

MASSIMILIANO BELLAVISTA
Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento
di Scienze Politiche e Internazionali dell'Università di Siena
massimiliano.bellavista@unisi.it

LA REGOLAZIONE GIURIDICA OLTRE IL MODELLO DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

LEGAL REGULATION BEYOND THE FRAMEWORK OF INDEPENDENT REGULATORY AUTHORITIES

SINTESI

Nel saggio si analizza il concetto di regolazione giuridica oltre il tradizionale riferimento alle autorità amministrative indipendenti, evidenziando la natura trasversale e diffusa del fenomeno regolatorio, tanto nel diritto pubblico quanto in quello privato. Si mette in discussione il primato delle strutture formali del diritto amministrativo e civile attraverso un confronto storico-critico con la dottrina tedesca e con le trasformazioni del metodo giuridico italiano. Particolare attenzione è riservata al rapporto tra concettualismo, tecnicismo giuridico e nuove tendenze regolatorie, come l'uso alternativo del diritto e il diritto privato regolatorio. La regolazione è, tuttavia, un fenomeno tipico del diritto amministrativo, in cui i principi rivestono un ruolo essenziale, sia nella dinamica interna alla procedura amministrativa, sia nella costruzione della decisione. L'evidenza giuridica del fenomeno regolatorio si riflette, infine, sul contenuto di molti concetti fondanti del diritto amministrativo "classico" – come quello di discrezionalità – e sulla loro attuale crisi. Si avverte pertanto la necessità di un ripensamento del loro significato alla luce di una semantica concreta dell'interesse pubblico, al fine di ridefinire il ruolo della regolazione nel rapporto fra libertà e potere pubblico.

ABSTRACT

This essay analyzes the concept of legal regulation beyond the traditional reference to Independent Regulatory Authorities, highlighting the crosscutting and widespread nature of regulatory phenomenon in both public and private law. It challenges the dominance of formal structures in administrative and civil law through a historical and critical comparison with German legal theory

and the transformations of Italian legal methodology. Particular attention is given to the relationship between conceptualism, juridical technicality and new regulatory trends, such as the alternative use of law and regulatory private law. Regulation, however, is primarily a phenomenon of administrative law, where principles play a central role both in the internal dynamics of administrative procedures and in the construction of the administrative decision. The legal relevance of the regulatory phenomenon ultimately impacts many foundational concepts of “classical” administrative law – such as discretion – and their ongoing crisis. This leads to the need to rethink their meaning through a concrete semantics of the public interest, in order to redefine the role of regulation in the relationship between freedom and public authority.

PAROLE CHIAVE: Regolazione giuridica – Principi giuridici – Autonomia privata – Diritto amministrativo – Interesse pubblico.

KEYWORDS: Legal regulation – Legal principles – Private autonomy – Administrative law – Public interest.

INDICE: 1. Il fenomeno giuridico della regolazione oltre il modello delle autorità amministrative indipendenti. – 2. Progresso ed efficacia delle teorie scientifiche. – 3. La dottrina italiana di fronte al così detto *Modell Deutland*. – 4. Il tecnicismo giuridico. – Le tendenze anti-concettualistiche (l'uso alternativo del diritto ed il diritto privato regolatorio) ed i loro limiti. – le ragioni della difesa del concettualismo nel diritto civile. – 7. La regolazione come tema e come problema nel diritto amministrativo. – 8. Semantica di interesse pubblico.

1. Il fenomeno giuridico della regolazione oltre il modello della autorità amministrative indipendenti

Quando si parla dell'attività giuridica di regolazione, si è soliti ritenere che ci si debba per forza riferire ad un modello organizzativo attraverso il quale l'ordinamento giuridico interviene in settori sensibili dell'economia, a mezzo di organizzazioni pubbliche indipendenti.

È stato, però, giustamente sottolineato che il lemma «*regolazione*» ha una pluralità di rimando di significati che possono attenersi sia all'attività giuridica di porre regole generali, e di farle rispettare, sia a quella particolare a porre regole in settori tradizionalmente riservati all'attività privata¹.

Quest'ultima accezione è ritenuta pertinente al modello sopra ricordato, ma tale narrazione risulta essere per difetto, ossia per averne limitato la portata

¹ Sul punto si veda per tutti A. RIVIEZZO, *Il doppio stato regolatore. Profili costituzionali, appunti di teoria generale*, Napoli, Jovene, 2013, pag. 3 ss.

semantica, non del tutto convincente².

La regolazione, invero, è un fenomeno giuridico che innerva l'ordinamento giuridico: esso può attenersi, come si è appena visto, alla formazione ed al contenuto di una norma giuridica generale ed astratta oppure di una norma individuale e concreta. Sicché, tale fenomeno non può essere circoscritto al modello delle autorità amministrative indipendenti, anche se con lo stesso lo si rende particolarmente evidente.

Per ciò che qui interessa, è rilevante il margine delle norme individuali e concrete, piuttosto che quello delle norme generali ed astratte; così che le riflessioni che seguono si attestano su questa linea.

Il termine «*regolazione*» o «*regolamentazione*» nel settore del diritto pubblico, e segnatamente in quello del diritto amministrativo, è stato usato dalla dottrina oggettivistica con riguardo al così detto processo lavorativo che si svolge attorno ai pubblici interessi; il quale è presieduto e sviluppato da e mediante regole tecniche e, appunto, giuridiche, la cui validità è saggiata in rapporto al raggiungimento dell'obbiettivo a cui tendono³.

Nell'ambito dell'attività negoziale privata, le parti con l'accordo, regolano reciprocamente i propri interessi, in rapporto all'obbiettivo che hanno conseguito ad esito delle trattative.

In generale, una volta compiuta la regolazione (o regolamentazione), con l'avvenuta definizione e compimento dell'obbiettivo, la regola che ne deriva si traduce nella «*misura*» dei comportamenti che i soggetti interessati possono tenere.

Tale misura definisce la «*regolarità*» che deve essere intesa, in senso kantiano, come condizione della realtà giuridicamente rilevante, il cui perimetro è circoscritto attraverso un atto giuridico, formale od informale, che può essere espresso tanto dai privati quanto dalle pubbliche amministrazioni.

La regolazione, quindi, può essere autodeterminata, a mezzo dell'autonomia privata oppure eterodeterminata, mediante la decisione amministrativa. Questo schema è, in ogni caso, approssimativo: vuoi perché la distinzione fra

² Sul tema si rimanda alle riflessioni contenute in A. RIVIEZZO, *Il doppio stato regolatore*, cit. pag. 8 ss.

³ Cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, pag. 435 ss. e pag. 440.

pubblico e privato non è e non può essere netta⁴; vuoi perché la rilevanza dello stesso concetto di autonomia privata è sottoposta da tempo, come si vedrà più avanti, a critiche e proposte di superamento.

Non di meno, si reputa valido lo schema per comprendere il diverso ruolo e le diverse ricadute sul sistema di tutela dei diritti fondamentali che la regolazione può avere.

Per chiarezza, è d'obbligo precisare che il dare evidenza e rilievo al fenomeno in questione (tanto nel diritto privato, quanto nel diritto pubblico) non è un'operazione neutrale, poiché interessa questioni attinenti al metodo giuridico e qui entrano in gioco le forme di precomprensione⁵ che attengono alla concezione del diritto che il giurista assume⁶.

Inoltre, qualsiasi narrazione che, in generale, abbia per oggetto il metodo è in definitiva una riflessione sulle teorie scientifiche e sugli obbiettivi che esse si pongono, come ipotesi di lavoro; la qual cosa vale tanto per le scienze epistemologiche quanto per quelle giuridiche.

2. Progresso ed efficacia delle teorie scientifiche

Molte vie possono portare al risultato sperato (ovvero il conseguimento dell'obbiettivo posto a fondamento di una teoria scientifica), ma gli esiti possono essere molto differenti: esistono strade che postulano la fedeltà al metodo con il quale la scienza si è formata e ce ne sono altre che tentano, più o meno, di congedarsi da essa; ritenendo che i suoi presupposti siano d'ostacolo al raggiungimento dei risultati auspicati, in relazione alle precipue necessità del momento storico.

