

# STUDI SOCIALI E DIRITTO





Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, 2014
2. F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, 2016
3. C.A. D'ALESSANDRO, C. MARCHESI (a cura di), *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, 2018
4. A. ZOPPINI, P. SIRENA (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, 2018
5. F. CAGGIA, G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, 2019
6. A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, 2021

Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza  
Collana “Studies in Law and Social Sciences”

**7**

**Raffaello Lupi**

# STUDI SOCIALI E DIRITTO



*RomaTre-Press*  
2022

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

*Coordinamento editoriale:*  
Gruppo di Lavoro *Roma TriE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

*Impaginazione:* Colitti-Roma [colitti.it](http://colitti.it)

Caratteri tipografici utilizzati:  
Brandon Grotesque (copertina e frontespizio)  
Adobe Garamond Pro (testo)

*Edizioni: Roma TriE-Press* ©  
Roma, dicembre 2022  
ISBN: 979-12-5977-125-4

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TriE-Press* è svolta nell'ambito della  
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza

*Studies in Law & Social Sciences*

La collana è diretta da

GUIDO ALPA • CARLO ANGELICI • ADOLFO DI MAJO • NICOLÒ LIPARI  
SALVATORE MAZZAMUTO • PIETRO RESCIGNO

*Coordinatore*

ANDREA ZOPPINI

*Comitato Scientifico*

Mads Andenas; William Burke-White; Emanuele Conte; Luca Enriques; Jorg Fedtke; Giuseppe Grisi; Andrea Guaccero; Martijn Hesselink; Francesco Macario; Giulio Napolitano; Antonio Nicita; Giorgio Resta; Giacomo Rojas Elgueta; Pietro Sirena; David A. Skeel; Noah Vardi; Anna Veneziano; Vincenzo Zeno-Zencovich.

La collana *Studies in Law and Social Sciences* intercetta nuove frontiere nello studio del diritto italiano, del diritto di matrice europea e poi del diritto comparato e transnazionale. In questa prospettiva, ospita lavori che propongono una nuova lettura delle fonti del diritto, dei fenomeni giuridici, dei rapporti fra diritto e società, osservati sia con i tradizionali strumenti ermeneutici e sistematici del giurista, sia attraverso il prisma conoscitivo delle scienze sociali. La collana, aperta a lavori redatti anche in lingue straniere, è pubblicata su una piattaforma editoriale digitale *open access*.

*The Roma TrE-Press Studies in Law and Social Sciences Series sets itself at the crossroads of research in Italian and European law, and of comparative and transnational legal studies. It publishes groundbreaking work on legal issues, on sources of law and on the interactions between law and society. This perspective is pursued not only by using traditional tools of legal scholarship, but also through the application of the “Law and...” methodology. The series publishes studies in Italian and foreign languages and is hosted on an open access digital platform.*



## Indice

<i>Prefazione e visione d'insieme</i>	1
---------------------------------------	---

### CAPITOLO I

#### SPIEGAZIONI SOCIALI TRA FONTI DI SENSO, LETTERATURA E SCIENZE FISICHE

1. Ricerca di spiegazioni e fonti di senso come specificità umana	3
2. Risposte metafisico-valoriali in forma letteraria	5
3. Studio della materia tra potenzialità e reinterpretazioni letterarie	7
4. Complessità dell'era aziendale e compiti degli studi sociali	8
5. Deficit di socialità per l'ispirazione alle scienze della materia	11
6. L'interlocuzione sociale con gli interessati (pubbliche opinioni)	16
7. Studi sociali e propaganda politica	19
8. Spiegazioni sociali e <i>mass media</i>	21
9. Spunti metodologici di studio sociale: accessibilità, oggetto, interazione, coordinamento, linguaggio, etc.	25

### CAPITOLO II

#### DIRITTO TRA TECNICA E SPIEGAZIONI GIURIDICO SOCIALI

1. Tecniche e studi sociali: diritto e ragioneria	31
2. Sfera politico-giuridica della socialità e pubbliche funzioni	33
3. Inadeguatezza della tradizione tecnica davanti alla carenza di spiegazioni sociali	35
4. Sensibilità tecnica come strumento di spiegazione sociale	38
5. Diritto come studio d'incarichi socialmente controllati, incluse le funzioni pubbliche	40
6. Spiegazioni sociali e settorializzazione accademica del diritto	44
7. Spiegazioni giuridico sociali come strumento d'internazionalizzazione	48
8. Spiegazioni giuridico sociali e didattica	50

### CAPITOLO III

#### PRINCIPI GIURIDICO SOCIALI

1. Il diritto embrionale dei gruppi paritetici e le deleghe politiche	53
2. Intreccio tra diritto dei giuristi e dello stato	55
3. Implosione del diritto dello stato e principi giuridico sociali come punto di ri-partenza	57
4. Diritto e incentivi o disincentivi sociali (la "sanzione")	61
5. Principio del probabilismo empirico del giudizio di fatto	64
6. L'interpretazione giuridica, tra lettera e spirito	66
7. Funzionalità dell'interpretazione a seconda dell'autore	69
8. Discrezionalità come potere d'indirizzo e sua rimozione culturale	70
9. ( <i>Segue</i> ). Le connesse deresponsabilizzazioni	74
10. Principio del controllo sociale sulle pubbliche funzioni	79
11. Principio di responsabilità e funzioni pubbliche	80
12. La giurisdizione nel quadro della giuridicità	83
13. Principio di autotutela nelle funzioni non giurisdizionali	89
14. ( <i>Segue</i> ). Suo controllo politico-gerarchico e giurisdizionale	92



## *Prefazione e visione d'insieme*

Le considerazioni sulla socialità e il diritto in generale, esposte in questo volume, hanno alle spalle decenni di riflessione e pratica nel settore tributario; si tratta di un ottimo punto di osservazione sulla soddisfazione dei bisogni tramite produzione e distribuzione del reddito, sui rapporti tra stato e mercato, coi loro riflessi giuridici tra diritto dei privati e delle funzioni pubbliche. Oggi il settore tributario è anche uno dei tanti senza spiegazioni sociali adeguate alla complessità della convivenza moderna. Anche qui gli studi economici, politologici e socio-antropologici riescono sempre meno a coordinare percezioni e riflessioni sui vari temi della socialità; nati per interagire, a vari livelli d'attenzione, coi rispettivi interessati, si sono ripiegati nell'autoreferenzialità, imitando le scienze fisiche. Restano suppienze narrative letterarie, nell'odierna versione giornalistica, ripiegate su cronache sensazionalistiche, che non fronteggiano la confusione, e fors'anche la alimentano.

È uno dei tanti settori in cui gli studi giuridici, nati come sapere per tecnici, possono contribuire a spiegazioni sociali, valorizzando la propria conoscenza della realtà, radicata nella suddetta tradizione tecnica. Quest'ultima non va rinnegata, ma valorizzata, senza disperdersi da un lato nei tecnicismi su normative redatte in modo emotivo e dall'altro su generiche divagazioni *socio-valoriali*. Se vuole orientarsi nella decifrazione tecnica delle regole, il diritto deve dedicarsi, dove ce n'è bisogno, a *spiegazioni giuridico sociali*, prima di tutto delle funzioni pubbliche. In queste spiegazioni dovrebbero unirsi la sensibilità sui concetti tecnici del diritto (regola, valore, legislazione, interpretazione, sanzione, processo etc) e il coordinamento di percezioni e riflessioni degli interessati ai vari temi della socialità; si tratta delle opinioni pubbliche di settore, aggregazioni quali-quantitative di chi si interessa, con diversa intensità e continuità, ai relativi temi, ed è quindi interlocutore di studi sociali che vi si dedicano stabilmente. Come studio sociale il diritto si dedica cioè al coordinamento e alla contestualizzandone di percezioni e riflessioni dei suddetti interessati. Le spiegazioni giuridico sociali giovano sia al diritto come sapere per tecnici sia alla società nel suo insieme; grazie a loro infatti diminuisce la confusione dell'opinione pubblica e i margini per la demagogia, con una legislazione redatta in modo più consapevole della realtà sociale. La tradizionale prospettiva del diritto come *sapere per tecnici* giova al diritto come studio sociale, cioè *sapere per conoscere*. Sono due

profili interdipendenti, tra cui esistono innumerevoli combinazioni, visto che per *saper fare* occorre *sapere*. Partito come *sapere per tecnici*, incardinato sul sapere comune, il diritto oggi deve darsi in qualche misura carico anche di coordinare il sapere comune sui temi di propria competenza. In qualche misura il diritto deve saper essere anche studio sociale (ecco il senso del titolo), dedicandosi al *sapere per conoscere* le diverse funzioni pubbliche (ed è già un *vaste programme*). Il diritto come studio sociale deve cioè inserirsi sul bagaglio cultural esperienziale comune degli interessati ai propri temi, sempre più spesso insufficiente a comprenderli. Le regole, oggetto del tradizionale studio tecnico del diritto, sono inevitabilmente sempre meno comprensibili *ex se* cioè *autoesplicative*, e quindi sono sempre più necessarie le suddette spiegazioni giuridico sociali. Esse prescindono dai dettagli delle varie normative di settore, che spesso aumentano addirittura la confusione. Bisogna invece guardare la realtà e sistematizzare percezioni e riflessioni su di essa, secondo l'auspicio a *parlare di cose, non di norme*, che ho ascoltato spesso da Giacinto Della Cananea.

Questo compito di interpretazione del *dato sociale* è agevolato dalla sensibilità nell'interpretazione del *dato normativo*, aumentando gli interlocutori delle spiegazioni giuridico sociali. Si aggiungono infatti ai tecnici altri interessati, come operatori della comunicazione, della politica, delle istituzioni o degli altri studi sociali. Ciò rende necessario il suddetto adattamento espositivo alle curve d'attenzione ed ai bagagli culturali dei diversi interessati; quest'interazione con l'uditorio rappresenta il senso della *socialità*; essa consente agli interlocutori di interiorizzare e rielaborare l'esposizione secondo le loro inclinazioni (rende l'idea una frase trovata non so dove in rete *we don't teach but just help you to explore yourself*).

Viste le innumerevoli opere che si sono occupate di questi temi effettuerò solo le citazioni utili a cogliere più rapidamente il senso del discorso; è verosimile infatti che gli interessati a un certo argomento preferiscano le riflessioni su di esso ai riferimenti a chi si è posto analoghi interrogativi nel passato.

Quest'esperimento di saggistica *sociale* non ha i limiti delle narrazioni letterarie, e quindi suscita innumerevoli collegamenti e associazioni d'idee. Alcune di esse si trovano in miei testi metodologicamente simili, ma più *tematici*, come *La funzione amministrativa d'imposizione tributaria*, già pubblicato da LGS editore, 2022. Sono in corso di pubblicazione anche *L'era aziendale*, *La contabilità d'impresa spiegata dai giuristi*, ed altri che auspico di redigere assieme ad altri autori, che condividano le modalità espositive qui proposte.

## Capitolo I

### *Spiegazioni sociali tra fonti di senso, letteratura e scienze fisiche*

Gli interrogativi di fondo della specie umana sono stati fronteggiati per millenni con spiegazioni metafisiche e filosofiche, diffuse mediante narrazioni letterarie. Su questo sfondo si sono inserite da alcuni secoli le spiegazioni basate sullo studio della materia. Benchè molto promettenti, esse richiedono un'organizzazione sociale complessa, esaminata sotto varie prospettive dagli studi sociali. L'ispirazione alle scienze della materia, ovvero a preconcetti ideologico valoriali, ne ha provocato una forte autoreferenzialità. Per superarla serve riflettere sui destinatari, ed il ruolo degli studi sociali, con alcuni suggerimenti metodologici.

SOMMARIO: 1. Ricerca di spiegazioni e fonti di senso come specificità umane – 2. Risposte metafisico-valoriali in forma letteraria – 3. Studio della materia tra potenzialità e reinterpretazioni letterarie – 4. Complessità dell'era aziendale e compiti degli studi sociali – 5. Deficit di socialità per l'ispirazione alle scienze della materia – 6. L'interlocuzione sociale con gli interessati (pubbliche opinioni) – 7. Studi sociali e propaganda politica – 8. Spiegazioni sociali e *mass media* – 9. Spunti metodologici di studio sociale: accessibilità, oggetto, interazione, coordinamento, linguaggio, etc.

#### 1. *Ricerca di spiegazioni e fonti di senso come specificità umane*

La socialità riguarda molte specie animali, non solo gli esseri umani; questi ultimi hanno tuttavia elaborato capacità di astrarre, prevedere, immaginare, progettare. Lo si vede anche nelle tecniche di produzione di utensili, altra specificità umana a forte caratura *sociale*, come lo studio della materia, di cui diremo al par. 1.3.

Tra queste caratteristiche spicca anche la consapevolezza di sé stessi, con domande tipicamente umane tipo *da dove vengo, dove vado, quanto mi resta ancora* del protagonista di *Blade Runner* dopo che il replicante umanoide ha recitato il noto *io ne ho viste di cose che voi umani etc.etc.*. Questo film del 1982 è ambientato nel 2019, ormai trascorso da tempo senza la creazione di *uomini artificiali*; analoghe riflessioni potrebbero farsi per *2001 Odissea nello spazio*, del 1968, e *2022 i sopravvissuti* del 1973. Sono

indizi della velocità dell'immaginazione, a forte caratura emotiva, rispetto alla gradualità delle scienze fisiche. Questa sopravvalutazione della scienza fronteggia il suddetto bisogno, esistenziale se non religioso, di spiegazioni. Lo confermano le fughe in avanti su *intelligenza artificiale*, neuroscienze, bioingegneria etc., dietro cui s'intravede il fascino della riproduzione di sé stessi, *facendosi Dei*<sup>1</sup>.

È la risposta moderna ad antichi bisogni di senso, tipicamente umani. Non risultano infatti presso altri animali sociali le metafisiche con cui, soddisfatta la sussistenza di base, si fronteggia il suddetto bisogno di spiegazioni sull'eternità e l'infinito. Attorno a questo bisogno si intrecciano magie, culti, mitologie, miti, da Orfeo, al Golem e Frankenstein. In essi e tanti altri s'intravede la possibilità che la scienza consenta allo spirito individuale di mantenersi e progredire nonostante il decadimento fisico del corpo. Le risposte della scienza richiedono però tempi lunghi, risorse notevoli e quindi l'organizzazione sociale articolata di cui al par. 1.4; se invece ci si lascia andare all'immaginazione la scienza diventa *fantascienza* e la fisica *metafisica*<sup>2</sup>.

Per evadere da questi interrogativi ci si rifugia in bisogni che travalicano quelli di sussistenza, secondo il paradosso consumista del *superfluo più utile del necessario*, come nella canzone di Gaber *Far finta di essere sani*. Non a caso, la difficoltà di spiegare i comportamenti umani cresce nella misura in cui la sussistenza di base è soddisfatta, e rilevano i bisogni di senso, cioè gli interrogativi esistenziali suddetti. Sono risposte che cambiano a seconda di come ognuno interagisce con l'ambiente sociale, secondo i margini di scelta tipici degli esseri umani, rispetto al resto degli animali sociali, chiamati *libero arbitrio*. Questi margini hanno molte convergenze, variamente combinabili a seconda delle circostanze, delle scale di valori, delle fonti di senso, delle aspirazioni esistenziali. Paradossalmente, nelle società in cui il sostentamento di base è facile, esso smette di essere un collante sociale, ed il superfluo diventa non solo *più utile del necessario*, ma anche divisivo, fonte di sterile invidia sociale. Anche se, per certi aspetti, gli esseri umani sono *fatti della stessa sostanza di cui sono fatti i sogni*, vivono insieme per soddisfare *bisogni*. La necessità di cooperare rende necessaria quindi una certa coesione sulle fonti di senso, che ritroveremo al par. 1.2 e 1.4, sul ruolo degli studi sociali. È un riflesso dell'eterna dialettica, tra *individui* e *società*, variabile nei diversi contesti spazio temporali, in cui gli studi sociali possono mettere l'ordine di cui

<sup>1</sup> Noah Harari, *Sapiens, da Animali a Dei*, e *Homo Deus Breve storia del futuro*.

<sup>2</sup> Coglie questi atteggiamenti la vecchia pubblicità visibile digitando in rete *potevamo stupirvi con degli effetti speciali*.

al par. 1.9, ma che non è formalizzabile in *leggi sociali* analoghe a quelle *naturali* che governano la materia.

Passiamo quindi in rassegna, ai prossimi paragrafi, questi fattori aggreganti, fino ad arrivare al ruolo degli studi sociali (par. 1.4).

## 2. Risposte metafisico-valoriali in forma letteraria

Le prime risposte agli interrogativi di cui al paragrafo precedente furono metafisico-religiose e antropomorfe. Esse rappresentavano le forze della natura in forma umana, personalizzando il sole, le nuvole, le foreste, i fiumi, i pianeti etc. Era l'idea che tutto possedesse uno spirito, o avesse dietro di sé un nume (il *genius loci*), il che spiega la definizione di *animismo*. Questa componente antropomorfa è rimasta nelle successive metafisiche, mitologie più raffinate, ma sempre trascendenti; a ciascuna di esse si accompagnavano *concezioni del mondo* (c.d. *weltanschauung*) combinate con la *routine* dei bisogni materiali e della vita pratica, secondo vari equilibri spazio-temporali e di classe sociale.

Ristretti ambienti culturali liberi dal bisogno affiancarono infatti alle suddette spiegazioni metafisiche altre, parzialmente o totalmente *razionalistico filosofiche*. Ciò avvenne nel pensiero ellenistico, con stoicismo, epicureismo e altre filosofie anticipatrici dello studio della materia di cui al paragrafo seguente (L. Russo, *La rivoluzione dimenticata. Il pensiero scientifico greco e la scienza moderna*, Milano, Feltrinelli, 1997). Quest'antico razionalismo filosofico fu inglobato nel nuovo collante sociale rappresentato dal mondo romano e dal cristianesimo, coi suoi tentativi di conciliare fede e ragione; le spiegazioni razionalistico-filosofiche furono tollerate, coltivate e incoraggiate, salvo reprimerle quando ritenute pericolose per la religione come collante dell'ordine sociale. Su questi confini si giocarono eresie, persecuzioni e guerre di religione; esse sono incomprensibili nell'odierna *società aperta* (par. 1.4), ma coerenti con lo spirito dei tempi in cui si verificavano. Le metafisiche assolvevano cioè un compito di coesione del gruppo, che ritroveremo al par. 1.7 sui rapporti tra studi sociali e politica; l'ordine e l'organizzazione della società richiedono infatti sufficienti basi condivise nella pubblica opinione (par. 1.6). Un tempo si trattava delle fedi religiose, delle necessità di sussistenza economica, poi delle credenze politico-ideologiche<sup>3</sup>, consumistiche o

---

<sup>3</sup> Non a caso Carl Schmidt parlava di *Teologia politica* sottolineandone la natura di fonte di senso.

persino affettivo-comportamentali di massa.

Queste fonti di senso, e sistemi di valori, circolavano, e circolano, in modi diversi, a seconda degli ambienti sociali; poteva trattarsi dei riti collettivi, a forte valenza religiosa, delle comunità rurali, in cui nell'era agricola rientrava la maggior parte della popolazione. Tra chi era meno assorbito dalla sussistenza, le metafisiche, le filosofie e le ideologie circolavano in buona parte attraverso l'intrattenimento letterario, poetico, epico, artistico, ludico. Queste manifestazioni dello spirito combinavano variamente aspetti di comunicazione *letteraria*, evocando le domande esistenziali di fondo di cui al par. 1.1, interpretazioni della realtà, strutture mentali e scale di valori. Queste *narrazioni* artistico-letterarie generalizzavano, rielaboravano, ritrasmettevano e trasfiguravano percezioni, convinzioni, riflessioni ed *esperienze* di vita, facendo leva su immaginazione, emotività e fonti di senso. Le narrazioni storico-letterarie, col fascino e l'ordine del racconto, passavano in rassegna vizi, virtù, emozioni, qualità e difetti di personaggi con cui i lettori si potevano identificare e differenziare. Intrecciando esperienze esistenziali, sfondi metafisici generali e narrazioni letterarie, le strutture culturali si sono trasmesse e modificate nei secoli (par. 1.6). Quest'aspetto letterario ed emotivo è ancor oggi dominante nella propaganda politica e sui mezzi di comunicazione, come vedremo rispettivamente ai par. 1.7 e 1.8.

Il fondamento di fonti di senso e sistemi di valori, pur di fatto rilevabili nei diversi contesti spazio temporali, non è empiricamente dimostrabile sul piano conoscitivo. Quest'indimostrabilità dei valori, afferrabile anche con una riflessione di senso comune, è stata definita in vari modi. C'è chi l'ha chiamata *legge di Hume, is-ought question*, distinzione del dover essere (*sollen*) dall'essere (*sein*), impossibilità di ricavare *prescrizioni* da *descrizioni*, *grande divisione* rispetto allo studio della materia. Il punto fermo è che le fonti di senso, le varie risposte agli interrogativi esistenziali di cui al par. 1.1 non sono confermabili nel modo sperimentale tipico delle scienze della materia. È un po' il rapporto tra fede e ragione, di cui si discuteva nel medioevo, dove la prima è un simbolo di fonti di senso. Queste scale di valori sono state definite *credenze* in quanto dipendenti da fattori casuali e individuali; si tratta ad esempio della selezione di percezioni esperienziali, di sollecitazioni e rimozioni, di curve di attenzione, di disponibilità di tempi ed energie in eccesso rispetto a quelle necessarie alla sussistenza materiale.

Benchè siano sempre in qualche misura ineffabili, i valori esistono nei vari contesti spazio temporali; attorno ad essi ruotano riflessioni convergenti, come il tentativo, risalente a Bentham, di elaborare una morale razionale, per confrontare vantaggi e svantaggi oggettivi delle

azioni umane (c.d. *utilitarismo* rinvenibile anche nel c.d. *ottimo Paretiano*). Le convergenze valoriali nello spazio e nel tempo, sia pure mutevoli, costituiscono però un *dato sociale* analizzabile sul piano *conoscitivo*. Quest'ultimo esamina l'intensità, la diffusione spazio temporale di valori, credenze e fonti di senso, senza approvarle o disapprovarle. Si tratta di capire e spiegare, senza preferenze valoriali positive o negative (*wertfrei*, come diceva Weber), perché certi individui, o gruppi di individui, agiscono in un determinato modo, dando importanza a determinati valori. È così per certi aspetti possibile sostituire il *dato sociale* al *dato naturale*, analizzato dalle scienze della materia, su cui il prossimo paragrafo.

### 3. *Studio della materia tra potenzialità e reinterpretazioni letterarie*

A partire dal diciassettesimo secolo, in Europa, ripresero forza le antiche (par. 1.2) ricerche di spiegazioni indagando la natura e la materia. I loro successi sono evidenti e tutti ne conoscono le ricadute tecnologiche, fisiche, chimiche, meccaniche, elettroniche, informatiche, biologiche e mediche, nelle c.d. *scienze della vita*; queste ultime assumono a oggetto di studio lo stesso essere umano, nella sua componente fisica, con promettenti prospettive di ricerca di lungo periodo.

Pur essendo il nuovo punto di riferimento del sapere, le scienze della materia non possono soddisfare nell'immediato gli interrogativi esistenziali del genere umano. Anzi, la loro novità metodologica, rispetto alle metafisiche e alle altre fonti di senso, è proprio quella di procedere pian piano, a passaggi successivi. È un sano gradualismo, senza l'illusione di risolvere in un colpo solo tutti gli interrogativi di cui al par. 1.1, come facevano le metafisiche, le antiche filosofie (par. 1.2) e molte moderne riflessioni socio-antropologiche (par. 1.5). La conoscenza della materia si stratifica invece lentamente, senza rimettere tutto continuamente in discussione, e ha bisogno di socialità, come indicato al paragrafo successivo; anche per questo gli scienziati non rivolsero attacchi distruttivi a religioni, ideologie e altre fonti di senso; prima di tutto si sarebbe trattato di attacchi puramente distruttivi, cioè sterili, che non avrebbero accelerato il progresso dello studio della materia. Inoltre questi attacchi avrebbero messo a rischio la coesione del gruppo, garanzia dell'ordine sociale, di cui gli stessi scienziati avvertivano la necessità per studiare la materia, come vedremo al prossimo paragrafo. Gli studiosi della materia non sono infatti politici o agitatori, e non a caso molti furono anche uomini di fede. Gli scienziati non utilizzavano insomma le prospettive dello studio della materia come

strumento politico contro le strutture di coesione e ordine sociale vigenti nei diversi contesti spazio-temporali. L'unica loro richiesta era che esse non limitassero lo studio della materia per preconcetti metafisico-valoriali. Sullo sfondo di queste ricerche c'è l'idea che studiando la materia si possano trovare risposte consolanti agli interrogativi di cui al par. 1.1. Le scienze fisiche danno cioè la speranza che un giorno lo studio della materia spieghi lo spirito e l'entità chiamata "anima". Forse è un'illusione rispetto all'ipotesi che gli esseri umani siano solo materia momentaneamente aggregata, proveniente da un infinito passato e destinata a un infinito futuro. Tuttavia, è consolante non perdere queste speranze di lungo periodo, anche se andrebbero evitati i prematuri entusiasmi per l'uomo che ricrea l'uomo tramite *neuroscienze* e *intelligenze artificiali*, per molti versi disumane, nel senso di *non umane*, come avevamo detto al par. 1.1.

Qualunque cosa si pensi sul destino dei singoli, solo per la società, nel succedersi delle generazioni, è ipotizzabile raggiungere queste spiegazioni e realizzare queste speranze; tra esse anche quella che le scienze della materia consentano la sopravvivenza del genere umano, nonostante l'esaurimento delle risorse naturali e le modificazioni spontanee del sole e delle galassie.

Contribuire oggi a questi obiettivi può essere una fonte di senso individuale, al di là di ironici interrogativi tipo "cos'hanno fatto i posteri per noi", sintomo di una società individualista. Ogni generazione che non voglia essere l'ultima deve invece inserirsi sul lascito, materiale e spirituale, delle precedenti, gestirlo, reinterpretarlo, rielaborarlo e trasmetterlo alle successive. È il senso della metafora di Bernardo di Chartres sui *nani sulle spalle dei giganti*, che evoca il continuo passaggio di testimone tra antenati e discendenti. È un circuito in cui anche gli studi sociali hanno un ruolo, indicato ai prossimi paragrafi.

#### 4. *Complessità dell'era aziendale e compiti degli studi sociali*

Lo studio della materia comporta sempre più relazioni tra studiosi, condivisione di ipotesi ed esperimenti tra innumerevoli ricercatori; è insomma passato, se è mai esistito, il tempo degli inventori solitari, geniali e un po' matti, oggetto di narrazioni letterarie come il Van Helsing cinematografico di *Dracula morto e contento*. Anche lo studio della materia è ormai sempre più *sociale*, come confermano i costi enormi della c.d. ricerca di base, senza immediati ritorni economici, a carico di bilanci pubblici o di

finanziatori privati istituzionali, come fondazioni di grandi aziende; queste ultime finanziano anche la ricerca applicata a riprova della socialità dello studio della materia, che richiede anch'esso il controllo sociale di cui al par. 3.10. Sarebbero quindi da approfondire le relative modalità di controllo<sup>4</sup>, valorizzando l'internazionalizzazione (par. 2.7 all'inizio) e le discipline contigue (c.d. *interdisciplinarietà*); l'obiettivo è evitare conflitti d'interesse, più o meno consapevoli, in capo alle ristrette accademie nazionali-settoriali di cui al par. 1.9.

Nella società industriale le scienze della materia concorrono infatti agli indirizzi politici, dando un peso agli elementi conoscitivi a loro disposizione, come per la pandemia covid19 e i cambiamenti climatici. Questa *valutazione sociale*, in termini di costi e benefici, dello studio della materia, considerando le prospettive di scoperta e applicazione, è un indizio di una più generale complessità della moderna *Era aziendale*, riprendendo il titolo del mio volume indicato in premessa. La produzione tecnologica di serie di beni e servizi, resa possibile dallo studio della materia, aumenta la frammentazione di ruoli, di competenze, di saperi. Neppure attività lavorative di vertice, come quelle politiche, dirigenziali e professionali di alto livello, assicurano da sole un'organica visione della socialità odierna. Gli studi sociali nascono per fronteggiare un bisogno di riflessione su questa complessità, essendo diffusamente percepibile il paradosso, riferibile a Von Hayek, secondo cui *più civili diventiamo, più il singolo ignorerà ciò da cui dipende il funzionamento della sua civiltà*. Qualche profilo di essa è ovviamente accessibile, ma trasmette percezioni, e suscita riflessioni, numerosissime, segmentate e sfuggenti. Servono spiegazioni, e per questo alle *narrazioni artistico-letterarie*, con cui erano veicolati valori e mappe cognitive della società agricola, si sono affiancati negli ultimi secoli gli studi sociali. Il loro impatto su formazione, modificazione e trasmissione di conoscenze condivise sull'odierna socialità è però purtroppo inferiore al necessario. Ne vedremo al par. 1.5 alcune ragioni metodologiche, eliminabili nei modi di cui al par. 1.9. Tuttavia le spiegazioni sociali hanno uno svantaggio comunicativo rispetto alla tradizionale letteratura, non essendo tenute insieme da un racconto che le renda interessanti, da una storia umana e da protagonisti con cui il lettore possa confrontarsi.

---

<sup>4</sup> La valutazione sociale dello studio della materia è ancora a uno stadio preliminare, tra un'ottimistica *democrazia dei saperi* (G. CORBELLINI, *Scienza, quindi democrazia*, Einaudi, Torino, 2011, A. BONACCORSI, *La valutazione possibile. Teoria e pratica nel mondo della ricerca*, Bologna, Il Mulino, 2015) e il disincanto (L. SÉGALAT, *La scienza malata? Come la burocrazia soffoca la ricerca*, Cortina Editore, Milano, 2010).

Inoltre le spiegazioni sociali, avendo finalità conoscitiva, dovrebbero programmaticamente evitare suggestioni emotivo-valoriali, indimostrabili come indicato al par. 1.2, che invece la letteratura usa con larghezza.

Tuttavia queste spiegazioni sono indispensabili per la coesione sociale su temi altrimenti divisivi; si pensi ad esempio ai problemi della distribuzione del reddito in proporzione al contributo dato alla sua produzione, a quello della famiglia di appartenenza, alla dignità sociale di base che il gruppo decide di riconoscere per motivi solidaristici etc.. Per rendersene conto basta pensare alla lettura del presente con concetti del passato (cfr il mio *L'era aziendale*, citato in premessa) o al mito diffuso del consumo senza produzione, come se le merci potessero materializzarsi per magia sugli scaffali dei supermercati. Adeguate spiegazioni sociali servono a contenere, entro limiti accettabili (par. 3.10 sul controllo sociale), la propaganda, la suggestione e la demagogia, inevitabilmente presenti nella discussione pubblica.

Benchè per molti versi simili alle narrazioni letterarie (par. 1.9), le spiegazioni sociali espongono direttamente, sotto le varie prospettive rilevanti, i temi analizzati; questi ultimi non costituiscono più la ricaduta di un racconto, proposto per intrattenere, ma sono il nucleo dell'esposizione agli interessati. Si tratta, in un certo senso, di integrare la narrativa *letteraria* con una narrativa di *saggistica sociale* (c.d. *non fiction*). Questa saggistica sociale dovrebbe anche distaccarsi dalla comunicazione emotiva della propaganda politica e dal sensazionalismo dei mezzi di comunicazione; a queste ultime prospettive sono dedicati i parr. 1.7 e 1.8, dove vedremo che politica e *mass media* hanno obiettivi diversi dall'elaborazione di spiegazioni sociali, anche se possono variamente contribuirvi.

Spiegazioni sociali condivise sono infatti un fondamentale elemento di coesione di una società pluralista, dove s'intrecciano e coesistono fonti di senso molteplici, dalle metafisiche tradizionali (par. 1.2), a quelle politico ideologiche, fino a quelle edonistico-consumistiche. Nessuna di esse, da sola, garantisce la coesione delle società aperte, il cui pluralismo rischia di sfilacciarsi in un vuoto di senso, reso dalla battuta di Woody Allen *Dio è morto Marx è morto e anch'io non mi sento tanto bene*. Gli studi sociali possono essere invece il collante di una società pluralista, tollerante e inclusiva, come si dice di questi tempi; si tratta di alcuni punti fermi della socialità moderna, riguardanti soprattutto costi, benefici e condizionamenti della soddisfazione dei bisogni, individuali e collettivi. La suddetta saggistica sociale coordinerebbe percezioni e riflessioni degli interessati ai vari temi sottostanti, come indicato ai parr. 1.6 e 1.9, molto meglio delle narrazioni letterarie e giornalistiche, le prime emotive e le seconde sbriga-

tive (par. 1.8). Le opportunità e i vincoli della socialità moderna, trattati ne *L'era aziendale*, citato in premessa, possono diventare fondamentali per il controllo sociale diffuso (par. 3.10), e quindi per un'effettiva sovranità popolare; la condivisione di concetti di base sul funzionamento della società può essere il legame sociale, cui allude la parola *religio*, di società avanzate; queste ultime sono infatti ormai inevitabilmente *scettiche* verso i collanti metafisico-ideologici indicati ai paragrafi precedenti. Questi ultimi, assieme ad altre fonti di senso e scale di valori (par. 1.2), potrebbero però convivere sullo sfondo della suddetta condivisione sociale, conoscitiva e laica. Tra questo nobile obiettivo e gli studi sociali ci sono però i problemi metodologici di cui al paragrafo seguente.

