

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

42

(2013)



GIUFFRÈ EDITORE

MARCO PASTORELLI, *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini*, vol. I, (1939-1950), Milano, Giuffrè, 2012 (Quaderni di « Studi Senesi », n. 124).

Massimo Severo Giannini (1915-2000) è scomparso da poco più di un decennio, ma gli studi sulla sua figura intellettuale sono già numerosi (in particolare, i saggi di Sabino Cassese dedicati alla vita e all'opera del maestro). Nella scienza italiana del diritto pubblico, il solo precedente paragonabile (per mole di studi a pochi anni dalla scomparsa) è quello di Vittorio Emanuele Orlando, con la differenza, tuttavia, che Orlando, oltre che affermato avvocato e celebre studioso, fu anche un uomo politico di notevole rilievo nella prima metà del Novecento. Anche Giannini si è dedicato, a più riprese, alla vita politica e istituzionale, ma le sue fortune sono più legate alla produzione scientifica. Egli fu una voce innovativa e dissonante in campo giuridico: per Giannini « il giurista non [è] un conservatore di crisalidi ma il percettore d'una esperienza » (P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 229). E, sulla base di tale concezione, egli ha posto le fondamenta per una profonda trasformazione delle modalità di studio del diritto pubblico.

L'opera prima di Marco Pastorelli è dedicata al contributo giuridico degli anni giovanili di Giannini, dal 1939 al 1950. Si tratta di uno studio accurato e, per certi versi, graffiante del primo decennio di produzione scientifica di Giannini, articolato, dopo una breve introduzione, in quattro parti.

La prima è dedicata all'impianto metodologico e concettuale, allo statuto disciplinare e alle nuove problematiche del diritto amministrativo. La seconda ha ad oggetto i contenuti della materia: in particolare, indagando sui modi d'esercizio del potere amministrativo, esamina la teoria della pluralità degli interessi e la loro ponderazione discrezionale. La terza approfondisce l'impegno politico e istituzionale di Giannini, con riguardo, soprattutto, all'incarico di capo di gabinetto presso il Ministero per la Costituente. La quarta, infine, analizza il tentativo giovanile di ricostruzione della materia, per il tramite di una particolare idea di sistema, non distante dalla tradizione, ma orientata verso l'innovazione.

Nel primo capitolo l'a., anziché partire dalle due monografie del 1939 (sull'interpretazione dell'atto amministrativo e sul potere discrezionale dell'amministrazione), prende le mosse dal saggio storico del 1940 negli *Studi sassaresi*, per poi passare allo studio monografico sull'interpretazione. Parte, cioè, dal problema del metodo e delle nuove aree di studio, che è certamente centrale nell'opera di Giannini, caratterizzata dall'applicazione di tecniche realistiche e dalla significativa

apertura alle scienze sociali, e ad esso collega il problema ermeneutico ed epistemologico.

Sul primo profilo, del metodo, Pastorelli perviene alla conclusione che il “realismo” di Giannini sia stato più una specie di “formalismo”: « Infatti, il metodo gianniniano non indaga realtà sociali, ma solo realtà giuridiche; in esso non vi è storicismo del diritto, ma solo storicità dei concetti giuridici; e non vi è spazio per l’apporto creativo dell’interprete, tranne l’obbligo di adattare la norma scritta all’evoluzione dell’ordinamento » (p. 61); « Del resto, il formalismo che egli intendeva combattere non era certo la separatezza e l’astrattezza del metodo orlandiano, ma piuttosto il concettualismo che sottende “l’evasione da un impegno”, il logicismo degli “scienziati del diritto” [che] pretendono che sia la realtà giuridica a doversi adattare ai loro ordini concettuali, attribuendo “a questi un valore metastorico e assoluto” » (p. 62).