Si potrebbe essere tentati di definire: coloro che seguono la prima con l'appellativo di «*conservatori*», mentre quelli che seguono la seconda via con la parola «*progressisti*».

Così facendo, però, non solo si pecherebbe di approssimazione, ma si cadrebbe, non di meno, in errore.

4 Cfr. G. BERTI, *Diritto e stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986, pag. 164 ss.
5 Sul concetto si veda H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode* (1960), trad. it., *Verità e metodo*, XII ed., Milano, Bompiani, 1999, pag. 312 ss.
6 Sul punto si veda R. ORESTANO, *Metodologia e diritto* (1981), ora in *Scritti*, vol. III, Napoli, Jovene, 1998, pag. 1223 ss. in specie pag. 1232 ss.

Con riguardo alla persona che partecipa e contribuisce al sapere scientifico, infatti, la distinzione sopra fatta risulta essere fallace; dal momento che lo stesso concetto di «*conservazione*» risulta essere estraneo (almeno dal punto di vista metodologico) a questo particolare settore dinamico della conoscenza. Ciò non toglie che la medesima persona, in privato, possa essere o ritenersi (con riguardo alle strutture sociali e politiche esistenti oppure alla tradizione⁷) conservatore piuttosto che progressista (od il contrario), a seconda della particolare visione della vita di cui è partecipe in quel determinato momento storico.

In ambito scientifico, però, il progresso è inteso in senso funzionale; quindi, non nell'accezione autentica del lemma, come avvicinamento alla verità, ma in quella più ristretta di efficacia delle teorie scientifiche.

Per progresso scientifico deve, quindi, intendersi quell'accrescimento delle conoscenze, rispetto al dato di partenza che rende possibile, all'interno di un paradigma, la soluzione di problemi.

In generale, esso è graduale e postula nel tempo l'accrescimento di conoscenze senza soluzioni di continuità.

Tuttavia, come insegna Thomas Kuhn, lo sviluppo scientifico non può essere sempre cumulativo: a fronte di scoperte che non si possono conciliare con i concetti in uso, prima che esse venissero alla luce, si assiste ad un cambiamento rivoluzionario di paradigma⁸.

Si è sempre in presenza di un progresso, ma esso non è dato tanto dal fluire di teorie che progressivamente si modificano, ma quanto da una brusca interruzione senza accumulazione⁹.

Se l'assunto può essere ritenuto valido per le scienze sperimentali, la medesima affermazione può essere fatta, sebbene con maggiore cautela, per le

7 In questo caso il lemma deve essere inteso nell'accezione data da E. ZOLLA, *Che cos'è la tradizione*, Milano, Adelphi, 1998.

8 Cfr. T.S. KUHN, *What Are Scientific Revolutions?* (1981), trad. it., *Che cosa sono le rivoluzioni scientifiche?* in *La tensione essenziale e altri saggi*, Torino, Einaudi, 2006, pag. 159 ss.; T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions* (1962), trad. it., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 2009. Per una diversa impostazione della relazione fra conoscenza e teorie scientifiche si veda E. NAGEL, *The Structure of Scienze* (1961), trad. it., *La struttura della scienza. Problemi di logica della spiegazione scientifica*, V ed., Milano, Feltrinelli, 1984, pag. 115 ss. Sulla posizione di Kuhn, si veda fra gli altri C.R. KORDIG, *The Justification of Scientific Change* (1971), trad. it., *La giustificazione del cambiamento scientifico*, Roma, Armando Armando, 1982, pag. 171 ss.

9 Si veda in proposito la voce *Progresso scientifico*, in N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, III ed., Torino, Utet, 2001, pag. 869.

scienze umane, delle quali è parte il diritto¹⁰.

Il tutto per la ragione che esso, financo nei periodi cumulativi, è conformato ad una “razionalità storica”; dal momento che essa è condizionata, e sempre condizionabile dalle contingenze, dai valori e dai disvalori emergenti in ogni particolare momento storico.

Il diritto, pertanto, non è solo l’oggettivazione di classi di azioni e d’interessi (storicamente definiti); poiché il medesimo è necessitato dalla imprescindibile relazione esistenziale con la persona.

Essa, tra l’altro, postula che l’effettività giuridica non sia ridotta a semplice attuazione del diritto, ma come compimento dello stesso con riguardo all’effettività dell’esistenza umana, intesa quest’ultima come «l’essere di volta in volta» (ossia «l’esserci qui ed ora»), il quale consiste nella libertà della persona di scegliere il proprio modo di essere in guisa autentica¹¹, mediante l’esercizio di pretese giuridicamente protette¹².

3. La dottrina italiana di fronte al così detto «Modell Deutschland»

Nella prima del secolo decimonono, la cultura giuridica italiana, benché scossa dai venti della restaurazione, rimase fedele ai principi scaturiti dalla rivoluzione francese e portati in parte a compimento nell’epopea napoleonica¹³.

Essa ebbe, soprattutto negli studi del diritto amministrativo, un suo stile e certamente fu un «grande stile»¹⁴: dal canone eclettico¹⁵ di Gian Domenico Romagnosi¹⁶ all’analisi strutturale di Giovanni Manna¹⁷.

10 Cfr. F. BENVENUTI, *Il diritto come scienza umana*, in *Jus*, 1983, pag. 344 ss.

11 Sul punto riprende lo schema di ragionamento proprio dell’esistenzialismo (tenuto conto che il diritto è prasseologia e non ontologia), in particolare ci si riferisce al testo dell’ultimo corso friburghese che Martin Heidegger tenne nel 1923 di postuma pubblicazione, cfr. M. HEIDEGGER, *Ontologie (Ermeneutik der Faktizität)* (1988), trad. it., *Ontologia. Ermeneutica della effettività*, II ed., Napoli, Guida, 1998, pag. 38 s.

12 Sul punto si veda B. LEONI, *Obbligo e pretesa* (1961), ora in *Il diritto come pretesa*, Macerata, Liberilibri, 2004, pag. 29 ss.

13 Sul punto si permetta il rimando a M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo*, parte prima, *contenuto e struttura*, Padova, Cedam, 2011, pag. 7 ss.

14 Sul concetto si veda C. MAGRIS, *L’anello di Clarisse*, Torino, Einaudi, 2014, pag. 13.

15 Sulla nozione si veda L. LACCHÈ, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica dell’ottocento*, in *Quad. fior.*, 2010, 156 s.

16 Cfr. G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali del diritto amministrativo*, IV ed., Prato, Tipografia Guasti, 1839.

17 Cfr. G. MANNA, *Principj di dritto amministrativo*, III ed., Napoli, Jovene, 1876. Sull’opera di Giovanni Manna, cfr. G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, vol. I,

All'indomani dell'unità d'Italia, la dottrina continuò a rimanere ancorata a quella francese e fu eccessivamente appiattita sul metodo esegetico: la letteratura amministrativistica, dal suo canto, rimase oltremodo livellata su quella civilistica¹⁸ ed alla fine, una volta esaurita la forza propulsiva del «grande stile» pre-unitario gli studi, soprattutto con Lorenzo Meucci¹⁹ arrivarono ad un punto morto sul tema dell'emancipazione del diritto amministrativo dal diritto civile²⁰.

Per i motivi sopra esposti, la cultura giuridica italiana, a partire dalla civilistica, fu agitata negli ultimi anni del diciannovesimo secolo da un'aspra polemica intorno all'oggetto della scienza giuridica.

In primo luogo, era ritenuto fallace il tradizionale approccio esegetico (portato dalla dottrina francese) al fenomeno giuridico²¹; il quale era tendenzialmente improntato ad una metodologia casistica, seguendo pedissequamente l'ordine di esposizione del codice civile, senza alcuna pretesa di costruzione del discorso giuridico²².

Eppure, il «*Code Napoleon*» lasciava spiragli per esiti diversi rispetto alla mera esegesi della legge.