### 5. *Deficit di socialità per l'ispirazione alle scienze della materia*

Alcune considerazioni di sintesi sugli studi sociali devono prendere le mosse dall'economia, come analisi della soddisfazione dei bisogni, dal greco *governo della casa*. Questa disciplina acquistò autonomia, nel bagaglio culturale generale delle persone istruite (parr. 1.6), con la produzione manifatturiera di serie; in parallelo ad essa si svilupparono autonomi studi dedicati alla *Ricchezza delle nazioni*, per riprendere il titolo del volume di Adamo Smith, considerato convenzionalmente il padre dell'economia, tra i numerosi studiosi che vi si dedicarono nello stesso periodo. Per un paio di secoli le riflessioni economiche furono espresse secondo il comune linguaggio *narrativo* (parr. 1.4 e 1.9), che si formalizzò verso la metà del novecento nell'*economia* matematica. Essa cercava di esprimere con formule e grafici, come spiegato ne *L'era aziendale*, il comportamento di ipotetici "operatori razionali", facendo leva su correlazioni bilaterali tra fattori, come prezzo e quantità, investimenti e tasso d'interesse, esportazioni e valore della moneta etc. Nacque così una sorta di *sociomatematica*, *microfondata* su tali correlazioni, elevate a *leggi economiche* come fossero *leggi fisiche*. Ne sono venute riduttive semplificazioni come se la domanda dipendesse solo dal prezzo, gli investimenti solo dal tasso d'interesse, le aziende pluripersonali fossero equiparabili ai produttori artigiani, il debito pubblico a quello privato, gli stati alle famiglie, e tanti altri schematismi. I modelli Arrow-Walras hanno persino ipotizzato fantomatici "elettori razionali" che in cabina elettorale misurano col bilancino vantaggi e svantaggi ricevuti da ciascuna forza politica.

Alla base di quest'atteggiamento dell'economia c'era forse la ricerca di

una legittimazione sociale analoga a quella ormai acquisita dalle scienze della materia, e dalle loro mitizzazioni letterarie di cui ai parr. 1.1 e 1.3. Su questa scia gli studi economici maggioritari (c.d. *mainstream*) ricordano la sigla del cartone *Ufo robot*, invincibile perchè *mangia libri di matematica*. Benchè quest'ultima sia spesso molto importante, ad esempio nell'informatica, è dannoso inserirla a forza dove esistono variabili comportamentali qualitative, che non si sa come formalizzare. Mi riferisco alle fonti di senso di cui al par. 1.1, nonché fiducia, cooperazione, impegno, determinazione, spirito di sacrificio, costanza, e altre, accantonate dall'economia, in quanto non formalizzabili (istruttiva l'affermazione *i sentimenti non fanno parte dell'economia* di Marlon Brando nella scena visibile digitando "Queimada di G. Pontecorvo - discorso su schiavo od operaio salariato"). L'economia matematica rimuove così queste determinanti dei comportamenti umani, formalizzandone bisogni elementari. Si elude così l'evidenza secondo cui la spiegazione dei comportamenti umani è complessa proprio per quanto riguarda i suddetti *bisogni di senso*.

Alcune premesse dell'economia sono fondate sul senso comune, come la c.d. *legge del minimo mezzo*, il *nessun pasto è gratis*, l'utilità marginale decrescente, il *denaro non è una merce*, etc. È la loro combinazione con le scale di valori, e i bisogni di senso, a non prestarsi a ulteriori schematismi, ai quali si addice la canzone *Teorema*, sulla *mancaza di leggi in amore*. Gli studi economici hanno così finito per presentarsi all'esterno come un intreccio tra premesse di intuitivo senso comune e svolgimenti iniziatico-incomprensibili; l'economia ha così perduto *socialità*, diventando autoreferenziale e poco realistica. Rende l'idea la barzelletta sull'ingegnere, il chimico e l'economista dispersi in un'isola deserta con solo cibo in scatola, di cui il chimico e l'ingegnere propongono l'apertura in vari modi, mentre l'economista esordisce con *supponiamo di avere un apriscatole*. La stessa astrazione si ritrova nelle c.d. teorie dei giochi, una specie di *socioenigmistica*, anch'essa autoreferenziale. Ne è derivata una crisi reputazionale degli studi economici, aggravata dal mancato avverarsi delle loro previsioni a proposito delle crisi finanziarie dei primi anni 2000; viene in mente l'aforisma di Galbraith, secondo cui *le previsioni in campo economico servono solo a rendere persino l'astrologia un po' più rispettabile*. È normale del resto non riuscire a prevedere il futuro senza adeguate spiegazioni sociali di presente e passato.

Rendendosene conto, molti economisti hanno fatto riferimento ai dati sociali (par. 1.9) come fossero il *dato naturale* delle scienze fisiche; l'ispirazione alle scienze fisiche li ha spinti però a ritenere necessarie evidenze empiriche anche per premesse di senso comune; anche qui la

solita concezione *metafisica* delle scienze fisiche spinge gli economisti alla fiducia verso quanto salva le forme di un metodo oggettivo; quest'ultimo può consistere anche in campionature statistiche di comodo, con questionari fuori contesto, costruiti suggerendo la risposta a studenti o interdetti passanti. Basta questo rito per trasformare l'espressione *lo dicono i dati* in un atto di fede, come se essi *parlassero da soli*; i dati sociali vanno invece interpretati, con margini che giustificano il paradosso secondo cui *se torturati abbastanza confesseranno qualsiasi cosa* (basti pensare alle discussioni sui risultati elettorali). C'è anche chi, con la c.d. *sociobiologia*, sempre imitando le scienze fisiche, spiega i comportamenti umani attraverso quelli di altri animali sociali, preoccupati solo di cibo e riproduzione, ignorando le caratteristiche umane di cui al par. 1.1.

Sempre più economisti sono consapevoli dell'autoreferenzialità delle suddette formalizzazioni, e della necessità di tornare al linguaggio narrativo della tradizione economica, con cui era partito Smith, e passarono Keynes, Schumpeter, Galbraith, Caffè, Lipsey, e tanti altri. È un linguaggio ripreso da economisti come Krugman, Giavazzi-Alesina, Thaler, Piketty, Mazzucato, Zuboff, Acemoglu-Robinson, Banerejee-Dufflo, Dani Rodrik, Thaler. Si ripropone però in questo modo il problema di rimanere sul piano conoscitivo, distinguendosi dal discorso comune e dalle narrazioni letterario-valoriali (par. 1.2); invece spesso proprio alcuni degli autori sopra citati abbandonano le formalizzazioni per caratterizzarsi ideologicamente in varie direzioni valoriali; episodi emotivamente suggestivi sono ad esempio presentati da Banerejee-Dufflo, come *esperimenti sociali* quasi come parabole di una religione laica, abbandonando la prospettiva *conoscitiva*. È come se l'economia, la comunità di studiosi sociali più coesa e prestigiosa, dopo essersi ispirata alla fisica, tornasse ad atteggiamenti metafisici, confermando la necessità di un dualismo metodologico, su cui alcune ipotesi al par. 1.9.

Quest'incertezza di metodo si ritrova anche nelle discipline socio-antropologiche, sfilacciate in competizioni, incomprensioni, gelosie, settarismi e indifferenza reciproca; in esse si sono autoprodotti una serie di circuiti culturali, definibili anche *scuole*, in cui si arriva agli autoreferenziali "libri sui libri", dedicati al pensiero di qualcuno che a sua volta commentava altri, indebolendo il contatto con la realtà e il dibattito pubblico sui rispettivi temi. Forse è un riflesso della tendenza delle metafisiche e delle antiche filosofie a lenire le inquietudini di cui al par. 1.1 con risposte globali. Ne è però derivata una frammentazione, nociva alla *socialità* come impatto sulla pubblica opinione. Si è infatti giunti ad articolazioni sconosciute ai più, ad esempio le teorie sul *funzionalismo* sociologico, forse più

numerose di quanti nell'opinione pubblica conoscano il funzionalismo. Lo stesso per le prospettive *olistiche* o *riduzionistiche*, o altri spunti in ordine sparso, senza il coordinamento (par. 1.9) che li trasforma in spiegazioni socialmente accessibili. Troppe ipotesi di spiegazione equivalgono infatti, socialmente, all'assenza di spiegazioni. Si moltiplicano i *libri sui libri*, dove la citazione è una ricerca di legittimazione in ambienti sempre più piccoli, per definizione autoreferenziali; i relativi circuiti di discussione diventano cioè sempre più microscopici, fino al limite in cui ognuno ascolta solo se stesso, come nella battuta yiddish *due rabbini tre opinioni*.

Un certo interesse sociale continua invece a essere suscitato dalla storia, sempre in un certo senso *contemporanea*, in quanto attraverso il passato si riflette sul presente; ciò avviene attraverso narrazioni simili a quelle letterarie, aumentando l'interesse sul passato, ma rischiando di travisarlo. Questa storia immaginaria si ritrova nelle narrazioni *fantasy* di un medioevo che nella realtà delle fonti e delle tracce era più vicino a *L'armata Brancaleone* che a *Game of thrones*. Anche la storia ha quindi i problemi metodologici tra c.d. *fonti* e loro interpretazione (parr. 3.5 ss.) in relazione al c.d. *spirito del tempo*, fatto anche di scale di valori, in genere cambiate rispetto a quando gli eventi si svolsero.

Ben poche spiegazioni sociali giungono da discipline come *organizzazione, comunicazione, formazione, management, valutazione, metodologia*, persino *innovazione e motivazione*. Esse hanno infatti un contenuto variabile secondo il tema cui si riferiscono. Di quest'ultimo esse presuppongono adeguata conoscenza, se non esperienza diretta; per organizzare, comunicare, valutare, innovare un certo argomento, bisogna infatti conoscerlo, studiarlo o un misto dei due; altrimenti si cade nella tuttologia del *problem solving* (come nel video *Mr. Wolf risolvo problemi*), del *decision making* e dell'ineffabile *leadership*; sono i segni del formalismo decontestualizzato, esteriore e procedurale, che si ritrovano nelle certificazioni ISO, nelle valutazioni ANVUR (2.6), nelle procedure ANAC (par. 3.11), e in tanti riti della burocrazia, nel senso negativo di cui al par. 3.9.

Su questa premessa, dovrebbero essere i cultori delle discipline sottostanti, economiche, giuridiche, socio-antropologiche etc., a occuparsi della loro organizzazione, comunicazione, valutazione, innovazione, etc.. Anche i cultori delle scienze fisiche sono ormai diventati metodologi di sé stessi, come avviene nel calcio o nella gastronomia, ormai teorizzati da chi è stato atleta o *chef*. Lo stesso vale per ragioneria e diritto (par. 2.1), dove la sensibilità tecnica è la premessa per elaborare spiegazioni sociali. Man mano che queste capacità organizzativo-valutative etc, si affermano presso chi conosce i contenuti, le suddette discipline a contenuto variabile perdono significato, diventando sempre più *scienze confuse* (Paul Feyerabend, *Contro*

*il Metodo*, Feltrinelli, 1979).

Per gli interessati a discutere i vari temi della socialità moderna, costituenti le opinioni pubbliche di settore di cui al par. 1.6, il quadro è abbastanza avvilente. Essi si trovano infatti stretti tra suddetta autoreferenzialità dottrinale, propaganda politica (par. 1.7), emotività letteraria (parr. 1.2 e 1.4) e sensazionalismo mediatico (par. 1.8). Questo comporta cali di interesse, oppure estemporanee esternazioni di personaggi pubblici, come famosi giornalisti, politici, romanzieri, imprenditori, sindacalisti, magistrati, professionisti tecnici, uomini di spettacolo, dirigenti, *bloggers* e persino *influencers*. Su tali esternazioni si accendono effimere polemiche, che fanno notizia per qualche giorno, con la discussione pubblica che poco dopo torna al punto di partenza. L'autoreferenzialità degli studi sociali crea spazi per queste improvvisate ed effimere supplenze, specie nel contesto di spontaneismo creativo italiano (par. 1.6) e di suoi riflessi mediatici e "social".

Nella discussione pubblica non si chiedono quindi studi sociali migliori, perché così se ne ammetterebbe la necessità (par. 1.9) e implicitamente l'inadeguatezza delle proprie supplenze. L'autoreferenzialità degli studi sociali non è quindi criticata, ma ignorata o *vampirizzata*, e i suoi volumi finiscono relegati nella burocrazia accademica (par. 2.6) o imposti agli studenti, che li subiscono di malavoglia. Neppure le accademie di studi sociali si pongono questi problemi, in quanto criticherebbero sé stesse; è meno faticoso e più vantaggioso utilizzare la propria qualifica per intrecciare relazioni sociali, coi vertici degli uffici pubblici o per inserirsi in qualche formazione politica come tecnico d'area (par. 2.4 in fine). In uno stato di confusione e disorientamento sui contenuti è del resto normale che aumenti l'importanza di rapporti fiduciosi e relazioni sociali, con buona pace della sostanza e della c.d. *meritocrazia*.

Un denominatore comune delle varie discipline indicate sopra è l'utilizzazione di argomentazioni radicate nell'era preindustriale, per analizzare contesti sociali influenzati da secoli di studio della materia, relative tecnologie e loro applicazione alla produzione di serie; a ben vedere questi retaggi del passato sono presenti anche nella visione emotivamente leggendaria del futuro indicata al par. 1.1 sulle prospettive fantascientifiche della socialità. Servono quindi spiegazioni comprensibili e convincenti, consapevoli del passato, radicate nel presente, senza fughe in un ipotetico futuro; esse contribuiscono all'interesse generale alla coesione sociale, come indicato dal par. 1.4. Ne chiariremo ai prossimi paragrafi i destinatari (par. 1.6), i rapporti con politica e i mezzi di comunicazione (parr. 1.7-1.8) ed i suggerimenti per una metodologia autonoma rispetto alle scienze della materia (par. 1.9).

## 6. *L'interlocuzione sociale con gli interessati (pubbliche opinioni)*

Dall'analisi di cui al paragrafo precedente emerge, per tutte le discipline ivi esaminate, un bisogno di socialità, cioè di interlocuzione con tutti gli interessati ai vari temi da esse esaminati. Costoro erano relativamente poco numerosi nell'era agricola, dove la massa della popolazione era impegnata nella propria sussistenza; solo ristrette *elite*, libere dal bisogno e alfabetizzate, si occupavano dei temi d'interesse generale. Il consenso necessario al vertice politico di queste società, abbastanza semplici, aveva dunque basi sociali ristrette. Anch'esse costituivano però un'opinione pubblica che esercitava un qualche controllo sociale (par. 3.10) persino nei regimi tirannici, spesso rimossi tramite cospirazioni e insurrezioni.

Esse erano di solito guidate da esponenti degli stessi gruppi, militari, religiosi e mercantili che prima sostenevano il vertice politico rovesciato<sup>5</sup>. Questi rivolgimenti portavano a nuovi assetti monarchico-oligarchici, magari meno bizzarri e personalistici, più graditi alle suddette basi sociali del potere.

Con la produzione industriale di serie le società sono diventate più complesse, esprimendo opinioni pubbliche più articolate; ai tradizionali sottogruppi sociali a matrice territoriale, cioè di vicinato agricolo, religiosi e affettivo-familiari, se ne affiancano infatti molti altri; mi riferisco a quelli a matrice lavorativa (aziende e pubblici uffici), politico-ideologica, culturale e sportiva<sup>6</sup>, aggregati da ultimo anche telematicamente tramite i *social*. Aumentano gli individui che elaborano percezioni e riflessioni su vari aspetti organizzativi della convivenza sociale, con esigenze di coordinamento cui dovrebbero dedicarsi, come precisato al par. 1.9, gli studi sociali.

Al tempo stesso però il bagaglio esperienziale si settorializza, e diminuiscono in termini percentuali gli individui in grado di interessarsi di tutti i vari aspetti della socialità. Anche questa ampiezza, e la varietà e discontinuità d'attenzione delle pubbliche opinioni moderne, rendono importanti gli studi sociali.

Le caratteristiche della pubblica opinione derivano in varia misura da modalità per soddisfare bisogni materiali, da narrazioni religiose, letterarie e mediatiche (parr. 1.4 e 1.8), nonché da esperienze consolidate di vita. Pesano anche le tradizioni economico-culturali e politico amministrative con cui, nei diversi contesti spazio temporali, sono stati combinati ordine

---

<sup>5</sup> Senza pensare a Caligola e Nerone, è sufficiente la divertente satira visibile digitando *Woody Allen Rivoluzione a Bananas*, su youtube.

<sup>6</sup> Compresi i tifosi di una squadra di calcio, gli appassionati di un hobby, o i telespettatori di una fiction.

e libertà, individualismi e socialità.

In Italia c'è stata una buona omogeneità etnico religiosa, che ha rapidamente assimilato le ripetute intromissioni straniere; esse hanno provocato frequenti ricambi, sia pur parziali, nella classe dirigente, e creato diffidenze verso il potere; è una mentalità poco *sociale*, non egoistica, ma di scarsa cooperazione.

Si è creato uno *spontaneismo creativo* italiano, dove si passa in pochissimo tempo dall'indifferenza verso un certo tema alla presunzione di sentirsene esperti. Ci si improvvisa economisti se si parla dell'Euro, avvocati se si parla di processi clamorosi, tributaristi se si parla di evasione fiscale, e naturalmente allenatori della nazionale se si parla di calcio. Questa *tuttologia* è più cauta quando sono coinvolte scienze fisiche, meno accessibili, anche se parecchi s'improvvisano climatologi sull'ambiente, ingegneri se crollano ponti autostradali, agronomi quando muoiono gli ulivi (la c.d. *xilella*), informatici sull'intelligenza artificiale (par. 1.1) e naturalmente medici, sulla pandemia iniziata nel 2020.

Questo spontaneismo creativo è dovuto all'accessibilità generale degli studi sociali (par. 1.9), alla loro autoreferenzialità accademica (par. 1.5), al sensazionalismo mediatico di cui al par. 1.8, ma anche allo sbilanciamento *umanistico letterario* della formazione scolastica. Quest'ultima utilizza le narrazioni letterarie per distillare concetti di socialità, relegando nelle scuole tecniche lo studio diretto della socialità. Al di là del retaggio filosofico idealistico di inizio novecento, questa chiusura agli studi sociali si è mantenuta anche per il timore che fossero *politicamente divisivi*, ed esposti ad accuse di indottrinamento, specie in assenza di spiegazioni sociali neutre sul piano dei valori; la rimozione di queste discipline ha avuto però effetti ancora più divisivi, sostituendo le discussioni nelle scuole con vuoti scontri ideologici davanti ad esse, come nella canzone *Compagno di scuola* di Venditti.

Davanti alla confusione su aziende, altre organizzazioni pluripersonali, moneta, finanza, PIL, liberismo, statalismo (e altri aspetti approfonditi su *l'era aziendale* citato in premessa) l'opinione pubblica reagisce con polemiche emotive o disincantati scetticismi, che ricordano il *particolare* di Guicciardini. Ne derivano note difficoltà italiane di fare gruppo in modo efficiente, che si ritrovano nei video "Gara di canoa" e "Inferno italiano", nella crisi di Caporetto (su cui Alessandro Barbero *Da Caporetto al Piave*), nell'armistizio del 1943, nella deresponsabilizzazione di cui ai par. 3.9 ss. Nel disorientamento si tende a scaricare il malessere su vari capri espiatori, dagli untori di manzoniana memoria alle *demoplutocrazie giudaico-massoniche* della propaganda fascista, ai *padroni* assetati di profitto, alle multinazionali fino al complottismo in cui troviamo *poteri*

*forti, grandi evasori, caste, cricche, toghe rosse, burocrazie sindacali, lobbies, massoni, finanza internazionale (Bilderberg), big pharma e lo strumentario di video goliardici come Quando sei negazionista su tutto.*

In questa ricerca compulsiva di capri espiatori, gli italiani colpevolizzano persino sé stessi, come nell'autorazzismo del c.d. "familismo amorale", ricerca sociologica degli anni '50, i cui risultati sarebbero stati gli stessi in qualsiasi area rurale del mondo; le riflessioni sociali, giunte a un punto morto per mancanza di coordinamento, chiudono in genere coi soliti *beh che vuol fare siamo italiani, sottintendendo furbetti, asociali, indisciplinati che governare non è difficile, ma inutile*; quest'intreccio tra autostima e autocommiserazione si trova quando Tomasi di Lampedusa parla di popoli che *non vorranno mai migliorare perché credono di essere perfetti, con una vanità più forte della miseria.*

Studi davvero *sociali*, in grado di circolare tra tutti gli interessati al rispettivo tema, potrebbero migliorare questa situazione, con gli obiettivi indicati al par. 1.4 e le metodologie di cui al par. 1.9. Occorre in proposito tenere conto che nelle società evolute, e minimamente alfabetizzate, l'opinione pubblica non è un blocco omogeneo, come visto sopra per l'era agricola. Oggi abbiamo invece varie *opinioni pubbliche di settore*, tra loro interconnesse, con matrici territoriali, lavorative, culturali, ideologiche; sul piano economico-sociale abbiamo articolazioni tematiche su produzione, demografia, giustizia, tributi, moneta, migrazioni, alleanze internazionali etc. All'interno di ciascun argomento ci sono poi diversificazioni, che ritroveremo al par. 1.9, per livello d'attenzione, bagaglio culturale, tempo disponibile, etc.

In un'opinione pubblica così variegata servono quindi poli tematici di aggregazione, coordinamento e integrazione delle riflessioni sulla socialità, secondo le indicazioni metodologiche di cui al par. 1.9. Ciò consente agli interessati una *partecipazione informata*, secondo i loro diversi livelli di attenzione e bagaglio culturale. Il confronto con studiosi sociali che trattano stabilmente i vari argomenti dovrebbe limitare la suddetta tendenza ad improvvisarsi esperti, formulando diagnosi e terapie per sentito dire. Gli studi sociali dovrebbero idealmente consentire a ogni interessato a un determinato tema di confrontarsi con sue esposizioni organiche adeguate al proprio personale livello di attenzione e preparazione (par. 1.9). Chi rifiuta questo confronto, pur in presenza di adeguati strumenti di studio sociale del tema, dovrebbe essere cortesemente invitato a non intromettersi. Questo per evitare che nell'improvvisazione suddetta s'intreccino sensazionalismo mediatico e propaganda politica, conscia che i *voti si contano e non si pesano*, moltiplicando la confusione. Un argine alla strumentalizzazione politico-mediatica della socialità contribuirebbe alla coesione del gruppo, come anticipato al par. 1.4 e ripreso ai paragrafi seguenti.

## 7. Studi sociali e propaganda politica

All'interno delle pubbliche opinioni, di cui al paragrafo precedente, serve un certo grado di coesione; quest'ultima era un riflesso delle metafisiche e delle ideologie come indicato già dai parr. 1.2 e 1.4. L'attività di governo, basata sul consenso, più o meno estorto, si preoccupa di questi aspetti, preoccupata dell'ordine sociale *qui ed ora* e delle emozioni che, nell'immediato, lo influenzano. La politica è invece meno interessata agli schemi culturali di lungo periodo, che qui chiamiamo *spiegazioni sociali*, e non avverte come suo compito fornirle alla società. Più che fornire spiegazioni sociali, la politica ha sempre alimentato la coesione attorno ai propri programmi, con varie forme di riti, indottrinamento e propaganda. Ricordo le narrazioni letterarie utilizzate per i miti fondativi, dai tempi di Mecenate al *realismo socialista* dell'URSS, alle reinterpretazioni del passato in base alla lotta di classe o al *politicamente corretto*.

Gli studi sociali, come anteriormente le filosofie, sono in buona misura conciliabili con questi contingenti obiettivi politici, come rilevato ai parr. 1.2-1-4. Essi infatti non propongono *metafisiche alternative* a quelle dominanti nella prospettiva "di massa" della coesione sociale, che sta a cuore alla politica. Gli studi sociali analizzano la soddisfazione dei bisogni economici e le pubbliche funzioni, senza ambizioni metafisiche né precisi progetti politici. La loro preoccupazione è di poter liberamente interagire con gli interessati a tali argomenti, non di portare avanti un progetto politico destabilizzante per l'ordine sociale esistente, contrastando gli obiettivi del governo; certo, qualche volta la strada può essere stretta, davanti a totalitarismi molto pervasivi, ma un *modus vivendi* del sapere rispetto alle suddette politiche culturali del potere è stato spesso raggiungibile, e di fatto raggiunto.

Nell'odierna società aperta, con libera manifestazione del pensiero, lo spazio degli studiosi sociali è maggiore, come il loro ruolo, in buona parte non realizzato per le autoreferenzialità di cui al par. 1.5. Una delle scorciatoie che gli studi sociali dovrebbero evitare è caratterizzarsi in senso politico ideologico, per recuperare *socialità* rispetto alle suddette deludenti autoreferenzialità; la commistione politica crea infatti un momentaneo interesse nei possibili interlocutori, portando visibilità nell'effimero circuito mediatico di cui al paragrafo successivo. Queste commistioni con la politica saranno riprese per il diritto nell'ultima parte del par. 2.4, ma lo studioso è *sociale* in quanto si rivolge a tutti gli interessati alle rispettive tematiche, senza andare a rimorchio di qualche movimento politico, come *intellettuale organico*. In questa veste egli rischia delusioni, in quanto i

partiti s'ispireranno sempre agli *animal spirits* dell'opinione pubblica, piuttosto che ai progetti di ristretti circuiti intellettuali di studiosi. La politica ha infatti, come punto di riferimento, le pubbliche opinioni o loro settori (par. 1.6), non qualche intellettuale di passaggio. Lo confermano, estremizzando, le illusioni degli antichi filosofi che cercarono di indurre i politici a realizzare parte del loro programma teorico, facendo spesso una brutta fine per mano dei governanti cui si rivolgevano, come Callistene o Seneca.

Anche nei tempi moderni gli studiosi che parlano alla politica rischiano di vederla prendere strade diverse da quelle che loro suggerivano (accenni a Carl Schmitt al par. 2.4 in fine) .

Il ruolo di *tecnico d'area* può costringere lo studioso a prendere posizione su indimostrabili e contingenti parole d'ordine politiche che non approva, o di cui non è esperto, e su cui preferirebbe tacere. Questo coinvolgimento sul contingente *dover essere* rende il sapere meno strutturale, più condizionato e quindi più effimero, distorcendo l'oggettività conoscitiva e argomentativa dello studio sociale dell'*essere*, cioè di meccanismi strutturali della vita sociale (par. 2.5 sulla *teoria pura del diritto*).

È insomma un errore metodologico, per gli studiosi sociali, pensare di giungere alla pubblica opinione attraverso un rapporto privilegiato con la politica; è forse vero il contrario, nel senso che gli studiosi sociali arrivano alla politica attraverso l'interlocuzione sociale di cui al par. 1.9; non sono cioè gli studiosi sociali a dover cercare i politici, ma dovrebbe essere la politica a cercarli quando ne percepisce l'influenza sulla pubblica opinione, per la loro capacità di incidere sul consenso elettorale generale, inevitabilmente distratto, che sta a cuore ai politici. È vero, infatti, che i voti *si contano e non si pesano*, ma l'elettorato in qualche misura segue anche i contenuti, cioè le indicazioni di sostanza su come gestire i principali aspetti della convivenza sociale. Accanto alle componenti emotive e istintive, di fiducia verso determinati partiti, l'opinione pubblica considera anche le spiegazioni prodotte sui vari temi della socialità. Attraverso queste spiegazioni, rivolte agli interessati al tema, gli studiosi sociali possono arrivare alla politica; il coordinamento delle riflessioni tematiche da parte degli studi sociali (par. 1.9) aiuta infatti la politica a costruire prospettive condivise, praticabili e controllabili da parte dei relativi interessati. La politica, per essere delegata dal gruppo sociale ad occuparsi dei contenuti, ha bisogno di comunicare la sua capacità di gestirli; gli studi sociali, che si dedicano ai contenuti senza ricevere deleghe, possono aiutare la politica nelle sue proposte e l'opinione pubblica nel controllo sociale (par. 3.10). Sono due prospettive

diverse, ma interdipendenti e potenzialmente sinergiche, in un circolo virtuoso. Quest'ultimo potrebbe consentire alla politica di contemperare le *prossime elezioni* (cioè il consenso qui ed ora) con l'interesse delle *future generazioni*, riprendendo il noto aforisma di De Gasperi. Buone spiegazioni sociali, elaborate dagli studiosi, alzano il livello del dibattito politico e contrastano l'uso propagandistico del disorientamento sociale, che disperde la discussione pubblica in emotività e contingenti demagogie.

I grandi orientamenti politici dipendono da variabili radicate nella struttura economica e nelle fonti di senso di massa, che travalicano i singoli comparti di studio sociale. Questi ultimi dovrebbero essere quindi indifferenti ai bisticci politici contingenti, interagendo con tutti gli interessati ai rispettivi temi, indipendentemente dai loro generali orientamenti ideologici. Attraverso l'impatto *sociale* sulla pubblica opinione i nostri studi potranno essere notati anche dalla politica, e di questa interazione fanno parte anche i mezzi di comunicazione, di cui al paragrafo successivo.

## 8. *Spiegazioni sociali e mass media*

I condizionamenti politici di cui al paragrafo precedente diminuiscono all'aumentare delle possibilità di manifestare il pensiero, fare proseliti, organizzare movimenti di opinione tipici della società aperta. Si è così enormemente ampliata una libertà già presente negli agorà delle *poleis* greche, rimasta con cautela nel cristianesimo medievale (par. 1.2), fino ai circoli e locali pubblici settecenteschi; non a caso uno dei primi giornali italiani si chiamò "*il caffè*", indicando un luogo d'incontro e comunicazione sociale (ancora oggi si etichettano i discorsi di semplice senso comune come *chiacchiere da caffè*). Gradualmente, i supporti del discorso pubblico si sono moltiplicati, passando dagli antichi manoscritti alla stampa, ai manifesti, alle sezioni dei partiti, ai comizi, ai cortei, al cinema e alla radiotelevisione, fino agli audio-video sui *social*; sono strumenti di pluralismo, ma anche supporti per le dittature che li usano a fini di indottrinamento (par. 1.7), trasformandosi in *totalitarismi* (non a caso il cinema fu definito da Lenin e Mussolini *l'arma più forte*).

Oggi, nelle società aperte, esiste una massa enorme di ipotetiche interazioni, chiamata persino *infosfera*, ma il tempo a disposizione degli interessati resta il medesimo, diventando anzi sempre più scarso visto l'aumento delle possibilità di contatto (attualissima la battuta di Troisi *loro*

*sono milioni a scrivere, io sono uno a leggere).*

La compiaciuta autoreferenzialità degli studi sociali (par. 1.5) non li aiuta a competere con l'esposizione giornalistica dei mezzi di comunicazione, stringata e di facile lettura. Si creano così, a scapito dei contenuti, narrazioni giornalistico-sociali dense di emotività, sensazionalismo letterario (par. 1.4) e agganci a contingenze politiche (cfr. il video *Sbatti il mostro in prima pagina lezione di giornalismo*, con G.M. Volontè). L'obiettivo è creare interesse in funzione dell'*audience*, delle vendite e della raccolta pubblicitaria. È una socialità generalista, non concentrata per argomento, che caratterizza anche il c.d. giornalismo d'inchiesta, impegnativo, spesso pericoloso e comunque costoso; tuttavia, essendo poche le notizie che attirano, per loro intrinseca natura, interlocutori sufficienti per i media, essi tendono ad agganciarle a questioni strutturali di socialità. Notizie d'innescò, in sé poco rilevanti, vengono usate per attrarre il pubblico, aprendosi brevemente a tematiche generali, secondo il paradosso *nulla fa più notizia di una non notizia*, se evoca temi interessanti.

Mezzi di comunicazione nati per essere *informativi* finiscono così per avere una ricaduta *formativa*, inserendosi anche nello spazio lasciato vuoto dall'autoreferenzialità degli studi sociali (par. 1.5); la difficoltà di questi ultimi nello spiegare i *contenuti* legittima le supplenze giornaltiche basate sulla *comunicazione*. È normale che i giornalisti, avendo occasioni per esprimersi e farsi ascoltare sui temi della socialità, si aggancino al principio indicato al termine del par. 1.5, sulla perdita di socialità degli studi sociali: *se i professori non spiegano, allora tutti possono presentarsi come professori*, avendone -come i giornalisti- la possibilità.