Sul secondo aspetto, relativo all’assetto concettuale e alle nuove problematiche, l’a. si sofferma dapprima sugli studi di teoria generale, a partire da quelli relativi alla pluralità degli ordinamenti giuridici (« il nucleo della teorica gianniniana appare la frattura del nesso genetico tra fatto e diritto [...]. In sostanza, una volta precisato che il diritto non è un *a priori* rispetto al gruppo sociale e che la giuridicità non è solo *dover essere*, Giannini nega l’identificazione tra *essere* e ordinamento giuridico, ribadendo la grande dicotomia humana tra fatti e valori normativi », p. 28), ove l’istituzionismo di Giannini, rispetto a quello del maestro Santi Romano, « ha una portata più pratica che teoretica » (p. 30). Per passare, poi, alla nota polemica con Bobbio, scaturita dall’indagine ermeneutica compiuta nel volume sull’interpretazione dell’atto amministrativo e nei saggi sull’analogia, attraverso i quali Giannini dà vita a una « sorta di “palinogenesi concettuale” »: da un lato, l’interpretazione è uno dei momenti di applicazione del diritto e, dall’altro, l’interpretazione giuridica, in quanto disciplinata dal diritto, è anzitutto giuridica e soltanto poi naturale (p. 46). Pervenendo, infine, all’analisi delle nuove problematiche arate da Giannini: in particolare, l’a. esamina gli studi sull’ordinamento sezionale del credito e sulla distinzione tra persone giuridiche.

Il secondo capitolo è dedicato alla teoria della discrezionalità amministrativa, elaborata da Giannini nella celebre monografia del 1939 su *Il potere discrezionale*. Si tratta forse dell’apporto teorico gianniniano che ha riscosso maggior fortuna e che è frutto dell’applicazione del nuovo metodo d’indagine, scaturente dalla combinazione tra l’approfondita analisi della giurisprudenza e il concreto atteggiarsi dell’agire delle pubbliche amministrazioni. L’a., attraverso un esame in parallelo delle due monografie del 1939, ricostruisce l’impianto concettuale gianniniano, delineando il perimetro, strutturale e funzionale, dell’agire discrezionale, i suoi limiti giuridici, il rapporto tra funzione amministrativa e interpretazione, le forme di sindacato giurisdizionale sull’attività amministrativa. La rilevanza dell’organizzazione ammini-

strativa, la centralità delle funzioni, la pluralità e conflittualità tra interessi pubblici erano tutti concetti “nuovi” per il diritto amministrativo italiano e costituivano le fondamenta dell’idea di ponderazione discrezionale tra interessi.

Pastorelli, dopo aver compiuto una puntigliosa analisi relativa al ruolo dell’amministrazione e al rapporto, negli anni Trenta, tra attività amministrativa e legge, rileva come i due maggiori giovani giuspubblicisti italiani dell’epoca avessero entrambi ben chiaro che la legge non potesse costituire un limite teleologico per il potere amministrativo (contrariamente alla tesi di Zanobini). Ma mentre Giannini rivendicava « uno spazio di autonomia per l’amministrazione », attraverso il riconoscimento di una vera e propria riserva di amministrazione, libera sia dall’influenza politica sia dal sindacato del giudice, Costantino Mortati ricercava i limiti e gli scopi della funzione amministrativa « al di là della legge, agli estremi confini tra ordinamento giuridico e Stato-comunità », in pratica nella funzione di indirizzo politico (p. 130): di qui l’accesa polemica con Mortati sul rapporto tra legittimità e merito. Per Giannini, sostiene Pastorelli, « non era la società a determinare politicamente l’assetto fondamentale dello Stato, bensì era lo Stato, messo al riparo dalle pressioni e dalle istanze, parziali e conflittuali, della società di massa, a dirigerne gli interessi attraverso l’apparato amministrativo » (p. 153).

Un libro, quello sul potere discrezionale, che, attaccato da Mortati e stroncato da Carnelutti, soltanto negli anni Cinquanta e Sessanta venne rivalutato per le ricadute su funzioni, organizzazione e attività.

Il terzo capitolo, forse il più interessante, descrive l’impegno politico al fianco di Nenni, dapprima nel partito socialista di unità proletaria e poi in qualità di capo di gabinetto del Ministero per la Costituente.