Là dove l'art. 4 statuiva la responsabilità del giudice, per denegata giustizia, qualora lo stesso si fosse rifiutato di giudicare, per lacune od oscurità della legge, la dottrina si trovava di fronte a due vie: la prima, forse più semplice, di fare ricorso, in tali ipotesi, al diritto naturale ed all'equità²³; la seconda, più complessa, di provvedere alla costruzione di un sistema che potesse essere idoneo per far fronte a siffatte necessità. La dottrina francese, però, volendo rimanere fedele al metodo esegetico, non colse l'opportunità.

Milano, Giuffrè, 1998, pag. 164 ss.

18 Sul punto cfr. G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, cit., pag. 202 ss.

19 Cfr. L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, Bocca, 1898.

20 Sul tema si vedano le osservazioni che si possono ritenere definitive di G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, cit., pag. 263 ss.

21 Cfr. N. IRTI, *La scienza italiana del diritto alla vigilia del BGB (1996)*, in *Scuole e figure del diritto civile*, cit., pag. 159 ss.; N. IRTI, *Francesco Filomusi Guelfi e la crisi della scuola esegetica in Italia*, in *Scuole* cit. pag. 281 ss. P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2022, pag. 15 ss.; A. MASI, *Il mondo giuridico italiano e la promulgazione del BGB*, in *I cento anni del codice civile tedesco. In Germania e nella cultura giuridica italiana*, Padova, Cedam, 2002, pag. 90 ss.

22 Cfr. F. TODESCAN, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, II ed., Padova Cedam, 2013, pag. 273 ss.

23 Cfr. F. TODESCAN, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, cit. pag. 275.

In secondo luogo, era opinione comune che gli studi fossero eccessivamente contaminati da saperi estranei alla cultura giuridica, con l'effetto di ritorno di impedire la costruzione di una verace scienza giuridica.

La soluzione a questo problema era a portata di mano e proveniva dalla Germania: partendo dagli assunti della filosofia idealistica e da quelli della tradizione pandettistica²⁴, si era formato un forte movimento che andava sotto il nome di «*giurisprudenza dei concetti*» («*Begriffjurisprudenz*»²⁵).

Essa si basava sull'idea che il diritto fosse un sistema logico – deduttivo, costituito da concetti giuridici astratti collegati fra di loro in maniera rigorosa: su questi presupposti era possibile creare un sistema chiuso, dotato di una logica interna rigorosa che avrebbe dovuto avere il pregio di garantire l'autonomia del diritto e della scienza giuridica rispetto alle discipline esterne ad esso, come la filosofia²⁶, l'economia, la sociologia ecc.

Il compito della scienza del diritto non era solo quello di predisporre l'adeguato strumentario logico per la corretta interpretazione delle norme giuridiche (perché se unicamente questa fosse stata l'incombenza, la giurisprudenza dei concetti altro non sarebbe stata che una variante sofisticata dell'esegesi francese), ma anche e soprattutto fu di individuare, o meglio di costruire, i concetti giuridici fondanti il sistema e di applicarli in maniera coerente.

La giurisprudenza dei concetti pur assumendo un ruolo prevalente mai fu egemone nella cultura giuridica germanica; essa subì considerevoli attacchi e

²⁴ Cfr. A. MAZZACANE, voce *Pandettistica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, pag. 592 ss. e 603 ss.; G. IMPALLOMENI, *Pandettistica* (1965), ora in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, Cedam, 1996. Pag. 123 ss.

²⁵ Cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960), trad. it., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966, pag. 19 ss. Sull'ambiente culturale che portò alla formazione della *Begriffjurisprudenz* si veda G. CARLE, *La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale*, Torino, Fratelli Bocca, 1880, pag. 344 ss.

²⁶ Sebbene, il giurista germanico non sempre rinunciò a volgere lo sguardo al sapere filosofico; soprattutto perché in quegli stessi tempi, la filosofia fu scossa da correnti di rinnovamento come la fenomenologia. Ciò suscitò l'interesse, non solo fra i cultori del diritto pubblico, ma pure fra quelli del diritto civile cfr. A. REINACH, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes* (1913), trad. it., *I fondamenti a priori del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1990. Sul punto si veda, G. STELLA, *I giuristi di Husserl. L'interpretazione fenomenologica del diritto*. Milano, Giuffrè, 1990, pag. 51 ss. Per quanto ancor allora l'approccio fenomenologico al diritto potesse costituire un contemperamento non necessariamente radicale alla giurisprudenza dei concetti (non rinunciando ad un approccio logico) ed una valida alternativa alle correnti, per certi versi irrazionalistiche, che si opponevano a quest'ultima, esso recitò un ruolo assolutamente, ma ingiustificatamente, minoritario nel dibattito culturale del tempo.

serrate critiche, fra gli altri, tanto dagli appartenenti alla «scuola del diritto libero» («*Freirechtsbevegung*»²⁷) quanto dai seguaci della «giurisprudenza degli interessi» («*In-tressenjurusprudenzt*»²⁸).

4. Il tecnicismo giuridico

Sulla scorta della dottrina germanica prevalente, in Italia si formò un movimento di pensiero che coinvolse ogni settore della scienza giuridica: partendo dal diritto civile sino ad arrivare al diritto penale.

Si trattò di una svolta metodologica²⁹ (ossia un mutamento di paradigma

27 In proposito si veda L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio di diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, pag. 206.

28 Sul punto si veda A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, VI ed., Milano, Giuffrè, 2008, pag. 210 ss. Secondo alcuni, la giurisprudenza degli interessi non rappresentò un fenomeno sostanzialmente diverso ed alternativo alla scuola del diritto libero, cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio di diritto giurisprudenziale*, cit. pag. 214. Secondo altri, la giurisprudenza degli interessi rimaneva pur sempre nell'ambito della dogmatica (quindi distante dalla scuola del diritto libero), ma di una dogmatica di carattere concreto rispetto a quello astratto della giurisprudenza dei concetti. Ciò non implicava necessariamente, quanto meno nel margine del diritto penale, che non vi potessero essere, in linea di principio e con tutte le riserve possibili, delle interazioni fra le due, cfr. G. BETTIOL - L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, XII ed., Padova, Cedam, 1986, pag. 73 ss. e pag. 78.

29 C'è chi sostiene che, in realtà, la svolta non vi fu, quanto meno nel diritto pubblico. Così che la ricostruzione del diritto amministrativo, secondo criteri tecnici, rimaneva in linea di continuità con lo stile ed il metodo della letteratura giuridica ottocentesca (da Romagnosi in avanti). Inoltre, sempre per questa tesi, la pandettistica (germanica) non avrebbe avuto alcun ruolo decisivo nello sviluppo della scienza giuridica italiana, la quale al contrario sarebbe rimasta fedele al rapporto originario con la dottrina francese. Il tema è declinato con più lavori da Marco Mazzamuto, per comodità ci riferisce ad uno solo di questi ossia a M. MAZZAMUTO, *Il confronto con la dottrina classica*, in F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Il confronto nel metodo giuridico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, pag. 21 ss. Per quanto questa tesi sia declinata con rigore e con completo rimando alle fonti, essa, almeno a parere di chi scrive, non è del tutto convincente e ciò per più motivi. In primo luogo, la ricostruzione del diritto secondo criteri tecnici non fu un fenomeno circoscritto alla scienza del diritto amministrativo, ma interessò ogni ambito della scienza giuridica, come si è avuto modi di precisare. Per raggiungere tale obiettivo, la dottrina italiana guardò al logicismo germanico (sul punto si veda pure G. CIANFEROTTI, *Germania guglielmina e scienza tedesca nella filologia classica e nella giuspubblicistica italiana*, in *Le carte e la storia*, 2, 2016, pag. 33 ss.) e non più all'esegesi francese (sulla sostituzione del metodo francese con quello germanico si veda per tutti U. BORSI, *Il primo secolo della letteratura giuridica italiana*, in *Stud. Sen.*, 1914, pag. 209 ss., in specie pag. 212 e 254 ss.). Tanto è vero che negli ambiti della scienza ove non fu possibile affermare completamente l'indirizzo tecnico giuridico, come nella penalistica, la qual cosa fu rilevata e puntualizzata proprio dalla dottrina amministrativistica, così S. ROMANO, voce *Giuristi* (1944), in *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist., Milano, Giuffrè, 1983, pag. 113 ss. Peraltro, nel caso della penalistica la situazione era maggiormente complessa rispetto alle altre scienze giuridiche; poiché lì il tema non era tanto il superamento del metodo esegetico, ma quanto, attraverso la pretesa neutralità della tecnica, quello di oltrepassare la frammentazione di scuole ove ideologie opposte lottavano per affermare differenti modelli di diritto penale come nel caso della scuola classica, di quella positiva e della così detta *terza scuola*, sul punto e fra gli altri si vedano le osservazioni critiche U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, II ed., Torino, Bocca, 1932, pag. 106 ss. In secondo luogo, la preferenza per il concettualismo,