Questa supplenza mediatica incontra, con tutta la loro buona fede, ostacoli oggettivi, dipendenti in prima battuta dal loro uditorio; quest'ultimo è infatti generalista, trasversale rispetto agli interessati, a vario titolo, ai diversi temi della socialità (le opinioni pubbliche di settore di cui al par. 1.6) e con minor livello di attenzione. I *mass media* devono cioè gestire infinite sfumature tra chi è stabilmente attratto da un certo tema, chi gli dedica poco tempo e chi scorre semplicemente un quotidiano o fa *zapping* televisivo. Questa varietà di interlocutori è accomunata solo dalla fascia oraria d'ascolto e da vaghe affinità nella scelta di un quotidiano; è legittima quindi la preoccupazione di intrattenere questa platea molto variegata nel c.d. *infotainment*; ai fini delle vendite, degli ascolti o delle visualizzazioni *social* è cioè necessario e sufficiente incuriosire abbastanza chi sfoglia distrattamente un quotidiano o guarda la TV in una certa fascia oraria. È un riflesso dell'accessibilità studi sociali (par. 1.9), che

consente ai giornalisti qualche riflessione che trasmetta percezioni abbastanza attraenti ai fini dell'*audience*; manca il coordinamento con riflessioni complementari sul tema, compito degli studiosi sociali; ne deriva un'esposizione sensazionalistica, selettiva nel presentare le questioni toccando le corde emotive del pubblico, come nelle narrazioni letterarie di cui al par. 1.2. È un riflesso della necessità di creare un occasionale interesse al tema da parte del suddetto pubblico generalista, che ne è sprovvisto, ha un basso livello d'attenzione, da mantenere con tempi rapidissimi e cambi di temi e prospettive per ravvivarne la curiosità (esilarante la satira dei palinsesti televisivi in *Guzzanti-Lorenzo e Luco* verso la metà del video). Spiegazioni sociali più articolate, dirette alle opinioni pubbliche di settore (par. 1.6) metterebbero alla prova sia la maggior parte degli ascoltatori generalisti, sia i conduttori, costretti a continui approfondimenti tematici. È quindi naturale che, nella massima buona fede, improvvisazione e semplicità siano mediaticamente graditi, perché facilitano la costruzione dei programmi; questi ultimi ripropongono ciclicamente livelli di discorso e contenuti analoghi, in una sorta di *autoreferenzialità mediatica*; è un rituale in cui giornalisti intervistano altri giornalisti, politici, sindacalisti e *personaggi televisivi* di varia natura, letterati, artisti, attori. Personalmente ho utilizzato le apparizioni mediatiche che mi sono state chieste per cercare di veicolare, in poche battute, delle spiegazioni sociali, ma dubito che questo sia completamente gradito, ed avverto atteggiamenti difensivi, come quelli del video *Medical dimension è una trappola*. È come se nell'*establishment* mediatico ci fosse una tendenza istintiva a restare, sui contenuti, sempre al punto di partenza, in modo da poter ricominciare da capo quando una tematica generale torna di attualità. Quest'inconsapevole autoreferenzialità mediatica ricorda quella degli studi sociali (par. 1.5), ma è più comunicativa e incisiva, anche se più sbrigativa; in essa si intrecciano battute a effetto, sensazionalismi, e battibecchi finalizzati all'*audience*, ma i contenuti restano al punto di partenza. Improvvisare posizioni di senso comune su qualsiasi tema momentaneamente attuale, di cronaca o politica, produce *audience*, ma non spiegazioni sociali. Sarebbe da chiedersi in quale misura sia stata l'autoreferenzialità degli studi sociali a produrre l'autoreferenzialità mediatica, ma è certo che i primi si sono auto-emarginati anche sugli argomenti di loro competenza. In questo modo la discussione pubblica alterna però fiammate di emotività a lunghe fasi di indifferenza, senza spiegazioni sociali. Verso questo stato di cose serpeggia un'inespressa insoddisfazione tra gli interessati ai diversi temi sostanziali, che trovano superficiale il dibattito mediatico; anche i

giornalisti coinvolti nel suddetto *infotainment* generalista avvertono la necessità di interlocuzioni più approfondite della quotidianità mediatica, dedicandosi a una parallela *saggistica sociale*. Sono indizi della necessità di una riqualificazione parziale dell'offerta, che *faccia ascolti, crei interesse* ed elabori spiegazioni socialmente condivise. Un primo esempio di questa comunicazione tematica riguarda *bloggers* e *youtubers*, con interazione sociale parallela ai *media* tradizionali. La novità rispetto all'interlocuzione generalista suddetta è la *concentrazione tematica* e la *disponibilità permanente*: questi contenuti sono cioè accessibili agli interessati senza il vincolo di una fascia oraria predeterminata, o del reperimento di un testo cartaceo. Alle possibilità di contatto tematico permanente, offerte dalla rete, si aggiungono quelle dei canali televisivi della c.d. *tv on demand*.

Sarebbe così possibile aggregare gli interessati ai diversi temi della socialità, saltando la tradizionale editoria saggistico-sociale, ormai superata, che sopravvive senza vendere, a carico degli autori e di fondi pubblici universitari. I tradizionali *media* generalisti potrebbero coordinarsi con la suddetta gradevole comunicazione sociale tematica; quest'ultima, svincolata dalla cronaca, e quindi riutilizzabile, potrebbe raggiungere ascolti comparabili a quelli dei suddetti programmi generalisti per fascia oraria; questi ultimi sono infatti trasmessi *una tantum*, senza essere riutilizzabili in quanto legati alla cronaca. Spiegazioni sociali dirette agli interessati sarebbero invece fruibili per lunghi archi di tempo, o televisivamente riproponibili, come le trasmissioni di storia o di arte. A seconda del tema e del contesto si potrebbero combinare i due generi di rappresentazione, magari valorizzando episodi di cronaca in sé secondari, alla luce dei temi strutturali della socialità che evocano, in un'osmosi tra *informazione* e *formazione*. I programmi generalisti potrebbero essere una *vetrina* di quelli tematici, in un'interazione combinata tra giornalisti e studiosi sociali consapevoli delle metodologie di ricerca indicate al paragrafo seguente<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr. il mio video *una TV tematica gradevole e permanentemente utilizzabile per il pubblico dibattito*.

9. *Spunti metodologici di studio sociale: accessibilità, oggetto, interazione, coordinamento, linguaggio, etc.*

Scienze della materia e studi sociali hanno certamente punti comuni, come il gradualismo della conoscenza e l'associazione di idee tra dati, materiali o sociali. Queste affinità appaiono però palesemente insufficienti a sostenere il c.d. *monismo metodologico*, secondo cui scienze fisiche e studi sociali dovrebbero usare gli stessi criteri di ricerca; questo preconcetto è verosimilmente alla base delle varie autoreferenzialità su cui par. 1.5. Anche le c.d. *scienze della vita*, pur ipotetiche, gradualistiche, aperte e senza determinismi *scientisti*, si basano su piccole comunità di cultori senza potersi considerare *sociali*; lo si è riscontrato anche nella discussione sulla recente pandemia covid19, con interazioni, ma diversità di ruoli, tra profili medico-biologici e loro ricadute sociali. Al di là di criticare il suddetto *monismo*, che ricorda il vernacolo veneto sui discorsi di dubbio fondamento, cerchiamo di individuare profili generali che distinguano studi sociali e scienze fisiche.

Queste ultime sono coltivate da ristrette comunità scientifiche, con le loro invenzioni, oggetto di utilizzo industriale a beneficio di innumerevoli profani. Sulla socialità riesce invece a svolgere riflessioni chiunque abbia conoscenze, percezioni od esperienze di un certo contesto spazio-temporale. Alla socialità si può guardare da prospettive diverse, variamente intense e articolate, ma in qualche misura formulabili da chiunque partecipi allo spirito di un certo tempo e luogo. Ne fa parte sia la letteratura (par. 1.2) sia quella che chiamiamo *filosofia spicciola*, espressione con cui fare i conti, senza esorcizzarla; quest'accessibilità è più chiara nel video di Nanni Moretti *tutti parlate di cinema* che nell'iniziatico *effetto Dunning Kruger* usato sui *social* per criticare la tendenza ad improvvisarsi esperti di tutto secondo lo spontaneismo creativo particolarmente forte da noi (par. 1.6). È infatti inevitabile che gli interessati a qualche aspetto della socialità se ne facciano un'idea tramite il proprio bagaglio cultural-esperienziale; non sussiste insomma, per le comunità di studiosi sociali, il monopolio del sapere riconosciuto a quelle delle scienze della materia. Così come queste ultime si sono conquistate autorevolezza con le proprie scoperte, gli studi sociali devono invece conquistarsi l'interesse e l'attenzione del proprio uditorio. Ricordo il paradosso di Konrad Lorenz secondo cui gli studiosi sociali *know less and less about more and more, until they know nothing about everything* mentre quelli della materia *know more and more about less and less, until they know everything about nothing*.

In questa prospettiva, le percezioni, riflessioni, ipotesi, e convinzioni degli interlocutori non vanno esorcizzate, ma analizzate e coordinate, costituendo anch'esse *dati* con cui lo studioso sociale interagisce. L'empirismo degli studi sociali non è diretto alla materia, bensì a questi *fattori umani*, collegati alle fonti di senso di ciascuno. La prospettiva di studio sociale non si chiede se percezioni e riflessioni degli interlocutori siano *fondate* o *infondate*, come nello studio della materia, o peggio ancora *giuste* o *sbagliate* sull'ineffabile piano dei valori (par. 1.2). Gli studi sociali cercano piuttosto di coordinarle e integrarle, assumendole in parte a proprio oggetto, come la materia costituisce l'oggetto delle scienze fisiche. I bisogni materiali, cui si dedica l'economia, quelli di senso, con le loro risposte metafisiche o ideologiche, veicolate da narrazioni letterarie, si presentano allo studioso sociale come dati sociali, da analizzare e coordinare, non da approvare o disapprovare. Essi esistono a seconda di quanti li condividono, e dell'intensità con cui lo fanno, come la trascendenza, *esistente nel momento in cui si crede in lei* (Feuerbach e Novalis). Sono punti comuni alle immagini della divinità che *pensa sé stessa pensante*, all'invito socratico *conosci te stesso*, e all'*Homo sum nihil humanum a me alienum puto*. Lo studio sociale si alimenta cioè di altri pensieri, offrendosi come nutrimento ad altri ancora, radicato nel passato, rielaborato nel presente e trasmesso al futuro; col succedersi delle generazioni cambierà lo spirito dei tempi, e con esso le scale di valori, ma resteranno le interazioni tra individuo e società, tra sfera economica e politico-giuridica, etc.

Agli studi sociali può quindi guardarsi, in una certa misura, anche come discorsi sui discorsi, cioè *meta-discorsi*, che ne analizzano, coordinano, rielaborano e integrano altri, reali o ipotetici, su aspetti dell'uomo e della società. Questi coordinamenti richiedono familiarità coi diversi settori della socialità presi in esame, il che giustifica una qualche settorializzazione; pensiamo agli economisti per la soddisfazione dei bisogni, ai politologi per la selezione e controllo dei governanti, ai giuristi per le funzioni pubbliche, come vedremo dal capitolo secondo. Più che di *specializzazione*, si tratta di *continuità di attenzione* a determinati temi, anche per acquisire padronanza dei relativi *dati sociali* su cui torneremo *infra*. Questa continuità di attenzione non comporta alcun monopolio dei temi sottostanti per il relativo circuito di studiosi sociali; se l'interesse suscitato da una comunità di studiosi sociali è insufficiente, per l'autoreferenzialità di cui al par. 1.5, essi sono scavalcati da altri interlocutori; la suddetta accessibilità degli studi sociali consente supplenze ad altri, come politici, giornalisti, imprenditori, alti funzionari, letterati e uomini di spettacolo (par. 1.8),

etc.; essi riescono ad inserirsi nei vuoti lasciati dall'autoreferenzialità degli studi sociali; purtroppo queste supplenze, come visto ai paragrafi precedenti, sono inadatte al coordinamento di cui diremo subito.

Gli studi sono tanto più *sociali* quanto più diventano polo di aggregazione degli interessati a un certo argomento. È quindi importante tenere presenti i propri interlocutori, l'*uditorio* di Perelman, chiarendo di volta in volta *a chi parlare, di cosa parlare e perchè*. Oltre che l'autoreferenzialità occorre al tempo stesso evitare anche la banalizzazione semplicistica, mantenendo tra i due un equilibrio, mutevole a seconda degli interlocutori e delle circostanze. Ci si deve quindi adeguare, scegliendo argomenti e destinatari, al contesto di discorso, alle curve d'attenzione, al bagaglio cultural-valoriale, alle contingenze emotive, al tempo disponibile etc. Si possono così creare, nella cornice della *socialità*, circoli virtuosi tematici, dove tutti in una certa misura insegnano e al tempo stesso imparano; contestualizzare la prospettiva, quand'anche grossolana, degli interlocutori, è utile anche a chi lo fa; non a caso interloquire con gli studenti giova alle capacità di analisi dei professori. Si crea così un'*interlocuzione plurilivelli*, partecipativa, dove ciascuno insegna e al tempo stesso impara; in essa si ritrova la *socialità* come *coralità*, potenzialmente bi-direzionale. Gli studi sociali sono quindi agli antipodi del preconetto, ispirato allo studio della materia, che considera parametro di scientificità la discussione ristretta a piccoli gruppi di iniziati.

È una prospettiva più partecipativa rispetto all'individualismo conoscitivo delle teorie che cercano di spiegare tutto, indicate al termine del par. 1.5. C'è così più *socialità* anche rispetto alle narrazioni letterarie unidirezionali, dove l'autore racconta e il pubblico ascolta. Alla socialità si addice piuttosto il c.d. *teatro epico* Brechtiano, senza particolare seguito proprio perché coinvolgeva gli spettatori, che nelle narrazioni letterarie desiderano invece intrattenimento, come rilevato dal par. 1.2. Gli studi sociali si rivolgono invece a chi già di suo è interessato ai temi sottostanti, e quindi desidera interagire su di essi; questo dialogo tuttavia richiede spirito costruttivo, buona fede e una certa dose di umiltà, nel capire le argomentazioni dell'interlocutore; perciò, quando le discussioni si trasformano in competizioni, è meglio cercare interlocutori più cooperativi, che non mancano.

Oltre che comprensibile rispetto alla curva d'attenzione degli interlocutori e al loro bagaglio culturale, la narrazione sociale deve anche portare ad essi un qualche valore aggiunto. In altri termini, la narrazione sociale deve anche non essere semplicistica, trasmettendo un

arricchimento di riflessioni per l'interlocutore; socialmente inutili sono invece le narrazioni tendenti solo a mettere in soggezione l'interlocutore, da parte di chi cerca di legittimarsi come portatore di un sapere arcano, senza spiegare nulla (ne vedremo esempi giuridici al par. 2.3).

Gestire questa pluralità di livelli d'interlocuzione rende necessario adeguarsi ai contesti e alle tipologie dell'uditorio, verso cui occorre essere, per sintetizzare quanto sopra, comprensibili e interessanti.

Servono diversi livelli espositivi per coprire le varie intensità di interesse all'argomento trattato, come fa da anni chi scrive per spiegare socialmente la determinazione delle imposte e l'evasione fiscale. Prima di avventurarsi per sentito dire su questi temi, è utile un confronto preliminare, trovando punti comuni a seconda del retroterra cultural-professionale (R. LUPI, *Evasione fiscale, perversione privata o disfunzione pubblica?*, Roma, Castelvecchi, 2018, *Manuale dell'evasione fiscale* Castelvecchi, 2020, *La funzione amministrativa d'imposizione LGS*, 2022, *Diritto delle imposte*, Giuffrè, 2020).

La qualità e quantità delle riflessioni analizzate e proposte ne ostacolano il suddetto coordinamento-integrazione, così come la difficoltà di un giocoliere cresce in proporzione agli oggetti che deve tenere in aria simultaneamente. Nella misura in cui i concetti proposti e da coordinare aumentano, è sempre più difficile mantenere il filo del discorso e l'interesse degli interlocutori; me ne sono accorto personalmente nel redigere questo libro, in cui non ho trovato i punti in cui inserire alcune riflessioni, che destinerò ad altre sedi. È un obiettivo difficile anche per la mancanza, nella saggistica, della trama narrativa con cui la letteratura tiene vivo l'interesse, offrendo al discorso fili conduttori e confini; gli studi sociali sono invece più esposti a ripetizioni, divagazioni e salti logici, causati dalle associazioni di idee e dalle suggestioni degli argomenti. La prospettiva è combinare tra loro la maggior parte delle analisi della convivenza sociale, che raramente si escludono del tutto reciprocamente, ma sono coordinabili, attribuendo a ciascuna il giusto peso rispetto alle altre.

Quest'interlocuzione plurilivelli non va confusa con la *divulgazione*, giustificata rispetto alle ristrette comunità degli studiosi della materia, dove tendenzialmente si interloquisce *tra iniziati* alla stessa disciplina; per questo al sostantivo *divulgazione* si aggiunge l'aggettivo "scientifica", come per autori tipo Odifreddi o Rovelli, per non dire Alberto Angela. La *divulgazione* è invece essenziale, ed immanente, nell'interlocuzione plurilivelli, tipica della socialità. Essa serve a creare attenzione, rispondere agli interessati, superare le autoreferenzialità (par. 1.5), interloquire con

opinione pubblica (par. 1.6) e politica (par. 1.7), a beneficio della coesione pluralista del gruppo (par. 1.4). È metodologicamente un peccato che, negli studi sociali, il timore di essere etichettati come *divulgativi* abbia contribuito all'autoreferenzialità di cui al par. 1.5.

In questo modo gli studi sociali offrirebbero, agli interessati ai diversi temi, strumenti proporzionati alla loro rispettiva curva d'attenzione; avendo costruito questa possibilità di confrontarsi, si potrebbe anche pretendere che sia usata prima di improvvisarsi esperti dei relativi temi, secondo lo spontaneismo creativo-mediatico italiano (parr. 1.6-1.8). Si potrebbero così costruire poli di discussione pubblica, arginando demagogiche propagande e migliorando il controllo sociale (par. 3.10) sui vari livelli di delega presenti nelle società complesse.

Sono obiettivi raggiungibili solo usando il linguaggio corrente, attraverso cui si formano, anche nei modi esperienzial-letterari di cui ai parr. 1.2 e 1.8, le chiavi di lettura della socialità. Senza questa forma di espressione, gli studi sociali, già privi del fascino e dell'ordine delle narrazioni letterarie, perdono interesse, come visto al par. 1.5 sull'autoreferenziale economia matematica. L'efficacia delle opere di letteratura sociale è concettualmente massima nella misura in cui il lettore coglie le specificità di ciascun loro paragrafo, pur ritrovandovi i fili conduttori generali dell'opera.

L'esposizione letteraria agevola sia l'interazione con altri studiosi, sia la comprensione delle reciproche spiegazioni, e relativi punti di vista; si ritrova l'importanza, negli studi sociali, della *coralità* (riflesso della *socialità*) rispetto all'individualismo conoscitivo di cui al termine del par. 1.5, e a quello espositivo della narrazione letteraria (par. 1.2).

Fronteggiare da soli, o coi propri piccoli circuiti, gli interrogativi della socialità è anacronistico anche rispetto al lavoro di gruppo diffuso nelle scienze della materia, come visto ai parr. 1.3-1.4. Nelle accademie ci si dovrebbero infatti chiarire le idee su come parlare all'esterno, superando la solitudine degli antichi filosofi, e di molti odierni studiosi sociali (par. 1.5 in fine).

Le percezioni e riflessioni degli interlocutori vanno anche ponderate sotto il profilo del peso sociale, con dati comportamentali su redditi, consumi, ed altre abitudini; questi dati non parlano da soli, come vorrebbe lo scientismo di alcuni economisti (par. 1.5), ma hanno bisogno di interpretazione, alla quale si addice la tradizione dei giuristi. Cogliamo quest'occasione per riferire al diritto, nei capitoli successivi, questi spunti metodologici generali sugli studi sociali.



## Capitolo II

### *Diritto tra tecnica e spiegazioni giuridico sociali*

La tradizione millenaria del diritto è molto anteriore agli studi sociali, nascendo come sapere per tecnici, con obiettivi pratici. Tuttavia il diritto come strumento pratico può contribuire allo studio sociale, dando all'opinione pubblica degli interessati i riscontri di cui ha bisogno. Le difficoltà del diritto come sapere per tecnici sono superabili con spiegazioni giuridico sociali dirette agli interessati alle varie funzioni pubbliche. Questa sinergia tra prospettiva tecnica e giuridico sociale viene colta, negli ultimi tre paragrafi, in chiave di interdisciplinarietà, internazionalizzazione e didattica.

SOMMARIO: 1. Tecniche e studi sociali: diritto e ragioneria – 2. Sfera politico-giuridica della socialità e pubbliche funzioni – 3. Inadeguatezza della tradizione tecnica davanti alla carenza di spiegazioni sociali – 4. Sensibilità tecnica come strumento di spiegazione sociale – 5. Diritto come studio d'incarichi socialmente controllati, incluse le funzioni pubbliche – 6. Spiegazioni sociali e settorializzazione accademica del diritto – 7. Spiegazioni giuridico sociali come strumento d'internazionalizzazione – 8. Spiegazioni giuridico sociali e didattica.

#### 1. *Tecniche e studi sociali: diritto e ragioneria*

Gli studi sociali sono definiti *pratici* in quanto non si dedicano agli interrogativi sulle fonti di senso dell'esistenza (par. 1.1), ma studiano l'organizzazione della vita concreta; il loro obiettivo resta comunque quello di *conoscere*, di darsi delle risposte, sia pure con obiettivi meno ambiziosi rispetto alle suddette domande di fondo. Esiste però anche un'altra accezione di *pratica* riguardante i modi di risolvere problemi specifici. Si tratta di *saperi per fare*, cioè *tecniche*, anch'esse con un profilo conoscitivo, in quanto *per fare* occorre *conoscere*. Questa combinazione tra profilo conoscitivo e tecnico esiste anche nelle *scienze della materia* (par. 1.3), coi loro rapporti tra ricerca pura, ricerca applicata e tecnologia; un esempio evidente di conoscenza al servizio di obiettivi specifici è la medicina, dove il conoscere per curare si intreccia al curare per conoscere; l'aforisma di Kurt Lewin *nulla è più pratico di una buona teoria* rende l'idea delle possibili combinazioni tra queste

prospettive.

Alcune tecniche sono *anche sociali* nel senso di essere finalizzate a risolvere problemi concreti, nell'ambito di gruppi pluripersonali. La socialità di queste tecniche riguarda il contesto cui si riferiscono, ma non gli interessati, desiderosi di risolvere problemi pratici, non di accrescere il proprio bagaglio culturale. Sono tecniche sociali sia il diritto, col suo originario obiettivo di risolvere le controversie (par. 2.2 e 3.1), sia la ragioneria, come rendicontazione dell'amministrazione di patrimoni altrui; la contabilità era anticamente affidata a fiduciari, di rango subalterno o anche servile, cui si chiedevano soprattutto precisione, meticolosità e onestà. Ragioneria non deriva infatti da *ragionamento*, ma da *ratio* come *conteggio*, corrispondente all'italiano *contabilità* come all'inglese *accounting*, al francese *comptabilité*, al tedesco *Buchhaltung*. Pur con circa 2000 accademici in Italia rispetto ai 1500 circa di area economico generale e i circa 4500 di area giuridica, queste discipline non hanno spiegato socialmente le aziende, come gruppi sociali aggregati dalla soddisfazione di bisogni umani. Questa socialità aziendale emerge più nelle surreali narrazioni di Paolo Villaggio, un caso di ricaduta socioculturale della letteratura (par. 1.2), che nei testi di economia aziendale; in essi la differenza tra le organizzazioni pluripersonali e l'artigiano, operante da solo o con pochi collaboratori, è percepibile per lo più da chi già la conosce. Il motivo non è certo un limite culturale degli aziendalisti, ma la mancata preoccupazione delle discipline tecniche per le spiegazioni sociali. Ritroveremo quest'indifferenza per le spiegazioni sociali anche nel diritto come tecnica, mentre il diritto come studio sociale si presta all'elaborazione di un'idea di azienda come gruppo pluripersonale, coi suoi rapporti interni ed esterni; anche l'azienda è infatti un'istituzione, nel senso teorizzato da Santi Romano, con documenti e registrazioni espressive di rapporti giuridici nell'interesse altrui e socialmente controllati (parr. 3.4 e 3.10).

Già come tecnica il diritto ha accumulato invece, a differenza della contabilità, grande tradizione e notevole prestigio come "pratica sociale" (F. Viola). La sua prospettiva tecnica è infatti collegata alla vita reale, all'esperienza di un *lavoro vero*, il che riduce i compiacimenti autoreferenziali degli altri studi sociali (par. 1.5). Questa relativa autorevolezza riconosciuta ai giuristi può essere un trampolino per elaborare spiegazioni sociali con le caratteristiche di cui al par. 1.9, senza impantanarsi nelle ricerche di rigore metodologico legittimante di cui al par. 1.5, limitatrici della socialità.

Occorre però che un certo numero di giuristi avverta la necessità ambientale di spiegazioni sociali, dandosene carico come indicato ai paragrafi successivi.

## 2. Sfera politico-giuridica della socialità e pubbliche funzioni

Il diritto è presente in ogni gruppo sociale, secondo *l'ubi societas ibi ius* (par. 3.1), ma non sempre è ben distinguibile nella sfera politico-giuridica intrecciata con quella economica, che ne riceve protezione e ne soddisfa i bisogni, come rilevo ne *l'era aziendale*, citato in premessa. Il problema è piuttosto, soprattutto nelle società elementari (par. 3.1), gestire le sovrapposizioni tra aspetto politico e giuridico, come vedremo anche al par. 3.4. Le funzioni di sicurezza esterna e interna, religiose, patrimonial-infrastrutturali vedono all'inizio una prevalenza di aspetti politici, pur contenendo embrioni di giuridicità, destinati a svilupparsi nella *giuridicità non giurisdizionale* di cui soprattutto ai parr. 3.9, 3.13, 3.14.

Davanti alla gestione delle controversie tra membri del gruppo sociale aspetti giuridici diventano chiaramente autonomi da quelli politici, che pure restano sempre sullo sfondo; una preoccupazione del gruppo sociale, e della politica, è infatti evitare, nei modi indicati al par. 3.1, che le controversie private provochino una violenza privata destabilizzante per la coesione del gruppo.

A quest'obiettivo guarda la funzione giurisdizionale o *di giustizia*, da non confondere col più generale e complesso profilo della giustizia sociale. La funzione pubblica di giustizia attribuisce i torti e le ragioni in base ai valori del gruppo, in parte stratificati in regole, come indicato al par. 3.2. Valori, regole e funzione di giustizia danno luogo al comparto privatistico giurisdizionale del diritto, dove la giurisdizione è esercitata dapprima dal gruppo stesso, poi dall'autorità politica (*giustizia ritenuta*) e quindi da incaricati tecnici (*giustizia delegata*). Questo *diritto del giudice* è il primo nucleo della giuridicità, dove le regole sostanziali sono *dei privati*, ma la funzione di giustizia, come tutte le altre, è pubblica; essa è cioè espressione di un potere del gruppo, con una filiera di incarichi socialmente controllati di cui diremo al par. 2.5. La funzione giurisdizionale non è però l'unica manifestazione della giuridicità, molto più ampia della giurisdizione (par. 3.12); i nodi di quest'ultima, soprattutto il rapporto tra valori e regole, leggi e giudici, sono anzi meglio comprensibili attraverso un'idea più ampia della giuridicità, che includa la giustizia, ma senza esaurirvisi; la giuridicità comprende infatti anche le funzioni non giurisdizionali, dove pure troviamo incarichi socialmente controllati, tramite valori o regole, tipici delle spiegazioni giuridico sociali, secondo lo schema indicato al par. 2.5.

Di queste spiegazioni il diritto come tecnica ha sempre bisogno, senza però rendersene conto quando esse sono contenute nel bagaglio

culturale comune delle persone istruite, com'è avvenuto quasi sempre nel comparto privatistico giurisdizionale; contratti, debiti, risarcimenti danni, filiazioni, eredità e tanti altri concetti tecnico-giuridici hanno un retroterra nell'esperienza comune, con particolarità spazio-temporali facili da apprendere con un po' di informazione o esperienza. Questo bagaglio cultural-esprienziale era comune al diritto penale, come pure i riflessi emotivi dei relativi illeciti.

Il diritto non ha quindi avvertito il bisogno di darsi spiegazioni sociali, in quanto poteva presupporle dal senso comune, entrando direttamente nella fase tecnica; ciò spiega perché molti tecnici del diritto sono perplessi davanti al suo inserimento *tout court* negli studi sociali, come testimoniano le denominazioni *di compromesso*, diffuse negli atenei, come *scienze giuridiche e sociali*.

Tuttavia la necessità di spiegazioni sociali, e l'insufficienza del bagaglio culturale comune, si fanno sentire sempre più spesso anche nei suddetti tradizionali settori giuridici. Dietro al credito attribuito a prospettive non giuridiche di ridotto impatto sociale, come l'analisi economica del diritto, si intravede questo bisogno. Il desiderio dei giuristi di andare oltre la tecnica, ma restando giuristi, può però essere realizzato solo da loro stessi, prendendo direttamente l'iniziativa delle spiegazioni sociali che li riguardano, senza contare su altri studi sociali, già in difficoltà per proprio conto, come visto al par. 1.5.

Questa necessità di spiegazioni sociali è ancora maggiore per le funzioni non giurisdizionali, più lontane dal senso comune, più variabili nei diversi contesti, anche per la maggiore combinazione con le contingenze politiche; qui servono più frequentemente spiegazioni giuridico sociali per gli interessati al tema e l'opinione pubblica di settore (par. 1.6). Benchè il senso comune ne percepisca molti aspetti, il loro coordinamento, come indicato al par. 1.9, richiede studi sociali dedicati.

Queste spiegazioni sono molto utili come supporto all'azione di governo, assorbita dalle contingenze di consenso e coesione (par. 1.7), che non elabora certo spiegazioni sociali in quanto *lex imperat non docet*. Al tempo stesso le spiegazioni servono anche al controllo sociale sulla politica, fondamentale in una società pluralista, come rilevato a partire dal par. 1.4.

### 3. *Inadeguatezza della tradizione tecnica davanti alla carenza di spiegazioni sociali*

È bene quindi chiedersi come si sia posta la tradizione tecnica del diritto davanti al bisogno di spiegazioni sociali, indicato al termine del paragrafo precedente. La principale risposta è stato il tentativo di collegare il diritto alle riflessioni generali sui saperi, innescate dalle scienze della materia (par. 1.3). Questo collegamento tra diritto e teoria generale dei saperi è stato portato avanti soprattutto dal positivismo giuridico, equiparando lo *ius positum*, il “dato normativo”, al dato naturale delle scienze fisiche. In questo modo la *teoria pura del diritto*, elaborata da Kelsen, prendeva le distanze, col concetto di *purezza*, dagli indimostrabili giudizi di valore, dalle contaminazioni con le *credenze*, religiose o ideologiche, di cui al paragrafo 1.2.

Il c.d. *giusnaturalismo* faceva invece riferimento ai valori, trascurando la loro indimostrabilità e relatività spazio-temporale, ma ricordando giustamente il fondamento valoriale del suddetto *ius positum* (par. 3.2).

Altre teorie, spesso più rispondenti alla sostanza giuridico-sociale del diritto, come l'istituzionalismo di Santi Romano e Hauriou, il giusrealismo, le scuole su Diritto e analisi del linguaggio (in Italia Scarpelli, Guastini, Tarello), hanno avuto minor diffusione sociale, forse proprio per la loro maggior articolazione.

Mettendo in ombra i valori, il positivismo aveva il difetto di apparire debole rispetto a leggi ingiuste, peraltro abbastanza rare nella materia privatistico-giurisdizionale, che esso essenzialmente aveva presente. Il giusnaturalismo si preoccupava meno di collegare il diritto con la teoria generale dei saperi e gli studi sociali, ma entrambe le teorie, con le loro varie sfumature, avevano un punto in comune; esse erano infatti ancorate al diritto come sapere per tecnici, diretto all'interpretazione di regole (positivismo) o valori (giusnaturalismo) per risolvere casi specifici. Pur cercando di collegarsi agli studi sociali, il positivismo guardava al dato normativo, anziché ai dati sociali di cui al par. 1.9; il suo relativo successo, specialmente tra i pratici del diritto, si verificò in quanto esso in ultima analisi formalizzava atteggiamenti tradizionali dei giuristi come tecnici. Al prestigio del positivismo contribuirono anche le grandi codificazioni otto-novecentesche, l'esigenza di *certezza del diritto* della società industriale (par. 3.2), l'interventismo della politica (par. 3.3) e il desiderio burocratico di coperture normative (par. 3.9). Il positivismo restò così nel solco della tecnica, dedita all'interpretazione di *materiali normativi*, redatti da varie autorità, come leggi, sentenze, atti amministrativi e importanti opinioni dottrinali. Il positivismo ha quindi oggettivamente alimentato

la tendenza tecnica del diritto a parlare per riferimenti, senza prima guardare e spiegare direttamente la realtà sociale. Quest'ultima è stata così vista, anche dal positivismo, attraverso il filtro dei suddetti materiali normativi, amplificandone la confusione quando mancava loro il retroterra di adeguate spiegazioni sociali. L'elaborazione di queste ultime è stata oggettivamente ostacolata dall'enfasi positivista sul dato normativo. Anche quando i positivisti ritengono la legislazione inadeguata, non spingono a creare spiegazioni sociali, necessarie a regole più adatte alla realtà sociale. In questi casi l'auspicio è per l'intervento riformatore della politica, avviando il circolo vizioso del riformismo compulsivo di cui al par. 3.3. Inquadrando la tradizione tecnica del diritto nel quadro dei saperi, il positivismo non si poneva il diverso problema delle spiegazioni sociali.

