

Rivista trimestrale di diritto pubblico

Massimo Severo Giannini nel centenario della nascita



www.giuffre.it/riviste/rtdp

Per i testi dei provvedimenti più importanti non inseriti nel fascicolo

www.irpa.eu/rtdp



GIUFFRÈ EDITORE

ISSN 0557-1464

© Copyright - Giuffrè Editore

La *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fondata nel 1951 da Guido Zanobini, è stata diretta dal 1964 al 2000 da Giovanni Miele e Massimo Severo Giannini.

Direttore: Sabino Cassese

Comitato scientifico: Jean-Bernard Auby, Francesca Bignami, Armin von Bogdandy, Mark Thatcher, Joseph H.H. Weiler

Vicedirettore: Bernardo Giorgio Mattarella

Comitato di direzione: Stefano Battini, Lorenzo Casini, Marco D'Alberti, Giulio Napolitano, Aldo Sandulli, Luisa Torchia, Giulio Vesperini

Primo redattore: Elisa D'Alterio

La direzione e la redazione della Rivista hanno sede in via Cristoforo Colombo, 115 - 00147 Roma - tel. 06/5136691 - fax 06/5128205 - e-mail: rtdp@giuffre.it.
Sito *web*: www.irpa.eu/rtdp

AVVERTENZA PER GLI AUTORI

La *Rivista* adopera la fotocomposizione. Gli autori possono far pervenire i loro articoli in formato «.doc», redatti secondo le istruzioni per gli autori riportate alla fine di ogni fascicolo, tramite e-mail all'indirizzo rtdp@giuffre.it. Per chiarimenti si prega di rivolgersi alla redazione della rivista.

Nei prossimi fascicoli

Grandi opere e partecipazione democratica - Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti - Concorrenza e mobilità sociale - Cronache costituzionali

SOMMARIO
FASCICOLO N. 3

Massimo Severo Giannini nel centenario della nascita

CESARE PINELLI, <i>Massimo Severo Giannini costituzionalista</i>	833
SABINO CASSESE, <i>Giannini e la preparazione della Costituzione</i>	863
ALDO SANDULLI, <i>Massimo Severo Giannini e la democrazia industriale nell'immediato secondo dopoguerra</i>	885
MARCO D'ALBERTI, <i>Giannini dalle pagine dei giornali: il tracollo del sistema istituzionale e le riforme necessarie</i>	909
ALFREDO MOLITERNI, <i>I pareri di Massimo Severo Giannini: la continuità con la scienza</i>	925
MARCO PASTORELLI, <i>Giannini tributarista. Le trasformazioni dello Stato negli anni Trenta e il problema dell'interpretazione delle leggi finanziarie</i>	975
LORENZO CASINI, « <i>Todo es peregrino y raro ...</i> »: <i>Massimo Severo Giannini e i beni culturali</i>	987
NICOLA GIOVANNI CEZZI, <i>Le discusse chiamate alla cattedra romana di diritto amministrativo (1948-1966)</i>	1007

Rassegne

MATTEO GNES ed EDOARDO CHITI, <i>Cronache europee 2014</i>	1047
--	------

Rivista bibliografica

Opere di Sergio Berlinguer (Guido Melis); *Isabella Zanni Rosiello* (Guido Melis); *Aldo Travi* (Filippo Patroni Griffi); *Giuliano Amato* (Marco D'Alberti); *John Micklethwait e Adrian Wooldridge* (Gian Paolo Manzella); *Pasquale Annicchino* (Gianfranco Macrì); *Alessandro Natalini, Francesco Sarpi e Giulio Vesperini* (Edoardo Chiti); *Christoph Graben-*

<i>warter e a.</i> (Umberto G. Zingales); <i>Pietro Masala</i> (Giorgio Mocavini).....	1077
Note bibliografiche a cura di Monica Cocconi, Elisa D'Alterio, Antonella Meniconi, Elisabetta Morlino, Rita Perez, Aldo Sandulli	1113

Notizie

La relazione annuale dell'Antitrust al Parlamento (<i>Diego Agus</i>).	1135
La tutela giurisdizionale amministrativa in Germania (<i>Hilde Caroli Casavola</i>).....	1137
Il rapporto del Parlamento europeo su <i>Higher education in the EU</i> (<i>Fabio Di Cristina</i>)	1139
«Il big bang della trasparenza» (<i>Barbara Neri</i>).....	1142
Il Rapporto Irpa sui collaboratori dei parlamentari e il personale «addeito» alla politica (<i>Marco Mandato</i>).....	1145
Due convegni su «corruzione e crisi sistemica» e «indagini sulla corruzione negli appalti pubblici» (<i>Matteo Pignatti</i>)	1148
Un incontro sulla storia dell'IRI (<i>Andrea Maria Altieri</i>).....	1152

Libri ricevuti	1155
-----------------------------	------

Notizie sui collaboratori	1157
--	------

Contents	1161
-----------------------	------

Istruzioni per gli autori	1171
--	------

MASSIMO SEVERO GIANNINI COSTITUZIONALISTA

CESARE PINELLI

SOMMARIO: 1. Obiettivi e limiti della ricerca. — 2. Giannini e la Costituzione. — 2.1. Il contributo ai lavori della Costituente. — 2.2. La battaglia per l'attuazione costituzionale. — 2.3. Bilanci e proposte di riforma. — 3. Il rapporto con i costituzionalisti. — 3.1. Il confronto con Mortati. — 3.2. La prefazione al saggio di Burdeau e la replica di Elia. — 3.3. I giudizi sui costituzionalisti e le domande sempre aperte. — 4. Le opere. — 4.1. Gli elementi degli ordinamenti e le loro relazioni. — 4.2. Il pubblico potere. — 5. Un «maestro del sospetto».

1. Di Giannini costituzionalista si può parlare quale giurista e quale protagonista della politica costituzionale, e proprio per questo uno studio compiuto, oltre a potersi a malapena contenere in una monografia ⁽¹⁾, si imbatterebbe in una specifica difficoltà.

Più di ogni altro giurista Giannini si adoperò per preparare i lavori della Costituente, fu autore della formulazione del principio di eguaglianza sostanziale, si impegnò subito per l'attuazione della Costituzione; eppure non tacque riserve su parti cospicue del testo e suggerimenti di una loro revisione, senza contare i risvolti costituzionalistici delle proposte di riforma amministrativa, comprese quelle del «Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato», presentato alle Camere quale Ministro della funzione pubblica nel 1979. Ciascuna di queste prese di posizione richiederebbe di venire spiegata nel quadro di una fase della Repubblica, di cui però ancora manca una storia costituzionale.

Giannini apparteneva all'ultima generazione di giuspubblicisti che sapevano (ma forse anche potevano, vista la maggior ristrettezza dei

⁽¹⁾ Solo in materia di autonomia regionale e locale gli scritti di Giannini ammontano a centodieci (sul tema C. DESIDERI, *Il regionalismo di Giannini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1149 ss.).

campi di indagine) scrivere con pari agio di diritto costituzionale come di diritto amministrativo, e si occupò estesamente anche del primo, ma secondo una concezione via via più distante da quella dei suoi cultori ufficiali. La vicenda si confonde con la storia del diritto pubblico del primo cinquantennio repubblicano, della quale pure ancora non disponiamo.

Le due direttrici esigerebbero esercizi di contestualizzazione abbastanza divergenti: paradossalmente, la centralità della figura di Giannini in ambedue ci allontanerebbe dalla possibilità di ricostruirne l'opera di costituzionalista. Per riportarle al suo pensiero, lo studio sarà limitato a ricercare come egli concepiva il rapporto fra Costituzione e diritto costituzionale, con le implicazioni che ne trasse e con quelle che ne possono trarre i costituzionalisti.

2. In una prima fase Giannini si mette all'opera per preparare la Costituzione e poi promuoverne l'attuazione.

2.1. Ricorderà che, da Capo di Gabinetto del Ministro della Costituente Pietro Nenni, doveva battersi «contro nugoli fastidiosissimi di ignoranti, per i quali l'Assemblea costituente si associava se non proprio alla ghigliottina almeno al Terrore» (2). La scelta di dar vita al Bollettino d'informazione e la pubblicazione delle due collane di studi storici e giuridici sulle Costituzioni dimostrò la linea di «imparzialità e di equilibrio nell'allora difficile mondo di scontro delle ideologie» conferita al Ministero; e allo stesso fine tendeva il libro sulla Costituente di Costantino Mortati, che questi gli aveva promesso proprio per superare quei pregiudizi: «Quando accompagnai Mortati da Nenni per l'offerta del volume sulle Assemblee costituenti che Mortati aveva scritto, Nenni era raggianti. Fece un lungo discorso per dire, in sostanza, che adesso intimidazioni e divagazioni sull'Assemblea costituente sarebbero divenute quasi impossibili. Come in effetti fu, anche perché nel frattempo l'opera di persuasione, del Ministero e dei partiti, era proseguita instancabile» (3).

Nonostante il fondamentale contributo alla Costituente, il giovane professore fu escluso dalle liste del Partito socialista per l'elezione

(2) M.S. GIANNINI, *In memoria di Costantino Mortati* (1986), in *Scritti*, VIII, 1984-1990, Milano, Giuffrè, 2006, 522.