scientifico), annunciata in grande stile con una serie di prolusioni ai corsi accademici, che ebbe come protagonisti le menti più brillanti del tempo; farne un elenco completo è impresa che oltrepassa lo spazio che può prendere il presente discorso, a titolo di esempio si può ricordare: Scialoja, Fadda e Bensa nel diritto civile; Chiovenda nel diritto processuale civile; Orlando, Romano, Zanobini e Bracci nel diritto pubblico; Rocco, Manzini e Vannini nel diritto penale³⁰.

Il nuovo indirizzo metodologico (appellato con il sintagma «*tecnico giuridico*»³¹) si poneva lo stesso traguardo raggiunto dalla dottrina germanica; ovvero

piuttosto che per l'esegesi, manifestata per prima dalla civilistica, non significava continuare ad asservire gli altri margini dell'esperienza giuridica (diritto amministrativo compreso) al diritto civile, come in parte era accaduto solo alcuni anni prima, nonostante gli sforzi ricostruttivi di Lorenzo Meucci; dal momento che, proprio grazie alla pretesa neutralità ed assolutezza del concettualismo, ogni settore della scienza giuridica riuscì in qualche modo ad affermare la propria autonomia. In taluni casi, come in quello del diritto amministrativo, la strada non fu semplice. Ad esempio, la costruzione del concetto di atto amministrativo fu graduale e si partì comunque dalla nozione di negozio giuridico, per ovvi motivi, per poi sottoporla a critica e superarla, in questo senso S. ROMANO, voce *Atti e negozi giuridici* (1945), in *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pag. 3 ss. La svolta concettuale non significò, almeno per il diritto amministrativo, la negazione di ogni contatto o riferimento alla letteratura giuridica francese e ne è prova proprio Santi Romano che fu debitore dell'istituzionalismo di Maurice Hauriou, per la costruzione della teoria dell'ordinamento giuridico.

30 Sulla dottrina civilistica si rimanda a N. IRTI, *La scienza italiana del diritto alla vigilia del BGB*, cit., pag. 162 s.; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860 – 1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pag. 73 ss.; L. MENGONI, *Diritto e politica nella dottrina giuridica* (1973), ora in *Scritti*, vol. I, *Metodo e teoria giuridica*, Milano, Giuffrè, 2011, pag. 149 ss.; G. CIANFEROTTI, *L'Università di Siena e la "vertenza Scialoja". Concettualismo giuridico, giurisprudenza pratica e insegnamento del diritto in Italia alla fine dell'Ottocento*, in *Studi sen.*, 1988, pag. 725 ss. Per il diritto romano cfr. V. SCIALOJA, *Sul metodo d'insegnamento del diritto romano nelle università italiane*, in *Arch. Giur.*, 1881, pag. 486 ss. Per il diritto civile, fra gli altri, si veda G. P. CHIRONI, *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione* (1882), ora in *Studi e questioni di diritto civile*, I, Torino, Bocca, pag. 52 ss. Il quale, però, pur postulando l'allontanamento dalla dottrina francese, riteneva impraticabile il definitivo congedo dalla stessa, sul punto cfr. A. MASI, *Il mondo giuridico italiano e la promulgazione del BGB*, cit., pag. 89 s. Per il diritto pubblico si veda V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), Modena, presso l'Università degli Studi, 1925, pag. 1 ss. Sulla prolusione orlandiana si veda P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pag. 28 ss. Per il diritto processuale civile si veda G. CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile* (1902), ora in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, pag. 3 ss.; G. CHIOVENDA, *Del sistema degli studi del processo civile* (1907), ora in *Saggi di diritto processuale civile*, cit., pag. 230 ss. Per il diritto penale si veda A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* (1910), ora in *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, Casa Editrice del Foro Italiano, 1933, pag. 263 ss., O. VANNINI, *La scienza del diritto penale e la polemica fra le cosiddette scuole classica, positiva, eclettica e giuridica*, in *Riv. pen.*, 1926, pag. 227 ss.

31 Cfr. F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto* (1939), rist., Padova, Cedam, 1990, pag. 20 ss.; A. LEVI, *Pandettistica, dogmatica odierna e filosofia del diritto* (1930), ora in *Scritti minori di filosofia del diritto*, vol. II, Padova, Cedam, 1957, pag. 43. Per alcuni rilievi si veda A. E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica* (1936), ora in *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, Giuffrè, 1963, pag. 347 ss.

di costruire una scienza giuridica che fosse pura ed allo stesso tempo avalutativa, mediante l'uso di concetti giuridici altrettanto puri e presupposti alla norma giuridica positiva.

Su questa linea l'opera della scienza giuridica, nel riconoscere (o meglio nel forgiare) il sistema, doveva precedere quella del legislatore (perché, in caso contrario, la dottrina sarebbe rimasta impantanata nella mera esegesi); così che la legge, come sottolineava Vittorio Emanuele Orlando, “supponesse già il sistema scientifico del diritto” e non viceversa³².

L'atteggiamento della scienza giuridica italiana non fu, però, di mera sudditanza nei confronti della dottrina germanica. Non si voleva incorrere nello stesso errore commesso con riguardo a quella francese (che aveva immiserito la scienza, come aveva sottolineato in maniera impietosa Friedrich Karl v. Savigny nel resoconto della visita effettuata alle università degli stati italiani³³), ma si riteneva che, anche grazie al concorso dell'insegnamento impartito dalla scienza giuridica germanica, fosse possibile operare una ricostruzione originale del sistema giuridico italiano³⁴.

Se in Germania la “giurisprudenza dei concetti” dovette, come si è visto in precedenza, affrontare critiche radicali provenienti da più fronti, la stessa cosa non avvenne in Italia.

Qui, il “tecnicismo giuridico” navigò in acque tranquille³⁵ (con la sola eccezione del diritto penale); le voci dissonanti, pur provenendo da illustri giuristi, rimasero in ogni caso marginali, come testimonia la vicenda esistenziale ed intellettuale di Lodovico Mortara.

Tuttavia, quello che sembrava essere il punto di forza del sistema giuridi-

32 Cfr. V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, Barbera, 1908, pag. 14. Sull'opera di Vittorio Emanuele Orlando, si veda G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra ottocento e novecento*, Milano, Giuffrè, 1980, pag. 139 ss. Per un raffronto fra questo e Santi Romano si vedano le interessanti notazioni di Attilio Brunialti che rimase estraneo alla cesura operata dal tecnicismo giuridico, nel propugnare un metodo diverso, ovvero politico giuridico, per gli studi del diritto pubblico in generale e per il diritto amministrativo in particolare, cfr. A. BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano e comparato nella scienza e nelle istituzioni*, Torino, Utet, 1912, pag. 172 ss.

33 Cfr. L. LACCHÉ, *Il canone eclettico*, cit. pag. 160 ss.

34 Sul punto si veda A. MASI, *Il mondo giuridico italiano e la promulgazione del BGB*, cit., pag. 85 ss.

35 Sebbene vi fossero giuristi che, pur facendo parte di quell'ambiente culturale, sostituirono la dogmatica con la speculazione, cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna* (1928), ora in *Diritto metodo ermeneutica*, Milano, Giuffrè, 1991, pag. 59 ss. Sui profili del pensiero di Emilio Betti si veda P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, cit., pag. 85 ss.

co, ossia il concetto, mostrò sin da subito segni di cedevolezza.