Chi sentiva il bisogno di queste ultime avrebbe dovuto, nell'ottica positivista, cercarle nei materiali normativi, dove ovviamente non erano rinvenibili; le regole infatti non nascono per spiegare, ma per comandare secondo il brocardo *lex imperat non docet*. La metodologia positivista genera l'illusione di poter spiegare la società leggendo materiali normativi; essa immagina anche razionalità latenti in tali materiali, trascurando la confusione in cui furono concepiti, come se la legge potesse d'autorità eliminare il disorientamento sociale sui temi regolati. Quanto precede si conciliava purtroppo con l'abituale tradizione tecnica di decifrazione di materiali normativi. I riflessi sulla pubblicistica giuridica sono stati destabilizzanti, perché nei materiali normativi redatti con finalità contingenti, e spesso in stato confusionale, hanno cominciato ad essere presupposte arcane razionalità latenti; la pubblicistica giuridica è stata così contagiata dal disorientamento dovuto alla mancanza di spiegazioni sociali; nei materiali normativi sono state presupposte le logiche più varie, in quanto rimaneva la convenzione tecnico-positivistica di esprimersi *per riferimenti* normativi, anche per i consueti tentativi di legittimazione di cui al par. 1.5, comuni agli studi sociali. È stata quindi trascurata la sistematizzazione di percezioni e riflessioni attorno ai temi regolati, compito degli studi sociali indicato al par. 1.9. Sempre più spesso la pubblicistica presuppone un senso logico dove non c'è, evitando di chiedersi *di cosa parliamo, a chi e perché*. Questo trasforma davvero i giuristi in vermi, secondo la metafora ottocentesca di Kirchmann e Wolf, con vuoti tentativi di trovare un senso tramite riferimenti a *combinati disposti, arresti giurisprudenziali e autorevoli dottrine*. Nascono così esposizioni non tanto sbagliate, quanto piuttosto prive di senso, cioè di un filo conduttore; se quest'ultimo talvolta dovesse esserci è talmente nascosto da essere per definizione senza impatto sociale. Anche il diritto cade, in questo modo,

nell'autoreferenzialità di cui al par. 1.5, interessando solo ai pochi che vi riscontrano la specifica casistica tecnica che li coinvolge. Senza spiegazioni giuridico sociali la tecnica diventa una babele in cui neppure gli addetti ai lavori si capiscono tra loro. Ognuno di essi fa parlare i materiali normativi secondo impressioni superficiali e personali prospettive cui i redattori, e gli altri lettori, non pensavano affatto, in un dialogo tra sordi. Emerge tutta l'impreparazione del diritto come tecnica verso le spiegazioni sociali, che era abituato a trovare già fatte. Questo spinge a restare ancorati alla tradizionale decifrazione di regole, inserendovi riferimenti valoriali, e interpolando materiali normativi decontestualizzati con divagazioni varie. La suddetta esposizione *per riferimenti* a materiali normativi viene accompagnata da erudizione economico-storico-politico-sociale, luoghi comuni d'attualità, contorti tecnicismi su casi limite, paludate divagazioni allusive. Il diritto come tecnica finge cioè di trovare spiegazioni sociali in un *mix* di materiali normativi e divagazioni politiche. Si autoproduce così un ibrido, né tecnico né giuridico sociale, definibile *scientificità esteriore* o più brevemente *fuffa*, trattandosi di frasi vagamente in tema, usate per gestire situazioni che non si comprendono; c'è una qualche affinità con le ineffabili *Supercazzole*, ormai sdoganate nello Zingarelli, con le loro ammiccanti e disorientanti allusioni, come "*vicesindaco*" col vigile urbano, "*dominus vobiscum*" col parroco, "*pentolone*" col cuoco, "*trazione*" con l'ortopedico etc. Il loro filo conduttore è solo apparente, vagamente in tema, ma nella sostanza privo di senso logico, né vero né falso. È quindi anche faticoso contestare tali scritti nel merito, proprio perché mancante o disperso in esposizioni paludate e prolisse; si addice a tali scritti la riflessione, reperibile in rete, secondo cui *The amount of energy needed to refute bullshit is an order of magnitude bigger than to produce it*. A questa tortuosità contribuisce il preconconcetto, anch'esso ispirato allo studio della materia, secondo cui *l'incomprensibilità è indizio di scientificità*. La preoccupazione di legittimarsi, indicata al par. 1.5 per gli studi sociali, appare qui in versione avvocatessa, riflesso della strategia causidica del *se non puoi convincerli confondili* riferita a clienti, giudici, altri tecnici. Purtroppo il tecnico si sente imbarazzato ad ammettere di "non aver capito" e risponde per darsi un tono, aumentando quindi la confusione; questo imbarazzo contagia anche chi ricopre posizioni istituzionali, come politici, funzionari pubblici, giudici, e altri chiamati a gestire situazioni che non possono ammettere di non capire, o dove devono difendere l'indifendibile, usando motivazioni apparenti. Quest'atteggiamento è strumentale anche a *sfondare le porte delle università*, con scritti paludati e tortuosi, come rilevava Jhering *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Sansoni,

Firenze, 1954, p. 121 a proposito delle superfetazioni dottrinali del diritto romano nella Germania *pre-codificazione*.

In conclusione, sia il giusnaturalismo sia il positivismo riguardano la tradizione tecnica del diritto, che il positivismo collega alle riflessioni generali sui saperi. Entrambi si pongono in una prospettiva più tecnica che giuridico sociale, ma rinviando al prossimo par. 2.5 e al cap. 3 ulteriori confronti tra le due teorie. Rileviamo solo che il giusnaturalismo non esamina il rapporto tra diritto e teoria dei saperi, affrontato invece dal positivismo in un modo che scoraggia, come indicato sopra, le spiegazioni giuridico sociali. Esso inoltre non abitua all'osservazione diretta del dato sociale, e quindi chi vi si avventura, allontanandosi dal *dato normativo*, rischia improvvisate e riduttive divagazioni valoriali simili a quelle *socioantropologiche* di cui al par. 1.5.

Le spiegazioni sociali non vanno quindi cercate nei materiali normativi, ma vanno costruite sistematizzando la realtà (Gaber, *Giotto da Bondone* in rete), attraverso la sensibilità giuridica come indicato ai prossimi paragrafi.

#### 4. *Sensibilità tecnica come strumento di spiegazione sociale*

Il rapporto tra diritto e studi sociali ha quindi bisogno di un'inversione di prospettiva, prendendo atto dell'impossibilità di elaborare spiegazioni sociali attraverso il diritto come tecnica, facendo leva su valori o materiali normativi. Bisogna piuttosto inserire la sensibilità tecnica, tipica del giurista, nell'elaborazione di spiegazioni sociali. Queste ultime, quando riguardano funzioni pubbliche, sono infatti per definizione giuridiche, e per questo le definiamo, in questa sede, giuridico-sociali; elaborarle richiede cioè un'adeguata sensibilità verso il diritto come tecnica, verso concetti come regole, valori, principi, prove (par. 3.5), interpretazione (par. 3.6 ss.), discrezionalità (par. 3.8), sanzione (par. 3.4), contenzioso amministrativo e giurisdizionale (parr. 3.12 ss) etc. Queste familiarità, radicate nel diritto come tecnica, mancano a economisti, sociologi, politologi, storici e altri studiosi sociali, incapaci di orientarsi su cosa è possibile o non è possibile *fare con regole* (parafrasando il titolo di un volume di Twining-Miers), o con uffici pubblici. Questa *cassetta degli attrezzi* ha in buona misura radici privatistico-giurisdizionali (par. 2.2), ma va ricollocata nella più ampia idea giuridico sociale di diritto, come analisi di incarichi socialmente controllati (par. 2.5), che travalica, ed include, il diritto dei privati e la tradizionale tecnica giuridica.

Questa sensibilità può derivare da qualsiasi settore tecnico del diritto, e da qualsiasi ruolo, come professioni forensi, didattica giuridica, attività di funzionario in aziende (*giurista d'impresa*) o pubblici uffici. Questa sensibilità tecnica aiuta lo studio giuridico sociale anche su funzioni pubbliche diverse da quella dov'è avvenuta la suddetta esperienza pratica; anzi, un eccessivo appiattimento tecnico sui dettagli di un settore può anche ostacolarne la spiegazione sociale d'insieme.

Queste spiegazioni giuridico sociali costituiscono in un certo senso una *meta tecnica*, travalicando il diritto come tecnica, ma restando *giuridiche* in quanto legate allo studio di pubbliche funzioni e dei loro strumenti operativi. La sensibilità tecnica aiuta cioè lo studio giuridico sociale come *meta-tecnica* ad elaborare spiegazioni utili per la società, e quindi anche per la tecnica. È un circolo virtuoso che valorizza la tradizione tecnica del diritto come "pratica sociale" (F. Viola), in funzione della diversa *praticità conoscitiva* dello studio sociale. L'allenamento tecnico all'interpretazione di regole si trasferisce facilmente all'interpretazione di percezioni e dati *sociali* (par. 1.9), collocati nel tempo e nello spazio (par. 2.7 sull'internazionalizzazione).

Quest'elaborazione di spiegazioni deve tener conto delle caratteristiche metodologiche generali degli studi sociali di cui al par. 1.9, come il coordinamento di riflessioni e percezioni, la comunicazione, l'interazione plurilivelli etc.. Rispetto al diritto come tecnica, lo studio giuridico sociale ha cioè bisogno di adeguare molto più spesso il registro espositivo all'uditorio e al contesto, combinando varie sfumature di *socialità* e richiami tecnici.

È un riflesso espositivo della pluralità di interessati alle spiegazioni giuridico sociali, compresi politici, giornalisti, magistrati, esponenti dell'economia, della finanza, dell'alta burocrazia e altri interessati ai diversi temi nelle varie opinioni pubbliche di settore di cui al par. 1.6.

Questo ha portato molti giuristi ad interagire con la politica, anche in contesti dittatoriali, come Santi Romano, presidente del Consiglio di Stato nel ventennio, Schmitt, che cercò di inserirsi con scarso successo nell'*establishment* nazista, Vyšinskij, gestore dei processi staliniani degli anni 30, cui s'ispirò anche il giudice nazista Roland Freisler, definito da Hitler *il nostro Vyšinskij*; il positivismo (par. 2.3) si conciliava meglio con le dittature, il che spinse Kelsen a varie precisazioni, dopo l'emigrazione in USA per le sue origini ebraiche. Alcuni giuristi (probabilmente Schmitt) pensarono forse di poter influenzare i programmi politici, secondo l'illusione di cui al par. 1.7, ma la maggior parte fu *tecnico d'area*, gestendo nella veste ausiliaria di *consigliere del principe*, situazioni sfuggenti o formalizzando atti decisi politicamente.

Si tratta di un'opzione legittima, ma subordinata alla politica, dispersa su contingenze legislative e su polemiche politico-mediatiche, spesso maggiori dei ritorni relazionali-professionali offerti a chi la sceglie. Questo anche perché le autorità di governo dispongono di appositi organi di collaborazione istituzionale, come magistrature, alte burocrazie, Banca d'Italia, Istat etc., senza particolare bisogno di singoli esperti.

Come studioso sociale, il giurista dovrebbe invece interloquire con tutti coloro che sono genuinamente interessati ai temi da lui analizzati; il suo compito infatti è quello generale, indicato al par. 1.9, di coordinamento-integrazione di percezioni e riflessioni, riferito alle funzioni pubbliche, e diretto al bene comune, senza pregiudiziali ideologico-politiche. Su questi temi, il giurista può ovviamente avere preferenze individuali, ma come studioso sociale è al servizio della società, non di partiti desiderosi di consenso o di *mass media* desiderosi di *audience* (par. 1.7 e 1.8). In questo modo le sue spiegazioni saranno utili alla politica nel suo complesso, e alla generalità degli studi sociali nell'uscire dall'autoreferenzialità di cui al par. 1.5. Questo a maggior ragione in Italia, in cui la socialità è stata eccessivamente politicizzata, la politica sopravvalutata e spettacolarizzata, con gli inconvenienti di cui al par. 3.3. Gli studiosi sociali giuristi dovrebbero quindi contrastare la tendenza a gestire i contenuti, nella discussione pubblica, come appendici di effimeri battibecchi politici. Si tratta invece di riportare in primo piano l'interlocuzione giuridico sociale e le relative spiegazioni, con i riflessi di cui al paragrafo successivo.

### *5. Diritto come studio d'incarichi socialmente controllati, incluse le funzioni pubbliche*

L'uso della sensibilità tecnica per lo studio sociale, indicato al paragrafo precedente, consente di tornare al rapporto tra diritto e resto dei saperi; il positivismo, come accennato al par. 2.3, ebbe il merito di porsi questo problema, trascurato dalle teorie giusnaturalistiche, almeno nella loro percezione sociale; entrambe le teorie si ponevano però sul piano del diritto come tecnica, diretta a casistiche pratiche (par. 2.1); i contenuti di questo *sapere per fare*, come regole e valori, a seconda della prospettiva positivista o giusnaturalista, non consentono però un solido legame con i saperi diretti alla conoscenza in quanto tale, compresi gli studi sociali.

Al diritto come studio sociale servono infatti collegamenti con gli interessati ai temi sottostanti, senza problemi specifici da risolvere, ma

desiderosi di capire aspetti della socialità, secondo il loro livello di attenzione e disponibilità di tempo. Per relazionarsi con questa più ampia categoria di interlocutori, compresi i tecnici senza specifiche urgenze professionali, il diritto deve presentarsi in prospettiva sociale; quest'ultima è essenzialmente conoscitiva, e non solo conoscitiva della tecnica, come in ultima analisi facevano positivismo e giusnaturalismo, ma dei vari aspetti della socialità in prospettiva giuridica. Si tratta quindi di esporre a questi interlocutori, sui vari aspetti giuridico sociali di loro interesse, discorsi di senso compiuto, rispondenti a quello che Scarpelli chiamava *principio di significanza*, parallelo alla *verificazione* delle scienze della materia (cfr. *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 37-38 ss e par. 1.2 sull'indimostrabilità dei valori). A tal fine è sterile andare a rimorchio delle altre discipline sociali che, come visto al par. 1.5, faticano a rimorchiare persino sé stesse, senza potersi dar carico anche del diritto. Lo studio giuridico sociale deve quindi contare prima di tutto su se stesso, sulla sensibilità tecnica di cui al paragrafo precedente, in un rapporto paritario e cooperativo con le altre prospettive di studio sociale, contribuendo alla metodologia comune di cui al par. 1.9. Solo in chiave di studio sociale si può infatti costruire una teoria pura del diritto, senza i limiti della tecnica, riguardante regole e valori contingenti nello spazio e nel tempo; per essere *pura* una teoria deve essere riferibile a ogni socialità umana, da quelle paritetiche (par. 3.1) a quelle caratterizzate da deleghe politiche, fino alle odierne deleghe tecnico giuridiche. In quest'intreccio di incarichi socialmente condizionati, e variamente controllati, riemerge l'intuizione giuspositivista sulla *normativa a catena*. Questa catena non è però fatta di regole, con la difficoltà di raggiungere un'ineffabile *Grundnorm*, ma di incarichi variamente formalizzati, compresi gli accordi e i doveri generali di correttezza del diritto dei privati (*il neminem laedere* come presupposto implicito della convivenza). In questa prospettiva l'equivalente della *Grundnorm* è facilmente individuabile nella delega di ultima istanza del gruppo sociale alle varie articolazioni politico giuridiche che ne fanno parte. Quando gli incarichi vengono svolti dal gruppo sociale, o da suoi delegati, abbiamo le funzioni pubbliche, come quella di giustizia e le altre indicate al par. 2.2. Anche qui troviamo incarichi attribuiti con alcune indicazioni per il relativo svolgimento, anche se l'investitura di una funzione da parte del gruppo sociale non può mai del tutto prescindere dai valori del gruppo stesso, quando diventano in concreto rilevanti. L'esercizio di tali funzioni è oggetto dei controlli sociali di varia natura indicati al par. 3.10, che possono avere le conseguenze, premiali o punitive, di cui al par. 3.4.

Regole, valori e funzioni sono due modi di guardare alla stessa realtà

sociale, i primi due in prospettiva tecnico pratica, con un problema da risolvere, le ultime in prospettiva *conoscitiva*; come indicato al par. 2.1 sono due prospettive complementari, perché i valori e le regole hanno bisogno di funzioni che se ne facciano interpreti, avvertendo un qualche controllo sociale. Così come non c'è diritto senza regole e/o valori, non c'è neppure diritto senza funzioni e senza un qualche loro controllo sociale. Le funzioni variano però molto meno, nel tempo e nello spazio, rispetto a valori e regole; esse si prestano quindi meglio a una prospettiva conoscitiva, di studio sociale, di teoria pura, per dirla con Kelsen. Al contrario, il diritto come tecnica, preoccupato legittimamente di risolvere problemi specifici *qui ed ora*, guarda di più a regole e valori, per quanto contingenti, se non ai materiali normativi, addirittura effimeri.

La prospettiva giuridico sociale è quindi complementare al diritto come sapere per tecnici, ed aggiunge alle sue finalità *prescrittivo-pratiche* anche finalità *conoscitive*, dirette a *conoscere* e *spiegare* la socialità. Questa prospettiva *giuridico-sociale* non solo salvaguarda il ruolo tecnico dei giuristi, ma lo valorizza, avviando con esso un circolo virtuoso. Le spiegazioni giuridico sociali migliorano anche la coesione del gruppo (par. 1.4 e 1.7), il controllo sociale e l'efficienza, giovando anche al diritto come tecnica. Nell'immediato, la maggior serenità sociale riduce il lavoro tecnico provocato dalla confusione (cfr. la paradossale commedia *Knock, o il trionfo della medicina*); quest'ultima però avvantaggia solo i pochi pratici con clienti in grado di assorbirne i costi, peggiorando la qualità generale della tecnica, fino al sostanziale diniego di giustizia di cui al termine del par. 3.12. Queste due prospettive del diritto si combinano anche senza saperlo, in quanto lo studio giuridico sociale è implicito nel sapere comune: finché quest'ultimo è sufficiente (par. 2.2), il bisogno di spiegazioni giuridico sociali non viene neppure avvertito, perché è implicitamente soddisfatto. Nella misura in cui però il senso comune non basta, le spiegazioni giuridico sociali devono diventare esplicite, coordinando riflessioni e percezioni degli interessati; queste spiegazioni *giuridico-sociali* riguardano così indirettamente anche il diritto come tecnica, che sia positivismo sia giusnaturalismo hanno cercato di spiegare, diventando *sociali* solo per questo aspetto.

Questa prospettiva di studio sociale è riferibile sia gli elementari gruppi paritetici di cui al par. 3.1 sia ai sofisticati controlli e contrappesi dello stato di diritto (par. 3.13 all'inizio). Ogni funzione si fa interprete di valori o regole presenti nel gruppo, per fare o per ulteriormente delegare, creando comunque, in qualche misura *diritto*. La creazione del diritto non è quindi un'esclusiva di legislatore e giudice, come appare nella prospettiva privatistico giurisdizionale, ma riguarda anche gli incaricati di altre funzioni

pubbliche, come difesa, sicurezza, amministrazione dei beni comuni, infrastrutture, ambiente, sanità, educazione, imposizione tributaria, etc. Su ognuna di esse si intrecciano compiti, incarichi e controlli, condizionati da valori, regole, aspettative e conseguenze sanzionatorie, nell'ampio senso di cui al par. 3.4. Il giudice fa parte di tutto questo e *crea diritto* come fanno, *per quanto di competenza*, anche gli altri incaricati delle suddette funzioni non giurisdizionali. Anche nel *creare diritto* si subiscono condizionamenti di altri che, a loro volta, creano diritto, ognuno facendosi interprete del proprio ruolo; tra politica, con funzioni di indirizzo, e suoi incaricati, possono esserci cioè innumerevoli combinazioni, che ritroveremo ai parr. 3.7-3.8 per le interazioni tra interpretazione e discrezionalità.

Grazie alla sensibilità tecnica di cui al paragrafo precedente, il giurista può coordinare meglio di altri studiosi sociali riflessioni e percezioni degli interessati alle pubbliche funzioni; ripetiamo che queste spiegazioni giuridico sociali giovano all'intera società sul piano della qualità delle regole e dell'efficienza delle funzioni pubbliche; il diritto come studio sociale allarga così l'uditorio del diritto come tecnica, includendovi non solo gli operatori pratici, interessati alla cornice sociale del loro lavoro, ma anche la pubblica opinione di settore, come definita al par. 1.6. La tradizione del diritto, come sensibilità tecnica, si fonde così con la socialità, valorizzando sé stessa e contribuendo in potenza a una metodologia degli studi sociali. Non si tratta quindi di fare rivoluzioni, rompere legami col la passata tradizione tecnica del diritto, di cui anzi è bene essere consapevoli, senza ridurla a mito; tuttavia l'interlocuzione avviene con la società del proprio tempo, ed è con lei che occorre relazionarsi, essendo al tempo stesso comprensibili e interessanti; l'individuazione nel passato di elementi strutturali, comuni al presente, senza disperdersi sulle contingenze di entrambi, consente di destare un qualche interesse, nello spazio e nel tempo. Lo studio giuridico sociale dovrebbe quindi inglobare la tradizione tecnico giuridica, per quanto necessario a suscitare interesse nel presente e nel futuro.

Si potrà così rilanciare l'antico peso *socio-culturale* dei giuristi sull'opinione pubblica; l'aumento quali-quantitativo di quest'ultima, per la diffusione del sapere (par. 1.4), ha infatti ridotto l'impatto culturale dell'antica *nobiltà di toga*. Tuttavia la sensibilità tecnica dei giuristi, su cui par. 2.4, è ancora una preconditione per coordinare in spiegazioni giuridico sociali le percezioni e riflessioni sulle funzioni pubbliche, il cui impatto è enormemente aumentato rispetto al passato.

## 6. Spiegazioni sociali e settorializzazione accademica del diritto

Le classificazioni accademiche delle materie giuridiche, almeno in Italia, sono fortemente improntate al diritto come tecnica; i collegamenti tra una disciplina tecnica e l'altra sono modesti, e le discipline storico-economico-filosofiche non riescono a produrre una visione d'insieme; gli studi giuridici italiani sono infatti frammentati in ben 21 *settori scientifico disciplinari*, mentre in altri paesi l'intercambiabilità didattica e di ricerca è molto maggiore. Forse è un riflesso della ritrosia italiana a fare gruppo (par. 1.6), che alimenta autoreferenzialità analoghe a quelle di cui al par. 1.5. Si ostacola soprattutto l'interlocuzione esterna, verso le varie tipologie di potenziali interessati *non professionali*, nelle opinioni pubbliche generali e di settore (par. 1.6).

Questa frammentazione lascia inoltre sguarnite, non solo sul piano delle spiegazioni sociali, ma anche su quello tecnico, le numerose funzioni pubbliche senza corrispondenza con uno dei suddetti settori scientifico disciplinari. Mi riferisco ad esempio a diritto fallimentare, previdenziale, dell'ambiente, bancario e assicurativo, di famiglia, contabile pubblico, di polizia amministrativa, dell'istruzione e dell'università, etc.; la giuridicità tocca infatti tutti gli aspetti dell'esistenza umana, ed anche oltre, vista la reperibilità, in rete, facendo i dovuti scongiuri, persino di testi di *diritto mortuario*. Il rimedio non è certo moltiplicare i settori accademici, ma coordinare quelli esistenti, collegandoli nella prospettiva giuridico-sociale e coprendo le carenze suddette.

Per spiegare giuridicamente un settore della socialità non serve infatti l'esegesi delle relative regole, necessarie invece al diritto come tecnica per risolvere casi specifici. Il diritto come spiegazione sociale interpreta la prassi alla luce dei dati settoriali, coordinando percezioni e riflessioni degli interessati al tema, comprese quelle dell'autorità politica produttrice di regole. È del resto intuitivo che le spiegazioni sociali non nascono dalle regole, che anzi spesso aumentano la confusione, come indicato al par. 3.3.

Una prospettiva giuridico-sociale collegherebbe queste settorializzazioni tecniche, contribuendo a una comune *scienza del diritto*; sono infatti socialmente poco incisive tante piccole, singole, *scienze del diritto*, ad esempio *commerciale, penale, costituzionale, processuale, del lavoro, tributario* e via enumerando. Questa *scientificità* in ordine sparso ostacola la valorizzazione complessiva del diritto come studio sociale agli occhi degli interessati ai diversi temi. La prospettiva giuridico sociale si proietta invece fuori dai ristretti circuiti accademici, verso gli interessati al tema nell'opinione pubblica, generale e di settore (par. 1.6). Nella consueta veste tecnica i giuristi sono socialmente percepiti come specialisti di settore, ma come

studiosi sociali sono invece visti in modo unitario; su questo sfondo qualche articolazione è accettabile in relazione al diverso bisogno di spiegazioni sociali, relativamente meno necessarie in materia privatistico giurisdizionale, come indicato dal par. 2.2; è quindi concepibile un polo d'aggregazione privatistico, rappresentato dal diritto del giudice, cui ricondurre diritto civile, commerciale, del lavoro, processuale civile, coi rispettivi profili comparati, e internazional-privatistici.

Lo studio giuridico sociale delle funzioni non giurisdizionali accomunerebbe diritto pubblico-costituzionale, amministrativo, tributario, internazionale pubblico e comunitario ordinamentale (i condizionamenti unionali sul diritto dei privati competono invece a quest'ultimo). Anche il diritto penale è fondamentalmente pubblicistico e nella prospettiva giuridico-sociale potrebbe rilanciare le sue tradizioni di studio della sicurezza e delle devianze, riprendendo un ruolo nella discussione pubblica sui propri temi, oggi trattati da magistrati, politici e giornalisti.

Una terza prospettiva è "storico-culturale", cui ricondurre filosofia del diritto, diritto romano e storia, che riferirebbero la socialità del diritto ad altri contesti spazio-temporali; resta la comparazione giuridica nello spazio, gestibile in relazione alle grandi partizioni suddette, come conferma la distinzione del diritto comparato tra pubblico e privato.

Gli studi giuridici troverebbero così una terza via, *giuridico-sociale*, di respiro più ampio rispetto a quella tecnica, senza però divagazioni *politico valoriali*, giustamente svalutate come *sociologiche* nell'ambiente tradizionale dei giuristi. Questa prospettiva consentirebbe proficue interazioni tra la sottigliezza tecnica dei privatisti e le riflessioni sull'organizzazione pubblica in generale, tipiche di pubblicisti e amministrativisti.

Compattare i saperi, salvaguardandone le specificità settoriali, servirebbe anche a contenere le note patologie relazionali di molte accademie: più le accademie sono piccole e autoreferenziali, più i loro membri si leggono (quando va bene) tra loro, come preti di una religione defunta, per usare un'espressione delle prefazioni di Salvatore Satta. Dall'autoreferenzialità alla relazionalità il passo è molto breve, col rischio che l'inevitabile cooptazione degeneri in spartizione, cui reagiscono formalismi burocratici, dannosi per la sostanza dei saperi (cfr. il provocatorio video visibile in rete digitando *Zeno zencovich trucco i concorsi*). Anche sotto questo aspetto, in discipline accessibili come quelle sociali (par. 1.9), *le dimensioni contano* e accademie ampie valorizzano, visto il maggior numero di soggetti da convincere, i contenuti rispetto agli scambi di favori.

L'accorpamento faciliterebbe anche il controllo sociale sui relativi saperi, necessario sia perché essi sono mantenuti con risorse collettive, sia per la

fiducia in essi riposta dall'opinione pubblica, visti gli obiettivi indicati ai par. 1.4 e 1.9. Sarebbe pretestuoso opporvisi facendo leva sull'art.33 della Costituzione, che salvaguarda i saperi dalle ingerenze politiche di cui al par. 1.7, senza avallarne certo usi opportunistici.

L'efficienza dei sistemi di valutazione della ricerca dipende in buona parte dalla suddetta ampiezza delle comunità di studiosi, in quanto il controllo è prima di tutto autocontrollo. C'è poi il coinvolgimento delle comunità di studiosi contigue, e degli studiosi esteri, coi limiti di cui al prossimo par. 2.7. Negli studi sociali però rileva anche la qualità-quantità degli interessati nell'opinione pubblica, ai fini dell'interazione plurilivelli di cui al par. 1.9. La *valutazione* varia quindi da sapere a sapere, essendo infatti uno dei temi *non autosufficienti* di cui al par. 1.5, come l'organizzazione, la comunicazione, l'innovazione, etc. Per valutare qualcosa bisogna infatti conoscerlo a sufficienza e quindi l'ente che oggi vi è preposto (ANVUR) dovrebbe interagire con le suddette modalità di auto-valutazione dei diversi saperi. Si tratta di controllare come ciascun sapere riflette sul proprio ruolo, generando i propri valori quanto a rigore metodologico, originalità, innovatività, impatto, etc. Questi parametri variano da sapere a sapere, a partire dalla diversità tra studi della materia e sociali, ciascuno accompagnato dalle relative tecniche (par. 2.1); è evidente l'influsso metodologico delle scienze fisiche sul lessico dell'ANVUR, che parla di originalità, innovatività, rigore metodologico, internazionalizzazione e impatto. Sono parametri da contestualizzare per il diritto, nelle sue varie combinazioni tra tecnica e studio sociale delle funzioni pubbliche. I parametri di valutazione si intrecciano tra *sapere per tecnici*, diretto agli operatori del diritto, e interessati alle pubbliche funzioni; i primi sono attenti all'individuazione, interpretazione, sistematizzazione e coordinamento di materiali normativi, rispetto a possibili tipologie casistiche; i secondi sono più attenti al coordinamento, in chiave giuridica, delle percezioni e riflessioni sui dati sociali. Le combinazioni tra questa ricerca tecnica e giuridico sociale possono essere numerosissime, secondo una gamma ininterrotta di sfumature intermedie. La prospettiva giuridico sociale, tuttavia, ha un maggior numero di potenziali interlocutori, e sotto questo profilo per la relativa valutazione è importante il c.d. *impatto*, effettivo e potenziale, con gli interessati all'argomento, al di là dei circuiti accademici; l'impatto, in altri termini, è un importante indice di *socialità*, utilizzato dalla VQR Anvur 2015/19, e da approfondire anche in relazione ai rapporti coi *media* ( par. 1.8).

Su queste premesse ogni *prodotto di ricerca*, per usare l'espressione dell'Anvur, dovrebbe chiarire come si colloca tra prospettiva tecnica e

giuridico sociale, facendo capire per chi è stato scritto e perché, al di là della sua legittima finalizzazione a un avanzamento accademico. Si tratta cioè di spiegare il valore aggiunto proposto ai destinatari, secondo i suggerimenti metodologici del par. 1.9, andando oltre i formalismi delle classificazioni delle riviste (Lupi *Valutazione dei saperi e diritto tra tecnica e scienza sociale delle pubbliche funzioni*, in *Innovazione e diritto*, 2017, n.4, rivista *online* facilmente reperibile in rete).

Il cosiddetto *rigore* metodologico riguarda la padronanza del contesto, più che l'apparato citazionale, con cui è impropriamente confuso; l'*originalità* e *innovatività* non riguardano certo l'esame esegetico di nuove leggi, sentenze o temi "di moda", com'è accaduto per *trust*, *web tax*, *bitcoin*, processo telematico, pandemia, etc. Al di là di questo *manierismo giuridico*, innovazione e originalità riguardano nuovi collegamenti o prospettive anche su temi strutturali della socialità e del diritto; il tutto senza aspettarsi "scoperte" come quelle delle scienze della materia, concepibili magari per poche ricerche archivistiche. Una sintesi tra i suddetti profili è la capacità di interessare gli interlocutori che lo scritto si è scelto, in modo non banale e senza richiami emotivi a profili valoriali.

Valorizzando in modo combinato i profili suddetti è possibile evitare che monografie con ISBN, o articoli in riviste ANVUR di classe A, si riducano a formalismi da concorso universitario, noiosi anche per i relativi commissari.

Il posizionamento dello studioso nella comunità scientifica di riferimento dovrebbe basarsi sulla stima nel merito, malamente surrogata da indici oggettivi che si riducono a nomi su locandine di convegni o visite in università straniere, incontrollabili nei contenuti sostanziali (la questione riguarda però il diverso profilo del reclutamento universitario, fuggevolmente accennato sopra, ma che dovrebbe essere oggetto di approfondimenti).

Questa prospettiva giuridico-sociale dovrebbe valorizzare il diritto nel circuito della ricerca europea e internazionale, dov'è penalizzato finché si limita al *sapere per tecnici*. Lo conferma la scarsità di codici ERC in materia giuridica nel macrosettore SH, acronimo per *social e humanities*; è una conseguenza del bassissimo numero di progetti presentati, con temi per di più molto settoriali, tipo ambiente o antidiscriminazione. I temi dei progetti passati influenzano cioè l'inquadramento dei progetti futuri, senza una prospettiva generale di ricerca giuridico-sociale. Quest'ultima è invece indispensabile per rendere anche la ricerca giuridica più *corale* e prospettica, com'è normale in una società complessa; del resto *coralità* è sinonimo di socialità, cioè di interazione spazio-temporale, su cui i prossimi paragrafi.

### 7. Spiegazioni giuridico sociali come strumento d'internazionalizzazione

Tutti i saperi hanno bisogno, con varia intensità, di comunicazione, comprese le scienze della materia. Queste ultime però, con le loro ristrette comunità, comunicano internazionalmente in lingue veicolari, come l'inglese; in queste materie è perciò facile creare comunità scientifiche transnazionali, vista la funzione aggregante dell'oggetto di studio e degli esperimenti come comunicazioni non verbali; si crea così, tramite la lingua veicolare, una *democrazia sovranazionale dei saperi*, utile anche per il controllo sociale (par. 3.10) contro loro possibili usi opportunistici (par. 1.4, in fine).

Il linguaggio rappresenta invece un ostacolo maggiore per gli studi sociali, accessibili e che coinvolgono un numero molto maggiore di interessati. Le molteplici interazioni di cui al par. 1.9, con le loro sfumature di stati d'animo, percezioni, collegamenti e riflessioni sono infatti già difficili da svolgere nella lingua madre dei soggetti coinvolti. Tradurre, ad esempio, riflessioni articolate, come quelle di questo volume, in lingue diverse dalla propria, è complesso anche avendo una qualche conoscenza della lingua in cui bisogna esprimersi.