(3) M.S. GIANNINI, *Nenni al Ministero per la Costituente*, in *Nenni dieci anni dopo*, a cura della Fondazione Nenni, Roma, Lucarini, 1990, 54.

dell'assemblea, e il Congresso di Firenze del maggio 1946 non discusse in seduta plenaria la «Relazione sullo Stato repubblicano», che Giannini aveva preparato insieme ai componenti dell'Istituto di studi socialisti (4).

I punti più originali della Relazione erano costituiti dalla proposta di un Capo dello Stato collegiale, dal principio dell'autogoverno e dai consigli di gestione. La prima era stata avanzata da Luzzatto e Targetti, mentre Giannini era a favore del modello presidenziale e del sistema elettorale maggioritario (5), in quanto critico dell'assemblearismo e del pari scettico su automatismi rimessi ad accordi tra partiti in sistemi diversi da quelli di tipo britannico (6). Sua era invece una proposta di autogoverno che ruotava intorno alla regione vista come «organo dello Stato fornito di autogoverno» con un trapianto «delle contee anglosassoni», cui era resa complementare una unificazione dell'amministrazione periferica statale sotto il coordinamento di un «governatore» elettivo o di carriera, chiamato a collegare il centro con la regione e componente di un consiglio dei governatori che «potrebbe illuminare l'opera del governo con sufficiente continuità e soprattutto con quella maneggevolezza che viceversa l'opera di novantadue prefetti non raggiunge» (7).

La proposta era meno ambiziosa di quella di Adriano Olivetti, di cui Giannini condivideva però l'ispirazione pluralistica e il coraggio innovativo, trattandosi sempre di concepire gli enti di autogoverno con una revisione contestuale delle strutture portanti dell'amministrazione centrale, per porle al servizio dei cittadini (8). Lo schema Giannini-Barbara indicava le ulteriori ragioni per cui al criterio di ripartizione delle amministrazioni centrali per ministeri, tipico della tradizione continentale, dovesse preferirsi quello anglosassone del «gruppo dei servizi», in cui i dipartimenti «si raggruppano e si scindono secondo le

(4) Come riferisce A. LEVI, *Appunti per la nuova costituzione*, in *Critica sociale*, 1 giugno 1946, 169, per mancanza di tempo la discussione fu affidata a una commissione presieduta dallo stesso Levi.

(5) M.S. GIANNINI, *Considerazioni a quasi mezzo secolo di distanza* (1991), in *Scritti*, IX, 1991-1996, Milano, Giuffrè, 2006, 82.

(6) M.S. GIANNINI, *Intorno al progetto costituzionale francese*, in *Socialismo*, maggio 1946, 123.

(7) M.S. GIANNINI, *Lo Stato democratico repubblicano*, in *Bolletino dell'Istituto di studi socialisti*, 11 aprile 1946, 5.

(8) Si veda infatti M.S. GIANNINI e A. OLIVETTI, *Il problema delle autonomie locali*, in *Corr. amm.*, 1945, 144.

esigenze del momento»⁽⁹⁾. Affiora qui, in sede di politica costituzionale, la prevalenza del momento della funzione su quello della struttura, che costituisce un motivo conduttore della sua elaborazione scientifica.

Più legata all'esperienza era la proposta dei consigli di gestione, che, già operanti al Nord, evocavano i consigli di fabbrica e il controllo operaio sperimentati nel primo dopoguerra⁽¹⁰⁾. Nel dicembre 1946 il Ministro dell'industria Rodolfo Morandi presenta un progetto di legge, redatto da Giannini in qualità di capo dell'Ufficio legislativo, nel quale le funzioni di «controllo della gestione aziendale» sono indirizzate «verso scopi di portata più generale e verso le finalità che essi si prefiggono nell'ambito nazionale, in conformità del piano ricostruttivo»⁽¹¹⁾. Lasciato decadere dal IV governo De Gasperi, il progetto trova un'eco nel testo dell'art. 46 Cost.

Risale poi a Giannini la formulazione dell'art. 3, secondo comma, che gli fu richiesta da Basso. Ritenendosi da parte socialista che fosse «un tradimento fermarci all'enunciazione dell'uguaglianza formale», ma non essendo «pensabile una norma di garanzia dell'uguaglianza economica e sociale, che presupponeva un tipo di Stato allora e anche oggi inesistente», Giannini propose due soluzioni alternative, la prima più spinta, che impegnava la Repubblica a offrire a tutti i cittadini «uguali posizioni economiche e sociali di partenza», l'altra che corrispondeva al testo poi accolto. Egli ricorderà che «non avevamo intenzione di fare del nuovo, ma solo di affermare un principio di dinamica dell'azione dei pubblici poteri per una società più giusta»⁽¹²⁾. Dove è appena il caso di notare l'intonazione antiretorica dell'autore della formula.

Se, alle proposte che riuscirono a passare e a quelle presentate nella Relazione sullo Stato repubblicano dell'aprile '46 ma non avanzate dai Costituenti socialisti, si aggiungono le ipotesi avanzate da Giannini in seno alla Commissione Forti, si può dire sicuramente che

⁽⁹⁾ M.S. GIANNINI e T. BARBARA, *L'amministrazione per servizi*, in Ministero per la Costituente, Commissione per studi attinenti all'organizzazione dello Stato (1946), in *Scritti*, II, cit., 722.

⁽¹⁰⁾ Inoltre L. BASSO, *Parlamento e Camera dei Consigli*, in *Avanti!*, 12 gennaio 1944, aveva proposto una «Camera dei consigli» che affiancasse la Camera dei deputati.

⁽¹¹⁾ R. MORANDI, *I consigli di gestione* (1946), in *Democrazia diretta e riforme di struttura*, Torino, Einaudi, 1975, 98 ss.

⁽¹²⁾ M.S. GIANNINI, *Costituzione e Stato pluriclasse*, Intervista a cura di D. Corradini (1980), in *Scritti*, VII, 1977-1983, Milano, Giuffrè, 2005, 455-456.

egli fu autore di un autentico disegno costituzionale ⁽¹³⁾. Un disegno lungimirante. Basti pensare che in esso le garanzie dei diritti fondamentali venivano assicurate tramite l'accesso diretto alla Corte costituzionale, la soluzione bicamerale poteva ritenersi preferibile a quella monocamerale solo se la Camera alta fosse strutturata in modo da rappresentare autonomie regionali costituzionalmente garantite, le minoranze parlamentari si vedevano investite di prerogative specifiche, quali il potere di proporre commissioni di inchiesta, e la forma di governo veniva concepita, nella citata Relazione sullo Stato Repubblicano, come «una forma in cui i poteri dello Stato si controllano reciprocamente e attraverso l'autogoverno assicurano quella permeazione tra Stato e popolo in cui consiste l'intima natura della democrazia».

Di recente le proposte di Giannini sulla parte organizzativa sono state considerate come «la messa in opera, sul piano costituzionale, della lezione di Santi Romano»: Giannini sarebbe rimasto «fedele alla dottrina e all'ideologia dell'antico maestro» nel far salva l'esigenza di una «organizzazione superiore che unisca, contemperi e armonizzi le organizzazioni minori» ⁽¹⁴⁾, attraverso il mantenimento dello Stato-amministrazione, «vero e proprio architrave del sistema e presidio della sovranità» ⁽¹⁵⁾.

Tuttavia la progettazione in vista della Costituente conferma che Giannini fu antesignano di una fuoriuscita dall'ideologia statualistica, il che, sul piano della politica costituzionale, è indispensabile per coglierne la distanza dalle tendenze che si sarebbero affermate con l'integrazione di larghi strati popolari svolta dai partiti. Uscire dallo statualismo non equivaleva per lui a entrare in quella che Pietro Scoppola chiamerà «la Repubblica dei partiti». Riconosceva certamente ai partiti una funzione fondamentale nella nascente democrazia, ma non riteneva che potessero affrontare da soli, con gli strumenti ammodernati del parlamentarismo, i problemi del governo democratico. Serviva una regolazione dei nessi del pluralismo sociale che coinvol-

⁽¹³⁾ S. CASSESE, *Giannini e la preparazione della Costituzione*, in questo numero della *Riv. trim. dir. pubbl.* (n. 3, 2015).

⁽¹⁴⁾ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), in *Scritti minori*, I, Milano, Giuffrè, 1990, 395.

⁽¹⁵⁾ M. PASTORELLI, *Massimo Severo Giannini. Il nuovo ordine democratico tra pluralismo, giustizia sociale e dirigismo economico*, in *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-1948)*, a cura di A. Buratti e M. Fioravanti, Roma, Carocci, 2010, 259.

gesse le autonomie territoriali, le fabbriche, le amministrazioni quali pubblici servizi, e che trovasse al centro una forte direzione di governo: la quale, su queste premesse, non aveva a che fare con quella sovranità e centralità dello Stato-amministrazione di cui la Repubblica aveva sancito il superamento. Il Giannini costituzionalista si può piuttosto accostare a Romano sul piano strettamente scientifico, e solo nei termini e nei limiti che vedremo.

