

Diritto tra scienza per tecnici e scienza sociale

Derivazione del diritto dalla politica (cfr gruppi sociali elementari, dove organi politici svolgono anche funzioni giuridiche)

Tradizionale riferimento del diritto a “funzioni giurisdizionali” come **strumento di chiusura per risolvere** pacificamente, in base ai valori e alle regole del gruppo, le **controversie tra i consociati** (ne cives ad arma). Presenza fin dall’antichità di **funzioni non giurisdizionali** (patrimoniali, tributarie, di sicurezza;

Prevalenza tradizionale del *diritto privato* o meglio *dei privati* sullo sfondo della funzione di giustizia. Diritto come insieme di **Valori e regole** diretti a tutti i consociati, che le usano per interagire nei loro rapporti, dove si controllano a vicenda, facendo leva solo residualmente, in caso di irreparabile dissenso, sulla funzione pubblica di giustizia. Diritto dei privati” che precede e travalica, la funzione pubblica di giustizia, con un compito in buona misura “virtuale” di chiusura e garanzia. La giustizia contribuisce cioè al buon funzionamento di un diritto dei privati, diretto a loro e non ai giudici, in cui essa è presente solo potenzialmente

Diritto privato funzioni pubbliche

Se il diritto è privato, la funzione giurisdizionale invece è pubblica come tutte le funzioni ⁽¹⁾ espresse dal gruppo, e regolate da **disposizioni “organizzative”**. Natura pubblica anche delle funzioni con un riconoscimento collettivo, benchè conferite a imprenditori privati come i pubblicani dell’antica Roma, già menzionati al par.1.2 o quando oggi soddisfano un bisogno privato con rilevanza e modalità pubbliche, ad esempio sanitarie, educative ambientali etc.

Diritto e funzione di giustizia: sistema di regole tra prevedibilità e rilevanza del caso particolare

Importanza prevalente delle regole per la funzione di giustizia, visto il rischio che ognuno, in perfetta buona fede, puntualizzi valori, principi e regole, in modo diverso da come fanno le sue controparti. **Importanza di indicazioni formali** (le regole), gradite anche ai giudici, che evitano così complessi riferimenti di principi e valori sui singoli casi esaminati, ripartendo ogni volta da zero.

Giurisdizione come “scienza per tecnici”

Rarissima attivazione della funzione giurisdizionale rispetto alla quantità di rapporti sociali, occasionalità casistica, filtro del tecnicismo, controllo autoreferenziale da parte di altri giudici, corto circuito col rispetto delle regole, modesto interesse della pubblica opinione, scarso turbamento sociale rispetto al diritto vivente nella società; scarso controllo sociale sulla giustizia rispetto ad altre funzioni pubbliche maggiormente uniformi e ricorrenti, scarso turbamento sociale se il diritto vivente dei tribunali dice “bianco”, ma nella prassi si fa “nero” (peccato per chi ci capita avendo qualcosa da perdere).

Diritto come *previsione di come decideranno i giudici*, in prospettiva “utilitaristico-avvocatesca”, che spinge alla diffidenza e diminuisce la fiducia nel diritto dei privati, mettendo dietro l’angolo la prospettiva della lite (e spesso magari generandola, come una profezia negativa che si auto-avvera).

Scienza per tecnici come studio delle regole (o dei **precedenti** nel common law) e rapporto ibrido tra regole e giudici. Loro impossibilità in quanto delegati della società attraverso la politica, di sconfessare direttamente le regole, ma ampi margini di far parlare la legge o i valori come loro stesso ritengono, essendone ambigualmente padroni oltre che servi (ipocrisia alla base di molte critiche, come quella di Lutero sui giuristi cattivi cristiani (*juristen bose christen*). Onnipotenza della legislazione sulla funzione giurisdizionale (grossolana sulle altre) che può essere manipolata nel rispetto formale delle regole e dei valori diffusi.

Dall’idea illuministica del giudice “bocca della legge” in quanto da lei “telecomandato”, al suo contrario, dove il giudice è “bocca della legge”, perché è lui che le dà voce, facendola parlare come lui stesso dice.