La diversità di lingua rende anche più difficile comprendersi sulle particolarità dei contesti spazio-temporali, che rendono meno comparabili i temi di ricerca rispetto a quelli trattati dalle scienze fisiche. È certo possibile usare le suddette lingue veicolari, ma con esse diventa più difficile rendere l'idea dell'analisi e del coordinamento che gli studiosi sociali propongono ai loro interlocutori. Aumenta quindi il rischio di equivoci, con una regressione dell'interlocuzione, espressa dalla metafora della Torre di Babele. Già oggi, nella *koinè* global-mondialista, si interloquisce in un inglese veicolare, inadeguato a coordinare una socialità complessa, e dove spesso si finge di capirsi e si usa un'ottimistica dose d'immaginazione; molti fingono di parlare come se l'interlocutore potesse capire e quest'ultimo, di rimando, dà un senso tutto suo a quanto ascoltato. Il provincialismo italiano esorcizza il problema col consueto spontaneismo di cui al par. 1.6; abbiamo *abstracts* in inglese di scritti spesso già privi di senso logico in Italiano (par. 2.3) o corsi in inglese tra docenti e studenti italianissimi; aggiungiamo i turismi accademici all'estero, tanto per *fare curriculum*, e le espressioni anglosassoni usate per darsi tono, come si faceva un tempo col manzoniano *latinorum*.

Al di là questi espedienti, agli studi giuridici serve una riflessione seria sull'internazionalizzazione possibile, e sui suoi limiti. Questi ultimi sono

notevoli per la tecnica giuridica, che ha un problema in più, rispetto a quello linguistico, riguardante in generale tutti i saperi. Gli interessi professionali hanno infatti un ambito più ristretto di quello sociale e conoscitivo; le sottigliezze interpretative dei materiali normativi (par. 2.3) sono talmente intrecciate col linguaggio da rendere quasi esclusivamente nazionale la relativa interlocuzione. I cambiamenti di contesto ordinamentale rendono comunque poco internazionalizzabile il diritto come tecnica professionale, anche tra paesi in cui si parla la stessa lingua. Lo conferma il fatto che l'internazionalizzazione del diritto come tecnica è avvenuta sulla casistica riguardante controversie tra soggetti di ordinamenti diversi o che comportano l'applicazione di regole sovranazionali, come nel diritto internazionale o comunitario. Altrimenti l'internazionalizzazione del diritto come tecnica aumenta il rischio di una *scientificità esteriore* (par. 2.3) in lingue estere, versione giuridica dell'orecchiante motivetto di Celentano *prisencolinensinainciusol all right*.

L'internazionalizzazione può invece più proficuamente riguardare spiegazioni giuridico sociali parallele; in esse dovrebbe consistere cioè il diritto comparato, aprendosi alla socialità attraverso concetti comuni dei giuristi (par. 2.4), senza espressioni iniziatiche di settore, come *formanti e crittotipi*. Quest'internazionalizzazione conoscitiva, culturale, cioè *giuridico-sociale* confronta le funzioni pubbliche di ciascun paese, ed è un presupposto per migliorarle, considerandole un *dato sociale* analizzabile da interessati di paesi diversi, come indicato ai parr. 1.9 e 2.5.

Questo confronto giuridico sociale delle funzioni pubbliche consente una qualche interlocuzione senza equivoci o con equivoci accettabili. Tuttavia questa maggior *socializzazione* del diritto, tramite l'internazionalizzazione, deve pur sempre fare i conti col suddetto problema del linguaggio. Non potendo moltiplicare le traduzioni nelle varie lingue nazionali, i cultori dei vari settori degli studi sociali dovrebbero contestualizzare al proprio tema le già indicate lingue veicolari; questo consente comunicazioni dirette di settore, senza traduttori di madrelingua. Ciascuno degli interlocutori dovrebbe quindi trovare le parole per esprimere direttamente, nella lingua veicolare, i concetti semplici del suo settore, interagendo efficientemente con gli interpreti per quelli più complessi, anche con l'ausilio di traduttori informatici.

### 8. *Spiegazioni giuridico sociali e didattica*

L'origine tecnica del diritto (parr. 2.1 ss.) si ritrova anche nella denominazione italiana degli studi giuridici, cioè *legge* o *giurisprudenza*. Ritroviamo anche nella didattica l'impostazione privatistico-giurisdizionale, con l'inquadramento di materiali normativi nel senso di cui al par. 2.3, cioè legislazione, giurisprudenza e dottrina, sul bagaglio culturale delle persone colte; si pensi che, fino alle riforme degli anni settanta del ventesimo secolo, l'accesso agli studi giuridici richiese la maturità classica. A quest'impostazione rispondevano anche le materie penalistiche, sullo sfondo di divagazioni valoriali, mentre diritto pubblico e costituzionale guardarono soprattutto al sistema di governo, ai valori fondanti e alla coesione del gruppo, in una sorta di *diritto della politica*. Resta il diritto amministrativo per le funzioni non giurisdizionali, tra le quali è esaminata direttamente, nella compartimentalizzazione attuale degli studi giuridici italiani, solo quella tributaria.

La cornice culturale è affidata agli insegnamenti storico filosofici e dall'esame di economia, diventato oggi una specie di corpo estraneo per la deriva *sociomatematica* di cui al par. 1.5.

La didattica è basata fortemente sull'apprendimento dei materiali normativi suddetti, con forte componente mnemonico-nozionistica, destinata ad essere rapidamente dimenticata. L'impostazione degli studi segue la tradizione del diritto come apprendimento di *materiali normativi*, analizzati basandosi sul bagaglio esperienziale-culturale dei discenti. Leggi e sentenze, basate sul principio di autorità, contengono però comandi, non spiegazioni, secondo il brocardo *lex imperat non docet*, e quindi non sono in grado di contestualizzare se stesse. Per di più, nella misura in cui la pubblica opinione è confusa sui temi regolati, i materiali normativi ne riprendono e riflettono il disorientamento, che si trasferisce per loro tramite sui manuali universitari.

Anche gli accessi alle tradizionali professioni legali, come avvocato, magistrato, notaio, sono pervasi dal suddetto nozionismo; anzi, c'è da chiedersi quanti magistrati, avvocati o notai sarebbero in grado di superare di nuovo l'esame di ammissione. L'assorbimento lavorativo da parte delle classiche professioni forensi è inoltre numericamente modesto rispetto al numero di laureati in giurisprudenza, e di facoltà giuridiche. In queste ultime c'è stato infatti un drastico calo delle iscrizioni, rispetto a corsi di studio con meno aridità nozionistica e più varietà; mi riferisco non solo a economia e commercio, ma anche a varie declinazioni *sociali* delle facoltà umanistiche, come psicologia, sociologia, scienza delle comunicazioni,

storia, antropologia. Scettici sugli sbocchi occupazionali di ogni facoltà, gli studenti scelgono in base a contenuti puramente culturali, dirigendosi verso argomenti percepiti come meno aridi. Chi ambisce a un titolo di studio in chiave burocratica, si rivolge sempre più spesso alle università telematiche.

Pecca quindi di formalismo tecnicistico rispondere al problema con formazioni specialistiche settoriali, che segmentano ancor di più il diritto rispetto a quanto già indicato al par. 2.6; i giudici sono infatti i primi ad avere un retroterra giuridico generalista, ed i clienti scelgono l'avvocato in modo fiduciario-reputazionale, senza saperne valutare la competenza effettiva, né volerlo cambiare spesso, in nome di pretese specializzazioni. Specializzarsi già all'università può essere limitativo rispetto a opportunità di lavoro in altri settori: le casualità della vita inducono infatti a privilegiare le qualità personali dei collaboratori, e l'addestramento sul lavoro. La suddetta *formazione professionalizzante* risponde paradossalmente alla crisi del tecnicismo esasperando il tecnicismo; lo conferma la frustrazione delle pratiche seriali di infortunistica stradale, lavoro, separazione e divorzio, sfratti, fallimenti e altri settori tra cui, come detto sopra, gli stessi magistrati sono i primi a ruotare per non fossilizzarsi.

La tradizionale impostazione tecnica del diritto non è quindi in crisi perché insufficientemente parcellizzata, ma perché priva della fungibilità consentita da una formazione concettuale stabile e condivisa; si tratta quindi di ampliare la sensibilità di base degli operatori del diritto, vivificando la *cassetta degli attrezzi* di cui al par. 2.4 con le necessarie spiegazioni giuridico sociali. Si tratta in altri termini di far precedere le tradizionali *narrazioni normative* dalle necessarie *narrazioni sociali*; bisogna cioè trovare per ogni settore del diritto le opportune sfumature e combinazioni tra prospettiva giuridico sociale e tecnica. In questo modo gli studenti collegherebbero le varie materie con una trama selezionata di concetti coordinati su temi giuridici di fondo, ad esse trasversali, trattati al successivo capitolo 3; mi riferisco all'intreccio tra interpretazione e discrezionalità (parr. 3.2, 3.7, 3.8), ai concetti di amministrazione e giurisdizione (par. 3.12 ss), all'empirismo del giudizio di fatto (par. 3.5), ai due ruoli del giudice (parr. 3.12- 3.14), etc.

Dall'interlocuzione plurilivelli degli studi sociali (par. 1.9) è insomma semplice arrivare a una didattica giuridica plurilivelli, combinando aspetti giuridico sociali e tecnico professionali. Ad esempio, a un primo livello espositivo è sufficiente spiegare le varie funzioni pubbliche, ad esempio del processo civile e penale, del ruolo della procura, degli avvocati etc. È una formazione sufficiente per gli studenti non interessati alle professioni legali, ma ad impieghi in aziende, istituzioni e uffici pubblici, dove comunque i problemi giuridici sono numerosi e occorre interagire con le professioni

forensi. Questo retroterra giuridico-sociale, necessario a tutti, selezionerebbe gli aspetti culturalmente più importanti dei vari argomenti, in modo narrativo-culturale, *pratico* in quanto *legato alla prassi*, anziché esegetico. Su questa cornice si potrebbero poi inserire passaggi di narrazione via via più tecnica e normativa. Questa modulazione tematica consentirebbe idealmente a ogni studente di calibrare la fruizione delle varie materie, secondo combinazioni proposte dal docente, tra prospettiva giuridico-sociale e tecnica; ad esempio successioni e donazioni sono complicatissime se affrontate commentando il libro secondo del codice civile, meglio comprensibile se già si conoscono i trasferimenti di ricchezza come presupposti e punto di riferimento di tali disposizioni.

I tradizionali esami storico-romanistico-filosofici potrebbero utilmente inserirsi in quest'impostazione socio-culturale, contestualizzandola dalle loro prospettive, senza disperdersi in divagazioni filologiche o valoriali (par. 1.2). L'esame di economia, senza le formalizzazioni di cui al par. 1.5, dovrebbe concentrarsi sulla soddisfazione dei bisogni tramite la produzione di serie in aziende pluripersonali, cui si addice di più l'insegnamento dei giuristi di quello degli aziendalisti, rimasto tecnico come spiegato al par. 2.1. Quest'interazione tra cornice giuridico-sociale e tecnica rende più interessante lo studio del *diritto*, opportuno anche come denominazione degli studi, nel senso dell'inglese *law*; questa definizione include infatti le espressioni *legge* e *giurisprudenza*, riferite a legislazione e giurisdizione, senza esaurirsi in esse. Questa *socializzazione tecnica* degli studi giuridici arginerebbe le suddette emorragie verso facoltà economiche e umanistico letterarie, socialmente meno formative rispetto alla prospettiva sopra ipotizzata.

## Capitolo III

### *Principi giuridico sociali*

Il capitolo riguarda il graduale sviluppo del diritto e delle funzioni pubbliche nella sfera giuridico-politica della socialità. Si passa dai gruppi elementari paritetici a quelli con organi politici preposti anche a compiti giuridici, poi delegati a specifici incaricati, assieme alle istruzioni per esercitarli; anche se lo studio giuridico sociale riguarda funzioni pubbliche e non regole, esse restano importanti, alla luce di alcuni principi a-valutativi cui è dedicato il capitolo.

SOMMARIO: 1. Il diritto embrionale dei gruppi paritetici e le deleghe politiche – 2. Intreccio tra diritto dei giuristi e dello stato – 3. Implosione del diritto dello stato e principi giuridico sociali come punto di ri-partenza – 4. Diritto e incentivi o disincentivi sociali (la “sanzione”) – 5. Principio del probabilismo empirico del giudizio di fatto – 6. L'interpretazione giuridica, tra lettera e spirito – 7. Funzionalità dell'interpretazione a seconda dell'autore – 8. Discrezionalità come potere d'indirizzo e sua rimozione culturale – 9. (*Segue*). Le connesse deresponsabilizzazioni – 10. Principio del controllo sociale sulle pubbliche funzioni – 11. Principio di responsabilità e funzioni pubbliche – 12. La giurisdizione nel quadro della giuridicità – 13. Principio di autotutela nelle funzioni non giurisdizionali – 14. (*Segue*). Suo controllo politico-gerarchico e giurisdizionale.

#### *1. Il diritto embrionale dei gruppi paritetici e le deleghe politiche*

La presenza del diritto in ogni società umana, ricordata dall'*ubi societas ibi ius* e dal dantesco *hominis ad hominem proportio*, va conciliata con la frequenza, altrettanto evidente, di gruppi sociali senza regole formalizzate, senza organi giuridici, e neppure politici; tra questi gruppi elementari e le grandi nazioni iper-regolate si collocano, nel tempo e nello spazio, ininterrotte sfumature intermedie. Per capire lo sviluppo del diritto è utile pensare agli antichi gruppi paritetici di cacciatori-raccoglitori, oppure agli odierni gruppi affettivi ed amicali. Entrambi i contesti sono privi di regole formalizzate, ed hanno un'interazione sociale determinata da bisogni materiali e di senso, alla luce di vaghi valori aggregativi, fondanti

per la coesione del gruppo. In quest'antica elementare socialità paritetica, eventuali conflitti tra membri del gruppo erano affrontati con l'uso della forza, la vendetta privata, la *faida*, o altri istituti dei quali rimane oggi l'autotutela privata; essa comportava una violenza che c'era bisogno di spiegare socialmente con un dissidio, essendo la violenza gratuita destabilizzante per la coesione del gruppo. Queste istintive e primordiali valutazioni, anteriori persino alle istituzioni politiche, già erano in qualche misura inconsapevolmente giuridiche; per formularle serviva infatti un sistema di valori, sia pure istintivo, con cui capire e spiegare il suddetto uso della forza, compresi i suoi motivi.

Funzioni giuridiche, senza organi specificamente giuridici, erano individuabili negli antichi organi politici esercenti la giustizia *ritenuta*, come i re (esempio biblico di Salomone), l'Areopago ateniese, il Pretore dell'antica Roma, il parlamento di Parigi, la Camera dei Lords. Questi organi erano già condizionati dai valori dell'ambiente sociale, di cui avevano margini per farsi interpreti e anche margini di indirizzo, indicati al par. 3.12; la società si aspettava cioè che, nello svolgere questi compiti, tali organi tenessero conto dei valori comuni del gruppo, anche dando loro una qualche direzione. Il controllo del gruppo sociale su questa valutazione la rende però già giuridica nel senso di cui al par. 2.5; si tratta infatti di un incarico *condizionato* da parametri di cui il delegato si fa interprete, subendo socialmente un qualche *controllo*. Abbiamo qui sia il diritto come tecnica sia il relativo studio sociale, accessibile (par. 1.9) col bagaglio culturale comune dei membri del gruppo.

Man mano che si articolano le istituzioni politiche, si sente maggiormente il bisogno di condizionare maggiormente i rispettivi incaricati con regole. Questo avviene prima di tutto per la funzione di giustizia, *delegata* ad appositi incaricati con regole che innescano la dialettica legge-giudice. Gli incarichi conferiti con regole si estendono poi a funzioni non giurisdizionali, anch'esse affidate ad apposite articolazioni politico-amministrative, come difesa, infrastrutture, amministrazione patrimoniale e via enumerando. Il diritto assume così sempre più anche il carattere di un sapere per tecnici, conoscitori di regole, innestate sul bagaglio culturale-esperienziale diffuso, come indicato al par. 2.2. Quest'ultimo può però non bastare a comprendere adeguatamente la materia sottostante, il che determina non tanto regole inopportune sul piano di valori trascurati o contraddetti, quanto regole fuori fase rispetto alla realtà sociale che intendono disciplinare. Vedremo al par. 3.3 come a un certo punto, in mancanza di spiegazioni sociali, le regole comincino a non considerare la realtà della prassi cui dovrebbero applicarsi. Servono a questo punto le spiegazioni del diritto come studio sociale, come

indicato in generale ai parr. 2.4/2.5, coi possibili circoli virtuosi tra diritto come sapere per tecnici e come studio sociale. L'interazione tra queste due prospettive sarà riferita, in questo terzo capitolo, ai concetti strutturali del diritto, in varia misura ricorrenti in qualsiasi contesto spazio-temporale, in relazione alla sua complessità organizzativa. Man mano che essa aumenta, i rapporti società-politica-diritto, appiattiti nei suddetti gruppi elementari, si articolano e danno luogo a una serie di questioni ricorrenti, a monte delle risposte loro fornite da regole contingenti nello spazio e nel tempo.

## *2. Intreccio tra diritto dei giuristi e dello stato*

Tra gli estremi dei gruppi paritetici elementari, indicati al paragrafo precedente, e le organizzazioni sociali complesse, si individua la costante dialettica tra valori, inclusa la necessità di soddisfare bisogni materiali, e regole. Queste ultime, nate soprattutto per la funzione di giustizia nei rapporti privati (parr. 2.2 e 3.12), formalizzavano alcuni valori, col vantaggio della precisione e l'inconveniente della rigidità.

Non tutti i valori sono infatti formalizzati in regole con l'intensità con cui sono socialmente avvertiti nel contesto spazio-temporale. La formalizzazione è maggiore per i valori conformi a contingenti tendenze ed esigenze dei governanti, che li usano come parole d'ordine politiche, secondo quanto indicato al par. 1.7. È un riflesso della doppia valenza delle regole, nate come strumenti per risolvere problemi tecnico-pratici, ma inconsapevolmente sempre strumenti d'interazione sociale per indirizzare i comportamenti del gruppo (il potere d'indirizzo riservato alla società e alle sue emanazioni politiche, che ritroveremo al par. 3.9 per la discrezionalità). Altri valori, socialmente avvertiti, possono restare senza riscontri normativi, per ragioni casuali; ad esempio la formalizzazione può essere difficile anche per valori largamente condivisi, a causa di secondarie divergenze su come effettuarla nei dettagli. Analoga convergenza può esserci, nell'opinione pubblica, sullo svuotamento di senso di determinate regole, senza però che ci sia sufficiente attenzione politica verso cambiamenti formali, anche per l'incertezza su come realizzarli; si pensi ad esempio al delitto d'onore, rimasto vigente fino al 1981, mentre era socialmente ritenuto universalmente anacronistico da decenni, e messo alla berlina già nel 1961, col film *Divorzio all'italiana*. La formalizzazione è quindi sfasata rispetto alla realtà, con attriti tra regole senza particolare senso sociale, e valori condivisi, presenti nella società, ma senza riscontri formali. Ancora meno

formalizzati sono i principi, come esigenze logiche meno caratterizzate rispetto ai valori, come indicato al termine del par. 3.3.

Questa formalizzazione è stata quindi fatta con una certa cautela, nella storia, e le autorità politiche, nel produrre regole (par. 3.12), hanno interagito con esperti della precedente soluzione delle controversie in base ai valori.

Si creava così una prassi, soprattutto privatistico giurisdizionale, definibile *diritto dei giuristi*, dove le regole interagivano coi valori, che restavano il loro sfondo di riferimento; è la dialettica tra *lex* e *ius*, solitamente non di contrapposizione, ma di completamento reciproco, in un equilibrio dinamico. I valori restano cioè lo sfondo delle regole, formalizzate dal potere politico con l'aiuto dei giuristi; è un'interazione comune alla *common law* e alla tradizione romanistica, dove comunque le formalizzazioni delle regole, da parte del potere politico, erano modeste rispetto alla prassi dei tribunali, rielaborata dalla dottrina. Poteva esserci una maggiore importanza della dottrina, e delle fonti, nel diritto romano, e un maggior pragmatismo giurisprudenziale nella *common law*. Entrambi erano però *diritti dei giuristi*, in cui troviamo creatività e relativismo; il *volksgeist* e la *common law*, dove i giudici sono anche giuristi, consentivano entrambi di risalire ai valori del gruppo, con una delega elastica all'amministrazione della giustizia; a questi fini i giuristi erano una sorta di studiosi sociali *ante litteram*, sia pure come portatori di *sapere per tecnici*, nelle prospettive delle cause di loro competenza.

Il passaggio al diritto dello stato, dovuto al bisogno di certezza della società industriale (BUSSANI, *Il diritto dell'occidente*, Einaudi, 2010), non fu traumatico; le grandi codificazioni ottocentesche formalizzarono infatti costruzioni della secolare esperienza del *diritto dei giuristi*. Costruzioni nate in quest'ultimo diventavano così *diritto dello stato*, con riflessi culturali che vedevano il diritto come un "dato" elaborato da una qualche autorità, generalizzabile con l'espressione *materiali normativi* di cui al par. 2.3. L'espressione *diritto dello stato* non si contrappone certo a un fantomatico e spontaneistico diritto elaborato dal basso, in quanto le funzioni sono sempre state pubbliche, ma sottolinea l'importanza delle regole redatte dall'autorità politica.

Questa sopravvenuta tendenza positivista a risolvere il diritto nelle regole (parr. 2.3 e 3.3), ha spinto a narrazioni del passato, cioè del *diritto dei giuristi*, con gli occhi del presente. Concetti come la *consuetudine* e *i precedenti* sono stati forzati per riportarvi anche periodi in cui la legislazione era meno importante, o mancava del tutto. Si è autoprodotta una narrazione secondo cui consuetudini e precedenti esprimerebbero regole *ante litteram*, in uno sbrigativo *così come noi oggi abbiamo la legislazione*

*un tempo c'era la consuetudine.* Analoga tendenza esiste anche nei confronti degli ordinamenti di *common law*, tradotto equivocamente come *regola del precedente*, variazione sul tema della consuetudine. Se si pensa che in quelle epoche le sentenze neppure erano motivate, è palese che *la regola del precedente* era prodotta negli ambienti dei tribunali, dalla tradizione orale, raccolta e rielaborata dai giurisperiti, tipica del *diritto dei giuristi*.

Presentati in questo modo, consuetudini e precedenti sono solo un tentativo di forzare il passato, esorcizzandolo, negli schemi del presente; si tratta di un'omologazione dettata non tanto da un programma culturale, quanto da pigrizia mentale delle tendenze attuali del diritto come sapere per tecnici, coi suoi eccessi praticistici. Il danno non è solo culturale, come travisamento, volgarizzazione e sottovalutazione del passato. Si produce anche un enorme danno sociale nel presente, sia per la mancata elaborazione del coordinamento giuridico sociale tra diritto e politica, sia per la tendenza a far discendere formalmente le soluzioni dalle regole, anche quando di fatto i valori sono determinanti. Viene così messa in secondo piano la necessità che il delegato si faccia interprete della propria funzione, con la rimozione della discrezionalità (par. 3.8) e la paralizzante burocratizzazione non solo delle funzioni non giurisdizionali (par. 3.9) ma anche della giustizia (par. 3.12).

Come clima culturale, il sostanzialismo della *common law* rende le valutazioni giurisdizionali socialmente più controllabili, e responsabilizza chi esercita funzioni non giurisdizionali. La mentalità di *common law*, al di là della sua semplicistica volgarizzazione come *regola del precedente*, spinge a farsi interpreti dei propri compiti, con iniziativa e responsabilità. Questo spiega il sostanzialismo pragmatico delle amministrazioni pubbliche anglosassoni; lo stesso accade in contesti di diritto continentale cooperativi, tendenti a fare gruppo e sensibili alle singole funzioni svolte, come quello tedesco. Dove c'è meno attenzione ai contenuti, e più alle posizioni personali, come in Italia, l'enfasi sulla legislazione spinge invece i pubblici uffici a preoccuparsi soprattutto di *essere a posto con le regole*, con gli inconvenienti di cui al par. 3.9.

### *3. Implosione del diritto dello stato e principi giuridico sociali come punto di ri-partenza*

La progressiva *positivizzazione*, di cui al paragrafo precedente, ha avuto vantaggi in termini di precisione; si perseguiva così la certezza del diritto,

assecondando le esigenze di prevedibilità, sentite dalle grandi organizzazioni d'impresa dirette alla produzione su larga scala. La certezza del diritto contrastava anche, sancendo l'uguaglianza di fronte alla legge, le negligenze e gli abusi cui si prestavano i margini di valutazione del *diritto dei giuristi*.

Il lato negativo è stata però la sopravvalutazione della legislazione, presupponendovi sempre e comunque una razionalità immanente, anche senza spiegazioni giuridico sociali sui temi regolati. Al mito della legislazione ha contribuito anche l'importanza attribuita al potere politico, connessa al nazionalismo e alle *teologie politiche* (par. 1.2) degli ultimi due secoli. Si sono così riaffacciate socialmente formule enfatiche come *lex facit de albo nigrum, aequat quadrata rotundis*, etc, dimenticando che la legislazione non può certo arrestare delinquenti, procacciare cibo, sconfiggere nemici, guarire malati, riparare strade, calcolare redditi, smaltire rifiuti etc. Sembrano riflessioni ovvie, eppure davanti ad esse osservo spesso leggeri disorientamenti degli interlocutori di estrazione privatistico-giurisdizionale; è come se in un angolo della loro mente immaginassero di poter governare fenomeni naturali, o soddisfare bisogni, per legge (profilo toccato con mano nel dibattito sull'euro, la moneta in generale e i processi di globalizzazione).

Queste *mitologie giuridiche della modernità*, come le ha chiamate P. Grossi in vari volumi di critica all'appiattimento del diritto sulla legislazione (da ultimo *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020) sono relativamente innocue sui temi provvisti di spiegazioni sociali adeguate; nella misura in cui esse mancano, la sopravvalutazione delle regole innesta destabilizzanti circoli viziosi. La mancanza di spiegazioni giuridico sociali disorienta infatti l'opinione pubblica, creando malessere e provocando da parte della società l'invocazione di imprecisate *riforme*. È come se l'opinione pubblica, confusa e disorientata sul fenomeno da regolare, si rivolgesse alla politica presupponendo che essa possieda le relative spiegazioni. Anche la politica, invece, è disorientata come l'opinione pubblica che la esprime; ciò è del tutto naturale, in quanto la politica deve governare, non creare spiegazioni sociali (che anzi rischiano di diventare propaganda, come indicato al par. 1.7). Per di più, la politica non ha convenienza a elaborare spiegazioni perché, in termini di consenso, è più proficuo governare la confusione, fronteggiandola con le *parole d'ordine*, che di volta in volta *fanno immagine* e danno più visibilità.

Per questo, se l'opinione pubblica esprime malessere e chiede imprecisate riforme, la politica è costretta dal suo ruolo ad assecondarla. Visto che anche lei è però priva di spiegazioni sociali dei temi da regolare, non può che improvvisare in base alla sua bussola naturale, cioè il consenso. È un aspetto che accomuna le forze di governo e quelle di opposizione,

entrambe interessate alla visibilità politica. A questo fine le riforme variamente e confusamente assecondano, in qualche misura, percezioni e suggestioni diverse, purchè con qualche seguito nell'opinione pubblica; è un improvvisato ed emotivo sincretismo, che rende ancor più contraddittorie leggi redatte senza il retroterra di adeguate spiegazioni giuridico sociali.

Questa legislazione finalizzata alla comunicazione politica, all'effetto annuncio, si riempie di ammiccamenti valoriali, come ad esempio *modernizzazione, economicità, inclusione, internazionalizzazione, competitività, eccellenza, innovazione, resilienza, crescita, trasparenza, sostenibilità* e altre allusive formule ad effetto, *slogan* finiti nella Gazzetta Ufficiale e nelle relazioni d'accompagnamento. Quest'uso politico-mediatico della legislazione cerca di accreditarla in modo diverso presso le varie opinioni pubbliche di settore e i vari ambienti che coesistono in una società complessa; si tratta ad esempio dei sindacati dei lavoratori, delle associazioni industriali, dei proprietari d'immobili, dei piccoli commercianti e artigiani, dei pensionati, degli automobilisti, dei pubblici dipendenti, dei mercati finanziari, degli osservatori esteri e delle organizzazioni internazionali etc. Questa dispersiva ricerca di consenso, presso ambienti variegati e frettolosi, scalza indicazioni di ampio respiro, alte e nobili, come quelle di Churchill, che prometteva *sangue fatiche lacrime e sudore* o Kennedy che esortava *a non pensare a cosa l'America farà per voi, ma a cosa voi farete per l'America*. Il suddetto insieme di ammiccamenti scoordinati trasforma la legislazione in fonte di confusione, facendo tornare attuale la metafora di Kichmann e Wolf sui giuristi trasformati in vermi, costretti a *nutrirsi di legno putrido*. Riferendo ad oggi la metafora, il *legno putrido* è la legislazione scritta per ragioni di comunicazione politica, intrisa di allusioni e parole d'ordine.

Il problema non sta nella politica, ma nella società, nella misura in cui l'opinione pubblica è priva di spiegazioni coordinate di sé stessa (par. 1.9). Queste spiegazioni non possono venire per legge, concepita per governare, strumento di potere, non di sapere (*lex imperat non docet*). Purtroppo, l'utilità delle codificazioni come strumento di razionalizzazione e sistematizzazione, dove le spiegazioni esistevano (par. 3.2), ha creato l'illusione che la legislazione potesse razionalizzare anche questioni dove la pubblica opinione è confusa e disorientata. Questo fantomatico potere taumaturgico della legislazione spinge a contrastare la confusione da mancanza di spiegazioni invocando miracolistiche e imprecisate *riforme*. La stratificazione di queste compulsive riforme non diminuisce invece la confusione sociale, ma l'aumenta. Dalle riforme e dalle *riforme delle riforme* nascono solo bizantinismi dove i tecnici, come mosche impazzite, cercano il cavillo più conveniente, senza visione d'insieme, aumentando la

confusione. Si autoproduce così una *giungla delle leggi* quasi peggiore della *legge della giungla* (par. 3.1), dove almeno sono chiari i rapporti di forza. Ce ne sono esempi un po' in tutti i settori, da quello tributario, universitario, fallimentare, previdenziale, bancario, di tutela dei dati personali e tanti altri. Il quadro legislativo diventa sempre più simile al letame *che più si rivolta e più puzza*, ricordando il tacitano *corruptissima re publica plurimae leges*, il manzoniano *le grida fresche che fanno sempre più paura* e l'Italia come paese *dalle mille leggi, temperate da una pressoché generale inosservanza*.

Sono queste le ragioni dell'incertezza del diritto "di ritorno", simile all'*analfabetismo di ritorno*, che prende il peggio del diritto dei giuristi e di quello dello stato. Torna infatti l'incertezza presente nel diritto dei giuristi, unendosi alla formalistica rigidità del diritto dello stato (par. 3.2). La flessibilità del diritto dei giuristi si snatura in imprevedibilità, e la precisione del diritto dello stato diventa formalismo fuori dalla realtà. Si crea una distopica *confusione rigida*, al cui interno dilaga la paralisi burocratica di cui al par. 3.9, col corto circuito dei vari ruoli dello stato di diritto (par. 3.13 all'inizio), come vedremo per l'amministrazione per legge e per sentenza, nonché per la burocratizzazione della giustizia (par. 3.12 in fine), a tutto danno dei contenuti.

Sarebbe semplicistico, e ottimistico, ricondurre questi inconvenienti a problemi di materiale redazione legislativa (c.d. *drafting*), o fantomatiche colpe della politica. Il cuore del problema è invece la carenza di spiegazioni *giuridico-sociali* delle pubbliche funzioni. Solo quando esse esistono i vantaggi della maggior precisione legislativa superano gli inconvenienti della sua rigidità, temperabili tramite l'interpretazione, a sua volta facilitata dalle spiegazioni. Se queste ultime invece mancano, sia la redazione della legge sia l'interpretazione avvengono senza guida.

Costruire spiegazioni giuridico-sociali significa capire e spiegare i problemi sociali da regolare; si tratta di adeguare le chiavi di lettura della socialità dall'era agricola a quella aziendale-tecnologica; è un compito multidirezionale, relativo un po' a tutti i settori del sapere, ma negli studi sociali esso è inevitabilmente *sociale*, oppure è come se non ci fosse. Viste le condizioni di desolante autoreferenzialità degli studi sociali (par. 1.5), è vitale che alcuni tecnici del diritto si dedichino all'elaborazione di spiegazioni e al coordinamento di percezioni e riflessioni. Oltre a interpretare i materiali normativi e a risolvere casi specifici, gli studi giuridici hanno oggi questo ulteriore compito, iniziando dalle funzioni pubbliche, da spiegare socialmente usando la propria sensibilità tecnica, come spiegato al par. 2.4. Questo dovere di partecipazione e sistematizzazione è facilitato dall'accessibilità degli studi sociali (par. 1.9), che consente ai giuristi che lo

desiderano di essere qualcosa di più che *tecnici d'area* (par. 2.4 in fine), ma polo di aggregazione di riflessioni giuridico sociali a beneficio di tutti gli interessati alle varie funzioni pubbliche.

A questo scopo è preferibile tenersi lontani dalle contingenze valoriali di cui al par. 1.2, partendo invece dai principi, cioè esigenze della socialità, indipendenti dai valori, anche se con essi collegate; tali esigenze, politicamente neutre o comunque poco colorite, sussistono in qualche misura in qualsiasi contesto spazio-temporale; l'intensità con cui ciascuna di esse è avvertita, comparativamente alle altre simultaneamente rilevanti, ed ai valori con cui di volta in volta interagiscono, è ovviamente variabile. Una metafora calzante potrebbe essere che i principi stanno nella mente e i valori nel cuore, ma questi organi interagiscono, come del resto principi e valori, pur nella diversità di prospettive. Ad esempio l'equità è un principio che spesso si riempie di contenuto in base ai valori. La carrellata sui principi, e i loro contingenti rapporti coi (mutevoli) valori, inizia al prossimo par. 3.4 sui rapporti tra diritto, morale e politica. Seguiranno principi sull'empirismo del giudizio di fatto (par. 3.5), l'interpretazione (parr. 3.6-3.7), che diventa discrezionalità quando le si aggiunge un potere d'indirizzo (parr. 3.8-3.9). Altri principi riguardano il controllo sociale sulle pubbliche funzioni (par. 3.10) e le responsabilità quando si agisce nell'interesse altrui (par. 3.11). Il testo si conclude parlando dei criteri con cui sono fatti valere principi e valori, cioè del giudice dei diritti (par. 3.12), dell'autotutela amministrativa (par. 3.13) e dei rimedi contro il suo cattivo esercizio (par. 3.14).