2.2. Nel decennio successivo all'entrata in vigore della Costituzione, Giannini è in prima fila nel denunciare l'«ostruzionismo della maggioranza» di cui parlava Calamandrei. Nell'aderire a un appello di trentaquattro giuristi avverte che la mancata attuazione della Costituzione si è convertita «in uno stato di incertezza quale non si è mai verificato nella nostra storia» che è «fonte di ingiustizie, di disagi, di perturbamenti profondi della vita associata», e che «al paradosso di commistione di ordini costituzionali diversi fa riscontro una paradossale commistione di democrazia e di antidemocrazia, nelle forme del peggior autoritarismo che si sia mai avuto»⁽¹⁶⁾. Conclude il saggio sul lavoro nel senso che il solo modo per non lasciare la frase dell'art. 1 allo stadio di un'«espressione letteraria» è di applicare la Costituzione, procedendo «a quelle riforme di struttura che essa prevede»⁽¹⁷⁾. Con lo stesso spirito partecipa con Vezio Crisafulli, Carlo Esposito, Carlo Lavagna, Costantino Mortati e Giuliano Vassalli a un dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione, dove la tesi dell'illegittimità sopravvenuta della legge anteriore confliggente con la Costituzione prevale su quella dell'abrogazione: il resoconto, pubblicato sul primo numero di *Giurisprudenza costituzionale* in vista della prima sentenza della Corte⁽¹⁸⁾, attesta la formazione intorno alla rivista di una «specie di C.L.N. della scienza costituzionalistica [...] significativo non solo della apertura alle più diversamente orientate collaborazioni, ma anche di un momento realmente unitario e perciò raro»⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ M.S. GIANNINI, *La Costituzione «fluida»* (1951), in *Scritti*, III, 1949-1954, Milano, Giuffrè, 2003, 392.

⁽¹⁷⁾ M.S. GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro* (1949), in *Scritti*, III, cit., 126.

⁽¹⁸⁾ M.S. GIANNINI, *Scritti*, IV, 1955-1962, Milano, Giuffrè, 2004, 61 ss.

⁽¹⁹⁾ L. ELIA, *Diritto costituzionale*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia. Messina-Taormina 3-8 novembre 1981*, Milano, Giuffrè, 1982, 356.

A prendere presto le distanze dal processo di attuazione costituzionale e dalla scienza costituzionalistica sarà soprattutto Giannini, ma più per motivi culturali che politici.

2.3. La reciproca dissociazione comincia dalle definizioni. Non risulta, per esempio, che altri abbiano adoperato la distinzione tra Costituzioni «ordinative» e «convenzionali», né risultano repliche alla sua critica della nozione di Stato sociale.

Giannini ha annoverato la Costituzione italiana fra le «Costituzioni convenzionali» dell'epoca contemporanea, che regolano non più i conflitti tra gruppi di una medesima classe, come le Costituzioni «ordinative» del diciannovesimo secolo, ma i contrasti fra le classi, con la conseguenza che «le forze politiche versano nella Costituzione delle formulazioni con le quali si garantiscono qual l'uno quale l'altro istituto, o principio, o diritto», cercando di «restringere l'elasticità di applicazione delle norme costituzionali, per evitare arbitri da parte di chi deterrà il potere»: in questo quadro ritiene che la nostra sia «una importante Costituzione per le classi oppresse, sia per quello che contiene e che è già applicabile, sia per quello che contiene come garanzia di riforme di struttura» (20).

Oggi potremmo dire che una distinzione del genere rifletteva una opzione per il criterio dell'intento originario in sede di interpretazione costituzionale, che i costituzionalisti stavano abbandonando in base alla convinzione che, «mano a mano che ci si allontana dal momento in cui la costituzione è stata promulgata [...] per aiutare la vita del diritto di un paese, bisogna che il diritto costituzionale sia sufficientemente fermo e sicuro per certi aspetti, ma anche elastico e a maglie larghe per altri aspetti» (21).

Il fatto è che, in Giannini, l'opzione per l'intento originario era visibilmente tributaria di quella fra Stato monoclasse e Stato pluriclasse, e nello stesso tempo si combinava con un'opera di demistificazione di idee-forza radicate nella cultura politica (prima che giuridica) dell'epoca. Nel saggio sullo Stato sociale ricorda che la locuzione era adoperata alle conferenze del B.I.T. dai rappresentanti dei governi

(20) M.S. GIANNINI, *Carattere delle Costituzioni moderne* (1978), in *Scritti*, VII, cit., 129.

(21) L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Atti del Convegno internazionale di Ferrara, 10-12 ottobre 1985, Padova, Cedam, 1988, 122.

fascisti per rivendicare le realizzazioni sociali ottenute dalla legislazione sull'assistenza e sulle pensioni nei loro Paesi ⁽²²⁾, e sul piano giuridico sostiene che espressioni quali «Stato di diritto» e «Stato sociale» non contengono enunciati normativi ma connotano solo certi caratteri dello Stato dei nostri tempi, ossia, nel secondo caso, di uno Stato dove i diritti sociali sono costituzionalizzati ⁽²³⁾.

Senonché, a differenza delle libertà civili e politiche, della tutela giurisdizionale, dei diritti di proprietà e di impresa, la costituzionalizzazione della protezione sociale «è, se non povera cosa, certamente non forte cosa», poiché le normazioni positive sui servizi pubblici «seguono proprie linee di sviluppo che trovano nei testi costituzionali degli enunciati molto spesso solo vessillari»: è l'eventuale sussistenza degli istituti di protezione sociale che si configura quale «elemento della costituzione materiale». D'altra parte, che tali istituti abbiano contribuito a liberare dal bisogno classi già subalterne non significa accettare l'idea di chi, parlando di Stato sociale, «ha ritenuto e sostenuto che con ciò bastava; al massimo con degli ulteriori perfezionamenti e ampliamenti, il problema sociale era chiuso». Il suggerimento è perciò di lasciar perdere la locuzione, «siccome scientificamente poco significativa e politologicamente poco felice, se non mistificatoria» ⁽²⁴⁾.

A parte la tendenza a demistificare ideologie correnti dentro e fuori l'accademia, che è un tratto generale del suo pensiero di cui dovremo riparlare, le sue convinzioni sulla Costituzione non cambiano nel tempo, e differiscono a seconda che si tratti della prima o della seconda parte.

Fin dai primi commenti Giannini riteneva «che la prima parte della Costituzione è opera monumentale, degna di figurare accanto alle più grandi Costituzioni esistenti. La seconda parte è un obbrobrio, perché se diciamo che fonda la democrazia ciò è accaduto in quanto si è avuta, da tutti, un'interpretazione, un'applicazione che oggi ci fanno dire che in questa parte della Costituzione, bene o male, è delineato uno Stato democratico» ⁽²⁵⁾. Altri giudizi sono meno accesi nei toni, ma non nella differenza fra la prima parte «di elevato e nobile livello»,

⁽²²⁾ M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile* (1977), in *Scritti*, VII, cit., 92-93.

⁽²³⁾ M.S. GIANNINI, *Stato sociale*, cit., 101 ss. Sullo «Stato di diritto», si veda già *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), in *Scritti*, II, cit., 89 ss.

⁽²⁴⁾ M.S. GIANNINI, *Stato sociale*, cit., 112-113.

⁽²⁵⁾ M.S. GIANNINI, *Intervento*, in *Il pensiero giuridico di Carlo Lavagna* (1996), in *Scritti*, X, Milano, Giuffrè, 2008, 83.

e la seconda «di minor pregio, anzi a mia opinione di poco pregio, se si eccettuano il titolo IV (la magistratura) e il VI (le garanzie costituzionali)» (26). In un noto commento al d.P.R. n. 616 del 1977 scrive che «Più passa il tempo più l'uomo della strada si deve accorgere di quanto miope e provinciale fu tante volte la Costituente», ricordando subito che la sua proposta di istituire le regioni secondo la figura organizzatoria dell'autogoverno cadde nel vuoto (27). E trattando della forma di governo quando già si cominciava a parlare di una sua riforma, ribadisce la risalente convinzione che quella presidenziale «sia la più razionale tra quelle inventate sinora, e sia la più confacente alla società italiana quale storicamente esistente», contestando l'opinione che generi dittature, a parte gli Stati dove non esistono forze politiche né istituzioni di garanzia delle libertà (28).

Le riserve originarie sul disegno organizzativo gli risultano dunque solo confermate dall'esperienza, e casomai si saldano con la registrazione della cattiva o mancata attuazione degli enunciati costituzionali: «Lo Stato repubblicano è ancora un edificio in costruzione per alcune parti anzi malfatto; per altre perfino somigliante ad un bel rudere, come quello di un palazzo imperiale del Palatino» (29). È un bilancio del 1981, dove, più che sul come e quanto la legislazione abbia provveduto ad attuare il testo, l'accento cade su quali conseguenze ne siano derivate sull'organizzazione e sull'azione dei pubblici poteri.

Il congiunto operare di queste due componenti — il partecipe critico dei lavori della Costituente e l'amministrativista attento ai risultati dell'attuazione costituzionale — aiutano a spiegare i suoi giudizi, e tuttavia non si prestano alla stessa valutazione.

Si direbbe che la prima lo abbia portato a un giudizio indiscriminato anche là dove era più difficile negare certe differenze. Che i rapporti fra le istituzioni di indirizzo politico fossero troppo debolmente «razionalizzati», non è solo un giudizio presente fin dai lavori di Esposito e di Elia, ma è dimostrato dagli stessi lavori preparatori, visto il mancato seguito all'o.d.g. Perassi, che raccomandava congegni volti a scongiurare «le degenerazioni del parlamentarismo». Che la soluzio-

(26) M.S. GIANNINI, *Costituzione e Stato pluriclasse* (1980), in *Scritti*, VII, cit., 458.