Idea demiurgica del Giudice *arbitro in terra del bene e del male*, per quanto di sua competenza. anello di congiunzione tra il mondo della legislazione (o dei valori) e quello degli uomini (Kafka *Qualunque impressione faccia su di noi, egli è un servo della legge, quindi appartiene alla legge e sfugge al giudizio umano*).

¹) cfr la collocazione della procedura civile nel diritto pubblico.

Tradizionale sufficienza del bagaglio culturale generale delle persone colte a inquadrare il diritto come scienza per tecnici Sviluppo della cultura giuridica soprattutto con riferimento al diritto dei privati, e alla funzione giurisdizionale: inevitabile “scienza per tecnici”, avvocati, giudici e operatori forensi in genere; essa era però inquadrabile col bagaglio culturale comune delle persone istruite (²), Si tratta del bagaglio culturale generale della pubblica opinione (par.1.6), sufficiente ad inquadrare il valore dei contratti (*pacta sunt servanda*), il risarcimento dei danni, il concetto di crediti e debiti, nonché della lite e del processo.

Del resto il bagaglio culturale comune era in grado di fare da cornice anche alle funzioni non giurisdizionali, anch'esse esistenti fin dall'antichità, come l'amministrazione del patrimonio e la percezione dei tributi.

Bisogno sopravvenuto di spiegazioni scientifico sociali Il bagaglio culturale diffuso, benchè aumentato qualitativamente quantitativamente non riesce però a tener dietro a tutte le varie forme di intervento pubblico ricorrenti nella società moderna. Insufficienza del bagaglio culturale diffuso come cornice del diritto come scienza per tecnici. Necessità di spiegazioni scientifico-sociali di molte funzioni pubbliche, ispirate da esigenze di comprensione e conoscenza, non da controversie private, o altre casistiche tecnico-professionali. E' una prospettiva “conoscitivo-culturale” diretta a tutti gli interessati ai temi sottostanti, anche tecnici ma non solo e quando tecnici non in quanto tecnici. Gli interessati al tema sono diffusi nella pubblica opinione, alla classe dirigente, al “dibattito pubblico”, di cui fanno parte anche molti dei tradizionali suddetti interlocutori professionali, con un atteggiamento diverso da quello tecnico, come interessati alla comprensione sociale della funzione pubblica dove, in parallelo, operano

Pro e contro del bagaglio tecnico per le spiegazioni scientifico sociali Dare queste spiegazioni “scientifico-sociali” dovrebbe essere più facile per chi ha dimestichezza con concetti del diritto come scienza per tecnici, come i pubblici uffici, l'interpretazione di regole, valori e principi, il potere, la sanzione, la responsabilità, la controversia e molte altre, estranee ai cultori di altre scienze sociali nel frattempo sviluppatasi, come economia, politologia, storia, sociologia etc.. La tradizione del diritto come “scienza per tecnici” contiene in sé elementi importanti per costruire il diritto come scienza sociale delle pubbliche funzioni,

Inconvenienti dell'approccio tecnicistico, tipico del diritto dei privati, spesso rivolto a casi limite, compiaciuto di *iuris subtilitates*, di modestissimo interesse nella società, come pure interessa poco il metodo che procede attraverso “fonti normative”, anch'esso lascito del diritto dei privati e dalla funzione giurisdizionale, poca attenzione a valutazioni sostanzialistiche di economicità ed efficienza.