Il concetto, nell'ottica del primo tecnicismo giuridico, non doveva avere solo la funzione di descrivere e classificare, ma doveva presiedere alla derivazione deduttiva ed alla connessione logica dei dati che costituiscono il sistema giuridico³⁶.

Siffatti dati, però, attenendo a classi di azioni giuridicamente rilevanti, per alcuni risultavano essere frutto di formazioni arbitrarie che (per il fatto di irrigidire quel variabile che è costante solo relativamente) mutavano il simile nell'identico. Per questo motivo, Benedetto Croce ridusse i concetti giuridici in pseudoconcetti³⁷.

Nonostante ciò, è utile sottolineare che il tecnicismo giuridico, per la sua impronta liberale, proprio per la pretesa di absolutezza ed astrattezza del sistema giuridico, recitò un ruolo non irrilevante nella difesa della persona nei confronti del potere pubblico durante il regime fascista, per quanto ciò fosse possibile³⁸; non è un caso che molte voci si levarono contro quell'indirizzo a favore della così detta «nuova scuola», più consona alle intenzioni di quel regime³⁹.

Tali voci rimasero, in ogni modo isolate, tanto è vero che le importanti riforme normative, effettuate negli anni Quaranta del secolo scorso furono con-

36 Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, II ed., Roma, Casa Editrice del Foro Italiano, 1946, pag. 4; F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, cit., pag. 82 ss.

37 Sul punto si veda N. IRTI, *Presentazione*, in *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2004, pag. X s. Peraltro, Benedetto Croce nega autonoma rilevanza al diritto e lo ricomprende nel momento economico dell'attività umana, con l'effetto di ridurre la filosofia del diritto a filosofia dell'economia, cfr. B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* (1907), Milano, Giuffrè, 2016.

38 Interessante è l'applicazione temperata che, in alcuni casi, la magistratura riuscì ad effettuare delle leggi razziali, cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Le leggi razziali e i giudici: considerazione sugli spazi dell'ermeneutica giudiziaria nel regime fascista*, in *Le carte e la storia*, 1, 2016, pag. 107 ss.

39 Fra gli altri si veda C. COSTAMAGNA, *Diritto pubblico e diritto privato nel nuovo sistema del diritto italiano*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, vol. I, Padova, Cedam, 1933, pag. 285 ss. La necessaria compressione delle libertà individuali nell'ottica della costruzione dello stato totale in Italia e di quello totalitario in Germania ebbe come effetto di ritorno, financo, la messa in discussione del ruolo che la legge doveva assumere nel sistema delle fonti del diritto, cfr. W. CESARINI SFORZA, *Crisi della libertà e crisi della legge* (1945), ora in *Idee e problemi di filosofia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1956, pag. 181 ss. Achille Starace, nel periodo in cui fu segretario del partito nazionale fascista, costituì un gruppo giuristi, definito ironicamente "accademia dei soloni" con lo scopo di agire in concorrenza con il Guardasigilli, al fine di creare il tessuto normativo idoneo ad imputare al partito, sul modello nazionalsocialista e sovietico, le competenze e le responsabilità proprie degli organi dello stato cfr. D. GRANDI, *Il mio paese. Ricordi autobiografici*, Bologna, Il Mulino, 1985, pag. 479. Sull'ambiente culturale ostile al tecnicismo giuridico si veda pure M. A. CATTANEO, *Sergio Panunzio e la codificazione civile del 1942*, in *I cinquant'anni del codice civile*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, pag. 445 ss.

dotte secondo il metodo tradizionale e non su quello della nuova scuola.

Non fu quindi un caso che per la redazione del codice civile e di quello sul processo civile, Dino Grandi non solo contravvenne all'accordo Ciano – Ribbentrop (per il quale Italia fascista e Germania nazionalsocialista avrebbero dovuto provvedere alle riforme normative secondo linee di principio comuni), ma addirittura affidò la stesura dei nuovi codici a giuristi sicuramente non fascisti quali furono Filippo Vassalli, Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti⁴⁰.

Sicché, quello che, parimenti, appariva, verso la fine tumultuosa della prima parte del secolo scorso, un punto di crisi del tecnicismo giuridico (ovvero lo svelamento della “mancata assolutezza del concetto”⁴¹), poteva in realtà costituire una possibilità di apertura ad un nuovo inizio.

In questo senso, lo svelamento della verace natura relativa e storica dei concetti giuridici⁴² poneva la dottrina di fronte alla consapevolezza del nesso imprescindibile del concetto con il fatto sociale ove la norma trova effettività.

Pertanto, l'attività della scienza non poteva essere limitata alla selezione e sistemazione delle attività umane giunte ad evidenza giuridica, come si è visto; ma essa doveva essere volta, successivamente, a ridurne l'astrazione mediante un processo ermeneutico attraverso la loro vivificazione alla luce delle pretese concrete che si giocano nella vita di relazione.

Soprattutto dopo il crollo del regime fascista, la fine del secondo conflitto mondiale, l'avvento della Repubblica e l'entrata in vigore della costituzione, ciò rappresentò un'opportunità; ovvero quella di proteggere l'autonomia privata e l'ordine delle libertà, come portato del liberalismo, dando vitalità ai concetti giuridici: da un lato, nel rapportarli alle mutevoli e progressive esigenze dell'esistenza umana e, dall'altro lato, nell'arricchirne il contenuto col bilanciamento fra i diritti di prima generazione, di origine liberale, ed i diritti sociali di secon-

40 Cfr. D. GRANDI, *Il mio paese*, cit., pag. 483 ss. Per una riflessione sui lavori preparatori al codice civile si veda R. BONINI, *Dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942*, in *I cinquant'anni del codice civile*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, pag. 49 ss.

41 Per rendersi conto di ciò è sufficiente svolgere lo sguardo ai saggi di Salvatore Pugliatti, (*Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali* del 1935; *la logica e i concetti giuridici* del 1941), di Arturo Carlo Jemolo (*I concetti giuridici* del 1940; *Ancora sui concetti giuridici* del 1945) e di Guido Calogero (*La natura dei concetti giuridici* del 1945) tutti ripubblicati in *La polemica sui concetti giuridici* cit.

42 Cfr. W. CESARINI SFORZA, *Sulla relatività dei concetti giuridici* (1941), in *la polemica sui concetti giuridici* cit., pag. 155 ss.

da generazione⁴³.

Molti giuristi raccolsero questa sfida, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso. Essi, quindi, non seguirono acriticamente il metodo tradizionale, ma lo connotarono in senso realistico mediante il circolo ermeneutico: norma astratta – fatto individuale – fatto sociale – norma effettiva.

In questo modo, la regolazione del rapporto giuridico poteva essere, ancora, lasciata all'autodeterminazione delle parti; pur se col tempo essa sarebbe stata erosa, per adeguare le disposizioni contenute nel giovane codice civile ai principi contenuti nella costituzione repubblicana.

Se la qual cosa fu ed è ancora fattibile per il diritto civile, la stessa cosa non poté e non può dirsi per altri settori della scienza giuridica come quello del diritto amministrativo.

Su questo campo, le forme di precomprensioni proprie del tecnicismo giuridico rendevano impossibile qualsiasi forma di decostruzione del sistema che si continuava a ritenere assoluto.

Per effetto di ciò, la regolazione degli interessi delle parti, che entravano in contatto con la pubblica amministrazione, rimaneva pacificamente di esclusivo appannaggio dei poteri pubblici, senza alcuna possibilità di partecipazione.

Non si trattava, quindi, di congedarsi dalla logica, ma di affermare, da un lato, il superamento dei presupposti politico – giuridici che hanno fondato il diritto amministrativo moderno, in Italia ed in Francia, a partire dalle riforme napoleoniche e, dall'altro lato, asserire la centralità della persona nell'esperienza giuridico amministrativa per il tramite della costruzione di procedure amministrative, sul modello dell'Austria e della Spagna prefranchista.