(27) M.S. GIANNINI, *Del lavare la testa all'asino* (1979), in *Scritti*, VII, cit., 419.

(28) M.S. GIANNINI, *Riforma della costituzione: un problema aperto* (1985), in *Scritti*, VIII, cit., 315.

(29) M.S. GIANNINI, *La lentissima fondazione dello Stato repubblicano*, in *Scritti*, VII, cit., 657.

ne fornita dai Costituenti alla tormentosa questione della seconda Camera comportasse gravi disfunzioni, era opinione diffusa già negli anni Cinquanta. Ma per molti costituzionalisti questi limiti riconosciuti non bastavano a considerare «un obbrobrio» l'intero disegno organizzativo.

Rispetto all'epoca in cui «Montecitorio era tutto», come aveva detto Jemolo descrivendo il sentimento prevalente fra i Costituenti liberali prefascisti, la Costituzione era stata bensì avara di innovazioni sull'assetto delle istituzioni politiche; e tuttavia intorno ad esso aveva introdotto, o totalmente ripensato, organi enti ed istituti — la Corte costituzionale, la magistratura, il Presidente della Repubblica, il referendum, le regioni —, prefigurando un «sistema dei freni» articolato «in una serie complessa» e volto a «contenere la maggioranza nell'alveo ad essa assegnato e ad evitarne la tirannia» fino a disegnare «un tipo “pluralistico” di regime parlamentare» ⁽³⁰⁾. E dove saremmo, è appena il caso di chiederci, se il sistema dei freni non avesse funzionato dopo la scomparsa dei figli dei Costituenti?

A proposito della forma di governo in senso stretto, Giannini continuerà a ripetere che i Costituenti adottarono lo schema weimariano di parlamentarismo razionalizzato «senza preoccuparsi di quello che c'è dietro la facciata, cioè i partiti politici», e nonostante il fatto che «fummo in parecchi a dire che quella costituzione non avrebbe funzionato» ⁽³¹⁾. Nondimeno, la razionalizzazione del parlamentarismo prevista dalla Costituzione di Weimar differiva da tutte le altre per il fatto di prevedere l'elezione diretta del Capo dello Stato; d'altra parte negli anni Settanta era divenuta opinione comune che, nel diverso contesto del costituzionalismo del secondo dopoguerra, il parlamentarismo razionalizzato avesse dato ottime prove in numerosi Stati dell'Europa occidentale, e molti ritenevano che alla Costituente non fosse stato adottato con sufficiente determinazione proprio perché i partiti avevano consapevolmente rifiutato congegni istituzionali che li imbrigliassero.

L'altra componente della critica di Giannini conteneva invece una segnalazione fondamentale. Una volta dimostrato che negli Stati pluriclasse l'azione e l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni avevano raggiunto una portata costituzionale anche al di là di enun-

⁽³⁰⁾ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1969, 676.

⁽³¹⁾ Fra i molti, M.S. GIANNINI, *L'organizzazione costituzionale nella prospettiva della riforma* (1984), in *Scritti*, VIII, cit., 34.

ciazioni testuali ⁽³²⁾, ne seguiva, fra le altre conseguenze, che nessun giudizio sull'attuazione costituzionale potesse fermarsi alla fattura delle leggi, prescindendo dalle loro ricadute sull'amministrazione e dalla prassi amministrativa. Nel suo pensiero, giocava anche qui l'intento demistificatorio, che in tal caso equivaleva a invitare i costituzionalisti a un bagno di realtà giuridica. Ma essi non ne vorranno mai sapere. I più interessati agli andamenti dei rapporti fra istituzioni politiche continueranno a condividere con i politici un'attitudine celebrativa verso alcune fasi dell'attuazione costituzionale, senza avvedersi di distorsioni amministrative apprezzabili in termini di rispetto dei principi, a partire proprio dall'eguaglianza sostanziale; e i più attenti alla giurisprudenza costituzionale finiranno con l'ignorare quanto avviene al di fuori di una Corte resa quasi sempre impermeabile alle vicende amministrative dai limiti posti alla propria cognizione.

3. Il rapporto di Giannini con la scienza costituzionalistica è stato sempre difficile, fatta eccezione per Costantino Mortati.

3.1. Il confronto scientifico fra i due ha inizio prima della Costituzione, con una polemica abbastanza garbata sulla nozione di merito amministrativo: a Mortati, che propugnava un ampliamento della giuridicità alle «norme non giuridiche» in vista di una corrispondente estensione di vincoli in capo ai soggetti pubblici, Giannini replica che la rilevazione di «norme *extra legem (latae)*» non spiega molti casi in cui l'amministrazione è guidata da criteri empirici che non ricadono né nel merito né nella discrezionalità ⁽³³⁾. Dove la diversa impostazione può ricondursi a quella fra i nuovi orditi teorici tracciati nel libro di Giannini sulla discrezionalità e in quello di Mortati sulla costituzione in senso materiale.

Ciò non toglie che per Giannini «l'invenzione» della costituzione materiale «fa sì che Mortati resterà nella storia del diritto pubblico perlomeno fino a quando non si sarà esaurito il periodo nel quale

⁽³²⁾ M.S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione* (1961), in *Scritti*, IV, 1955-1962, Milano, Giuffrè, 2004, specie 844 ss., nonché *Id.*, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse* (1979), in *Scritti*, VII, cit., 312 ss.

⁽³³⁾ M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi* (1941), in *Scritti*, II, cit., 349 ss.

viviamo» (34). Il merito che essenzialmente gli ascrive è di essersi accorto che, rispetto all'immagine trasmessa da Orlando, lo Stato era cambiato, era divenuto uno Stato pluriclasse. Grande ammirazione, dunque, confermata dalla frequentissima utilizzazione, in tale accezione, di «costituzione materiale» (35). Questa lettura dell'opera, che non sarà solo di Giannini, portava a vedere nella «ricerca di nuovi territori per la scienza giuridica», stimolata dalla «forte curiosità per la politologia e per la storia» (36), l'elemento di rottura di Mortati rispetto alla tradizione.

Una più recente lettura, senza negare questi elementi, individua nell'opera non una teoria generale del diritto pubblico aggiornata alle mutate condizioni dello Stato, ma la prima teoria italiana della costituzione che sia stata scritta nel Novecento, dopo quelle formulate a Weimar. Mortati precisa subito che la funzione della costituzione nel senso da lui inteso non si può porre sullo stesso piano delle altre funzioni fondamentali dello Stato, anche perché la costituzione ha «caratteri strutturali propri, in quanto ha efficacia costitutiva assoluta, ed è sempre e necessariamente generale» (37). E più avanti la «costituzione originaria, fondamentale» viene ad essere costituita «dall'organizzazione di un gruppo sociale che si differenzi dagli altri in quanto riesca, trionfando su gruppi antagonisti portatori di interessi diversi e orientati verso un diverso modo di intendere l'unità politica, a far valere effettivamente la forma particolare di ordine, da essa affermata», la quale «è già lo Stato, anche all'infuori di una più precisa determinazione di funzioni e di poteri, anche senza che sussista un sistema formale di norme materiali, disciplinanti la condotta degli associati» (38). La dissociazione da Santi Romano diventava così netta, tanto che questi accennerà a una replica (39).

D'altra parte Mortati ritiene che la «costituzione giuridica» non possa distinguersi da «una costituzione vera, basantesi sui reciproci

(34) M.S. GIANNINI, *Contributo a "Costantino Mortati costituzionalista calabrese"* (1988), in *Scritti*, VIII, 1984-1990, Milano, Giuffrè, 2006, 900.

(35) Almeno a partire da M.S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, cit., 834 ss.

(36) M.S. GIANNINI, *In memoria di Costantino Mortati*, in *Scritti*, VIII, cit., 521.

(37) C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (1940), Milano, Giuffrè, 1998, 10.

(38) C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., risp. 63 e 64.

(39) S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1945, 23.

rapporti di forza degli elementi sociali sui quali lo Stato si fonda», poiché la distinzione toglierebbe alla prima «il carattere della positività, che si è visto essenziale perché un'entità possa considerarsi giuridica, e la priva del suo fondamento, pel fatto stesso di porre fuori del diritto i rapporti su cui si basa» (40). Ciò che conta è, all'opposto, l'intreccio fra l'una e l'altra, che pure non assorbe mai interamente nella struttura formale «le forze politiche, che appaiono come gli organi di questa costituzione», nella misura in cui l'esigenza ineliminabile del conseguimento del fine giustifichi «l'assunzione di mezzi diversi da quelli previsti dall'ordine formale, quando questi si siano dimostrati, in relazione alle particolarità di concrete situazioni, meno idonei di altri non previsti» (41).

