

Capitolo settimo

Formalismo e scetticismo sulle norme

1. *La struttura aperta del diritto.*

In ogni ampio gruppo di persone il principale strumento di controllo sociale deve consistere in norme generali, criteri e principi, e non in direttive particolari rivolte separatamente a ogni individuo. Se non fosse possibile comunicare dei criteri generali di condotta, che, senza bisogno di ulteriori direttive, masse di individui possano comprendere, in quanto esigenti da loro un dato comportamento in certe occasioni, non potrebbe esistere nulla di ciò che oggi riconosciamo come diritto. Perciò il diritto deve riferirsi in modo prevalente, benché non esclusivo, a *classi* di persone, e a *classi* di atti, cose e circostanze: e la sua attività può avere efficacia per vaste sfere della vita sociale se è ampiamente diffusa una capacità di riconoscere atti, cose e circostanze particolari come esempi delle classificazioni generali attuate dal diritto.

Si sono usati due espedienti principali, a prima vista molto diversi fra loro, per comunicare tali criteri di condotta prima delle successive situazioni in cui devono essere applicati. Uno di questi fa un uso massimo e l'altro un uso minimo di termini generali classificatori. Il primo è esemplificato da ciò che chiamiamo la legislazione e il secondo dal precedente. Possiamo vedere le loro caratteristiche differenziali nei due seguenti semplici casi non giuridici. Un genitore prima di entrare in chiesa dice al figlio: «Tutti gli uomini e tutti i ragazzi devono togliersi il cappello quando entrano in chiesa». Un altro mentre si scopre il capo al momento di entrare in chiesa dice: «Guarda: questo è il modo in cui ci si deve comportare in tali occasioni».

La comunicazione o l'insegnamento di modelli di condotta per mezzo di esempi può assumere diverse forme, assai più complicate

del nostro semplice caso. Il nostro caso assomiglierebbe più strettamente all'uso giuridico del precedente, se, invece di dire al bambino in una particolare occasione di considerare quello che egli fa entrando in chiesa come un esempio di ciò che si deve fare, il padre presupponesse che il figlio lo consideri un'autorità in materia di comportamento corretto, e lo osservi per imparare il modo in cui ci si deve comportare. Per avvicinarci maggiormente all'uso giuridico del precedente dobbiamo supporre che il padre consideri se stesso e sia considerato da altri come una persona che accetta i criteri tradizionali di condotta e non ne introduce di nuovi.

La comunicazione per via di esempio in tutte le sue forme, anche se accompagnata da qualche direttiva generale di carattere verbale come «Fa' quello che faccio io», può lasciare aperta una serie di possibilità, e perciò di dubbi, in relazione a ciò che si vuole, perfino in rapporto a cose che la persona desiderosa di comunicare ha essa stessa chiaramente contemplato. Fino a che punto deve giungere l'imitazione? È rilevante il fatto che si usi la mano sinistra, invece della destra, per togliere il cappello? Che l'atto sia compiuto lentamente o velocemente? Che il cappello venga messo sotto la sedia? Che non venga rimesso in testa una volta entrati in chiesa? Tutte queste sono varianti di alcune generali domande che il bambino può porsi: «In quali modi il mio atto deve assomigliare al suo per essere giusto?» «Quale aspetto precisamente della sua condotta deve servirmi da guida?» Nel capire l'esempio il bambino pone attenzione ad alcuni dei suoi aspetti piuttosto che ad altri. Nel fare questo egli è guidato dal senso comune e dalla conoscenza del tipo generale di azioni e scopi che gli adulti ritengono importanti, e dalla sua valutazione del carattere generale dell'occasione (andare in chiesa) e del tipo di comportamento adatto ad essa.

In contrasto con l'indeterminatezza della comunicazione per via d'esempi, la comunicazione di criteri generali di condotta per mezzo di esplicite forme linguistiche di carattere generale («Ogni uomo deve togliersi il cappello entrando in chiesa») sembra chiara, attendibile e certa. Le caratteristiche che devono essere prese come guida generale di condotta sono in questo caso riconosciute attraverso le parole: esse vengono rese esplicite per mezzo delle parole, e non

lasciate confuse con le altre in un esempio concreto. Per capire ciò che si deve fare in altre occasioni il bambino non ha più da indovinare qual è l'azione che si vuole, o che verrà approvata: egli non viene lasciato a riflettere circa il modo in cui la sua condotta deve assomigliare all'esempio se deve essere giusta. Viceversa, egli si trova di fronte a una spiegazione verbale che può usare per riconoscere quello che dovrà fare in futuro e quando lo dovrà fare. Deve soltanto riconoscere degli esempi di chiari termini linguistici, «summare» dei fatti particolari entro categorie classificatorie generali e trarne una semplice conclusione sillogistica. Egli non si trova di fronte all'alternativa fra la scelta a suo rischio e pericolo e la ricerca di un'ulteriore guida dotata di autorità. Ha una norma che può applicare da se stesso a se stesso.