Rischio che i giuristi siano però sostituiti da altri, come indicato al par.4.4 in materia tributaria, qualora trascurino queste prospettive

Inconvenienti sulle funzioni non giurisdizionali della concezione del diritto come regole Queste carenze sono intuitive rispetto alla spiegazione delle funzioni pubbliche a contenuto materiale, come la gestione del patrimonio pubblico, la difesa, la sicurezza, le infrastrutture, la sanità, l'istruzione, l'ambiente o la stessa realizzazione concreta dei diritti oggetto della funzione giudiziaria. Lo stesso vale per funzioni dove la componente materiale è meno evidente, come concessioni, autorizzazioni, dichiarazioni d'interesse storico e culturale, attribuzioni di cittadinanza, licenze edilizie, abilitazioni scolastiche, nonché determinazione degli imponibili; anche qui manca infatti una controversia, in relazione alla quale indagare o ascoltare le parti, in modo “indipendente”, mentre c'è un'interazione diretta, spesso bilaterale, col privato, e subentra la generale “imparzialità” delle funzioni pubbliche.

Dalla crisi scientifica alla crisi tecnica La mancanza di spiegazioni scientifico sociali, quando la società le richiede, nuoce anche agli operatori professionali delle relative funzioni; esse infatti si drammatizzano, diventando imprevedibili in un contesto sociale che non ne comprende il senso. In questo caso anche la “scienza per tecnici” diventa frustrante, e gira a vuoto.

Contributo all'inquadramento del rapporto tra politica (come autrice della legislazione) e tecnica

²); c'è insomma una “spiegazione sociale immanente” del “diritto dei privati, per cui non servono studiosi sociali dove ancor oggi le tipologie giudiziarie più frequenti, come incidenti d'auto, debiti non pagati, rilascio di immobili, furti, divorzi, eredità e altra varia casistica sono alla portata del bagaglio culturale comune, mentre quelle più ingarbugliate non creano turbamento sociale proprio per la loro rarità.

(giudici)

Il rapporto di delega “società-politica-giudici” aiuta ad inquadrare i margini di valutazione di questi ultimi rispetto alle indicazioni legislative, principale terreno della teoria generale del diritto, e degli interrogativi sul senso in cui “i giudici creano diritto”.

Un’idea del diritto che travalichi la funzione giurisdizionale spiega forse anche quest’ultima, perché il tutto (diritto) spiega le parti (giustizia) non viceversa; tentare invece, inversamente, di spiegare il diritto attraverso la funzione di giustizia, porta agli opposti inconvenienti dei tecnicismi formalistici, oppure dei vaghi sociologismi, politico-valoriali.

Riconducibilità dell’interpretazione alla generale normale dialettica delegante -delegato , tipica di una società organizzata e che si attegga diversamente in relazione alle varie funzioni pubbliche.

Partire dalle funzioni, cioè dalla sostanza delle questioni da esaminare, consente di **interagire** con ogni categoria di interessati al tema, come nella generalità delle **altre scienze sociali** (economia, antropologia, politologia etc.), supera le relatività storico ambientali del diritto come scienza per tecnici effimera come rilevavano Kirchmann e Wolf.. Concentrandosi sulle **funzioni** il diritto mantiene le proprie **specificità** rispetto ai vaghi sociologismi da cui il positivismo giuridico voleva prendere le distanze in una ricerca di “**purezza**”. Rilevanza del “**dato sociale**” , cioè del peso sociale, della funzione, non del caso particolare, tipico del diritto come tecnica.

Rimedio alle inefficienze burocratiche

Un ultimo vantaggio riguarda l’efficienza del settore pubblico, dove la **sopravalutazione delle regole**, ispirata al diritto dei privati e alla funzione giurisdizionale ha creato l’accezione negativa del termine *burocrazia*

Visto che non si nasce burocrati, il formalismo, la deresponsabilizzazione, la ricerca di coperture, il timore di prendere iniziative e assumersi rischi, hanno radici **culturali e metodologiche**; esse derivano verosimilmente dalla **sottovalutazione** della **funzione**, per “essere a posto” con le regole. La mentalità giurisdizionale alimentata la tendenza ad autoprotiggersi, ribaltando sul delegante la responsabilità di ogni decisione; la “legalità” prevale così sulla “logicità”, venendo usata per avallare convenienze, autoreferenzialità, lassismi, deresponsabilizzazioni, prevaricazioni e abusi. Conseguente **utilità sociale** del riferimento del diritto alle funzioni pubbliche.