#### 4. *Diritto e incentivi o disincentivi sociali (la "sanzione")*

Oltre a combinarsi variamente tra di loro, le due prospettive del diritto, quella tecnica e quella di studio sociale, devono coordinarsi con altre prospettive e tecniche di studio della socialità, indicate al par. 1.5 e 2.1. Non si tratta di individuare confini netti, ma zone grigie di cerniera e differenziazioni tendenziali, secondo il gradualismo umanistico sociale, di cui al par. 1.9. Rispetto all'economia, diretta alla soddisfazione dei bisogni, il diritto ha una prospettiva diversa e complementare, riguardante la qualificazione e l'indirizzo di comportamenti. Questi profili valoriali sono comuni alla morale e alla politica, rispetto alle quali distinguere il diritto è meno facile. Per la politica i valori sono strumento di consenso e di governo. La morale si ferma al piano reputazionale, che diventa giuridico nella misura in cui interferisce, migliorandole o peggiorandole, con le relazioni sociali di

alcuni interessati. La valutazione morale diventa giuridica nella misura in cui può essere avallata formalmente dal gruppo sociale o da sue emanazioni funzionali; i riflessi reputazionali della morale possono essere giuridici a determinati fini e non ad altri, come per i requisiti di onorabilità necessari a ricoprire posizioni istituzionali; la giuridicità subentra anche per la possibilità di esercitare determinate attività, di possedere determinati beni, di allacciare determinati rapporti per i quali occorre la cooperazione o l'approvazione del gruppo sociale tramite sue istituzioni. L'apprezzamento o la disapprovazione restano cioè sul piano morale diventando giuridici quando condizionano i rapporti col gruppo sociale o sue emanazioni funzionali, incidendo sulle relazioni economiche ed ostacolando la cooperazione del gruppo con l'individuo.

Questo riflesso relazionale dell'apprezzamento reputazionale, positivo o negativo che sia, basta incidentalmente a rendere giuridico il diritto internazionale pubblico, superandone il c.d. *primitivismo*. Il riflesso giuridico è l'interruzione della cooperazione e dei rapporti tra stati, simile a quello tra individui negli antichi gruppi paritetici di cui al par. 3.1. L'estromissione dal gruppo, l'esilio, è l'estrema interruzione dei legami sociali, in genere drammatica, ma che può lasciare indifferente chi ha un patrimonio autosufficiente, anche senza il riconoscimento del gruppo, o coglie opportunità nel trasferimento in altri gruppi. Quest'interruzione dei rapporti è un esempio di sanzione, come formalizzazione di una disapprovazione sul piano dei valori/regole. In questa prospettiva anche gli incentivi costituiscono sanzioni in senso ampio, formalizzando con un premio o un aiuto situazioni ritenute socialmente meritevoli; anche la cooperazione e la solidarietà *sanzionano* situazioni socialmente apprezzate, come del resto la fiducia, tipica della convivenza umana (da ultimo T. GRECO, *La legge della fiducia*, Laterza 2021).

Questo bidirezionale concetto di *sanzione*, come formale approvazione o disapprovazione di un comportamento, può mancare nella prospettiva politica; quest'ultima guarda alle valutazioni dell'opinione pubblica sulla combinazione tra vari profili per farsi interpreti dell'interesse generale. Alla politica interessa (par. 1.7) la prospettiva, molto meno formale, del consenso. Quest'ultimo è rilevante come base del potere, di cui si possono fare usi abnormi, contro principi condivisi da altri gruppi sociali o per finalità personali (par. 3.11), con rilevanza giuridica, interna o internazionale.

Quest'insieme di approvazioni/disapprovazioni tendono ad orientare i comportamenti, concetto che si ritrova nell'espressione *ordinamento*, cioè criterio ordinante di rapporti sociali. Esso include ovviamente anche l'uso della forza del gruppo, che nell'idea privatistico-giurisdizionale di

sanzione riguarda l'accertamento del diritto, il risarcimento del danno e l'esecuzione coattiva.

A maggior ragione la forza del gruppo è presente nell'idea di punizione, penalistica o amministrativistica; essa è spesso vista come strumento di ingegneria sociale, per modellare la società secondo un qualche indirizzo ideologico, in illusioni *giacobine* e dirigistiche, poco adatte alla *società aperta* di cui al par. 1.4. Ne sono esempio le sanzioni velleitarie, sbrigative e casuali diffuse nelle disposizioni-manifesto (par. 3.3). Al massimo, queste punizioni possono chiudere il sistema, come *ciliegine sulla torta*, di un intervento pubblico adeguatamente sistematico, ma non possono sostituirlo. È come se per rimediare alla scarsità di controllori sugli autobus si prevedesse il carcere per chi viaggia senza biglietto o se, vista la difficoltà di individuare gli automobilisti che corrono troppo, si dimezzassero i limiti di velocità per tutti, punendo poi pochi malcapitati presi a casaccio.

Oltre ai settori *giustizialisti* della pubblica opinione, queste sopravvalutazioni della punizione assecondano il gusto del potere, rappresentato da Totò in *Uomini o caporali*, di chi si compiace di frasi tipo *lo sa che se voglio posso rovinarla?* A livello di comportamenti di massa, però, questa sanzione senza controllo viene letta socialmente come tacita tolleranza; questa rarità applicativa delle sanzioni evita proteste contro sanzioni sproporzionate, ma provoca una contraria spinta lassista, con una combinazione rispondente al confuso bilancio del consenso, cui è attenta la politica (par. 3.3).

È quanto accadeva con l'antica borsa nera in tempo di guerra, il contrabbando di sigarette, le irregolarità urbanistiche, le prescrizioni spesso assurde del codice della strada, l'evasione fiscale di massa di piccoli operatori al consumo finale (LUPI, *La funzione amministrativa d'imposizione*, citato in premessa).

Il risultato di lungo periodo è un precario equilibrio d'incertezze, nocivo alla certezza del diritto e all'immagine delle istituzioni (G. TREMONTI, *Lo stato criminogeno*, Laterza, Roma-Bari, 1996); ne derivano frustranti sensazioni di causalità (*perché solo io sono punito per un comportamento molto più generalizzato?*) e dubbi tra sentirsi adempienti, e "stupidi", ovvero inadempienti e "a rischio".

Questo precario equilibrio di squilibri disincentiva gli investimenti delle grandi aziende pluripersonali, cui serve un'effettiva prevedibilità del comportamento degli incaricati di funzioni pubbliche; i *manager* di aziende multinazionali non se la sentono di consigliare comportamenti potenzialmente sanzionati solo per l'improbabilità del controllo. I gruppi multinazionali, quindi, si trovano male in un'Italia *dalle mille leggi temperate*

*dall'inosservanza* (par. 3.3). Il capitalismo italiano è anche per questo indotto a mantenere la propria proprietà familiare, che almeno acquisisce i rischi e i benefici dell'incertezza sopra indicata; ciò tuttavia rappresenta un forte limite alla crescita dimensionale delle relative attività, come spiego ne "L'era aziendale", citato in premessa.

### 5. Principio del probabilismo empirico del giudizio di fatto

Prima delle decisioni di cui al paragrafo precedente, collocate sul piano del dover essere, cioè dell'approvazione o disapprovazione (*sollen*), occorre però conoscere gli eventi cui esse si riferiscono, collocati sul piano dell'essere (*sein*). Si tratta di un principio in prima battuta intuitivo, in sostanza la necessità di conoscere prima di decidere, marginalizzato in una didattica giuridica sbilanciata su materiali normativi (par. 2.8). Quest'empirismo del giudizio di fatto è accessibile anche a chi non è tecnico del diritto, come giornalisti o storici (lo ricordava P. CALAMANDREI nel suo saggio *Il giudice e lo storico*, in ID., *Studi sul processo civile*, V, Cedam, Padova, 1947, scaricabile su RomaTrepres. 27 ss). La conoscenza del fatto si colloca quindi in una fase logica anteriore alla suddetta qualificazione sul piano di valori e regole, rilevante ai fini delle conseguenze giuridiche di cui al paragrafo precedente. Le questioni di fatto non richiedono quindi la sensibilità tecnica del giurista (la *cassetta degli attrezzi* di cui al par. 2.4), restando però giuridiche quando riguardano pubbliche funzioni.

Questo giudizio si basa su fonti di prova in senso materiale, come documenti, reperti fisici, intercettazioni telefoniche, narrazioni testimoniali, fotografie, filmati, ammissioni convergenti o non contestate tra le parti. Queste fonti sono oggetto di interpretazioni, anche complesse, effettuate secondo il senso comune, con l'ausilio, ove esso non basti, di periti non giuristi, come medici, biologi, ingegneri, etc.. È quindi opportuno distinguere, anche terminologicamente, come nella tradizione anglosassone, tra prova in senso materiale (*evidence*) e ragionamento probatorio, che la interpreta in relazione al contesto. Questo riflesso interpretativo, sottolineato dall'espressione *il fatto è un giudizio* (Alessandro Giuliani) mette in rilievo l'ineliminabile elaborazione intellettuale, talvolta al limite fulminea e inconsapevole, per passare dalla prova in senso materiale al giudizio di fatto (un passaggio intellettuale analogo sussiste anche nell'interpretazione di regole, come vedremo al par. 3.6).

Quest'empirismo è anche probabilistico in quanto, sul piano logico,

la certezza è solo l'elevata probabilità, in cui ci sentiamo al riparo da "ogni ragionevole dubbio". Si tratta di una probabilità soggettiva, non esprimibile numericamente secondo criteri matematico-statistici; tale probabilità può quindi essere confrontata, e controllata socialmente, solo secondo l'esperienza/percezione comune delle vicende umane e naturali; anche senza mettere limiti alle ottimistiche prospettive future dell'intelligenza artificiale (par. 1.1) oggi la situazione è questa.

È questo il retroterra del c.d. *libero convincimento* del giudice, riferibile a chiunque avanzi un'affermazione in punto di fatto, libera in quanto *controllabile con criteri empirici*. Verso questo empirismo i giuristi medievali manifestavano diffidenza, temendone un uso strumentale per sabotare valori e regole non condivise. Dietro l'espressione *quaestio facti est in arbitrio iudicis* s'intravede cioè il timore che il suddetto probabilismo sul *fatto* fosse utilizzato dal delegato per decidere secondo scale di valori in qualche misura personali, difformi da quelle ufficiali dell'ambiente sociale cui avrebbe dovuto attenersi. Sono rischi davanti ai quali la legislazione è impotente, in quanto i "criteri del conoscere" non possono essere "normativi", come invece sosteneva G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Cedam, Padova, 1937; le regole possono al massimo formalizzare criteri di esperienza comune, come avviene per le prove legali, ad esempio gli atti pubblici, le presunzioni relative, le confessioni, ammissioni e *non contestazioni* processuali.

Anche se in prima battuta l'empirismo probabilistico della conoscenza dei fatti è autonomo dall'indimostrabilità dei valori, i due profili sono interdipendenti. La valutazione sulla sufficienza della probabilità ha margini discrezionali nel senso di cui al par. 3.8, con interazioni tra *fatto* e *valore* al di là della scansione semplicistica *narra mihi factum, tibi dabo ius*. C'è prima di tutto un'interazione istruttoria, in quanto gli indizi, come elementi di convincimento ancora preliminari, indirizzano le ulteriori indagini, le ipotesi da approfondire o da scartare, anche in relazione alle prospettive di qualificazione giuridica. Emerge il principio secondo cui *vediamo con quello che sappiamo* e in una certa misura anche *con quello che vogliamo*, secondo profili valoriali, metafisici o politici. In altri termini i *pre-giudizi* di *valore* influenzano la valutazione empirico probabilistica dei fatti, come pure l'esigenza di trovare una soluzione rapida a casi fortemente emotivi (istruttiva la storia di Gino Girolimoni, il c.d. *mostro di Roma*). Nella *routine* giudiziaria è quindi inevitabile accreditare le ipotesi più plausibili, semplici, trascurando le meno verosimili o *scomode* sul piano dei valori ambientali. Quest'interdipendenza emerge anche nella fase decisionale, ad esempio nell'*in dubio pro reo*, che preferisce l'assoluzione

di un colpevole alla condanna di un innocente; quest'atteggiamento però si attenua davanti a eventi particolarmente riprovevoli per lo spirito del tempo, o pericolosi per la società.

### 6. *L'interpretazione giuridica, tra lettera e spirito*

L'interpretazione costituisce l'essenza, da sempre, del diritto come sapere per tecnici, e talvolta può essere così istintiva che neppure ci rendiamo conto di compierla. Una fulminea interpretazione c'è invece persino quando ci fermiamo al semaforo rosso; ce lo ricorda Tarello distinguendo tra disposizione (valori o regole) e norma, il che mi ricorda il rapporto tra *evidence* e *proof* di cui al par. 3.5 sul giudizio di fatto; a ben vedere quindi *l'in claris non fit interpretatio* non nega la necessità di interpretare, ma richiama l'incaricato a non usare espedienti interpretativi per eludere, come rilevato sopra anche per il giudizio di fatto, soluzioni non conformi alla sua personale scala di valori.

Sono vincoli in cui si ritrova lo studio sociale del diritto, come intreccio di incarichi socialmente condizionati (par. 2.5) da indicazioni, valoriali o normative, su come esercitare le funzioni di cui ciascuno deve farsi interprete. Queste indicazioni rispondono alle esigenze di prevedibilità espresse ai parr. 3.2 e 3.12, sentite sia dal gruppo sociale sia dai relativi delegati.

I dubbi dell'interprete non sono empirico-probabilistici, come nel giudizio di fatto, ma deontologici, relativi a regole e valori. Egli infatti riferisce al caso da risolvere valori e principi, variamente formalizzati in regole, come indicato al par. 3.1 e al termine del par. 3.3. Sono condizionamenti per l'esercizio delle funzioni di cui l'interprete è investito, per gli accordi che stipula, le facoltà o i poteri che esercita etc.

Nell'interpretazione, valori, regole e principi non rilevano "in sé", in modo isolato, ma coesistono, si puntualizzano sul caso da risolvere in relazione alle cui caratteristiche vanno coordinati. Così contestualizzate, anche le regole in assoluto più chiare possono talvolta generare dubbi, e inversamente quelle in astratto più oscure possono apparire chiare in concreto. Si comprende anche qui, a maggior ragione rispetto a quanto detto sopra per il giudizio di fatto, che l'interpretazione comporta passaggi mentali squisitamente umani, non "automatizzabili" con l'*intelligenza artificiale*, pur di moda, come rileviamo dal par. 1.1 e che rischia anzi di alimentare la deresponsabilizzazione di cui al par. 3.9.

L'uso delle ambiguità interpretative nelle schermaglie forensi, o persino la loro creazione per strumentali convenienze professionali, appartiene

alla tradizione tecnica del diritto, soprattutto per il settore privatistico-giurisdizionale. Nella prospettiva conoscitiva e giuridico-sociale non bisogna però calcare troppo la mano sulla c.d. *convenzionalità* del linguaggio, in quanto il suo uso comune, alla luce dei contesti di discorso e dell'uditorio di riferimento, riduce l'ambiguità dell'interpretazione. Quest'ultima in alcuni casi sembra fulminea, come sopra rilevato, fino ad essere, passando attraverso le solite sfumature intermedie, molto complessa. Questa complessità non è gestibile definendo in astratto, per legge o negli accordi contrattuali, alcuni termini utilizzati, in una ingenua *interpretazione autentica preventiva* di matrice anglosassone. Essa rischia di aprire un processo all'infinito, in quanto i termini delle definizioni dovrebbero essere a loro volta definiti, e riflette l'illusione di fissare una volta per sempre il *sensu proprio* delle parole (art.12 c.c.) con definizioni adeguate a tutti casi possibili; si arriverebbe così all'assurdo secondo cui, per usare un concetto in un caso particolare, ad esempio "libro", servirebbe una definizione che ci indichi sempre se siamo di fronte a un libro oppure no. Torna l'antico sofisma, rilanciato nelle suddette schermaglie avvocatistiche, sull'impossibilità di *dire che una cosa è malvagia senza una precisa definizione di cosa sia il male*. Si deve invece prendere atto che spesso è agevole utilizzare i termini in modo univoco anche senza definirli per tutti i contesti possibili; qualsiasi parola può certe volte apparire indeterminata, comprese quelle di uso comune, come giorno, notte, bene mobile o essere umano; su quest'ultima c'è di solito chiarezza, nonostante le dispute tra *sabiniani* e *proculiani* sul momento della nascita, oggi attualizzabili sull'inizio e la fine della vita (aborto, tutela degli embrioni, eutanasia, ecc.). Qualche volta è invece semplicissimo interpretare, in modo fulmineo e senza dubbi, anche i concetti definiti *indeterminati* e altre c.d. clausole generali come buona fede, diligenza media, ordine pubblico, futili motivi, crimini d'odio, etc.. Rende l'idea di queste sfumature il passaggio tra mucchio di sassi e alcuni sassi, dove due sassi sicuramente non sono un mucchio, ma aggiungendone gradualmente altri siamo certi di trovarci di fronte a un mucchio, senza un punto preciso di passaggio (l'esempio è di C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 6, che usava i chicchi di grano).

La solidità delle varie possibili interpretazioni, riferibili a un certo caso, è razionalizzabile scomponendo i vari *argomenti interpretativi* che ne sono alla base; alcuni sono letterali, altri desunti dal contesto e dal "sistema", secondo varie sfumature di principi, valori e regole, aggregati a seconda del settore e della funzione. La sensibilità tecnica del giurista (par. 2.4) li intravede all'inizio d'istinto, razionalizzandoli in parte "ex post", anche in relazione all'impegno necessario e alla volontà di creare precedenti, come indicato al

par. 3.12 sulla motivazione.

La prospettiva giuridico-sociale riporta nei suoi naturali confini il problema dell'analogia, cioè delle *lacune*, come impossibilità di «risolvere una controversia facendo riferimento a una specifica disposizione di legge» (art. 12 *disp. prel.* c.c.). Al di là dell'*horror vacui* suscitato dalla mancanza di regole formalizzate, dietro di esse non c'è il vuoto, ma ci sono valori e principi da contestualizzare; è quindi del tutto normale l'analogia quando la funzione, nello specifico quella di giustizia, va esercitata, ma mancano regole in tutto o in parte. Quando la funzione deve essere esercitata, è del tutto normale l'analogia su lacune nei tempi e nei modi. La mancanza di regole può essere invece un segno che la funzione non deve essere esercitata, escludendo ad esempio l'imposizione tributaria per analogia, lacuna meramente politica e non giuridica (Kelsen).

Essendo guidati dai propri interessi, come indicato al paragrafo successivo sulla funzionalità dell'interpretazione, i privati possono calare preventivamente le proprie relazioni negli schemi giuridici per esse ritenuti più convenienti. Queste interpretazioni possono però tradire lo spirito delle regole, il che fa scattare figure variamente definite come frode alla legge, abuso del diritto o elusione. Quest'ultima, etimologicamente derivante da *ludus* (gioco), esprime la possibilità, attraverso le figure suddette, di prendersi gioco dello spirito del sistema, rispettando la lettera delle sue disposizioni. Rende l'idea la leggenda del Ponte di San Colombano, costruito dal Diavolo in cambio del primo essere vivente che ci fosse passato sopra: l'astuto monaco fece transitare sul ponte un cane rabbioso, cosicché Belzebù dovette tornarsene all'inferno con le pive nel sacco. Se il patto avesse parlato dell'anima del primo essere vivente, il Diavolo avrebbe potuto eccepire la mancanza di anima del cane, contrastando l'elusione in via interpretativa. Anche un passo del Digesto riassume efficacemente l'elusione come *abuso del diritto*, nel senso di abuso delle regole (*fraus legi*), compiuto da chi *salvis legis verbis sententiam eius circumvenit*<sup>1</sup> diversamente da chi *facit quod lex prohibet*. Anche queste figure costituiscono un inconveniente della formalizzazione in regole di principi e valori, come tali non eludibili (l'elusione è insomma un altro riflesso del formalismo giuridico). In una prospettiva del tutto diversa si pone invece l'abuso del diritto soggettivo (par. 3.14), quando esercitato al solo scopo di nuocere ad altri (c.d. atti emulativi), o per ottenere vantaggi ingiusti.

---

<sup>1</sup> L'espressione "circumvenit" anticipa il concetto di "aggiramento" presente per molto tempo nella legislazione tributaria antielusiva italiana (art. 37-*bis* d.P.R. 600/1973).

## 7. Funzionalità dell'interpretazione a seconda dell'autore

La discussione sull'interpretazione si inserisce molto bene nell'idea giuridico sociale di diritto come incarico socialmente condizionato, e in qualche misura controllato (parr. 2.5 e 3.9). Si sdrammatizza così l'interrogativo se i *giudici creino diritto*, e sul loro rapporto con la legge enunciato dalla dottrina (per tutti AA.VV. a cura di Scarpelli *I giudici creano diritto?*). Lo stallo privatistico-giurisdizionale tra legislatore e giudice si risolve configurando, in capo al secondo, l'incarico socialmente controllato di cui al par. 3.12. In tale sede svilupperemo come sia certamente possibile, di fatto, usare i margini dell'interpretazione per adottare, di solito nella massima buona fede, la soluzione considerata più ragionevole rispetto a certi valori o interessi; è la più volte indicata inconscia ipocrisia del giurista tecnico, con margini per far parlare le indicazioni ricevute, e in ultima analisi il sistema di valori sociali, come gli sembra personalmente più sensato (è il senso della formula *farsi interprete della propria funzione*, usata dal par. 3.2). L'elaborazione intellettuale connessa all'interpretazione richiede un certo impegno, che spiega l'espressione sulle *regole che in genere si applicano, ma per gli amici si interpretano*. In essa l'*applicazione* è sinonimo di interpretazione distaccata, priva dell'impegno aggiuntivo che subentra quando ci sono motivi, di principio o personali, come nel suddetto aforisma, per elaborare soluzioni meno immediate, più faticose argomentativamente, anche se spesso addirittura più corrette.

L'interpretazione non è limitata alla funzione di giustizia, dove l'interprete, per i motivi di cui al par. 3.12, è privo dei poteri d'indirizzo, sulle scale di valori del gruppo, indicati al termine di questo paragrafo e nel prossimo. Questi poteri d'indirizzo spetterebbero solo alla c.d. *giustizia ritenuta*, esercitata direttamente dall'autorità politica (par. 3.1), non *delegata* a organi tecnici. Questi ultimi, per l'esigenza di indipendenza rispetto alle parti, che li caratterizza e li rende credibili socialmente, devono essere solo un *ensore* di tali valori. In questo ci sono grandi margini di apprezzamento, senza però un ruolo sociale propulsivo, un potere di indirizzo. L'interpretazione, non è però, come detto sopra, solo quella del giudice, ma ricorre anche nelle altre funzioni pubbliche, nonché in capo a chi cura interessi privati. Interpretano anche i pubblici ministeri, i dirigenti della sanità, dell'istruzione, dei servizi ambientali, dei beni culturali, degli uffici tributari e via enumerando. Ma soprattutto interpretano anche i privati, e i loro consulenti giuridici, prevedendo vantaggi, svantaggi, rischi e opportunità di tutti gli affari di una certa importanza; lo abbiamo accennato, del resto,

anche al paragrafo precedente, fino all'estremo dell'elusione, e lo conferma la destinazione delle prime tavole di leggi scritte, dal codice di Hammurabi ai dieci comandamenti, al gruppo sociale, prima che ai giuristi (par. 3.12). L'attività interpretativa travalica quindi la funzione giurisdizionale, sussistendo infatti, come sopra rilevato, nelle altre funzioni pubbliche, e in capo ai privati. Sono prima di tutto i privati a interpretare, cioè a *prevedere come decideranno i giudici*, nonché altri pubblici funzionari o altri privati. Parlare di *interpretazione di parte* non è quindi affatto contraddittorio, ed ha un senso intuitivo ove si guardi oltre la funzione giurisdizionale. Tutta l'interpretazione, da quella dei giudici, a quella dei pubblici uffici, dei privati nell'interesse di terzi e in quello proprio, è a ben vedere funzionale a un ruolo o a un interesse; essa resta però pur sempre interpretazione, che non si giustifica con preferenze valoriali di chi la effettua, ma con scale di valori "aliene", che l'interprete recepisce e valorizza. È un crinale tra *essere* e *dover essere*, su cui si muovono anche le interpretazioni non elaborate per fini tecnico-giuridici, ma culturali, storici, politici e giornalistici.

La funzione esercitata dall'interprete spiega le soluzioni interpretative proposte, anche se non le rafforza, anzi le indebolisce per il sospetto di un conflitto d'interesse (col dubbio che la soluzione non sia sostenuta perché corretta, ma perché conveniente).

Questa funzionalità dell'interpretazione è particolarmente evidente per chi cura interessi di terzi, timoroso di essere considerato negligente rispetto agli affari di cui è gestore; quando gli interessi sono pubblici, la suddetta interpretazione di parte sconfinata nel c.d. *fiscalismo*, sinonimo di pignoleria tendente a dimostrare *attaccamento istituzionale* all'incarico ricevuto (anche per evitare possibili responsabilità di cui al par. 3.11).

Quando all'interpretazione si affiancano variamente i suddetti poteri d'indirizzo sociale, subentrano margini di discrezionalità, fondamentale figura teorica, su cui paragrafo seguente.

#### 8. *Discrezionalità come potere d'indirizzo e sua rimozione culturale*

La concezione tecnica del diritto, come studio di regole, richiede spiegazioni sociali anche quando le regole usano espressioni a forte caratura valoriale, come ordine pubblico, futili motivi, senso del pudore, valore artistico, sviluppo economico, rilevanza culturale, pregio scientifico, crimini d'odio, etc. Davanti a queste espressioni ci si chiede infatti se esse comportino solo interpretazione o qualche potere di indirizzo valoriale come indicato al

paragrafo precedente. Per rispondere serve il diritto come studio sociale di funzioni, cioè incarichi e indicazioni per svolgerli. Qualche volta la funzione non comporta formali poteri di indirizzo come per il giudice, condizionato da tali concetti *come comunemente intesi*, in un ruolo di *sensore sociale*, ovviamente attivo, ma senza compiti di indirizzo, per le ragioni di cui al par. 3.12. Un qualche potere di indirizzo è invece ineliminabile quando tali concetti si dirigono alle altre funzioni pubbliche, col compito di *ius facere*, senza l'esigenza di indipendenza tipica della giurisdizione; in questi casi la politica desidererebbe acquisire i meriti dei delegati, quando le cose vanno bene, oppure attribuire loro le colpe, quando vanno male (par. 3.11). Nelle funzioni non giurisdizionali è tuttavia inevitabile l'attribuzione ai delegati di margini di scelta, in una cornice di regole e di valori del gruppo. Si tratta infatti di funzioni a spettro molto più ristretto di quella giurisdizionale, potenzialmente attribuibili a organi tecnici delegati. Quando si tratta di deleghe a infrastrutture, ambiente, istruzione, beni culturali, sanità e altre funzioni non giurisdizionali, è normale che all'incarico si accompagni anche un qualche potere di indirizzo, più o meno ampio, ma ineliminabile. Questo spiega perché alle espressioni indicate all'inizio del paragrafo corrispondano, in base alle funzioni dei diversi destinatari, poteri diversi. Su questa premessa è facile distinguere tra quando tali concetti si rivolgono a un giudice, col compito di *sensore sociale*, ovvero ad una diversa autorità amministrativa, con strutturali poteri d'indirizzo della funzione cui è preposta; ciò comporta la valutazione di aspetti da incentivare o contenere, nel proprio ambito di competenza, allocando comunque le risorse disponibili, per definizione limitate. Queste caratteristiche delle funzioni non giurisdizionali sono state invece messe in secondo piano, esaminandole avendo come pietra di paragone la figura del giudice. È stata quindi forzatamente estesa alle funzioni non giurisdizionali l'idea del giudice *bocca della legge*, decontestualizzata rispetto alla giurisdizione, dove ha le (limitate) giustificazioni anticipate ai parr. 3.2 ss, e sviluppate al par. 3.12. La funzione giurisdizionale, di *ius dicere*, può in altri termini, sia pure forzatamente, essere riportata sempre ai valori, alle regole e all'autonomia privata, per i motivi strutturali, di indipendenza e prevedibilità della giustizia delegata, indicati all'inizio del par. 3.12; in tale sede vedremo che mantenere nell'ambiguità il rapporto tra regole e giudici è una scorciatoia comoda anche per questi ultimi, creando di fatto un potere d'indirizzo, restando però formalmente eterodiretti da regole che loro stessi fanno parlare (par. 3.12). Qui interessa rilevare che quest'*equilibrio di squilibri*, nocivo già alla funzione giurisdizionale, è destabilizzante per quelle non giurisdizionali. Negare i loro margini di iniziativa e valutazione trasforma in una specie di

grande “comma 22” i relativi poteri, che affermano *di fare quello che dicono le regole* essendo loro stessi a *far parlare le regole*, come fossero ventriloqui. La rimozione della discrezionalità, in una concezione privatistico-giurisdizionale del diritto, asseconda le convergenti riserve mentali del delegato e del delegante a riportarsi ognuno alle regole, interpretandole a modo suo a seconda dell’esito. Come dicevamo all’inizio del paragrafo, se questo è positivo entrambi si assumono i meriti, e in caso contrario scaricano sull’altro le responsabilità. In tal caso il delegato si giustifica riportandosi alle indicazioni ricevute, mentre il delegante lo incolpa del loro mancato rispetto. Entrambi strumentalizzano valori e regole sull’incarico facendoli parlare a proprio piacimento, rimuovendo la discrezionalità, naturale riflesso degli incarichi socialmente controllati, cui sono sempre riportabili le spiegazioni giuridico sociali del diritto (par. 2.5). Questo riflesso privatistico giurisdizionale è destabilizzante per funzioni non giurisdizionali, caratterizzate da riscontri materiali, cioè *dati sociali* sulla difesa, la sicurezza, la sanità, l’ambiente, l’istruzione, le infrastrutture, la determinazione delle imposte e tanti altri settori in cui la delega presuppone un *facere*, non solo uno *ius dicere*. Si cade così nel consueto errore di spiegare il generale col particolare, cioè la giuridicità con la giurisdizione e non viceversa, in quanto è la prima a rendere comprensibile la seconda. La discrezionalità delle funzioni non giurisdizionali è invece uno strumento per capire anche la giurisdizione, dove la discrezionalità è meno percepibile. La discrezionalità, tipica degli incarichi socialmente condizionati (par. 2.5) è addirittura rilevabile anche nel diritto dei privati, quando in esso occorre agire su incarico o nell’interesse altrui. Si pensi all’amministrazione di società e alle varie tipologie di mandato fiduciario, compreso il *trust* o alle disposizioni che formalizzano un *munus*, come la potestà genitoriale; trattandosi però di incarichi basati sull’autonomia privata, mancano qui i poteri autoritativi delle funzioni pubbliche. Il collegamento tra queste figure privatistiche e il diritto amministrativo non è quindi tanto l’interesse legittimo (Bigliuzzi Geri), quanto la discrezionalità su come farsi interpreti di un interesse altrui. La cattiva gestione di questi incarichi di diritto privato rileva quindi sotto il profilo della colpa o del dolo, per la revoca dell’incarico e l’eventuale risarcimento del danno (par. 3.11 sulla responsabilità). In capo ai pubblici uffici la discrezionalità comporta invece anche un sia pur minimo potere di indirizzo politico amministrativo, autoritativo in quanto proveniente dal gruppo sociale e trasmesso ai pubblici funzionari attraverso la politica. La rimozione della discrezionalità ostacola la comprensione dell’interazione tra delegato e delegante, che dà indicazioni, ma vuole che il delegato le contestualizzi con discernimento, sui casi singoli. Anche spiegare la

discrezionalità parlando di vincolo nel fine è ambiguo rispetto alla varietà di esigenze da contemperare. La discrezionalità va anche oltre il contemperamento di diversi interessi pubblici o privati, come libertà, ordine, sicurezza, cultura, salute, iniziativa economica etc., perché comporta di solito la scelta tra diversi profili e modalità per considerare un solo interesse. Essa infatti richiede di allocare, con varie possibili priorità, risorse materiali, finanziarie e tempi disponibili su vari aspetti di sanità, istruzione, ambiente etc.. Anche priorità sancite come imprescindibili, e doverose, da parole d'ordine legislative (par. 3.3) passano in secondo piano nella misura in cui mancano risorse per renderle effettive. Si pensi ai c.d. *diritti sociali* condizionati *finanziariamente*, dove il potere d'indirizzo sta nell'allocare le risorse disponibili, secondo come si presentano in concreto le priorità. Ciò condiziona inevitabilmente l'azione amministrativa anche per scelte in astratto non discrezionali. Anche interventi che, se considerati isolatamente, non comportano poteri d'indirizzo o margini di valutazione, diventano oggettivamente discrezionali considerando le complessive incombenze del pubblico ufficio. Basta pensare ad atti individualmente vincolati, su violazioni del codice della strada, o reati minori, per capire che il singolo atto, non discrezionale isolatamente, va considerato nell'ottica di un intervento massivo, per il cui svolgimento a tappeto le risorse sono inevitabilmente insufficienti. Si pensi a strutture sanitarie o assistenziali in relazione all'intensità della richiesta dell'utenza, specie quando c'è pressione per infortuni, calamità o carenze di personale. Atti non discrezionali verso il singolo destinatario diventano espressione di un potere di indirizzo se si guarda l'attività complessiva dell'ufficio. Analoghe considerazioni potrebbero essere svolte per l'evasione fiscale *di massa*, su cui i parr. 3.5 e 3.10 del mio *La funzione amministrativa d'imposizione tributaria*; quest'ultima è uno dei tanti casi di discrezionalità latente, ma culturalmente rimossa, a tutto danno della funzione. Occorre quindi prendere atto, in una prospettiva dove il diritto s'intreccia con l'economia, della necessità di dosare tempi e risorse in tutte le funzioni non giurisdizionali. In esse l'indipendenza della giurisdizione è sostituita dall'imparzialità, che tuttavia risente della variabilità delle circostanze e della mutevolezza di risorse e strutture. Sono cause oggettive di ineliminabili diversità di trattamento, qualche volta più sbrigativo, altre volte più accurato; eliminare la maggiore accuratezza in nome di un'astratta eguaglianza provocherebbe un trattamento peggiore per qualcuno, senza migliorare quello di altri, anche se la burocratizzazione di cui al paragrafo successivo conduce spesso a una simile parificazione al ribasso.

