination and Secession*, Oxford, Oxford University Press, 103-145.
- Norman, W. (1998). *The Ethics of Secession as the Regulation of Secessionist Politics*, in M. Moore (ed.), *National Self-Determination and Secession*, Oxford, Oxford University Press, 34-62.
- Patten, A. (2014). *Equal Recognition: The Moral Foundations of Minority Rights*, Princeton (NJ), Princeton University Press.
- Philpott, D. (1995). *A Defense of Self-Determination*, «Ethics», 105, 352-385.
- Shapiro, I. (1999). *Democratic Justice*, New Haven (Conn.), Yale University Press.
- Song, S. (2012). *The Boundary Problem in Democratic Theory: Why the demos should be Bounded by the State*, «International Theory», 4, 39-68.

- Walzer, M. (1983). *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books.
- Wellman C. (2005). *A Theory of Secession: The Case for Political Self-Determination*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Whelan, F.G. (1983). *Prologue: Democratic Theory and the Boundary Problem*, in J. Pennock, J.W. Chapman (eds.), *Nomos XXV: Liberal Democracy*, New York, NYU Press.
- Young, I.M. (2000). *Democracy and Inclusion*, Oxford, Oxford University Press.





Edizioni ETS  
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di settembre 2020