Gran parte della teoria del diritto di questo secolo è stata caratterizzata dalla graduale comprensione (e talvolta dall'esagerazione) del fatto importante che la distinzione tra le incertezze della comunicazione per mezzo di esempi dotati di autorità (precedente), e le certezze della comunicazione per mezzo del linguaggio generale dotato di autorità (legislazione) è assai meno stabile di quanto possa apparire da questa ingenua contrapposizione. Anche quando si usano norme generali formulate verbalmente possono saltare fuori in particolari casi concreti delle incertezze relative al tipo di comportamento da queste richiesto. Le situazioni di fatto generali non ci attendono già distinte l'una dall'altra, e contrassegnate come esempi della norma generale, la cui applicazione è in questione: né la norma stessa può farsi avanti a reclamare i propri esempi. In tutti i campi dell'esperienza, non soltanto in quello delle norme, vi è un limite, insito nella natura del linguaggio, alla guida che il linguaggio in termini generali può offrire. Vi saranno invero dei casi chiari che ricorrono costantemente in contesti simili ai quali le espressioni generali sono chiaramente applicabili («Se mai esistono dei veicoli l'automobile è uno di questi»), ma vi saranno anche dei casi in cui non è chiaro se esse si applicano o no. («Il termine "veicolo" usato in questo contesto include le biciclette, gli aeroplani e i pattini a rotelle?») Queste ultime sono situazioni di fatto, messe continuamente sulla scena ad opera della natura o dell'invenzione umana, che possiedono soltanto

alcune caratteristiche dei casi normali, mentre sono prive di altre. I canoni «interpretativi» non possono eliminare queste incertezze, benché possano diminuirle: infatti questi canoni sono essi stessi norme generali per l'uso del linguaggio, e fanno uso di termini generali che richiedono a loro volta di essere interpretati. Essi non possono, al pari di altre norme, stabilire dei criteri per la propria interpretazione. I casi normali, in cui i termini generali sembrano non avere bisogno di alcuna interpretazione e in cui il riconoscimento degli esempi appare non problematico o «automatico», sono soltanto quelli familiari, ricorrenti in modo costante in contesti simili, rispetto ai quali vi è un accordo generale circa l'applicabilità dei termini classificatori.

I termini generali sarebbero inutili per noi come mezzo di comunicazione se non esistessero questi casi familiari, generalmente non soggetti a dubbi. Ma anche le varianti del caso familiare esigono una classificazione sulla base dei termini generali che in ogni dato momento formano parte delle nostre risorse linguistiche. Qui si forma qualcosa che ha la natura di una crisi nella comunicazione: vi sono ragioni sia pro sia contro il nostro uso di un termine generale, e nessuna stabile convenzione o accordo generale ne impone l'uso o, d'altra parte, il rigetto da parte della persona che si occupa della classificazione. Se in tali casi devono essere risolti dei dubbi, chiunque li debba risolvere deve compiere un atto che ha il carattere di una scelta tra alternative.

A questo punto, il linguaggio generale dotato di autorità nel quale una norma è espressa può guidare solo in un modo incerto, proprio come l'esempio dotato di autorità. Qui viene meno l'idea che il linguaggio della norma ci metterà in grado semplicemente di trovare degli esempi facilmente riconoscibili: la sussunzione e la deduzione di una conclusione sillogistica non caratterizza più il nerbo del ragionamento che si svolge quando si determina il comportamento corretto. Viceversa, il linguaggio della norma sembra contrassegnare ora soltanto un esempio dotato di autorità, cioè quello costituito dal caso normale. Questo può essere usato in buona parte nello stesso modo di un precedente, benché il linguaggio della norma limiti le caratteristiche che richiedono attenzione in modo sia più permanen-