9. (Segue). *Le connesse deresponsabilizzazioni*

La rimozione della discrezionalità, di cui al paragrafo precedente, ha ostacolato le spiegazioni giuridico sociali delle funzioni pubbliche, soprattutto non giurisdizionali, in materia di difesa, sicurezza, ambiente, infrastrutture, sanità, educazione, determinazione delle imposte, valorizzazione dei beni culturali, etc.. Le corrispondenti partizioni del diritto amministrativo si sono impantanate nello *studio di regole* senza capire e spiegare le corrispondenti funzioni pubbliche. Il formalismo del rispetto delle regole ha messo in ombra la riflessione sul contenuto delle funzioni. Evidenti aspetti di giuridicità non giurisdizionale già si intravedono nella più antica di esse, quella militare, del comando degli eserciti e della sicurezza interna. A questo modello organizzativo iniziale dei pubblici uffici si ispira l'idea stessa di *pubblico ufficiale*, versione civile del comandante militare, che si ritrova anche nell'espressione anglosassone *civil service*.

L'incarico socialmente controllato (parr.2.5, 3.6-3.10), rende giuridiche tali funzioni, sottoposte a supervisione dello stesso delegante politico, dei colleghi del delegato (controllo gerarchico), dei relativi destinatari e della pubblica opinione, generale e di settore. Nella maggior parte dei contesti spazio-temporali manca invece un controllo di un giudice del tutto indipendente dalla politica sulle funzioni non giurisdizionali.

Quest'assetto gerarchico-militare aveva dei pregi in termini di ordine, disciplina, senso d'appartenenza affine al cameratismo militare, spirito di servizio (ricordo la formula militare *fino all'estremo sacrificio*). I lati oscuri di questa *socialità gerarchico militare* si vedono nei formalismi degli eserciti in tempo di pace, nel compiacimento per l'autorità, nel minore spirito critico, nella pignoleria per dimostrare l'attaccamento all'istituzione (c.d. *fiscalismo*). Tali criticità furono messe in luce, a partire dalla metà del secolo scorso, soprattutto nella fase della c.d. *contestazione*, dei movimenti studenteschi e giovanili, ad esempio contro la guerra del Vietnam e per il cambiamento dei costumi. Anche la caduta del comunismo, pochi anni dopo, ha messo in crisi il suddetto modello militare, spingendo verso un modello aziendale; quest'ultimo, conforme alla fiammata neoliberalista di quegli anni, è stato proposto anche per gli uffici pubblici; anch'essi, come le aziende pluripersonali, sono gruppi di persone che si dividono determinati compiti. Il controllo sociale su di essi (par. 3.10) non avviene però tramite mercato e clienti paganti, ma tramite utenti, pubblica opinione e politica. Il vertice proprietario delle aziende, rappresentato dagli eredi del fondatore o da gruppi di investitori, è idealmente costituito, per gli uffici pubblici, dalla

società che esprime la politica, con una sorta di inevitabile corto circuito.

Purtroppo, la situazione critica degli studi sociali (par. 1.5), senza un modello interpretativo per le aziende pluripersonali, ostacola il coordinamento tra i suddetti modelli organizzativi dei pubblici uffici. La discussione pubblica in merito va poco al di là di enunciazioni di principio, dove di parla di *amministrazione di servizio*, *democratizzazione* delle istituzioni, *amministrazione di risultato*, senza riempirle di contenuti. Per gli uffici pubblici, in contesti senza mercato, ha infatti poco senso la retorica aziendalistica della *concorrenza*, della *competitività* e delle *liberalizzazioni*. Senza mercato ha poco senso aver trasformato persino l'ANAS, gestore di strade senza pedaggio, in società per azioni, dopo le Ferrovie e le Poste.

Fuori luogo appare anche la sindacalizzazione del pubblico impiego, in mancanza di un forte potere padronale da contenere; la dirigenza pubblica è stata indebolita anche per l'abbandono delle carriere interne e la necessità di un secondo livello di concorso per accedervi <sup>2</sup>. Questo ha mortificato le specificità delle varie funzioni pubbliche, a vantaggio di evanescenti qualità *manageriali*, strumento di "cooptazione relazionale", interna e politica; lo ricordano gli anni dell'industria pubblica, coi suoi *dirigenti d'area*, democristiana, socialista, socialdemocratica, repubblicana, sindacale etc.

Pur conoscendo meglio degli altri la propria funzione, i dirigenti pubblici temono di esporsi nel fare quella che ritengono *la cosa giusta*; essi percepiscono infatti che in caso positivo avrebbero fatto solo il proprio dovere, esponendosi a critiche o censure se le cose vanno male. Nella confusione, il merito, o il demerito, nel raggiungimento di risultati, sono difficilmente calcolabili, mentre si è più esposti a censure di aver "violato le regole". Diminuisce così la disponibilità a esporsi, mettersi in gioco, prendere iniziative nel farsi interpreti del proprio ruolo, assumersi i rischi di cui al par. 3.11; è invece comprensibile autoprottegersi, rimanere a galla, facendo il meno possibile e trovando pretesti per "non fare" nella *conformità alle regole*. Si autoproduce così il formalismo burocratico come lato oscuro della legalità, che porta a sopravvalutare la conformità alle regole rispetto ai propri compiti sostanziali. Si generano così formalismi, lungaggini, paradossi e inefficienza, come se ogni decisione dovesse essere *telecomandata* o *coperta* da materiali normativi. Sono atteggiamenti che si ritrovano in risposte tipo *io al posto suo lo farei, ma se me lo chiede*

<sup>2</sup> La vicenda degli "incarichi dirigenziali" e dei concorsi da dirigente all'Agenzia delle Entrate sono un esempio dei danni del modello dirigenziale unico, come se non ci fossero tante funzioni pubbliche con compiti diversi.

*formalmente devo dirle di no*, come conferma l'espressione è *più facile avere un perdono che un permesso*, più responsabilizzante rispetto al primo. La stessa cautela desiderosa di copertura normativa spinge a spostare le decisioni su chi ha minore responsabilità, come nell'*amministrazione per legge*; quest'ultima si disperde così in mille rivoli ironicamente descritti da Nanni Moretti (Film *Il portaborse*) parlando di *prezzo del miele industriale, colore delle strisce pedonali, scuole di flauto traverso e di flauto dolce, pericolosità delle cacche dei piccioni nei nostri centri storici*. La stessa fuga dalle responsabilità si trova nell'*amministrazione per sentenza*, alimentata da espressioni tipo *lei ha ragione ma faccio ricorso*, in modo che il giudice indichi all'ufficio iniziative su cui esso teme di esporsi.

Visto che *assumersi una responsabilità* suona come una minaccia, prende piede la tendenza autoprotettiva a "non fare", non per pigrizia, ma come scorciatoia per "non sbagliare"; un dinamico dirigente dell'Agencia delle entrate mi riferì di un alto burocrate ministeriale che bonariamente rassicurava sulla tendenza delle pratiche a *risolversi da sole*, col tempo, senza decidere alcunché; quando, di rinvio in rinvio, i tempi stringono, l'urgenza viene vista come giustificazione a futura memoria della decisione (che qualcuno comunque evita *buttandosi malato* proprio in quei giorni). Se la pratica lo consente si richiedono pareri, si indicano "tavoli di lavoro" e commissioni paritetiche in modo che nessuno sia in fondo responsabile della decisione (è un frazionamento del rischio definito volgarmente come *scaricabarile*).

Sono inconvenienti dell'aver preso lo *ius dicere*, con la forza della tradizione privatistico-giurisdizionale, come pietra di paragone per funzioni non giurisdizionali, dove invece serve il *facere*. A quest'ultimo guarda infatti la pubblica opinione, preoccupata di compiti sostanziali, come curare gli ammalati, educare gli alunni, smaltire i rifiuti, avere strade scorrevoli, trasporti rapidi, beni culturali valorizzati e via enumerando.

È nata così un'insoddisfazione diffusa, che ha attribuito pian piano un'accezione negativa al termine *burocrazia*, un tempo sinonimo di razionale organizzazione di uffici pubblici. All'interno di questi ultimi si fa strada la disaffezione, al punto che molti medici sono infastiditi dai malati (a ragione vista la *responsabilità sanitaria* e la *medicina protettiva*), i professori dagli studenti, i netturbini dall'immondizia, i vigili urbani dalla circolazione, i carabinieri dai ladri, gli uffici tributari dalla stima dei presupposti economici d'imposta, i giudici dai processi (par. 3.12). Nella confusione da mancanza di spiegazioni, e da superfetazione normativa, ogni problema diventa complicato. Si autoproduce quindi la tendenza a

fare il minimo che salvi le forme, con azioni inutili e facili, ma previste normativamente, scartando quelle con minor copertura normativa, magari più utili. La tendenza definita dagli economisti *legge del minimo mezzo* (par. 1.5), viene declinata per ridurre sforzi e responsabilità, a parità di remunerazione, trasformandosi se possibile in *legge del minimo mazzo*. Da *aziende di erogazione*, in quanto sostenute da risorse erariali, molti uffici pubblici diventano *di erogazione* nel senso di giustificarsi solo con la remunerazione del personale, diventando cioè *stipendifici*.

Quest'importanza del controllo sociale è confermata dalla maggior efficienza degli uffici operanti *al pubblico*, cioè le scuole, i trasporti, i pronto soccorso, la raccolta rifiuti etc.. Quando si allenta questa pressione crescono i suddetti formalismi, con deresponsabilizzazioni, frammentazioni di competenze, etc..

In questa misura, nei pubblici uffici, ci si preoccupa sempre più di formalismi per giustificare l'esistenza dell'istituzione, facendo *risultato di servizio*; ci si sofferma poi su scatti, *punteggi*, graduatorie, trasferimenti, promozioni e relative indennità, ferie, permessi e altri aspetti estranei ai contenuti e all'efficienza della funzione.

La retorica *neoliberista*, indicata sopra per il *modello aziendale*, usa la suddetta inefficienza per affidare a privati molte funzioni pubbliche. Basti pensare alla sanità convenzionata, alla determinazione delle imposte tramite aziende, professionisti e patronati, all'assistenza tramite cooperative sociali<sup>3</sup>, alla valorizzazione dei beni culturali tramite *sponsor*<sup>4</sup>, all'urbanistica tramite professionisti esterni<sup>5</sup>, alla sicurezza automobilistica con le officine autorizzate delegate, agli intermediari professionali per fallimenti ed "esdebitazioni", a privacy, antiriciclaggio, sicurezza, controlli contabili (legge 231/2000), autocertificazioni e visti per l'assistenza e i *bonus*, fino alla "fuga dalla giurisdizione" nei riti alternativi di cui alla fine del par. 3.12.

Anche i piccoli interventi c.d. "in economia", come riparazione di buche stradali o potatura del verde nei giardini pubblici, tendono ormai ad essere esternalizzati su privati. La conseguente perdita di contatto con le proprie funzioni diminuisce la capacità di gestire gli appalti esterni; si innesta così un circolo vizioso di spreco e lungaggini, con le aziende appaltatrici preoccupate più dei formalismi delle aggiudicazioni che della sostanza delle prestazioni rese.

L'efficienza delle funzioni pubbliche non si supera invece delegandole

<sup>3</sup> Con frequenti commistioni corruttive come quelle emerse nell'inchiesta romana "Mafia Capitale".

<sup>4</sup> Con varie forme di mecenatismo defiscalizzato e autoliquidato, come l'*art bonus*.

<sup>5</sup> Si pensi anche all'autoaccatastamento con modulo c.d. *docfa*.

a privati, ma calando in esse la capacità organizzativa di individuare bisogni e soddisfarli tipica dell'*imprenditoria*; quest'ultima in definitiva è *organizzazione*, da riferire in questo caso a necessità per le quali il mercato è inefficiente o non arriva. Le pubbliche funzioni dovrebbero idealmente conciliare l'iniziativa e l'organizzazione, tipiche della soddisfazione dei bisogni sul mercato, con le regole di un contesto pubblicistico, senza mercato. Le regole con cui sono istituiti e indirizzati gli uffici pubblici non dovrebbero far perdere di vista la sostanza dei loro obiettivi, cioè le funzioni. Queste ultime vanno valorizzate, conciliandole con l'inevitabile presenza di regole per il loro esercizio; per coordinare regole e compiti sostanziali non basta però il modello giuridico privatistico-giurisdizionale, dove la funzione di giustizia fa corto circuito col rispetto delle regole, esaurendosi nello *ius dicere* senz'affrontare il *facere*. Si tratta di trovare modelli comportamentali adatti alla generalità delle funzioni pubbliche, in massima parte non giurisdizionali. L'idea di funzione va quindi estesa a quelle non giurisdizionali, dov'è più semplice capire la funzionalità dell'interpretazione, indicata ai parr. 3.6-3.7, e l'importanza della discrezionalità (par. 3.8). Quand'è chiara la premessa secondo cui la funzione non coincide col *rispetto delle regole*, può avviarsi una dialettica tra queste due prospettive, utile anche a contestualizzare la funzione di giustizia. Usando come modello l'idea di funzione, e non la sola funzione di giustizia, gli uffici pubblici potranno farsi interpreti dei loro compiti, contestualizzando su di essi il rispetto delle regole, recuperando iniziativa in un ordinato quadro di disciplina; il principio di legalità potrà così essere interpretato in senso funzionale ai vari settori dell'intervento pubblico, articolati in base ai diversi compiti da svolgere. Su questa premessa i dirigenti pubblici potranno recuperare indicazioni affidabili, prendere iniziative e mettersi in gioco; l'idea di discrezionalità potrà essere di volta in volta valorizzata, senza le rimozioni di cui al precedente par. 3.8, superando obiezioni pretestuose, pressioni di interessi settoriali o sensazionalismi mediatici. In questo auspicato circolo virtuoso si inseriscono le spiegazioni giuridico-sociali delle varie funzioni pubbliche, utili ad un loro sereno controllo sociale (par. 3.10) in termini di costi e benefici. A tale scopo è utile calare in contesti non giurisdizionali le idee di sanzione, controllo sociale e responsabilità, rispettivamente ai parr. 3.4, 3.10, 3.11.

## 10. Principio del controllo sociale sulle pubbliche funzioni

In una società complessa, il controllo sociale dei consumatori sulle aziende, auspicato dal neoliberismo economico, non è sufficiente per le produzioni ad alto tasso di ricerca ed elevata tecnologia, come ad esempio quelle farmaceutiche o elettroniche. Quest'esigenza sussiste anche per funzioni e servizi pubblici, cui il controllo sociale dei consumatori si presta male, come spiegato al par. 3.9. Il controllo dei relativi utenti va quindi integrato con quello dell'opinione pubblica e degli interessati al settore (par. 1.6), dei mass media (par. 1.8) e della politica (par. 1.7). In tutti questi casi sono quindi fondamentali le spiegazioni sociali, proporzionali ai livelli d'attenzione di cui al par. 1.9, metodologicamente oggetto di questo volume. Lo studio sociale, cioè i concetti condivisi di cui al par. 1.4, diventano così uno strumento di democrazia, contro strumentalizzazioni propagandistiche e demagogiche del pluralismo.

Anche per gli uffici pubblici si elaborano parametri di valutazione e di autovalutazione. Si tratta dei c.d. "indicatori di produttività", dei parametri interni di valutazione dei carichi di lavoro e dei *risultati di servizio*, tutti variabili da funzione a funzione. La valutazione è infatti una delle discipline a contenuto variabile di cui al par. 1.5, che si modificano a seconda dell'oggetto cui si riferiscono. Quando quest'ultimo è poco conosciuto, per carenza di spiegazioni sociali, anche la valutazione perde significato e i suddetti indicatori diventano di mera facciata, vuoti formalismi, spesso di comodo e utilizzati in modo opportunistico, per minimizzare l'impegno a parità di stipendio (par. 3.9). Si avvia cioè un'eterogeneità dei fini, non rara nell'accademia (par. 2.6), che trascura la sostanza a favore di quanto *fa punteggio*. Negli uffici pubblici ci si sofferma infatti moltissimo su cosa rilevi come *titolo, anzianità, causa di servizio*, come nella scena in cui Alberto Sordi, *medico della mutua* afferma solennemente la necessità dei punti di sutura minimi per considerare il suo intervento come *un'operazione*.

I suddetti parametri di valutazione e autovalutazione sono insomma efficienti solo se inquadrati in spiegazioni diffuse e *socialmente condivise* almeno tra gli interessati al tema, come opinione pubblica di settore (par. 1.6). La cosiddetta *accountability*, esempio di ricerca giuridico-sociale, dovrebbe invece confrontare le risorse assorbite da ciascuna funzione pubblica coi benefici sociali ricavati, o percepiti, attraverso di lei.

Questo controllo, proprio in quanto *sociale*, può essere svolto dalla politica solo nella misura in cui essa riflette adeguate spiegazioni dell'opi-

nione pubblica, generale e di settore, sul tema. Facendo comprendere alla politica che l'interesse generale è apprezzato in termini di consenso, anche elettorale, sarebbe possibile fronteggiare strumentalizzazioni di queste valutazioni, programmate o effettuate nel preconcetto di supportare o criticare le istituzioni sottostanti. Senza spiegazioni sociali, gli interventi dei *mass media* e magari della magistratura, si riducono a fuochi di paglia, che segnalano disfunzioni di varia natura, senza indicarne socialmente cause e possibili rimedi.

Anche i sindacati del pubblico impiego, con buone spiegazioni sociali delle funzioni cui sono addetti, potrebbero farsi interpreti di quest'interesse generale, secondo la formula di *sindacato dei cittadini*, usata un tempo da alcune organizzazioni dei lavoratori.

Per questi obiettivi sono comunque fondamentali le spiegazioni giuridico-sociali, che aiutano i pubblici uffici a farsi interpreti della propria funzione; ad essi si addice la nota metafora di Seneca, secondo cui *non esiste vento favorevole per il marinaio che non sa dove andare*. Solo l'interazione con la pubblica opinione indica questa rotta, attraverso le spiegazioni sociali, cinghia di trasmissione tra politica, pubblici uffici, *mass media* e società; queste spiegazioni consentono ai funzionari pubblici di capire il senso del proprio lavoro, con gratificazione personale, utile al controllo reciproco all'interno degli uffici, contro abusi e timori di cui al prossimo paragrafo.

### 11. *Principio di responsabilità e funzioni pubbliche*

Il controllo di cui al paragrafo precedente comporta anche possibili valutazioni, sanzioni nel senso ampio di premi e punizioni, chiarito al par. 3.4. Le responsabilità sono in genere individuali, allargate alla dirigenza politica con varie sfumature, dal processo di Norimberga alla Corte Internazionale de L'Aja. La responsabilità è infatti tanto più difficile da far valere quanto più si allarga a membri di sottogruppi sociali, o a stati nazionali nel loro complesso; si pensi all'impossibile recupero coattivo di crediti verso paesi in crisi finanziaria, o ai criteri privatistici usati dalla Francia verso la Germania per i danni della Prima guerra mondiale, che contribuirono alla seconda; simili responsabilità collettive richiederebbero lo sfruttamento economico diretto del paese debitore da parte di quello creditore, in una sorta di colonizzazione economica, umiliante per il

primo e costosa per il secondo.

Tornando alla responsabilità individuale, i criteri privatistici del danno, o quelli penalistici della punizione, mal si prestano a valutare chi cura interessi di terzi, anche svolgendo funzioni pubbliche. I vantaggi di un efficace esercizio dell'incarico vanno infatti al gruppo sociale, a fronte di un compenso fisso all'incaricato; quest'ultimo, invece, se le cose vanno male, può provocare un danno multiplo rispetto alla sua retribuzione. Il rischio è forte in società complesse, in cui è difficile escludere che qualcosa vada storto, anche a fronte di prassi generalmente considerate ragionevoli.

La responsabilità per danno erariale davanti alla Corte dei Conti, ancorché attivata molto raramente, è un esempio emblematico dei timori connessi al possibile innescarsi della ricerca di responsabili, per non dire di capri espiatori. In linea generale, se fosse l'incaricato a dover risarcire di tasca propria il danno del delegante, nessuno accetterebbe più di curare interessi di terzi.

I rischi e i timori variano da funzione a funzione, anche in relazione alle relative spiegazioni sociali, fino al caso particolare sulla responsabilità dei giudici, corollario del loro incerto rapporto con la legge, filo conduttore del testo, e delle confusionarie polemiche sul loro ruolo, indicate al prossimo paragrafo 3.12.

La sproporzione tra beneficio e rischio aumenta quando, a posteriori, si censurano comportamenti che sembravano assolutamente normali o doverosi nell'ambiente che li pose in essere. Sono alcuni degli inconvenienti della rimozione della discrezionalità e della sua mancata analisi (par. 3.8); la confusione spinge a non prendersi dei rischi nell'interesse generale al corretto esercizio della funzione; se ad esempio c'è il rischio, per carenza di personale e risorse, di danneggiare un utente rispetto ad altri, ci si autoprotette con l'uguaglianza al ribasso per le ragioni di cui al par. 3.9. Ancora peggiore del timore di essere accusati di negligenza è quello di essere sospettati di interesse privato, o peggio ancora di corruzione. Quest'ultima neppure era concepibile quando, nella fase iniziale (par. 3.1) di delega politica da parte del gruppo, i governanti usavano le risorse comuni anche per il proprio mantenimento, sotto il controllo politico della società (cfr il *fiscus* dell'antica Roma); essendo il potere politico garante delle attività economiche era normale che il patrimonio pubblico si alimentasse anche con "regalie" (*royalties*) dei relativi operatori, usate per mantenere i governanti; era una sorta di *corruzione istituzionalizzata*, con una certa efficienza in gruppi coesi, con un sufficiente controllo sociale.

Con l'aumento delle deleghe a funzionari stipendiati crebbero i

rischi di abuso, come quelli della divertente scenetta visibile digitando *Il Marchese del Grillo* - “*Sei ladro tu, tuo padre e tuo nonno*”.

I sistemi di incentivi e disincentivi previsti per incarichi a beneficio di terzi hanno bisogno quindi di accurata riflessione giuridico sociale, se non si vogliono innescare deresponsabilizzazioni autoprotettive anche peggiori di quelle indicate al par. 3.9. Tornano in gioco, sotto il profilo di incentivi e disincentivi, le deleghe e le regole per l'esercizio delle funzioni, coi margini di discrezionalità (par. 3.8) e diligenza nel farsene interpreti. Un buon sistema di incentivi e punizioni è determinante non solo per il successo dell'intervento pubblico, ma di tutte le organizzazioni complesse, anche private.

La corruzione invece mercifica gli incarichi, somigliando al tradimento, ed è quindi logico combatterla, soprattutto nel moderno stato di diritto. Per essere efficace, però, la lotta alla corruzione va contestualizzata a seconda della funzione cui si riferisce. Per ogni funzione, infatti, cambiano gli assetti di convenienza, le occasioni di contatto, le contropartite, i controinteressati e le tracce probatorie dei fenomeni corruttivi. Anche il contrasto alla corruzione è quindi una delle discipline a contenuto variabile (organizzazione, valutazione etc., par. 1.5), da riferire alla funzione dove questa patologia va fronteggiata; appare quindi una forzatura immaginare *esperti anticorruzione* trasferibili da una funzione pubblica all'altra. I corrotti non sono infatti una categoria generale, ma funzionari esperti delle singole funzioni in cui operano, dove riescono con una certa facilità ad aggirare cautele non specifiche, indifferenziatamente riferite alla generalità delle amministrazioni pubbliche. È il caso dell'improvvisata legge anticorruzione del 2012, dove si ritrovano i caratteri delle leggi *manifesto* (par. 3.3); essa, in nome di un'imprescisa *prevenzione* della corruzione, intralcia l'azione amministrativa con formalistici esorcismi; è quindi persino aumentata la paralisi di cui al par. 3.9 senza che diminuisse il malaffare percepito e riferito dalle cronache. I migliori ingredienti anticorruzione sono infatti snellezza, trasparenza e controllo reciproco, personalizzato sulla funzione. Le cautele anticorruzione vanno cioè calate sui momenti di controllo sociale, diversi per le varie funzioni pubbliche; si tratta cioè di sfruttare i controinteressati, come in urbanistica, dove le opere realizzate sono percepibili da parte di tutti, negli appalti e nei pubblici concorsi dove esistono controinteressati, assenti invece nella determinazione delle imposte o nella gestione dei rifiuti. A seconda del diverso impatto sociale cambia anche il controllo di utenti, loro associazioni, organi di informazione (par. 1.8), e colleghi di lavoro, dove

c'è il primo informale controllo reciproco (si pensi al c.d. *whistleblowing*).

Non a caso i funzionari che si fanno interpreti con ragionevolezza del proprio ruolo, assumendosi responsabilità per dovere d'ufficio, infastidiscono i corrotti; essi sono paradossalmente i più critici verso la discrezionalità (par. 3.8), alimentando un clima di sospetto verso chi la esercita ragionevolmente, riducendo le occasioni corruttive. Il formalismo, incluso quello anticorruzione, è utilizzato invece dai corrotti per creare ostacoli, da rimuovere poi *a pagamento*, trasformando i diritti in favori.

Gli indizi di corruzione vanno invece gestiti con freddezza, senza emotività mediatica, né istituzionale, persino assecondando i corruttori, per acquisire prove e salvaguardare da insinuazioni e ritorsioni chi li denuncia. Si tratta di dare fiducia, ammettere e gestire la discrezionalità, (par. 3.8), assieme agli indizi di abusi. Sono proprio le valutazioni che la burocrazia teme, impaurita da polveroni di accuse e controaccuse, lesivi dell'immagine istituzionale. Sono le premesse di una politica *dello struzzo* che esorcizza in astratto le c.d. *mele marce*, appiattendosi poi sulle risultanze penali, e temendo di gestire la discrezionalità. Anche per contrastare la corruzione servono buone spiegazioni giuridico sociali delle funzioni pubbliche, evitando che il relativo timore alimenti la deresponsabilizzazione (*potevano scegliere tra la corruzione e la paralisi, hanno scelto la paralisi, avranno la corruzione, cit.*).

## 12. La giurisdizione nel quadro della giuridicità

Dai paragrafi precedenti è facile rendersi conto che la giurisdizione è una *species* della giuridicità, come incarico socialmente controllato (par. 2.4-2.5). È quindi normale una giuridicità senza giurisdizione, come confermano i gruppi sociali elementari di cui al par. 3.1, nonché quelli militari, religiosi, criminali, e molti altri. Lo confermano anche i contesti spazio temporali in cui il processo, civile e penale, era riservato a ceti particolari, mentre privazioni di proprietà e di libertà, con portata giuridica, in quanto effettuate o controllate da organi del gruppo, secondo le sue regole, avvenivano senza vaglio giurisdizionale. La giurisdizione non è infatti l'unica modalità per realizzare le conseguenze giuridiche di cui al par. 3.4, siano esse reputazionali, coercitive o punitive. Persino contesti concentrazionari, senza funzione di giustizia, erano intrisi di giuridicità, con una serie di regole minuziose e di prassi, dove anche

i controllori erano socialmente controllati, con indagini per abusi di potere persino verso comandanti di *lager* nazisti: a questo proposito anche l'organizzazione dell'Olocausto si basava su una trama giuridica di deleghe e incarichi, come risulta dai verbali della conferenza di Wannsee, intrisa di diritto, su cui l'interessante ricostruzione cinematografica *Die Wannseekonferenz-1984* su youtube. Si conferma così *l'ubi societas ibi ius* come presenza di compiti socialmente controllati, a prescindere dai profili valoriali del contesto e da un giudice indipendente dal potere politico.

È quindi riduttivo concepire il diritto come *previsione su come decideranno i giudici*, come nella scena visibile digitando *Aronne Piperno Marchese del Grillo*, con cui inizierei qualsiasi corso di teoria del diritto. L'idea del diritto come *previsione* sarebbe già più ampia e convincente se estesa a tutti gli incaricati di pubbliche funzioni, o forse anche a tutte le potenziali controparti di un rapporto giuridico. Questa previsione si basa però in prima battuta su valori, regole e modalità di farsi interpreti dei propri ruoli a seconda delle contingenze dei casi specifici, il che recupera la concezione del diritto come studio di regole, corretta sul piano della tecnica giuridica, mentre sul piano giuridico sociale la prospettiva è quella di cui al par. 2.5. Si conferma anche sotto questo profilo l'impossibilità di comprendere il diritto guardando solo la funzione di giustizia, sopravvalutata anche rispetto all'*enforcement* delle sentenze (fonte di peripezie su cui ironicamente Mastracci, *Articolo Quinto*, Castelvecchi, 2005).

Quest'ampio sfondo conferma che *i giudici creano diritto*, ma al tempo stesso subiscono i condizionamenti di società, politica e pubblici uffici, anch'essi *creatori di diritto*, a monte e parallelamente. Ritroviamo così la trama di incarichi, di indicazioni per svolgerli e controllarli socialmente, indicata al par. 2.5 come essenza dello studio giuridico sociale. In quest'ultima prospettiva la funzione di giustizia è solo una delle tante manifestazioni della giuridicità, tesa a prevedere e controllare i comportamenti di qualcuno, cioè funzioni pubbliche ovvero privati verso altri privati; in altre parole, la funzione di giustizia, con la sua dialettica tra regole e giudici, è comprensibile solo guardando oltre la giustizia, cioè con la spiegazione sociale del diritto di cui al capitolo secondo. L'interazione tra valori, regole e soggetti investiti di una funzione, cambia nei vari settori della socialità, ricordandoci che la giurisdizione, una delle prime esperienze (par. 2.2) della giuridicità, ne resta solo un aspetto particolare; quest'ultimo è quindi più facile da spiegarsi attraverso un'idea generale di giuridicità, come incarico socialmente controllato, anziché procedere

in senso inverso. Forse la giurisdizione è stata, come indicato al par. 2.2, una delle prime manifestazioni della giuridicità, che però la travalica, senza esaurirsi, in un rapporto tra *species* e *genus*. La specificità della giurisdizione si vede anche nel suo uso di un modello trilaterale (processo), non generalizzabile alle altre funzioni pubbliche, svolte secondo il modello bilaterale indicato al successivo par. 3.13.

La *giustizia ritenuta* esercitata direttamente dal gruppo o dall'autorità politica, aveva larghi margini per risolvere le controversie anche con un potere di indirizzo sulle scale di valori del gruppo; il gruppo nel suo insieme, o i destinatari della delega politica di governo, avevano anche margini per puntualizzare i valori del gruppo in relazione alle singole controversie. Si tratta di un potere immanente nell'autogoverno del gruppo o nella delega politica ai suoi governanti. Questo non accade per ulteriori subdelegati, senza diretta investitura sociale, meno conosciuti e soprattutto meno prevedibili nei loro criteri di decisione. Man mano che si passa dalla giustizia *ritenuta* a quella *delegata* aumenta la tendenza ad accompagnare queste deleghe alla funzione di giustizia con indicazioni pubbliche per il loro esercizio (parr. 3.2-3.3); come indicato in questi ultimi paragrafi, molti valori iniziano ad essere formalizzati in regole, spesso con retroterra religioso (par. 1.2), dalla stele di Hammurabi, ai dieci comandamenti, alla *sharia*.