Così che, a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso, con Feliciano Benvenuti⁴⁴ si formò una nuova scuola che postulò l'oltrepassamento del tradizionale paradigma fondato sul binomio «*autorità – libertà*»⁴⁵.

⁴³ Si è parlato in questo senso di *autonomia privata socialmente orientata* cfr. G. BERTI, *Diritto e stato*, cit., pag. 216.

⁴⁴ Sull'opera di Feliciano Benvenuti e su come essa abbia avviato il processo di oltrepassamento dell'assolutismo giuridico nel diritto amministrativo, si veda per tutti L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, pag. 99 ss.

⁴⁵ Su ciò si permetta il rimando a M. BELLAVISTA, *Oggettività giuridica dell'agire pubblico*, Padova, Cedam, 2001, specie pag. 35 ss.; M. BELLAVISTA, *Amministrazione per fini pubblici, organizzazione e procedure. Un percorso*, in *Persona e amministrazione*, 1, 2021, pag. 175 ss.

5. Le tendenze anti-concettualistiche (l'uso alternativo del diritto ed il diritto privato regolatorio) ed i loro limiti

Le posizioni della dottrina cominciarono a mutare a partire dagli anni Cinquanta; sebbene ancora per un decennio le posizioni dommatiche rimanesero prevalenti⁴⁶.

La situazione, tuttavia, non fu la stessa nel decennio successivo; la riflessione della dottrina cominciò a soffermarsi sulle così dette tutele asimmetriche contenute nel codice civile: il quale fu accusato di essere improntato esclusivamente alla logica dell'impresa ed a quella proprietaria.

Il progressivo e talvolta caotico sviluppo economico dell'Italia della ricostruzione aveva certamente creato un benessere diffuso, ma come contraltare erano, anche, aumentate le disuguaglianze.

Disuguaglianze che cominciarono a rendersi evidenti quando, prima, il ciclo economico segnò lo stallo e, dopo, arrivò la recessione.

Il codice fu ritenuto insufficiente a fornire risposte sufficienti alle incombenti esigenze di quel tempo: sia per i motivi sopra esposti sia per l'assenza di una disciplina normativa coerente del diritto del lavoro (lo statuto dei lavoratori arriverà nel 1970).

Di conseguenza, fu ritenuto non al passo coi tempi l'approccio dottrinario tradizionale legato alle consuete categorie ed al primato della legge.

Facendo leva sul principio di eguaglianza sostanziale (contenuto nell'art. 3, co 2, della costituzione repubblicana), spesso con il filtro dell'equità⁴⁷, fu ritenuto che l'applicazione della norma positiva dovesse scontare il tema della validità, nel caso concreto, attraverso il confronto col principio costituzionale ricordato, qualora una delle parti del rapporto giuridico fosse eccessivamente debole rispetto all'altra.

Tale orientamento della dottrina fu appellato con l'espressione «*uso alternativo del diritto*»⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. R. SACCO, *Metodo del diritto civile e scontri generazionali*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, Cedam, 1991, pag. 1001 ss.

⁴⁷ Cfr. F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1970.

⁴⁸ Sull'uso alternativo del diritto si veda M. COSSUTTA, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, Trieste, Eut, 2011, pag. 15 ss.; M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2006, pag. 76 ss.; P. BARCELLONA, *Dialoghi tra generazioni ... A proposito dell'uso alternativo del diritto*, in

L'applicazione alternativa del diritto era possibile, ad ogni buon conto, solo a condizione che ci fosse una verace solidarietà fra dottrina e giurisprudenza.

La dottrina doveva creare un nuovo impianto teorico al quale il giudice poteva attingere per poter costruire una decisione giurisdizionale di contenuto diverso rispetto a quella che ordinariamente avrebbe congegnato, se il caso concreto non avesse evidenziato una posizione oltremodo svantaggiata in quel particolare rapporto giuridico.

La dottrina, in questo caso, non si appellava alla necessità di una rivoluzione scientifica, almeno non subito, ossia alla necessità di un cambio di paradigma; visto che non vi era il congedo definitivo dal sistema giuridico tradizionale, ma solo una sua temporanea sospensione, a seconda della particolarità del caso concreto. Si trattava, dunque, solo di validità «*intermittente*» del medesimo: in via ordinaria, l'autonomia privata nella definizione del regolamento d'interessi, in ragione del rapporto giuridico continuava ad essere protagonista dell'esperienza giuridica; in via di eccezione, la stretta equità – sentenza cancellava ogni rilevanza della vitalità del rapporto giuridico. Alla fine, però, tale impostazione non ebbe il successo sul quale facevano affidamento i suoi propugnatori e col tempo perse d'importanza.

Diverse sono le vicende attuali della corrente di pensiero che sta sotto il nome di «*diritto privato regolatorio*».

Essa recita un ruolo rilevante nella cultura giuridica odierna, poiché designa un modello giuridico aperto; sul quale recitano un ruolo centrale le disposizioni costituzionali.

Non si tratta in questo caso, solamente, di provvedere all'interpretazione delle norme codicistiche in guisa costituzionalmente orientata; poiché ciò da sola non sarebbe sufficiente, visto che tale tipo di approccio è oramai patrimonio comune della dottrina civilistica: pure per quella parte che si ispira al metodo tradizionale; dal momento che essa, progressivamente, si è liberata dal mito del diritto civile come ordine chiuso ed autoreferenziale e da quello dell'assolutezza del concetto giuridico.

Questo margine dell'esperienza giuridica, in siffatta ottica, deve essere let-

La civilistica italiana, cit., pag. 985 ss.

to nel più ampio quadro di legalità delineato dalla costituzione repubblicana⁴⁹.

Su questa linea, la legalità costituzionale imporrebbe dei limiti in chiave solidaristica alla tradizionale espansività dell'autonomia privata.

Il controllo pubblico sul regolamento d'interessi, come espressione compiuta dell'accordo che costituisce il contenuto del rapporto giuridico, non dovrebbe essere intesa come espressione arbitraria del potere pubblico; perché esso risponderebbe alla necessità di bilanciare interessi diversi, in caso di posizioni eccessivamente asimmetriche nel rapporto giuridico stesso.

Su questa linea vi è, come nel caso dell'uso alternativo del diritto, una stretta relazione fra norma giuridica e sentenza; la quale finisce per depauperare il contenuto dell'accordo fra le parti, rimettendo al giudice la funzione di esprimere un giudizio di adeguatezza sul contenuto di questo.

Per ottenere tale risultato, si è fatto ricorso all'applicazione massiva, da parte del giudice, di principi quali la ragionevolezza⁵⁰, la buona fede, la proporzionalità, l'effettività⁵¹, l'equità, l'affidamento⁵² ecc.; tale utilizzo, però, ha l'effetto di determinare stati di incertezza che aggravano la situazione attuale ove il ricorso al giudice, come è stato giustamente sottolineato, diviene sempre più complesso, difficile e costoso. Sicché il sacrificio dell'autonomia privata rischia di diventare un prezzo troppo alto da pagare. Se si considera, infatti, che la regolazione del giudice, alla fine, incide solo sugli accordi autentici, frutto di trattativa autentica fra le parti; rimanendo la medesima, al contrario, inattuabile là dove, come nei contratti di massa, trattativa non esiste⁵³. Poiché, in quest'ultima ipotesi, l'equilibrio può essere ristabilito solo mediante un intervento del legislatore interno o comunitario oppure da una pronuncia della Corte costituzionale, come dimostrano le vicende che hanno portato all'emanazio-

49 Su questo profilo l'opera di Pietro Perlingeri è rilevante ed estesa, a titolo di esempio si citano solo le seguenti opere: P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale. Secondo il sistema italo – comunitario delle fonti*, III ed., Napoli ESI, 2006; P. PERLINGERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in L. PELLEGRINI (a cura di), *Studi in memoria di Giovanni Gabrielli*, vol. II, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, pag. 1591 ss.