Pastorelli illustra le proposte di ricostruzione costituzionale dello Stato elaborate da Giannini: la soggettivizzazione degli interessi corporativi nella struttura dello Stato, ad esempio attraverso la costituzione dei consigli di gestione delle aziende, intesi quali elementi primi della pianificazione economica (si sarebbe trattato di « una delle prime applicazioni della teorica dell’ordinamento sezionale al campo dell’organizzazione economica », p. 188); più in generale, il problema della non istituzionalizzazione della rappresentanza degli interessi (Giannini sosteneva, tra l’altro, la necessità di una rappresentanza organica o professionale in Parlamento), segnalando invece l’insidia altissima della concentrazione di interessi corporativi privi di democrazia interna e deresponsabilizzati rispetto al conseguimento di interessi generali (partiti, sindacati, ecc.); la necessità della formazione di una nuova classe dirigente; una forma di governo parlamentare (ma con il Parlamento non in posizione di centralità), fondata sulla rigida separazione dei poteri.

Secondo Pastorelli, « la costituzione di Giannini rimaneva ancorata alla tradizione giuridica italiana otto-novecentesca: la dottrina che la ispirava era ancora quella dello Stato-persona, anche se lo Stato che raffigurava non era più l'ordine liberale ottocentesco, agnostico e monoclasse, bensì lo Stato pluriclasse, dirigista e programmatico, della società industriale del Novecento, lo Stato ripensato come ordinamento generale di pubblici poteri, dilatato nelle sue estreme articolazioni fino ad assorbire, gestire e governare ogni forma di interesse collettivo, statizzato o semplicemente istituzionalizzato. Era la rappresentazione, se non di un Stato socialista, di un Socialismo di Stato, di un moderno Leviatano in grado di dispensare giustizia sociale e benessere economico ad un Paese ritenuto troppo debole per scacciare i "fantasmi della reazione" e che affidava alla forza del diritto e dell'efficienza degli apparati la costruzione della società nuova disegnata dalla costituzione » (pp. 228-229). Una costituzione, dunque, bisognosa di molti guardiani e di nessun custode, con l'amministrazione nella veste di guardiano più potente.

Questa parte si chiude con l'aspro dissidio con Nenni, sul finire del 1947, l'abbandono della politica attiva e il ritorno agli studi. Ad avviso di Pastorelli, Giannini rimase abbagliato da una di quelle mitologie costituzionali che aveva sempre avversato: « la convinzione, cioè, che un'assemblea, sovrana perché voluta dal popolo, possa ripensare *ab imis* la struttura dello Stato e le regole della convivenza civile; e che l'ordine nuovo disegnato nella costituzione possa realizzarsi più con la perizia delle *élites* e la forza del diritto, che col sostegno di una società che si fa "regime" attorno a quel programma. Più *res publica* che *res populi* » (pp. 237-238).

Il quarto e ultimo capitolo ha per oggetto le *Lezioni* del 1950, elaborate sulla base dei corsi tenuti presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia.

Pastorelli evidenzia due limiti dell'opera.

Innanzitutto, la svalutazione dell'attività amministrativa e del procedimento. Nelle *Lezioni*, « rovesciando l'impostazione tradizionale, [...] si ha una preminenza logica e teorica della dimensione organizzativa, di cui l'attività finisce per essere un mero riflesso sul piano dinamico della cura degli interessi » (p. 251), con la discrezionalità concetto chiave dell'azione e con la conseguenza che « lo studio funzionale dell'agire amministrativo sfugge ad una sintesi teorica di carattere generale », rappresentando il provvedimento (quale puntualizzazione del rapporto tra autorità e libertà) l'unico momento di emersione giuridica dell'attività (p. 256).

In secondo luogo, l'eccessivo ancoraggio alla tradizione nel tentativo di ricostruzione sistematica della materia. L'ultimo paragrafo del volume, difatti, è dedicato allo scopo delle *Lezioni*: « la ricostruzione del diritto amministrativo inteso come sistema di norma, principi e istituti è solo un aspetto della complessa operazione compiuta da

Giannini nel 1950, il cui vero obiettivo, una volta dissolto il paradigma antropomorfo, non poteva che essere la rifondazione del "sistema Stato", inteso come ordinamento giuridico generale » (p. 318). Al centro del sistema delle *Lezioni*, infatti, c'erano ancora saldamente, in sintonia con la tradizione romaniana e zanobiniana, lo Stato-ordinamento e la sua sovranità, completamente dissociati dallo Stato-comunità.