Con l'aumento della complessità sociale e l'affermarsi dello stato di diritto, quest'importanza delle regole crebbe, anche rispetto ai valori, filtrati dal giudice come interprete della propria funzione. Questa prevalenza delle istruzioni del delegante sulle valutazioni del delegato derivava (par. 3.2) dal bisogno di precisione e di certezza di società complesse; all'interno di queste ultime si allungavano le catene di comando, con un miglioramento del bagaglio culturale generale e un minor *peso relativo* di quello dei giuristi. Col diminuire della *prossimità* tra governanti, loro delegati e governati, era naturale una maggiore importanza delle regole rispetto ai valori. Anche per questo si è rafforzata, sia nel diritto dei giuristi che in quello dello stato, la ritrosia a consentire al giudice poteri di indirizzo della società secondo una sua personale visione del mondo; già nel diritto dei giuristi egli avrebbe potuto *apprezzare lo spirito del popolo, il volksgeist*, senza però indirizzarlo, secondo proprie scale di valori. Usare la funzione giurisdizionale per incidere sui sistemi di valore del gruppo è infatti socialmente accettabile solo per la giustizia *ritenuta*, cioè amministrata direttamente dalla politica; quest'ultima comunque è stata scelta dal gruppo, mentre i giudici sono suoi subdelegati che -come oggi si dice- non sono

stati *votati da nessuno*. Il giudice è un incaricato dell'autorità di governo, al massimo selezionato con procedure tecniche nei contesti di stato di diritto; una delega diretta della base sociale è concepibile in qualche misura solo per la suddetta giustizia *ritenuta*, esercitata dai rappresentanti politici che rendono conto alla società in termini di consenso; anche per la giustizia ritenuta i condizionamenti dei valori del gruppo sono relativamente maggiori (par. 3.1) rispetto ad altre funzioni non giurisdizionali; queste ultime guardano infatti maggiormente al futuro, mentre la giustizia qualifica eventi passati in base alle scale di valori del gruppo; un ipotetico potere d'indirizzo valoriale del giudice ne renderebbe meno prevedibili le decisioni, ne minerebbe l'indipendenza rispetto alle parti e quindi la credibilità rispetto all'obiettivo di cui al par. 3.1; questo ruolo del giudice sarebbe inoltre poco accettabile socialmente, anche dalla politica, restia a privarsi del suddetto ruolo di indirizzo valoriale della società. Al tecnico delegato ad amministrare la giustizia è quindi concesso di interpretare i sistemi di valore del gruppo, senza influenzarli, facendosi promotore di alcuni a scapito di altri. È questo il senso della definizione settecentesca del giudice come *bocca della legge*, nella delicata posizione *ensore sociale*, senza essere *propulsore sociale*. Le sue scale di valori hanno rilevanza nella misura in cui egli riesce a collegarle con quelle dell'ambiente socioculturale del suo tempo, valorizzandole per la soluzione del caso. Se esplicitate come tali, le scale di valore del giudice indeboliscono addirittura la decisione, collegandola a suoi pre-concetti personali. La modalità argomentativa del giudice che voglia dare rilevanza a valori da lui personalmente ritenuti importanti è invece presentarli come oggettivi, cioè diffusi nell'intera società (da questo l'inevitabile ipocrisia cui alludeva Lutero a proposito di *juristen bese christen*). Questa mancanza di un potere d'indirizzo valoriale spiega le affermazioni sul *potere nullo* e l'espressione di Calamandrei secondo cui *quando la politica entra per la porta delle magistrature, la giustizia esce dalla finestra*. Per questo, non appena la società è un minimo complessa, aumenta la formalizzazione dei valori in regole, sotto vari profili desiderata anche dai giudici; abbiamo visto però che si tratta di un palliativo, di una scorciatoia, che porta agli inconvenienti indicati al par. 3.3, specie senza il supporto di adeguate spiegazioni giuridico sociali. Una di esse, da elaborare e condividere, riguarda appunto il ruolo stesso del giudice, tra condizionamenti a monte e margini di valutazione socialmente controllabili; solo così sarà possibile trovare i migliori compromessi tra prevedibilità delle decisioni (c.d. certezza del diritto) e loro personalizzazione sulle sfumature dei casi concreti.

Queste spiegazioni giuridico sociali non possono certo essere trovate

nelle sentenze; per esse vale infatti, a maggior ragione, il brocardo già indicato al par. 3.3 per la legislazione, cioè *lex imperat non docet*. Cadrebbe infatti dalla padella nella brace chi, dopo aver constatato la mancata creazione legislativa di spiegazioni sociali, se le aspettasse dalla giurisprudenza. Almeno le leggi sono redatte per durare a tempo indeterminato, ed essere riferite a una generalità di casi, mentre le sentenze hanno minori preoccupazioni di organicità e coerenza, subendo l'influsso, spesso emozionale, del caso concreto. La loro motivazione non era addirittura formalizzata nel diritto dei giuristi (par. 3.2) e le sentenze erano rese *ex informata conscientia*, fino allo stato di diritto. Quest'ultimo obbligo i giudici alla motivazione, essenzialmente per controllarne la subordinazione alla legge. Questa finalità di controllo è stata controproducente per varie ragioni, aumentando paradossalmente il potere dei giudici. In assenza di adeguate spiegazioni sociali, i tentativi di limitare il potere dei giudici finiscono per esaltarli. Sono infatti pur sempre i giudici a far parlare le leggi, essendone *la bocca* in un senso tutt'affatto diverso da quello immaginato a fine settecento, parlando di *bouche de la loi*. Se le leggi sono confuse, per i motivi di cui al par. 3.3 e la mancanza di spiegazioni sociali, il potere del giudice aumenta, sottraendosi comunque al controllo sociale. Diventa così attuale la citazione di Kafka sul giudice *servo della legge, appartenente alla legge e sottratto al giudizio umano*. I giudici, come tutti gli altri delegati (parr. 2.5 e 3.9) si preoccupano di *essere a posto* rispetto alle istruzioni ricevute, e di dare ragione a chi ce l'ha. Il suddetto obbligo di motivazione crea invece nei giudici anche il timore di essere fraintesi, creando precedenti non voluti, applicabili a casi diversi, solo apparentemente simili. La motivazione diventa quindi giustamente difensiva, passiva, magari prolissa, con affermazioni incidentali (c.d. *obiter dicta*), ma spesso sfuggente rispetto alle vere ragioni della decisione. Ciò perché, nella massima buona fede, si intuisce la decisione corretta, temendo però, come detto sopra, che una motivazione generale sul punto possa essere fraintesa. Anche i giudici vivono cioè la *tragedia di chi ha il potere*, che deve *essere dalla parte giusta* soprattutto quando sbaglia, essendo facile esserlo *quando si ha ragione* (istruttivo dialogo tra Tognazzi e Sordi, reperibile in rete e riferibile all'immagine istituzionale).

Confusione e malessere sociale in questo modo aumentano, senza essere fronteggiabili con *maggiori organici e maggiori poteri*, chiesti dalle associazioni dei magistrati, come fanno tutte le istituzioni in caso di crisi; il vero problema è infatti di spiegazione socio-culturale, e non si combatte con risorse materiali e prerogative normative di incerta realizzabilità.

Le sistematizzazioni concettuali, e a maggior ragione le spiegazioni giuridico sociali, non spettano insomma ai giudici, ma ai giuristi, se del caso come studiosi sociali. Se l'opinione pubblica è priva di spiegazioni giuridico sociali, queste non possono certo venire dal c.d. *insegnamento giurisprudenziale*; esso consente inoltre un controllo sociale limitato, visto che gli atti di causa, e le deduzioni delle parti, restano ignoti. Per questo motivo, le diligenti note di dottrina, che talvolta accompagnano le sentenze, ne travisano spesso la portata.

Anche per questo, nel loro insieme, i giudici non ambiscono a sostituirsi alla politica, come affermano i *mass media* travisando il protagonismo di alcuni di essi, riflesso del generale spontaneismo italiano di cui al par. 1.6. Il desiderio recondito della categoria è invece forse quello di poter calare il proprio senso di giustizia sui casi concreti, facendosi interpreti dello spirito del popolo, quando pensano di intravederlo, senza spiegarlo socialmente né indirizzarlo. Rende l'idea di questo desiderio la tendenza a *decidere prima e motivare poi*, come nell'aneddoto immaginario del magistrato che, all'inizio della camera di consiglio, chiedeva ai colleghi *vabbuò chi è o' fetente?* Anziché al suddetto *partito dei giudici* è più verosimile pensare a ogni giudice come *un partito*, interprete dello spirito del tempo secondo la sua formazione culturale, estrazione, collocazione istituzionale e posizione sociale; è questa collocazione *socioculturale* a influenzare l'atteggiamento della categoria, a parità degli altri fattori, verso le varie forze politiche, a prescindere dal suddetto fantomatico *partito dei giudici*.

Al di là della loro personale buona volontà, la carenza di spiegazioni giuridico-sociali nuoce anche alla funzione giurisdizionale; di essa gli addetti ai lavori percepiscono oggi una minore prevedibilità e controllabilità sociale, anche rispetto all'epoca del diritto dei giuristi; la mancanza di spiegazioni giuridico sociali produce nella prassi una *burocratizzazione giudiziaria* analoga, *mutatis mutandis*, a quella generale delle funzioni pubbliche (par. 3.9). Gli operatori forensi avvertono una sempre minore partecipazione dei giudici alla ricerca dei torti e delle ragioni, una mortificazione del contraddittorio processuale, dell'oralità e dell'interazione; i mancati chiarimenti reciproci nel corso del processo si riflettono in motivazioni *a sorpresa*, intrise di giri di parole, sfuggenti riassunti in fatto e vaghi riferimenti a materiali normativi. Esse trasmettono spesso una sensazione di estraneità rispetto alle prassi sociali, soprattutto economiche, aziendali e finanziarie, verso le quali gli studi giuridici non forniscono familiarità (par. 2.8). I normali cittadini, con rare occasioni di lite, se ne rendono conto molto meno delle organizzazioni aziendali pluripersonali, più esposte a controversie con collaboratori,

pubbliche amministrazioni, associazioni di attivisti e consumatori. Per le organizzazioni aziendali, gli effetti dell'incertezza sono destabilizzanti, spingendole, dov'è possibile, a *fuggire dalla giurisdizione*, con mediazioni, arbitrati, e istituti sostitutivi definiti "A.D.R.", acronimo per *Alternative Dispute Resolution*. In questo malessere istituzionale si radicano una pluralità di istituti accomunati oggettivamente dall'intento di dissuadere dal processo, come l'automatismo nella condanna alle spese, il pagamento del contributo unificato doppio a carico del soccombente, lo stringente regime delle impugnazioni, l'autosufficienza dei ricorsi in cassazione; lo conferma anche l'enfasi sulla mediazione, come alternativa al faticoso esame del merito, spesso dannosa per chi ha davvero ragione.

Quanto precede rende opportuni schemi interpretativi della giuridicità che travalichino la giurisdizione, e la includano, consentendo finalmente di contestualizzare la dialettica leggi/giudici. Anche per questo è importante riflettere sulle funzioni non giurisdizionali, esaminate ai prossimi paragrafi.

### 13. *Principio di autotutela nelle funzioni non giurisdizionali*

La spiegazione sociale generale del diritto, riferito all'insieme delle funzioni pubbliche, al di là di quella di giustizia, è una buona premessa per esaminare, in questo paragrafo e nel successivo, alcuni aspetti strutturali delle funzioni non giurisdizionali. Anch'esse sono accomunate dalla presenza di compiti socialmente controllati in base a valori e regole (par. 2.5). Tuttavia il loro contenuto è diverso dalla creazione di regole, come nello *ius dicere*, ed anzi il valore principale con cui dovrebbero essere valutate è lo svolgimento di una funzione sostanziale, in genere con un contenuto materiale, come la difesa esterna e interna, le infrastrutture, l'istruzione, l'ambiente, la sanità, la determinazione delle imposte e via enumerando. L'inquadramento di queste funzioni è in buona misura ostacolato dall'*imprinting* privatistico giurisdizionale della cultura giuridica, che ostacola anche la comprensione del contenzioso sulle funzioni non giurisdizionali, cui è dedicato il successivo par. 3.14. Troviamo cioè anche qui una sopravvalutazione dell'idea tecnica (parr. 2.1-2.2) del diritto come insieme di regole, finalizzate alla funzione di giustizia, mettendo in secondo piano tutte le altre. L'enfasi sullo *ius dicere*, di matrice privatistica, ha messo in ombra le funzioni pubbliche, che invece richiedono un *facere* e che si sono deresponsabilizzate, come indicato al par. 3.9.

Questa sopravvalutazione delle regole e della giurisdizione ha portato

a travisare i concetti stessi di *stato di diritto* e *governo della legge*, come se politica e giustizia, tramite leggi (par. 3.3) o sentenze, potessero risolvere qualsiasi problema delle pubbliche funzioni, anche quelle non giurisdizionali. Il *governo della legge* è stato così distorto in un irrealistico primato del diritto sulla politica, come se i tecnici legali potessero far parlare costituzioni, leggi e sentenze a modo loro, con moltissimo potere e pochissima responsabilità. Quest'ultima è rinviata, in tali distorsioni concettuali, sulla politica, redattrice delle regole. La storia della socialità ci insegna ovviamente il contrario, cioè la prevalenza della politica sul diritto come tecnica, mentre sul rapporto tra politica e diritto come studio sociale par. 1.7 e 2.4, in fine. Dietro tutto questo si individua, neppure razionalizzato, il piccolo sogno nel cassetto del causidico decifratore di regole, *ventriloquo della politica* o di altre autorità, dietro cui ripararsi, se qualcosa va storto, dicendo di aver *solo applicato la legge*. Governo della legge significa invece semplicemente ordinata *ripartizione di funzioni*, dove nessun organo del gruppo può imporsi completamente agli altri, *legibus solutus*; tale era l'organo di vertice dello stato assoluto, ed è questo il senso dell'espressione *quod principi placuit legis habet vigorem*. Anche nello stato assoluto, per il resto, esistevano incarichi e deleghe, visto che l'organo di vertice non aveva risorse per occuparsi di tutto. Questo *assolutismo* fu quindi l'anticamera del moderno stato di diritto, specie se confrontato coi precedenti confusionari intrecci di poteri feudali, municipali, monastici, corporativi, banditeschi etc..

Gli schemi privatistico-giurisdizionali, che pervadono la *cassetta degli attrezzi* del giurista (par. 2.4), vanno quindi adattati all'ampia varietà di funzioni non giurisdizionali, ciascuna con incarichi e contenuti diversi. È un normale corollario della maggior ampiezza della giuridicità rispetto alla giurisdizione, di cui all'inizio del precedente par. 3.12.

Su queste premesse è facile comprendere lo strutturale svolgimento delle pubbliche funzioni senza passare per il giudice, con atti autoritativi di *autotutela decisoria*. Quest'ultima prende poi forme diverse a seconda delle varie funzioni non giurisdizionali; si svolgono in modo unilaterale persino le funzioni assistenziali, sanitarie, educative, previdenziali, ed altre cui corrispondono c.d. interessi *pretensivi* dei destinatari; rispetto ad essi l'ufficio pubblico decide infatti unilateralmente come farsi interprete della propria funzione, suddividendo le risorse in relazione a priorità e urgenze, informazioni disponibili etc.

L'azione amministrativa è quindi ispirata a un modello bilaterale, in cui l'ufficio esercente la funzione interagisce col suo destinatario, in modo unilaterale; neppure eventuali controinteressati, presenti negli appalti o

nei concorsi pubblici, costituiscono controparti paragonabili al modello trilaterale del processo, dominante in materia privatistico-giurisdizionale; tra i vari interessati all'esercizio di una pubblica funzione non c'è infatti un conflitto da sanare, ma un'aspirazione concorrente a una fornitura o a un impiego pubblico. Queste caratteristiche costituiscono un tipico principio nascente dalla natura delle cose, col fondamento logico-strutturale di cui al termine del par. 3.3.

Su questo sfondo bilaterale si inserisce anche il contraddittorio procedimentale, principio importante, ma da calare nelle varie funzioni non giurisdizionali tenendo conto della loro suddetta strutturale bilateralità; sarebbe infatti improprio usare il contraddittorio per trasferire armi e bagagli nelle funzioni non giurisdizionali la trilateralità del processo.

Un condizionamento privatistico-giurisdizionale si trova anche nell'inoppugnabilità dei provvedimenti dei pubblici uffici se contro di essi il destinatario non ricorre entro un breve termine di decadenza (par. 3.14). Si tratta verosimilmente di un riflesso culturale del giudicato civilistico, che però deriva da un processo. Questa contaminazione può quindi penalizzare chi non è adeguatamente consigliato, alimentando al tempo stesso logoranti ricorsi *cautelativi*; questi ultimi, a loro volta, danno spazio alla deresponsabilizzante tendenza a *far decidere il giudice con l'amministrazione per sentenza* di cui abbiamo parlato al par. 3.9. L'inoppugnabilità dovrebbe quindi essere rimeditata, per funzione e per contesto, valutandone l'effettiva necessità in relazione all'esigenza di esecutorietà e alla salvaguardia dei controinteressati.

Analoga contestualizzazione, funzione per funzione, serve per le motivazioni degli atti amministrativi, strumento di controllo sociale di cui al par. 3.10, le modalità di comunicazione e le decadenze. Funzione per funzione va valorizzato anche l'accesso agli atti, pienamente giustificato, essendo la controparte un pubblico ufficio, rispetto alla riservatezza difensiva privatistico-giurisdizionale. Ce n'è abbastanza per personalizzare funzionalmente le disposizioni generali sui procedimenti amministrativi, esistenti da qualche anno in Italia (l. 241/1990), rispetto alla diversità di natura e occasione del loro esercizio.

L'autotutela esecutiva, invece, si intromette nella sfera giuridica dei privati, e quindi segue quindi modelli più omogenei, nonostante la varietà delle funzioni pubbliche. Quest'omogeneità di modelli giuridici riguarda anche la tutela dei destinatari dell'azione amministrativa, cui è dedicato l'ultimo paragrafo.

14. (Segue). *Suo controllo politico-gerarchico e giurisdizionale*

Davanti al cattivo esercizio delle funzioni pubbliche la reazione più intuitiva è la rimostranza diretta, indirizzata allo stesso delegato, oppure *gerarchica, politica, o sociale*. Sono vari livelli di reclamo molto più variegati rispetto alla trilateralità del processo, dove *due parti litigano e il giudice decide a chi dare ragione*. Le rimostranze contro il cattivo esercizio delle funzioni pubbliche ne ripercorrono la varietà delle modalità di svolgimento, indicate al paragrafo precedente, e accomunate dall'unilateralità amministrativa ivi indicata.

Come detto sopra, tali rimostranze possono essere rivolte agli stessi incaricati della funzione (opposizioni e ricorsi gerarchici), verso la politica, embrione dei ricorsi giurisdizionali di cui diremo, e verso la pubblica opinione (par. 1.6), per condizionare il vertice politico, fino all'estremo della sua rimozione; quest'ultima evoca il mito della *rivoluzione* molto presente nella "teologia politica" occidentale del novecento.

Si comprende così la tendenza della politica ad assecondare in qualche misura la base sociale di cui, in qualche modo, è espressione o comunque della cui cooperazione ha bisogno. Questo spiega la propensione a dare un qualche riscontro a simili rimostranze, anche se fatte valere contro negligenze o abusi di fiduciari della stessa politica. Già nelle monarchie anteriori alla rivoluzione francese si costituirono organismi di controllo per esaminare simili reclami, diretti al sovrano. In questo modo, esso dava ascolto a lamentele di collettività locali o di personaggi di rilievo sociale, controllando anche eventuali abusi, da parte dei suoi fiduciari, degli incarichi ricevuti.

Queste rimostranze sono state sufficienti per secoli alla tenuta degli assetti politico-amministrativi, anche se con intuitivi limiti connessi alla loro natura relazionale e discriminatoria; accanto alla gravità del vizio lamentato rilevava anche, di fatto, la posizione sociale dei reclamanti, il loro prestigio e credibilità; questi reclami mettevano infatti in discussione la fiducia che gli organi deleganti avevano riposto nei delegati, verso il cui comportamento si dirigevano le rimostranze. Anche per questi motivi l'evoluzione dei suddetti organi, sorti nell'*ancien regime* come ausiliari del monarca, verso una giustizia amministrativa autonoma dalla politica, è stata lenta; questa lentezza si è rivestita di formalismi teorici a sfondo privatistico su una pretesa maggior forza del diritto soggettivo rispetto all'interesse, la rimozione culturale della discrezionalità (par. 3.8) che indirettamente ne ostacolava il sindacato.

Un punto fermo è l'inidoneità della funzione di giustizia, progettata per risolvere le controversie private (parr. 2.2 e 3.12), al controllo del cattivo esercizio delle funzioni pubbliche. Queste ultime infatti sono, a ben vedere, *parallele* a quella di giustizia. Ciò rende quindi palese l'erroneità di considerare la giurisdizione amministrativa come un'appendice della giustizia civile, estesa ai pubblici poteri. Questo non dipende da un'ideologica maggior importanza dell'interesse pubblico rispetto a quello privato, ma dall'esistenza di funzioni già dedicate alla cura dei vari interessi pubblici; esse dovrebbero già svolgersi, per loro missione istituzionale, nell'interesse generale, escludendo negligenze e abusi. Per sua natura, quindi, il controllo politico sopra indicato, e quello giurisdizionale che ne costituisce lo sviluppo, comportano un corto circuito tra funzione giurisdizionale e altre funzioni pubbliche; è quindi inevitabile che essi guardino in prima battuta al modo in cui si sono comportati gli uffici censurati, cioè all'esistenza delle loro lamentate disfunzioni, nella pratica chiamate vizi dell'azione amministrativa.

Questa *funzione di controllare altre funzioni* resterebbe anche se per avventura la giurisdizione amministrativa fosse affidata allo stesso giudice del diritto dei privati; quest'ultimo svolgerebbe infatti due funzioni diverse, da una parte decidere le liti tra chi persegue interessi propri, e dall'altra controllare il corretto svolgimento di funzioni pubbliche. Sarebbe un giudice bi-funzionale, come del resto lo era l'organo politico di vertice, quando amministrava la giustizia tra privati e controllava i suoi delegati (è un riflesso della teoria dei *due corpi del re*). Questa diversità è confermata dalla presenza, anche negli *stati di diritto* delle c.d. *società aperte* di giurisdizioni diverse per questi due compiti (cfr. gli *administrative tribunals* di molti paesi di common law). Per giudicare i pubblici uffici, e più in generale chiunque svolga un certo compito nell'interesse altrui, occorre infatti mettersi nei suoi panni, ripercorrendone l'operatività, calandosi nel contesto delle sue azioni; quest'immedesimazione riflette le suddette radici politico-gerarchiche del controllo sui pubblici uffici e spiega la formula *giudicare le amministrazioni è amministrare*.

È quindi semplicistico riportare il controllo sulle funzioni pubbliche al *narra mihi factum tibi dabo ius* perché l'ufficio controllato già deve farsi interprete di una funzione pubblica, considerando valori, regole e contingenze nei modi di cui al par. 3.8. Mentre il giudice civile accerta il diritto dell'attore, ripristinando a sua domanda l'ordine giuridico violato, il controllo amministrativo riguarda prima di tutto l'esistenza delle disfunzioni lamentate dal ricorrente. Ne consegue una tutela

strutturalmente impugnatoria, con una prima fase *rescindente*, relativa al lamentato *vizio*, anche omissivo, dell'azione amministrativa.

Questa fase è più facile da svolgere, per il giudice come per chiunque altro, rispetto a sostituirsi all'esercizio della relativa funzione pubblica, oltretutto in modo coerente con le sue modalità ordinarie e seriali di svolgimento. L'esercizio delle funzioni non giurisdizionali, anche in relazione alla strutturale limitatezza delle risorse, ha infatti le sue *prassi*, i suoi *standards* cioè i suoi riflessi *sociali*. Essi riguardano non solo il ricorrente, ma spesso innumerevoli altri potenziali interessati. L'impatto sociale della giurisdizione amministrativa sul resto delle funzioni pubbliche è molto maggiore rispetto al contesto privatistico giurisdizionale, dove ogni causa fa storia a sé e *vigilantibus iura succurrunt*. L'intervento della politica, e quindi del giudice amministrativo, anche se ispirato a valori apprezzabili nel caso concreto, non può trascurare l'impatto della sua decisione sulle modalità di esercizio futuro di funzioni pubbliche seriali, caratterizzate da scarsità di tempi e di risorse.

Le infinite sfumature concrete delle funzioni pubbliche rendono quindi difficile, una volta compreso il vizio dell'attività amministrativa, un intervento sostitutivo del giudice, come in passato dell'autorità politica. Qualche volta quest'intervento è possibile, e lo si ammette con le azioni di condanna e di adempimento. In genere però la *pars costruens* dell'azione amministrativa, con la necessità di ri-provvedere, contemperando varie esigenze in gioco, è molto complessa. Inoltre quest'attività sostitutiva del giudice contrasta sia la *passività* dello *ius dicere* (par. 3.12) sia l'ordinaria spettanza di questo compito a una parallela funzione amministrativa, coi suddetti problemi di omogeneità di trattamento tra amministrati.

Per queste ed altre ragioni sono rari i margini in cui il giudice amministrativo riesce a sostituirsi all'attività amministrativa; è più agevole e frequente il c.d. *annullamento – rinvio*, con l'indicazione da parte del giudice dei criteri per un nuovo esercizio della funzione. È il c.d. *effetto conformativo*, teorizzato dagli amministrativisti italiani, in cui si ritrovano molti aspetti del suddetto antico controllo politico.

La sentenza rimuove cioè l'atto viziato ed enuncia alcuni principi cui l'amministrazione deve appunto *conformarsi*, per rinnovare correttamente il suo agire, calandosi però nella cornice degli interessi pubblici concreti. Questa soluzione in due tempi, a prima vista macchinosa, è ormai abbastanza roduta nella pratica, dove l'intervento del giudice è comunque molto incisivo, e già oggi migliorativo rispetto al passato.

C'è certo l'ipotesi che la rinnovata azione amministrativa eluda il

giudicato, o sia diversamente censurabile, ma è semplicistico fronteggiare tali rischi con sentenze sostitutive del giudice; quest'ultimo, per assicurare l'interesse materiale del ricorrente, definito *bene della vita*, dovrebbe spesso mettersi a fare un po' di tutto, il medico, il ricercatore, l'operatore ecologico, l'urbanista, l'appaltatore, l'esattore e via enumerando. Anche questo conferma che il tendenziale ruolo *non sostitutivo* del giudice amministrativo, oltre ad essere in continuità con la suddetta tutela politica, da cui discende, non costituisce un contingente privilegio per l'autorità, riflettendo solo la varietà e complessità delle funzioni pubbliche.

Esse sono molto più articolate rispetto a quella di giustizia, in cui la forza del gruppo si sostituisce all'autotutela privata, realizzando il diritto soggettivo. Questa *soggettività* è riferibile anche all'esistenza di una controparte debitrice specifica, esposta col suo patrimonio. Il gruppo garantisce questo credito, per le ragioni indicate al par. 2.2; questa *socialità* si vede anche nel diritto di proprietà, *assoluto* nel senso di rilevare *erga omnes*, ma tutelabile dal diritto dei privati, e anche penale, contro specifici trasgressori. Non ritengo negativo l'uso, nel linguaggio giuridico italiano, dell'espressione interesse legittimo, mentre altre lingue usano indifferentemente l'espressione *diritto*, come avviene di questi tempi per i *diritti fondamentali*. Anche se la maggior parte dei linguaggi giuridici parla indifferentemente di diritti (*rights*) una volta tanto le variegaste distinzioni italiche hanno un qualche senso. Il diritto soggettivo, come detto sopra, è infatti verso una specifica controparte, mentre i diritti politici e sociali, vedono come controparte il gruppo nel suo complesso. È quindi intuitiva la varietà di contenuti, nello spazio e nel tempo, di questi diritti, e i loro problemi di *giustiziabilità*, rispetto all'omogeneità culturale, anche nel tempo e nello spazio, del diritto soggettivo privatistico. È quindi controproducente la tendenza, di matrice privatistico-giurisdizionale, a valorizzare diritti verso il gruppo sociale con gli strumenti dei diritti soggettivi verso specifiche controparti. Cercare strumenti di tutela adeguati alla natura civica e politica della multiforme categoria degli interessi legittimi (altrove chiamati diritti *tout court*), senza ricondurli alla tutela dei crediti, è un'opportunità, non una limitazione.

Si tratta infatti di posizioni giuridiche sostanziali, spesso addirittura più importanti dei suddetti diritti soggettivi verso controparti private. La loro riferibilità al gruppo sociale, eventualmente tramite una sua articolazione funzionale, impone di considerare anche le sue esigenze, modalità organizzative e risorse, appartenenti in ultima analisi alla collettività. Il modello non è insomma quello di *due privati che litigano, col giudice che*

*decide a chi dare ragione*, ma di una questione prima di tutto *civica* (e politica) riguardante la relazione tra individuo e società, cioè tutti gli altri individui, spesso più importante del classico diritto soggettivo privatistico. L'interesse legittimo, che spesso avvocatescamente si tenta di travestire da diritto soggettivo, è infatti omogeneo a prerogative talmente importanti, nelle nostre società aperte, che ormai ci sembrano acquisite, definite addirittura come *libertà*, quali quelle di opinione, di movimento, di organizzazione politica; basta cambiare contesto spazio temporale, pensando ai tempi e ai luoghi dove questi diritti sono negati, per rendersi conto della loro dimensione giuridica, ben più importante del risarcimento per un incidente stradale, senza dubbio posizione di diritto soggettivo.

Oggi in Italia la tutela gerarchico politica si è ormai evoluta verso la giurisdizione, col sistema TAR – Consiglio di stato, ma la strada da fare per la sinergia tra efficienza delle funzioni amministrative e intervento giurisdizionale è ancora molta. L'interazione del giudice amministrativo coi pubblici uffici potrebbe essere in prospettiva molto maggiore. In buona misura il giudice amministrativo tende ad essere *asettico* come abbiamo detto per quello civile al termine del par. 3.12. Si tende infatti anche qui al processo cartolare e spesso, davanti al sospetto di patologie sostanziali da approfondire, si prende la scorciatoia di qualche vizio formale. Il formalismo è un debole surrogato rispetto a una cinghia di trasmissione tra amministrazione attiva e giudice, ancora legato a una (comoda) idea privatistica di processo. Non si tratta solo di approfondimenti istruttori o di carente dialettica processuale, ma dell'interazione del giudice col pubblico ufficio, come un tempo poteva fare l'autorità politica attraverso suoi ispettori. Oltre a contestualizzare il lamentato vizio, tale interazione potrebbe approfondire le modalità in cui il bene della vita del ricorrente potrebbe avere soddisfazione senza privilegi rispetto agli altri soggetti in posizione analoga. Una volta compreso il cattivo esercizio dell'attività amministrativa, l'annullamento è necessario, ma non è sufficiente a garantire che la funzione sia nuovamente esercitata in modo condiviso o comunque corretto.

A questi fini è importante il contenzioso amministrativo, prima di tutto come filtro *ex ante*, prima della giurisdizione, in quanto il diritto politico amministrativo va riconosciuto prima di tutto nella sua sede propria, con un ruolo eventuale, e residuale, della giurisdizione. Pur non sostituendosi all'amministrazione, il giudice potrebbe accompagnare un rinnovato esercizio della funzione censurata; tale esercizio oggi avviene tenendo conto delle indicazioni date dal giudice in sentenza,

cui potrebbe aggiungersi, a seconda delle funzioni e delle contingenze, qualche cautela ulteriore, anche di contenzioso amministrativo. Il giudizio di ottemperanza, col suo commissario *ad acta*, può essere arricchito da un ulteriore dialogo tra giurisdizione amministrativa, ricorrente e amministrazioni, per approfondire le ragioni di entrambi, di eventuali controrcorrenti e le varie esigenze pubbliche e private coinvolte. Sono questioni di cui si parla troppo poco rispetto all'enfasi sul c.d. *dialogo tra le corti*, confermando uno sbilanciamento sul processo rispetto all'azione amministrativa. Anche sulle funzioni non giurisdizionali scatta il consueto formalismo privatistico giurisdizionale da *rispetto delle regole*, con rimozione della discrezionalità, come indicato al par. 3.8. Anche quest'interazione *giurisdizione-amministrazione* sviluppa in senso pubblicistico la cassetta degli attrezzi (par. 2.4) per studiare le funzioni pubbliche. La crescente necessità di intervento pubblico nella soddisfazione di bisogni sociali richiede indicazioni metodologiche ulteriori rispetto al deresponsabilizzante *stare a posto con la legge* (par. 3.9).

È un auspicio collegato alla premessa del volume, e al mio intervento in AA.VV. *Quale diritto per il ritorno dello stato*, quaderno di dottorato di diritto pubblico dell'università di Roma Tor Vergata. Nel congedarmi da questo testo osservo che esso tocca forse troppi argomenti, da riprendere in successivi scritti, spero in compagnia di qualche *interessato al tema*, riproponendo per la saggistica la metodologia sperimentata anni or sono con la rivista *Dialoghi Tributari*. È del resto nella natura delle cose, e nella definizione stessa degli studi *sociali*, che essi siano affrontati in gruppo. Stavolta sono dovuto andare da solo, come esperimento, ma saluto con un ottimistico *alla prossima* chi volesse coinvolgermi in qualche sua iniziativa di narrazione sociale. Basta guardarsi intorno per capirne il bisogno.

Il diritto è di gran lunga anteriore agli studi sociali che oggi, per vari motivi indicati nel primo capitolo, non riescono a fronteggiare il bisogno di spiegazioni espresso da società complesse, pluraliste e settorializzate. I giuristi possono quindi validamente contribuire a una discussione pubblica sbilanciata sull'inevitabile superficialità dei *mass media* e dei *social*. Si tratta solo di riferire al dato sociale e alle funzioni pubbliche la loro sensibilità interpretativa. La metodologia giuridico-sociale proposta nel testo offre anche spunti sul rapporto tra diritto e politica, giudizio di fatto, interpretazione, discrezionalità, autotutela amministrativa e rimedi contro il suo cattivo esercizio.

### Raffaello Lupi

di formazione economico-giuridica opera in materia tributaria da oltre 40 anni, e dal 1990 è professore ordinario del settore. Gli spunti economici, amministrativistici, privatistici, aziendalistici e politici incontrati in tale disciplina in veste accademica, professionale, istituzionale e di discussione pubblica sui *mass media* e sui *social*, sono stati molto importanti per la costruzione del testo. È una conferma incidentale delle opportunità del diritto quando passa dalla *narrazione normativa* alla comprensione e spiegazione della realtà sociale.