50 Cfr. N. LIPARI, *Diritto e ragione*, Milano, Giuffrè 2919.

51 Cfr. G. VETTORI, *Effettività, fra legge e diritto*, Milano, Giuffrè, 2020.

52 Ma l'elenco censito dalla dottrina civilistica potrebbe essere maggiormente corposo, cfr. G. D. COMPORI, *La necessaria ragionevolezza del diritto amministrativo: viaggio oltre la morsa legge-sentenza*, in *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pag. 141, nota 67.

53 Su questo punto insiste G. D. COMPORI, *La necessaria ragionevolezza del diritto amministrativo*, cit., pag. 141 s.

ne del così detto codice del consumo.

6. Le ragioni della difesa del concettualismo nel diritto civile

Una delle implicazioni, se non la più rilevante, del modello posto dalla dottrina (che potremmo definire maggioritaria) è quella di tendere ad «*amministrativizzare*» il diritto civile. Per fare ciò, non di meno, il prezzo da pagare è la depauperazione, da un lato del diritto civile (tramite la riduzione ai minimi termini della forza vitale dell'autonomia privata) e, dall'altro lato, del diritto amministrativo; che, al contrario è, e deve rimanere, lo spazio procedurale giuridico ove, nel rispetto delle libertà personali, si gioca la dialettica fra diritti della prima generazione (individuali) e diritti della seconda generazione (sociali).

Con altro modo di dire, il diritto amministrativo, si potrebbe affermare da sempre⁵⁴, è il solo luogo ove sono presenti gli strumenti giuridici per la corretta applicazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità; in ragione della difesa e valorizzazione delle diversità sino a quando esse non divengano intollerabili, ovvero costituiscano disuguaglianze.

Questo è il ruolo che solo il diritto amministrativo (e la pubblica amministrazione) può recitare⁵⁵; atteso che il giudice ordinario (al di là delle questioni che investono il principio della separazione dei poteri) né ha le conoscenze necessarie, né ha le capacità per poterlo fare.

In definitiva, portata alle, estreme conseguenze, la regolazione nel diritto civile rischia di assumere il ruolo di un modello giuridico inutilmente autoritario.

Proprio per questi motivi, una parte rilevante della dottrina⁵⁶ continuano ad operare secondo il metodo tradizionale, non perché nostalgici del sistema giuridico chiuso, non per la ragione di essere ostili all'applicazione dei principi; ma per il motivo che il ricorso eccessivo all'applicazione dei principi⁵⁷ e la chia-

54 Quanto meno a partire dall'opera di Gian Domenico Romagnosi, ma sul tema si permetta l'ulteriore rimando a M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo*, cit. pag. 29 ss.

55 Cfr. G. D. COMPORI, *La necessaria ragionevolezza del diritto amministrativo*, cit., pag. 146 ss.

56 Si vedano per esempio M. COMPORI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, Giuffrè, 1977; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, Giuffrè, 1974; P. VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1968.

57 Cfr. A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, in *Rivista di diritto civile*, 4, 2014, pag. 747 ss. Ma, pure, avverso il ricorso eccessivo alla pronuncia sulla nullità da parte del giudice cfr. G. GABRIELLI, *sul tintinnare troppo frequente di dichiarazioni di nullità nella giurisprudenza civile: esempi*

mata dal giudice ad esercitare una funzione regolatoria del contenuto dell'accordo giuridicamente rilevante avrebbero portato inevitabilmente allo svuotamento di contenuto dell'autonomia privata.

Ciò non significa che il giurista dovesse essere avulso dalla realtà ed insensibile all'affermarsi di nuovi bisogni di tutela; perché proprio i mutamenti sociali richiedevano vigile attenzione ed impegno costante nel riempire di contenuti sempre nuovi i concetti giuridici non più assoluti, ma relativi.

Proprio quest'opera di continuo adeguamento ha portato loro a rilevare che, pure, nel codice civile italiano (sul modello del *BGB*) vi erano possibilità per affermare l'esistenza del concetto giuridico di pretesa (a connotazione individualistica e sovra-individualistica) che poteva fungere da strumento di adattamento del sistema.

Semberebbe che oggi, più che ad uno scontro, si assista ad una concorrenza fra metodi che, comunque, mantengono molti punti di contatto fra di loro⁵⁸; il dialogo rimane aperto e questo è una fortuna per tutta la scienza giuridica, non solo per quella civilistica.

7. La regolazione come tema e come problema nel diritto amministrativo

Se la determinazione e la costituzione del regolamento di interessi è evidente nel diritto civile, per via del rilievo e della tutela che il codice offre all'autonomia privata, e se è altrettanto evidente l'erosione a cui l'autonomia delle parti (o di una parte) può essere sottoposta, col modello particolare del diritto privato regolatorio, per opera del giudice attraverso l'applicazione massiva di principi, la stessa cosa non può dirsi per il diritto amministrativo. Con altro modo di dire, nel margine dell'esperienza del diritto amministrativo, la regolazione come fenomeno, ma pure come concetto rimane velata e, perciò, la si può solo intravedere ed immaginarne il contenuto e la portata, sullo sfondo dei concetti tradizionali del diritto amministrativo, quali quello di discrezionalità.

Così che nelle riflessioni della dottrina non è dato trovare alcun riferi-

recenti in campi diversi, in *Studi in memoria di Giambattista Impallomeni*, Milano, Giuffrè, 1999, pag. 261 ss.

⁵⁸ S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pag. 48 ss.

mento, salvo rare eccezioni⁵⁹, che inquadri la regolazione sul piano generale dell'attività amministrativa, anziché isolare la stessa nel ristretto margine dell'azione delle autorità amministrative indipendenti.

Eppure, il diritto amministrativo è il terreno della regolazione per eccellenza: vuoi perché la funzione amministrativa implica che l'attività dell'amministrazione non possa essere considerata come mera applicazione della norma generale positivamente posta, ma che la stessa debba essere intesa come «*cura*» differenziata di eterogenei interessi, mediante l'applicazione di principi (e l'uso di principi implica la regolamentazione e non il semplice provvedere); vuoi per la ragione che per effetto della «*cura*» si determina, attraverso la decisione amministrativa, un regolamento di interessi con il quale (a fronte degli interessi differenziati già definiti) si individua il contenuto dell'interesse pubblico concreto.

La ragione dello scarso interesse che si riscontra nella letteratura amministrativistica per la regolazione come fenomeno è comprensibile; giacché il suo svelamento porta in evidenza con sé delle implicazioni che pongono ancora più in evidenza la crisi che concetti centrali e tradizionali, primo fra tutti quello della discrezionalità, soffrono da decenni.

Parlare di regolazione sul piano della formazione della decisione sostanziale, vuol dire porre in luce la dinamica dell'attività amministrativa; ma essa implica, a sua volta, l'evidenza sul piano giuridico del «*potere reale*» esercitato dai soggetti interessati, in relazione agli obbiettivi che si pongono, mediante le pretese introdotte nella procedura amministrativa.

La circostanza che in alcune ipotesi, l'ordinamento giuridico non permetta alle persone di regolare i propri interessi autonomamente e sin da subito (poiché assieme a questi è necessaria la cura dell'interesse pubblico concreto), non significa che le medesime non debbano avere alcun ruolo per la definizione eterodeterminata del regolamento di interessi.

Se non si è in presenza di un mero «*provvedere*», ma di una verace «*regolazione*», l'amministrazione non può tenere conto solamente del contenuto formale delle pretese stabilite dalle parti interessate; giacché essa è tenuta a con-

⁵⁹ Fra di essi si veda, pur con un'accezione divergente rispetto a quella proposta nel testo, D. SORACE – S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, XI ed., Bologna, Il Mulino, 2023, pag. 63 ss.

templare, soprattutto, gli obbiettivi che esse perseguono mediante le pretese medesime.

La parola «obbiettivo» (od «obiettivo») deriva dal lemma «obietto», il quale a sua volta, nell'accezione originale, indica una «cosa posta» o «gettata innanzi».