Ad avviso dell'a., le *Lezioni* « costituirono l'ultimo tentativo della giuspubblicistica italiana di ordinare lo Stato novecentesco entro le categorie della supremazia della pubblica amministrazione e della specialità del diritto amministrativo. Un affresco destinato a deteriorarsi in fretta, sia per l'incessante e disordinata evoluzione dei moduli organizzativi e delle forme di attività dei pubblici poteri del secondo dopoguerra, sia per il venir meno del postulato statualistico della separazione tra Stato e società, con la progressiva erosione del *régime administratif* e la trasformazione del diritto amministrativo in un "diritto comune a privati e a pubblici poteri" » (pp. 243-244).

Il libro di Pastorelli, come detto, è connotato dall'estrema accuratezza dell'esame dei principali scritti di Giannini e dalla ricca descrizione del contesto di riflessione giuridica nei quali essi si iscrivevano. Tale ricchezza induce talvolta a un uso "esondante" delle note a piè di pagina e talaltra a deviazioni non strettamente necessarie (ad esempio, le quaranta pagine dedicate alla ricostruzione del dibattito scientifico sull'atto amministrativo nella prima metà del Novecento, pp. 259-299). Sicché il libro perde, talora, di compattezza e di efficacia.

Ciononostante, la linea di fondo del volume è chiara. Il giovane Giannini è, secondo Pastorelli, un formalista (anche se anticoncettualista); uno statalista convinto, che mira all'affermazione, attraverso il dirigismo e la pianificazione, di un Socialismo di Stato; un portatore di una idea autoritaria di amministrazione, all'interno della quale far scolorire gli interessi frazionati e le pulsioni sociali alla luce dell'interesse generale; un illuso sul piano politico, ritenendo di poter costruire un nuovo ordine costituzionale attraverso il solo apporto della classe dirigente elitaria; un devoto della tradizione della scuola di diritto pubblico e ossequiente alle idee romaniane e zanobiniane; uno stenuo alfiere della specialità del diritto amministrativo. Circa le teorie principali, l'istituzionismo gianniniano ha portata più pratica che teorica; gli sviluppi della ponderazione discrezionale derivano dalle revisioni operate successivamente da altri autori; l'individuazione del centro del sistema nell'organizzazione svislisce l'attività e il procedimento.

Un ritratto, dunque, tutt'altro che agiografico e, anzi, fortemente ridimensionante e corrosivo: se ne ricava l'impressione complessiva di un innovatore molto conservatore (più bruco che farfalla).

Giannini fu un "formalista"? Sicuramente (e su questo si condivide il giudizio dell'a.) egli non ruppe mai il legame con la tradizione, tantomeno nel primo decennio di attività (in ordine a tale periodo, però,

non si può dimenticare, da un lato, che stiamo parlando di un giovane tra i ventiquattro e i trentacinque anni e, dall'altro, il rigore del rapporto gerarchico nell'accademia degli anni Trenta e Quaranta: tenuto conto di questo, Giannini fu fin troppo intraprendente e "anarchico" per la sua epoca). Ma è altrettanto certo che fu tra i primi e più decisi a battersi contro la dogmatica, l'ideologismo, l'astrattismo. In tal senso, egli può essere considerato un anti-formalista (anche se è vero che non si dedicò a indagare realtà sociali).

Giannini fu, negli anni Quaranta, uno statalista convinto. Ma non si può dimenticare che si trattava di ricostruire dalle macerie della seconda guerra mondiale: occorreva ricreare istituzioni e strutture. Per poter decostruire lo Stato, come avvenne negli anni Sessanta e soprattutto Settanta, bisognava prima ricostruirlo. E, ad avviso di Giannini, era prioritario partire dalle funzioni e dalle strutture. Ma è sufficiente guardare agli studi sull'autonomia comunale tra il biennio 1947-49 per capire come la sua idea di ordinamento fosse profondamente diversa da quella dei maestri che lo avevano preceduto, improntata al pluralismo e all'ampia autonomia (si pensi, ad esempio, alle funzioni proprie degli enti locali).