A prescindere dalla sua complessità, l'intreccio rivela una dinamica interna a una teoria della costituzione, con un mutamento di prospettiva più radicale di quello che sarebbe risultato da un aggiornamento teorico reso necessario dal passaggio allo Stato pluriclasse. Forse Giannini avrebbe detto che, prima che complesso, quell'intreccio peccava di astrattezza: nel saggio sul merito amministrativo avverte infatti il «lettore che inesperto si aggiri per queste rarefatte altezze della scienza del diritto» che «il Mortati, che è certo tra i più fini nostri giuspubblicisti d'avanguardia, così come certi grandi filosofi, va sempre inteso nell'ordine della preoccupazione speculativa in cui è assorto» (42). Sicuramente non era disposto a seguirlo su quella strada: non in quanto allievo di Romano, dal quale sul punto aveva preso le distanze, ma perché troppo weberiano per non mantenere intorno allo Stato l'asse delle sue preoccupazioni teoriche.

Fra Mortati e Giannini vi furono scambi di esperienze destinati a trascenderli, come quello già ricordato in vista della Costituente. Ambedue avevano partecipato attivamente alla vita politica, e ne erano stati mal ripagati dai rispettivi partiti, Giannini ancora peggio di Mortati. Ambedue vivevano in pieno l'inquietudine culturale e politica, prima che scientifica, del loro tempo: nei primi anni Quaranta Mortati, sebbene più anziano di ventiquattro anni, era il solo italiano ad aver assorbito tutta la grande letteratura weimariana che a Giannini

(40) C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., 120.

(41) C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., 121.

(42) M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo*, cit., 349.

era stata sconsigliata da Romano ⁽⁴³⁾. Ambedue saranno annoverati fra i massimi Maestri del diritto pubblico della seconda metà del ventesimo secolo. Ambedue avevano riposto grandi speranze nella Costituzione ed erano profondamente delusi dalla sua attuazione e dalla politica italiana.

Eppure l'oggetto delle loro delusioni non era il medesimo. Nel commento di Mortati all'art. 1, è proprio la perdurante convinzione dell'intreccio fra costituzione formale e costituzione materiale a venir messa a dura prova dalla constatazione che «l'opzione popolare all'uno o all'altro partito, piuttosto che su convinzioni maturate in relazione a problemi concreti o a scelte programmatiche rimanga legata a fattori per una parte emozionali o fideistici, e per l'altra clientelari, anche per effetto del rapporto che viene a determinarsi fra i partiti ed i gruppi di pressione meglio organizzati per la tutela di interessi settoriali» ⁽⁴⁴⁾.

In Giannini quell'intreccio teorico è assente, e sul piano etico-politico egli è piuttosto intento a demistificare le ideologie vecchie e nuove che dominavano la convivenza, comprese quelle costituzionali. Era deluso per i risultati dell'attuazione degli enunciati della prima parte, che riteneva modesti, mentre, più che deluso, restava sempre stupito per la disattenzione dei partiti alle istanze di riforma della organizzazione costituzionale e amministrativa da lui sostenute.

Al centro del dissenso con Mortati non vi era, dunque, l'apertura del diritto costituzionale alla politica, da ambedue avvertita come ineludibile, bensì il modo di concepirla. Mortati guardava alla politica attraverso uno spesso filtro teorico mai scervo da una componente assiologica, e con l'ambizione di estendere attraverso di esso l'area di rilevanza della scienza giuridica, in una prospettiva di teoria della costituzione. Le domande di Giannini erano spostate sul versante delle conseguenze istituzionali dell'avvento dello Stato pluriclasse, che egli riteneva di dover apprezzare attraverso un'incessante *actio finium regundorum* fra scienza giuridica e politologia.

3.2. Nella prefazione alla traduzione italiana de «Le régime

⁽⁴³⁾ M.S. GIANNINI, *Scienza giuridica e teoria generale in Costantino Mortati* (1990), in *Scritti*, VIII, cit., 1011.

⁽⁴⁴⁾ C. MORTATI, *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe Branca. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1975, 36-37.

parlementaire» di Georges Burdeau, Giannini osserva infatti che mentre nel diritto privato «le tipizzazioni hanno una funzione normativa massima, perché l'ascrivere un istituto nell'uno o nell'altro tipo — per es. la comunione tacita familiare è comunione o società? — significa assoggettarlo a principi normativi diversi», nel diritto costituzionale «esse hanno invece fatalmente una funzione minore, a causa della materia a cui si riferiscono, le costituzioni, le quali sono, per definizione, atipiche e singolari»: qui la tipizzazione «si riduce ad una notizia di funzionalità; essa, è, cioè, *ad docendum*, non *ad jubendum*. Serve a far sapere che un certo congegno, una certa invenzione costituzionale ha funzionato bene o male, a seconda dei casi e degli altri congegni, onde se ne traggano conseguenze circa l'uso» (45). Così, prosegue, mentre sul piano normativo si può chiamare sistema parlamentare quello finlandese o quello cecoslovacco, sul piano conoscitivo «il sistema parlamentare è quello degli Stati borghesi, liberali, oligarchici, a gruppi, ecc., dello scorso secolo», tanto che «i più acuti costituzionalisti apertamente oggi riconoscono [...] che nella stessa patria del sistema parlamentare, l'Inghilterra, è oggi in vigore non il sistema parlamentare, ma un sistema diverso, che dicono maggioritario. Nel periodo dell'Impero romano quegli edifici detti basiliche servivano a raccogliere persone, per scopi commerciali; gli stessi tipi di edifici furono ripresi dai cristiani, per scopo di culto. Strutturalmente erano la stessa cosa, ma funzionalmente ciò che avevano in comune era solo il poter raccogliere entro sé molte persone» (46).

Una replica giungerà venti anni dopo da Leopoldo Elia, per il quale Giannini avrebbe così «contrapposto in maniera troppo drastica momento sociologico e momento giuridico, aspetti conoscitivi ed aspetti normativi, perché in realtà, il nodo del tema consiste proprio nella valutazione degli elementi giuridicamente rilevanti ai fini di una tipizzazione; tenendo presente, peraltro, che la costruzione per tipi non serve ad uno scopo meramente conoscitivo (sul piano della sociologia o della scienza politica), ma tende a “riempire” le formule adottate dai *framers* della Costituzione italiana e di altre costituzioni, e a confrontare poi con questo contenuto le norme scritte e non scritte (consuetudinarie e convenzionali) che vigono (o che sono proposte per la vigenza) in questo settore della pubblica organizzazione. In tale

(45) M.S. GIANNINI, *Prefazione a G. Burdeau, Il regime parlamentare nelle Costituzioni europee del dopoguerra* (1950), in *Scritti*, III, cit., 309.

(46) M.S. GIANNINI, *Prefazione*, cit., 310.

prospettiva appare senz'altro esagerato ritenere che le tipizzazioni si risolvono soltanto in giudizi di funzionalità, che siano cioè meramente *ad docendum* e non ad *iubendum*, per farci sapere se certe invenzioni di ingegneria costituzionale hanno funzionato o meno» (47).

Nemmeno l'ipotesi del passaggio allo Stato pluriclasse convince Elia, poiché «in realtà viviamo in una lunga situazione poliarchica, nella quale le spinte alla democratizzazione politica e sociale si accrescono ma senza creare fratture che impediscono l'accoglimento di forme organizzative emerse addirittura nel Settecento inglese o statunitense»: egli dubita che «l'attuale pluralismo (nel senso che s'è detto, cioè di poliarchia) si lasci ridurre a schemi classisti; esso rivela comunque capacità integranti tali da diminuire in misura notevole il coefficiente di eterogeneità sociale, pur sempre rilevabile, tra i cittadini di un Paese a sviluppo industriale avanzato». Per cui il criterio di classificazione delle forme di governo «dovrà, senza rifiutare come elemento di partenza le formule predette, qualificarle in relazione ai diversi sistemi di partito. Così, per rifarci all'elegante immagine del Giannini, non diremo che siamo di fronte a basiliche pagane trasformate in cristiane, ma piuttosto a cattedrali costruite secondo un certo stile, alterato ma non cancellato dagli architetti di un'altra epoca» (48).

Non risulta che Giannini abbia replicato, ma non sarebbe difficile immaginare che la proposta di considerare le norme sulla forma di governo «a fattispecie aperta (entro certi limiti) e cioè suscettibili di essere qualificate dal sistema dei partiti e integrate dalle regole convenzionali che ad esso fanno capo» (49), gli avrebbe confermato la natura «atipica e singolare» della materia delle costituzioni, a paragone soprattutto con il diritto privato, e con essa le scarse possibilità di costruirvi tipizzazioni giuridiche per istituti.

Il fatto è che l'opera di Burdeau, intanto, era per lui «una delle più perfette» di un genere che però «si ostina a risolvere nella sola sede giuridica dei problemi che non sono solamente giuridici, ma soprattutto sociologici» (50), in quanto vi vedeva l'epicedio del regime parlamentare. Un giudizio non diverso, sul piano analitico, da quello espresso di lì a breve dall'interessato, per il quale «les Constitutions n'encadrent pas les manifestations de la vie politique. Celle-ci se

(47) L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 634-635.

(48) L. ELIA, *Governo*, cit., 637-638.

(49) L. ELIA, *Governo*, cit., 640.

(50) M.S. GIANNINI, *Prefazione*, cit., 309.

déroule en marge de ses dispositions. Et c'est ce qui explique la faveur dont jouissent présentement les études de science politique», sia pure con accenti nostalgici per un concetto di costituzione «solidaire de la philosophie rationaliste qui l'a conduit à sa perfection»⁽⁵¹⁾.