Ciò che le parti non possono accudire in autonomia, devono «gettarlo innanzi» all'amministrazione; dato che la cura dell'interesse proprio può essere effettuata solamente sotto il presidio del potere pubblico.

A sua volta, l'amministrazione, nell'esercizio del potere, in forza dei principi di «imparzialità» e «buon andamento» (inteso come effettività) è tenuta ad accogliere e curare ciò che gli è gettato innanzi dalle parti interessate.

Mediante la decisione⁶⁰, l'amministrazione determina, applicando il principio di «ragionevolezza», la misura della cura di ciò gli è stato gettato innanzi e che ha raccolto.

La «regolarità» e «l'equilibrio» che ne scaturisce, in forza della decisione, altro non è che il contenuto dell'interesse pubblico concreto.

Per quanto nell'ambito della procedura amministrativa, tramite il contraddittorio (come emanazione del principio del «giusto procedimento») le parti interessate possano porsi in antagonismo con l'amministrazione procedente, esse condividono l'equilibrio della regolarità data dalla decisione.

Senza equilibrio non può esserci regolarità e se essa manca la decisione e tutto il percorso che ha portato ad essa risulta essere viziato.

Con le osservazioni fatte, non s'intende affermare la necessità del completo congedo dalla logica propria del tecnicismo giuridico, ma si mira a rilevare la necessità di decostruire l'assolutezza del sistema giuridico, per come esso era pensato e realizzato a partire dalla svolta orlandiana e di ripensare il contenuto di concetti (anch'essi non più assoluti, ma relativi) portanti come quello della discrezionalità⁶¹.

⁶⁰ Su particolari profili della decisione amministrativa si veda L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, in questa rivista, 1, 2017, pag. 3 ss.; M. BELLAVISTA, *Determinazione, decisione, procedura*, in questa rivista, 1, 2017, pag. 45 ss.; E. ZAMPETTI, *La nuova nozione di comportamento amministrativo*, in *Dir. soc.*, 4, 2017, pag. 810 ss.

⁶¹ Sul punto si vedano le osservazioni di L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e principio del risultato*, in questa rivista, 1, 2024, pag. 69 ss.; L.R. PERFETTI, *Complexity, Discretion, Public Intest*, in questa rivista, 1, 2023, pag. 1 ss.

8. Semantica di interesse pubblico

Le osservazioni fatte possono avere una loro coerenza solo a condizione che l'interesse pubblico venga inteso in senso concreto e non astratto.

Per meglio dire, la regolazione, per essere tale, implica una concezione concreta e non astratta dell'interesse pubblico.

Così che, sembra utile portare un ulteriore contributo al ragionamento svolto sino a qui. Il sintagma *«interesse pubblico»* è costituito da due lemmi ove il secondo ha la funzione di individuare la connotazione essenziale del primo.

Il significato della parola *«interesse»* può rimandare ad un *«vantaggio»* o a un *«riguardare da vicino»* oppure a *«destare attenzione»*; mentre quello del termine *«pubblico»* richiama un qualcosa che *«è di tutti»* e non di pertinenza esclusiva di un soggetto o di una mera collettività.

Su questa linea, per indicare il senso del sintagma, si potrebbe usare la seguente proposizione descrittiva: *«è un fatto che una certa cosa sia di vantaggio per tutti»* oppure *«è un fatto che una certa cosa desti l'attenzione di tutti»*.

Sul piano meramente descrittivo, la proposizione desta un atteggiamento semplicemente cognitivo; il che significa che l'osservatore, in questo caso, può solo esprimere un giudizio sulla verità o la non verità del suo contenuto.

Al contrario, se essa costituisse un enunciato normativo prescrittivo (*«quella cosa deve essere a vantaggio di tutti»*; *«quella cosa deve essere posta all'attenzione di tutti»*), il suo contenuto non potrebbe essere posto al giudizio sopra esposto, perché costituirebbe un comando.

Il vero è che la locuzione *«interesse pubblico»* in senso giuridico assume connotazioni prescrittive solo nel momento in cui entra nell'ambito di una decisione pubblica (*«l'interesse pubblico qui ed ora»*), mentre al di fuori di essa assume una funzione meramente descrittiva.

Tutto ciò ha un vantaggio, dal momento che proprio grazie al momento descrittivo della medesima è possibile incontrare il significato autentico, in senso giuridico, dei lemmi che costituiscono il sintagma *«interesse pubblico»*.

Il lemma *«interesse»*, che deriva dalla omonima voce dotta latina, è costituito dal morfema *«inter»* e dal lessema *«esse»*.

Il morfema normalmente si riferisce un significato spaziale («*fra*», «*in mezzo a*») oppure temporale («*durante*», «*nel corso di*»); in maniera più precisa esso può essere un complemento di luogo oppure di tempo.

Il morfema, soprattutto in questo caso, svolge funzione servente rispetto al lessema; per questa ragione per comprenderne la portata è necessario accostarlo al significato autentico del secondo.

Il lessema «*esse*» richiama la voce verbale «*essere*» oppure «*esistere*», «*verificarsi*», «*avere luogo*». Se si accosta il morfema al lessema, ci si può rendere conto che il complemento di tempo non svolge una funzione servente soddisfacente; mentre il complemento di luogo svela il significato autentico del lessema stesso.

In questo senso, il lemma «*inter-esse*» afferma «*l'essere in mezzo a qualcosa che esiste*» oppure «*a qualcosa che si è verificato*».

È utile precisare che il termine in questione denota il *qui ed ora* della tensione della persona verso un certo oggetto; la quale a sua volta è pertinente all'ambito della percezione che la persona medesima ha di un fatto rispetto ad un certo bene della vita.

Ne consegue che il lemma in considerazione ha normalmente una connotazione soggettiva con riguardo alla sequenza «*persona-bene della vita-fatto*»; nel caso di specie, però, l'ambito di significazione si amplia per effetto del ruolo che, all'interno del sintagma, l'aggettivo svolge nei confronti del sostantivo.

Il lemma «*pubblico*» deriva dalla voce dotta latina «*publicum*» che è accostata a «*populus*» ed a sua volta alla parola derivata «*publicare*» che vuol dire «*esporre al pubblico*» oppure «*svelare*».

L'aggettivo comporta la perdita del riferimento soggettivo del sostantivo, ma ciò non determina solo la conformazione oggettiva dello stesso; ossia «*l'inter-esse pubblico*» come «*l'essere in mezzo a qualcosa che è di tutti*», poiché il risultato non sarebbe in sé soddisfacente.

Per avvicinarsi al significato autentico del sintagma, è necessario spostare l'attenzione al lemma latino derivato «*publicare*»; così che esso designa «*l'essere in mezzo a qualche cosa che è esposta al pubblico*» oppure «*che è svelata*».

Quale è, dunque, l'oggetto dello svelamento, ma più di tutto in rapporto

a che avviene lo svelamento?

Se la *cosa* deve essere svelata, essa non può avere una connotazione «*immaginaria*» ed «*astratta*», ma deve essere «*reale*» e «*concreta*»; perché ciò sia possibile è necessario il verificarsi di un «*fatto*».

A sua volta il fatto deve essere rilevante per il diritto, deve cioè determinare l'avvio di quel percorso giuridico che porta ad un epilogo giuridico.

Il percorso giuridico è appunto il procedimento amministrativo e l'epilogo è la decisione amministrativa.

Pertanto, solo a seguito della decisione, sarà possibile pronunciare l'enunciato normativo prescrittivo «*quell'interesse è pubblico*».

Così che, l'interesse pubblico non può essere predeterminato dalla norma giuridica, ma può essere determinato solo con la decisione giuridica; la norma giuridica statuisce delle competenze dell'amministrazione su determinate materie, finalizzate alla cura interessi pubblici concreti.

Ne consegue che qualsiasi enunciato normativo che contiene l'espressione interesse pubblico ha natura meramente descrittiva; dal momento che il luogo ove siffatta espressione entra a fare parte di un enunciato normativo di natura prescrittiva è quello della decisione giuridica concreta.