È del tutto naturale, poi, che Giannini, politicamente attivo nel partito socialista, volesse costruire, nell'immediato dopoguerra, uno Stato socialista. Ma era un'idea di Stato diversa dal Leviatano che aveva condotto agli orrori della guerra. Si trattava di garantire servizi e prestazioni essenziali alla collettività e Giannini, guardando ai Paesi del Nord Europa, rinveniva la soluzione organizzativa nel coordinamento tra enti pubblici territoriali e quella funzionale nella pianificazione e programmazione (strumenti che avrebbero attratto ancora almeno per due decenni l'attenzione della scienza del diritto).

Le sue *Lezioni* furono « l'ultimo tentativo della giuspubblicistica italiana di ordinare lo Stato novecentesco entro le categorie della supremazia della pubblica amministrazione e della specialità del diritto amministrativo »? Innanzitutto, due anni dopo, nel 1952, Aldo M. Sandulli diede alle stampe la prima edizione del *Manuale di diritto amministrativo*, che fu l'ultimo tentativo di costruire un sistema. In secondo luogo, per utilizzare le parole di Paolo Grossi, nelle *Lezioni* « Giannini incarna a pieno l'immagine del giurista costruttore, interprete del presente ma già disegnatore del futuro perché tiene viva in sé la coscienza del mutamento. Tre sono le valvole respiratorie con cui egli fa del testo normativo una realtà viva: la storia, la sociologia, la teoria generale. Tre strumenti usati a profusione in questo corso di lezioni e che, sapientemente usati come ricchezza degli occhi dell'interprete, riescono a esaltare e a fondare la stessa specificità del diritto amministrativo » (P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., 301).

Si è parlato, sin qui, del contenuto del libro. In conclusione, pare utile fermarsi su ciò che in esso manca o non è adeguatamente sviluppato.

Il libro inizia con il Giannini ventiquattrenne delle monografie di esordio e dei *Profili storici*: un giovane dal bagaglio culturale vastissimo, fin troppo sicuro di sé, tagliente nel ragionamento e corrosivo nei giudizi. Da dove proveniva questo “fuoriclasse” del diritto? Nulla si dice dei primi ventiquattro anni di formazione. Che studi scolastici aveva fatto Giannini? Come mai aveva accumulato un bagaglio culturale così vasto e ramificato? Chi erano i suoi professori universitari? Quali erano le sue frequentazioni culturali? E, soprattutto, perché non si fa quasi cenno alla figura paterna di Amedeo Giannini? Nel libro se ne accenna una volta sola, in nota. Perché il figlio di uno tra gli uomini più in vista del regime fascista divenne antifascista, partigiano, socialista?

Soltanto le opere principali dello studioso romano sono trattate in modo approfondito, mentre i molti (talvolta brevi) scritti minori sono analizzati a fondo soltanto in alcune parti (ad esempio, nel terzo capitolo, che, si ribadisce, è il più interessante e meglio costruito).

Infine, manca un approfondimento specifico relativo alle influenze culturali del giovane Giannini. Ad esempio, pur accennandosene nel capitolo sul potere discrezionale, non si sottolinea adeguatamente che Giannini fu tra i primi in Italia a studiare autori americani quali Roscoe Pound, Ernst Freund, Felix Frankfurter.

Insomma, quello di Pastorelli è certamente un libro interessante, serio, accurato. Il complesso impianto critico consente di avviare, come si è potuto verificare nel corso di questa recensione, una discussione intensa e proficua su molteplici versanti.

Se questi sono gli indubbi meriti del volume, il ritratto che ne scaturisce di Massimo Severo Giannini pare eccessivamente condizionato dalla lente del presente: un po' come quelle vecchie pellicole in bianco e nero che vengono oggi riproposte a colori, finendo per mutare il messaggio artistico del regista.

ALDO SANDULLI