La tesi che i parlamenti potessero funzionalmente accomunarsi a quelli ottocenteschi solo quanto al «poter raccogliere entro sé molte persone» esprimeva il risultato esatto, ottenuto per sottrazione, della vicenda del variare delle funzioni in costanza di struttura dei parlamenti. Strutturalmente, insieme ad aspetti consistenti del procedimento legislativo, erano rimasti in piedi proprio gli istituti maggiori della forma di governo parlamentare, quali la nomina del governo da parte del Capo dello Stato, la fiducia e lo scioglimento, nonché altri istituti, stavolta nemmeno propri del solo modello parlamentare: riserva di legge, divieto di mandato imperativo, immunità parlamentari. Con la differenza, appunto, che la loro funzione era mutata, in diretta correlazione con l'avvento del suffragio universale e l'emergere dei partiti di massa, e più tardi con la generalizzata adozione del modello rigido di costituzione. Si spiega così perché Elia potesse notare il perdurare di «forme organizzative emerse addirittura nel Settecento inglese o statunitense»⁽⁵²⁾.

L'intervallo temporale di venti anni fra i due saggi spiega invece il ricorso di Elia alla nozione di poliarchia, mutuata da Robert Dahl, in luogo della formula dello Stato pluriclasse, su cui del resto Giannini tornerà peraltro più volte fino a rivederla profondamente, ragionando di «partiti interclassisti» sulla scorta del noto saggio di Paolo Sylos Labini⁽⁵³⁾. Ma resta significativo che anche il costituzionalista allora più aperto all'incidenza della scienza politica, e in una visione più pragmatica di quella di Mortati, notasse la «drastica contrapposizione» di Giannini tra aspetti conoscitivi e aspetti normativi.

3.3. Le critiche sempre rispettose a Mortati diventano abrasive nei confronti degli altri costituzionalisti. Giannini giungerà a ritenere il

⁽⁵¹⁾ G. BURDEAU, *Une survivance: la notion de Constitution*, in *Etudes Mestre*, Paris, Sirey, 1956, 55 ss.

⁽⁵²⁾ Non si può invece ricercare in questa sede fino a che punto, nel ricercare nel sistema dei partiti regole convenzionali, e poi consuetudini integrative del disegno costituzionale della forma di governo, Elia proseguisse l'opera di Mortati volta ad estendere la rilevanza giuridico-costituzionale dei fenomeni politici.

⁽⁵³⁾ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 1986, 57 ss.

diritto costituzionale «una disciplina scadente e scaduta»: «Per quasi un secolo la Staatsrechtswissenschaft e le scienze del diritto costituzionale hanno partecipato con ruoli primari all'elaborazione della teoria generale del diritto per gli apporti giuspubblicistici; poi d'improvviso hanno perso arie. Da noi gli ultimi contributori alle teorie generali sono stati Esposito e Mortati; dopo, e non solo in Italia, le scienze del diritto costituzionale si sono applicate all'esegesi, spesso solo formale, talora anche interessante, ma nei limiti in cui lo può essere l'esegesi. In nessuna delle letterature giuridiche conosciute è possibile segnalare un'opera che ci spieghi che cosa è oggi lo Stato, sembra che gli acidi della storia abbiano corrosi le chiavi per penetrarne gli interni» (54).

Altrove, però, si pone lui stesso in discussione. Come quando osserva che il Mortati che comincia a meditare sulle trasformazioni dello Stato «è certamente un uomo che ha l'ansia di trovare la chiave, il perno su cui impostare queste costruzioni che va elaborando. E come tutti i giuristi della sua epoca non lo trova: non lo trova lui, non lo trova Esposito, non lo trova Crisafulli, non lo trova Lavagna, probabilmente nessuno di noi l'ha trovato. E perché? Perché probabilmente sarà ancora necessario un lungo lavoro di pensiero e di analisi per trovare il perno di questo Stato pluriclasse che ormai c'è dovunque, c'è persino nei Paesi socialisti» (55).

A più forte ragione l'accusa ai costituzionalisti di applicarsi all'esegesi, invece di porsi alla ricerca di «che cosa è oggi lo Stato», ci interessa solo perché indica quale dovrebbe essere per Giannini il rapporto fra costituzione e diritto costituzionale. Il testo è solo una parte, e non la più importante, del lavoro dei costituzionalisti; la parte pregiata è lo studio dello Stato, il che per lui equivale a studiare le trasformazioni tanto dell'ordinamento nel suo complesso, quanto degli istituti che lo compongono (56).

(54) M.S. GIANNINI, *Prefazione*, in S. LABRIOLA, *Il governo e alcune sue funzioni*, Padova, Cedam, 1981, IX. Venti anni prima aveva considerato un volume di Antonio La Pergola come «uno dei pochi contributi al diritto pubblico generale che l'ormai imbastardita scienza del diritto costituzionale abbia apportato negli ultimi quindici anni» (M.S. GIANNINI, *Recensione a A. La Pergola, Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale* (1961), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 424).

(55) M.S. GIANNINI, *Contributo a Costantino Mortati*, cit., 900.

(56) Perché oggetto della scienza giuridica sono «gli istituti giuridici, quindi né le norme né i concetti giuridici. Questi ultimi servono a dare agli istituti giuridici una propria identità, che può essere semplice o complessa, soprattutto ai fini di determinare

La sua mappa concettuale è la stessa di Romano, al cui centro non è la costituzione, ma «la vasta e irriducibile materia del diritto costituzionale di uno Stato»⁽⁵⁷⁾, altrove definito «il sistema dei principii generali del diritto pubblico», ossia «il suo stesso tronco, da cui poi i singoli rami si dipartono»: e in esso lo «Stato considerato in sé medesimo, il quale forma la nozione centrale ed essenziale su cui tutto il diritto pubblico riposa»⁽⁵⁸⁾. A sua volta, nella Prolusione sassarese del 1940, Giannini è esplicito nel dire che «se la Germania precedette di qualche tempo l'Italia nell'opera di dare veste scientifica al diritto costituzionale, o meglio al diritto dello Stato, l'esigenza di dare veste scientifica al diritto amministrativo si manifestò contemporaneamente nei due paesi»⁽⁵⁹⁾. Sul punto sembra essersi allora consumata una rottura in seguito mai rimarginata con gli orditi teorici di Mortati, di Esposito e di Crisafulli, per i quali il diritto costituzionale equivale a scienza della costituzione⁽⁶⁰⁾.

Peraltro, dire che Giannini resterà fedele alla mappa concettuale di Romano significa che le sue domande continueranno a risultrne orientate, non anche che egli mutuerà da Romano contenuti o indirizzi metodologici; tantomeno si esclude che proprio l'approvazione della Costituzione repubblicana abbia favorito una surrettizia continuità del nuovo diritto costituzionale con l'indirizzo giuspositivistico.

Certo è che, nei primi decenni della Repubblica, il testo costituzionale acquietò le domande ultime dei costituzionalisti, mentre Giannini restava in preda al suo travaglio. La stessa creatura dello Stato pluriclasse, che gli consentiva di irridere impietosamente i nostalgici dell'antica compattezza dello Stato sovrano, diventava motivo di ansia ogni volta che provava a trovarne «la chiave», tanto più quando pensava all'Italia. In questo senso, diventano un'aperta confessione le conclusioni della Relazione per il cinquantenario della Giuffrè, là dove auspica che venga un Machiavelli «solo per dirci che non possiamo trovare l'identità della Repubblica fiorentina, cioè non possiamo tro-

i nessi sistematici che hanno con gli altri istituti giuridici»: M.S. GIANNINI, *Scienza giuridica e teoria generale*, cit., 1029.

⁽⁵⁷⁾ S. ROMANO, *Le prime carte costituzionali* (1907), in *Scritti minori*, I, Milano, Giuffrè, 1990 (rist. ed. 1950), 322.

⁽⁵⁸⁾ S. ROMANO, *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche* (1903), in *Scritti minori*, I, cit., 252-253.

⁽⁵⁹⁾ M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., 146.

⁽⁶⁰⁾ Per una ricostruzione C. PINELLI, *La costituzione di Santi Romano e i primi Maestri dell'età repubblicana*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2012, 204 ss.

vare l'identità di uno Stato di un grande popolo, come è lo Stato italiano», e subito dopo avverte che non per questo i giuristi debbono rinunciare al loro lavoro, poiché «abbiamo un imperativo categorico che è quello di agire come se noi fossimo in un mondo assolutamente tranquillo e ordinato» (61).

Da quel travaglio sono venuti fuori molti frutti, il cui resoconto richiederebbe un criterio di selezione che sarebbe arbitrario o disagiabile individuare. Si possono solo indicare le zone della mappa attraverso cui la scienza costituzionalistica è passata o dovrebbe passare per poter procedere oltre.

4. Anzitutto gli elementi degli ordinamenti giuridici e le reciproche relazioni. Il ripensamento dell'impianto romaniano è avviato nei saggi del 1949 sull'ordinamento sportivo e sull'ordinamento sezionale del credito.

4.1. Nel primo, messa da parte la nozione di «istituzione» (62), nota che Romano lasciò in ombra il tema degli elementi degli ordinamenti, ossia le norme e l'ordinamento, e che la dottrina successiva aggiunse alla normazione l'organizzazione e la plurisoggettività: ciò che conta per lui è «respingere ogni ipotesi che tenti una *reductio ad unum* della realtà giuridica degli ordinamenti. Tutti gli elementi componenti devono essere compresenti, anche se poi, in concreto, essi abbiano rilievo diverso e si pongano in modi relazionali diversi da ordinamento a ordinamento, nonché da tempo a tempo e da luogo a luogo, per medesimi generi di ordinamenti» (63). Passa quindi all'esame dell'ordinamento sportivo, dove rileva fra l'altro che in esso, in quanto ordinamento «diffuso», l'assunzione della qualità di soggetto non ha bisogno di un atto formale dell'ordinamento, essendo sufficiente un atto di volontà per aderirvi (64), e individua i casi di conflitto con

(61) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Messina-Taormina 3-8 novembre 1981, Milano, Giuffrè, 1982, 379.

(62) L'equazione ordinamento=istituzione, che per Romano significava «corpo sociale», rese «perfettamente giustificate, a nostro parere, le critiche di indeterminazione, di apriorismo e di tautologismo, che da più parti gli furono rivolte» (M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni sugli Ordinamenti Giuridici Sportivi* (1949), in *Scritti*, III, cit., 85). Si veda in seguito S. CASSESE, *Istituzione: un concetto ormai inutile*, in *Pol. dir.*, 1979, 53 ss.

(63) M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni*, cit., 90.

(64) M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni*, cit., 96.

gli ordinamenti statali, che conferma «la nota situazione oggettiva di concorso di normazioni contrastanti, che è stata già registrata e discussa più volte per i rapporti tra ordinamenti religiosi e ordinamenti statali» (65).

Nell'altro studio, l'ordinamento bancario è visto come una delle «specie complicate» di un genere che comprende le farmacie, i servizi di trasporto su piazza e le fabbricazioni di guerra, nel quale ricorrebbero del pari i tre elementi della plurisoggettività, dell'organizzazione e della normazione: si tratta di soggetti giuridici privati «riuniti, attraverso istituti di varia conformazione, formano cioè un "gruppo sezionale": vi sono norme che regolano i rapporti interni tra i vari soggetti, nonché le modalità di esercizio delle attività. Al vertice [...] trovasi un pubblico potere (cioè un organo dello stato, un ente pubblico, o altra figura soggettiva pubblica), che emana delle disposizioni alle quali i vari soggetti debbono uniformarsi, sotto pena di sanzioni, anche esse di varia specie e tipo»; si tratta, inoltre, di «ordinamenti giuridici di settore (o sezionali), in quanto limitati ai soggetti che svolgono una data attività; particolari in quanto istituiti ad uno scopo particolare, e non generale; derivati, in quanto istituiti, modificati e soppressi dallo Stato, mediante sue leggi; normativamente atipici, in quanto la loro normazione risulta insieme da atti normativi (di più specie: leggi, regolamenti) dello Stato, e da atti del pubblico potere che li regge, atti che hanno valore normativo all'interno dell'ordinamento sezionale» (66).

Negli anni successivi cresce in Giannini l'attenzione alla sociologia, nella misura in cui ritiene che «mentre gli Stati sono solo una *species* del *genus* ordinamento giuridico, gli ordinamenti, a lor volta, sono solo una *species* del *genus* gruppo», il che spiega la definizione di ordinamento giuridico come «concetto giuridico liminale, la cui essenza è di dominio della sociologia. Come in tutti i concetti liminali le qualificazioni giuridiche che si operano mediante tale concetto non sono creative di realtà giuridica, ma semplicemente registrative: sono i fatti che impongono ai diritti di assumere alcuni loro *dati* a contenuto

(65) M.S. GIANNINI, *Prime osservazioni*, cit., 100, dove distingue le divergenze a seconda che riguardino le qualificazioni giuridiche di fatti, le conseguenze giuridiche derivanti da fatti qualificati allo stesso modo, o la giurisdizione su fatti e conseguenze giuridiche egualmente assunte.

(66) M.S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico* (1949), in *Scritti*, III, cit., 65.

di *qualificazioni giuridiche*»⁽⁶⁷⁾. Più tardi precisa che almeno due datità «son sempre presenti in qualunque gruppo giuridicamente rilevante. Esse sono la normazione e l'organizzazione, ossia in ogni gruppo giuridicamente rilevante esiste un insieme di norme proprie del gruppo e un complesso di uffici permanenti che assolvono *utilità collettive* del gruppo. E siccome il gruppo è, per definizione, un'entità composta di più entità individuali, anche la plurisoggettività è da considerare un tratto riscontrabile in qualsiasi gruppo giuridicamente rilevante»⁽⁶⁸⁾.

Dei tre elementi compresenti, la plurisoggettività appare per parecchi versi il più problematico. La plurisoggettività differisce dagli altri in quanto «ragion d'essere di un ordinamento, così come la sua ragion d'esistere» e nello stesso tempo quale «datità giuridicamente inerte dell'ordinamento»: è «tratto necessario dell'ordinamento, ma non è caratterizzante di esso: sono, del resto, proprio la normazione e l'organizzazione che qualificano l'individuo come soggetto: il soggetto in sé, giuridicamente, non esiste; esisteranno realtà, naturali o artificiali, alle quali gli uffici dell'ordinamento, in applicazione di norme dell'ordinamento, riconosceranno la qualità di soggetto, mediante un procedimento apposito»⁽⁶⁹⁾. La considerazione dell'ordinamento giuridico come «concetto giuridico liminale» deriva dunque soltanto dalla plurisoggettività, che dovrebbe accomunare qualunque ordinamento giuridico a un gruppo sociale e nello stesso tempo non poter offrire ad esso nulla di caratterizzante.

Giannini aveva tuttavia premesso che l'ipotesi della pluralità degli ordinamenti era sorta dal «bisogno di spiegare i conflitti di normazione tra gruppi compresenti», dichiarando di volersi attenere⁽⁷⁰⁾. Ma cosa può dire in proposito la sociologia? In un saggio assai più tardo dedicato alle relazioni interordinamentali, quei conflitti, e le corrispondenti soluzioni, vengono differenziati a seconda che derivino da qualificazioni giuridiche contrastanti del comportamento di una figura

⁽⁶⁷⁾ M.S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici* (1951), in *Scritti*, III, cit., 411.

⁽⁶⁸⁾ M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici* (1958), in *Scritti*, IV, cit., 346.

⁽⁶⁹⁾ M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, cit., 347.

⁽⁷⁰⁾ M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, cit., 342. Come ha ricordato ancora di recente S. CASSESE, *Ipotesi sulla fortuna all'estero de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 179, Romano aveva insegnato diritto ecclesiastico, diritto internazionale e diritto coloniale.

soggettiva o che investano invece direttamente gli ordinamenti in quanto tali ⁽⁷¹⁾. Inoltre, contesta che la persona fisica sia «il soggetto per eccellenza» di ogni ordinamento, poiché quelli statali «sono ormai pieni di figure soggettive eterogenee», e ve ne sono altri, «come l'internazionale, i superstatuali, i sezionali composti di enti, nei quali la persona fisica neanche si sa cosa sia» ⁽⁷²⁾. Corrispondentemente, diventa meno plausibile l'ipotesi del rapporto *genus ad speciem* fra gruppi e ordinamenti, su cui si regge l'argomento del ricorso necessario alla sociologia.

Di converso, la considerazione della plurisoggettività come componente «inerte» sul piano giuridico non tiene conto di quanto detto degli ordinamenti diffusi, a cominciare da quello sportivo, dove l'acquisizione della qualità di soggetto deriverebbe solo da un atto di volontà di chi intenda aderirvi. Infine, se l'ipotesi della pluralità degli ordinamenti si propone di spiegare i conflitti di normazione tra gruppi compresenti, la considerazione della plurisoggettività come componente giuridicamente inerte degli ordinamenti equivale a escludere ogni spazio di libertà dei soggetti in presenza di conflitti fra ordinamenti, a cominciare dalla scelta di recedere dall'ordinamento-gruppo al quale abbiano aderito.

In definitiva, proprio le tesi sulla plurisoggettività collocano la sua versione degli elementi degli ordinamenti all'apice di una teoria del diritto oggettivo depurata dall'ideologia statualistica, lungo una traiettoria che diverge da quella di Kelsen per l'intento di «dar conto e interpretare la concreta realtà giuridica» ⁽⁷³⁾. Che oggi quella versione sia adoperata in alcuni dei manuali più diffusi ⁽⁷⁴⁾, è sintomo del debito riconosciuto ad opere che hanno segnato uno snodo epocale, proprio quando, nell'esperienza costituzionale, la questione dei conflitti di normazione fra ordinamenti è divenuta indissociabile da quella dei diritti fondamentali in gioco.

4.2. Per quanto connesse alla teoria degli ordinamenti, le specu-

⁽⁷¹⁾ M.S. GIANNINI, *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici* (1990), in *Scritti*, VIII, 1100 ss.

⁽⁷²⁾ M.S. GIANNINI, *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici*, cit., 1102.

⁽⁷³⁾ Così G. DI GASPARÈ, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1992, 179, a proposito del ricorso alla nozione di funzione nella scienza amministrativistica degli anni Cinquanta.

⁽⁷⁴⁾ F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2012, 9 ss.

lazioni sul pubblico potere sono assai più sintonizzate con la storicità delle forme di convivenza. La produzione scientifica di Giannini presenta infatti al riguardo una forte evoluzione, e abbastanza nota da consentire i soli accenni strettamente necessari.

Si è detto che Giannini è tornato più volte sulla formula dello Stato pluriclasse. Nella variante più aggiornata, designa così gli Stati nei quali «tutte le classi sociali concorrono al governo politico, e cercano di introdurre istituzioni a tutela dei propri interessi» (75), con l'avvertenza che «le classi che avevano in mente i teorici dei movimenti e dei partiti antiborghesi non esistono più nei modi che essi si rappresentavano» (76). E l'avvento degli Stati pluriclasse, prosegue, si traduce in amministrazioni nuove, quelle di protezione sociale e di direzione dell'economia, e in revisioni di istituzioni esistenti nello Stato monoclasse, così enumerate: la c.d. democratizzazione delle forze armate, l'adozione di sistemi tributari fondati su criteri di giustizia, la disaggregazione delle attività di polizia con la separazione della polizia di sicurezza dalle altre, la revisione della giustizia amministrativa con istituzione di organi per lo più giurisdizionali, la democratizzazione delle sedi decisionali, in particolare la procedimentalizzazione delle attività pubbliche (77).

Si conferma qui «che Giannini guarda la realtà “a diversi lati interdipendenti” ed ha portato al massimo grado di sviluppo una tecnica “cubista” che mira a fornire di una istituzione “l'immagine totale”» (78). E al costituzionalista, portato subito a chiedersi quali, delle trasformazioni enumerate, sarebbero frutto di attuazione di enunciati costituzionali e quali no, Giannini stesso risponde che «le modificazioni istituzionali degli Stati pluriclasse non nascono da principi che vengono attuati secondo una logica intrinseca, ma da concorsi o da contrasti d'interesse di classi, storicamente variabili a seconda delle collettività statali» (79). A questo punto, di fronte alla rilevazione empirica che tanto le nuove amministrazioni degli Stati pluriclasse quanto la revisione di istituzioni preesistenti sono tratti comuni agli Stati democratici a prescindere dalle costituzioni, al costituzionalista

(75) M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, cit., 314.

(76) M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., 57.

(77) M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, cit., 315.

(78) S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1971, 131.

(79) M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, cit., 325.

rimane la scelta fra il ritirarsi nei suoi accampamenti o il proseguire nell'ascolto, sviluppando una comunque utile consapevolezza critica.

Il saggio sul pubblico potere mostra, a maggior ragione, perché vale la pena di seguire la seconda strada. I principali tratti innovativi rispetto alla produzione precedente sono due. Il primo consiste nell'annoverare, fra i poteri titolari di decisioni pubbliche o con conseguenze pubbliche che «non passano più per lo Stato», non solo gli enti territoriali, i partiti e le associazioni professionali, ma anche le amministrazioni internazionali, le amministrazioni superstatali non di Stati e quelle comunitarie ⁽⁸⁰⁾.

Tuttavia, ed è il secondo tratto innovativo, gli apparati statali rimangono sempre «centri di affluenza e di selezione, ossia lo Stato in quanto tale, come organi costituzionali e come amministrazioni che lo compongono, resta il "centro politico" di una costellazione di enti politici e amministrativi. Allo Stato pervengono le decisioni dei primi tre gruppi di amministrazioni, quelle superstatali, ma, anche quando le decisioni di esse sono direttamente efficaci od operative negli ordinamenti statali, le amministrazioni statali devono prestare servizi strumentali (per esempio pubblicità, ordini interni di attuazione); negli altri casi, le amministrazioni statali sono tenute ad ottemperanze, e nell'attuazione hanno poteri di selezione adattativa» ⁽⁸¹⁾. Sono accenti quasi luhmaniani, con un corrispondente superamento dell'immagine weberiana di amministrazione a lungo coltivata ⁽⁸²⁾.

Giannini dedicò solo una pur importante conferenza al diritto comunitario ⁽⁸³⁾, e non potette cogliere gli sviluppi della globalizzazione. Ma un costituzionalista che avesse meditato sulle sue pagine non avrebbe potuto considerare il trattato di Maastricht come una spada di Damocle pendente sulla Costituzione. Giannini si sarebbe insinuato nella sua precomprensione, che sempre condiziona giudici e giuristi,

⁽⁸⁰⁾ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., 12 ss.

⁽⁸¹⁾ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., 19.

⁽⁸²⁾ Peraltro, nelle lezioni di diritto costituzionale tenute nell'anno accademico 1983/1984, il motivo dell'«affluenza» era specificamente riferito agli organi costituzionali, che, osserva, «hanno una funzione di teatro: sono cioè sedi di affluenza di interessi, collettivi o anche pubblici, ed essi sono ordinati al dibattito pubblico, volto alla discussione critica, alla valutazione, e infine se possibile alla composizione di tali interessi; la composizione può, poi, eventualmente formalizzarsi in una decisione» (M.S. GIANNINI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Roma, Bulzoni, 1984, 64).

⁽⁸³⁾ M.S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee* (1967), in *Scritti*, V, cit., 797 ss.

aiutandolo a leggere in una luce diversa le condizioni costituzionali di apertura a determinati ordinamenti.

La mappa concettuale di Giannini, si diceva, tende a divaricare la Costituzione dal diritto costituzionale, sulla scorta di Romano. Ora si spera di averne mostrato non il metodo, ma le virtù trasformative in esso latenti.

5. Paul Ricoeur ebbe a definire Marx, Freud e Nietzsche quali «Maestri del sospetto» del nostro tempo, poiché, «Se risaliamo alla loro intenzione comune, troviamo in essa la decisione di considerare innanzitutto la coscienza nel suo insieme come coscienza “falsa”. Con ciò essi riprendono, ognuno in un diverso registro, il problema del dubbio cartesiano, ma lo portano nel cuore stesso della forza cartesiana. Il filosofo educato alla scuola di Cartesio sa che le cose sono dubbie, che non sono come appaiono; ma non dubita che la coscienza non sia così come appare a se stessa; in essa, senso e coscienza del senso coincidono; di questo, dopo Marx, Nietzsche e Freud, noi dubitiamo. Dopo il dubbio sulla cosa, è la volta per noi del dubbio sulla coscienza»⁽⁸⁴⁾

In un certo senso, nel senso in cui lo si può dire per un giurista, Giannini è stato il nostro Maestro del sospetto.

Anzitutto, egli ha mostrato l'influenza delle rivoluzioni scientifiche della sua epoca sugli «operatori giuridici», i quali per secoli erano «rimasti come affascinati da quello che potrebbe dirsi il mito della verità»⁽⁸⁵⁾. La vicenda è così descritta: «L'abbandono dell'ordine nozionale delle verità avviene lentamente, per influsso di altre scienze. Dapprima la psicologia, che mostrò l'imperfezione di ogni rilevazione affidata alle apprensioni sensoriali ed alle associazioni mentali, e la mutazione inconsapevole delle rappresentazioni psichiche di una stessa persona nel tempo. Poi le scienze fisico-matematiche, che per secoli erano state dette esatte, dal loro proprio interno iniziarono a criticare l'assunto delle proprie leggi “vere”; seguì la profonda revisione epistemologica, che sboccò nella logica simbolica, nella sociologia della conoscenza, nella linguistica relativistica. Ognuna di queste scienze ha tentato la propria sistemazione: probabilità al posto di causalità, pluralismo al posto di assolutismo logico, convenzionalità al posto di

⁽⁸⁴⁾ P. RICOEUR, *Dell'interpretazione. Saggio su Freud*, Milano, Il Saggiatore, 1967, 46 ss.

⁽⁸⁵⁾ M.S. GIANNINI, *Certeza pubblica* (1959), in *Scritti*, III, cit., 601.

verità assoluta, e così via. Anche nella scienza giuridica, sempre più frequente diviene l'uso di nozioni diverse da quelle di verità: la scienza del diritto come costruzione di concetti certi, la dogmatica giuridica come formulazione di proposizioni convenzionali rigorose, la ricerca giuridica come svolgimento problematico di dati verificabili, l'azione giuridicamente qualificata come scelta di proposizioni strumentali, l'accertamento giuridico come tesi massimamente probabile, e simili altre elaborazioni, hanno tutte in comune la sostituzione alla verità, universale, assoluta, trascendente, di nuove nozioni, ritenute più feconde e più consentanee alla scienza e all'esperienza»⁽⁸⁶⁾.

La critica al sostanzialismo propria della revisione epistemologica dei primi decenni del ventesimo secolo ha alimentato la polemica antistatualistica, in cui troviamo un Giannini Maestro del sospetto secondo solo ad Hans Kelsen, ma che in lui andava in una direzione diversa: non verso la teoria pura del diritto, ma verso la ricerca di invarianti pur sempre storicamente determinate⁽⁸⁷⁾.

Così, del concetto di organo, Kelsen dice semplicemente che «è un concetto sostanziale e come tale deve essere usato tenendo presente che, dal punto di vista della conoscenza scientifica, la sostanza deve essere ricondotta alla funzione»⁽⁸⁸⁾. Giannini, premesso che «in applicazione di fin troppo note ideologie dell'epoca, lo Stato doveva essere una persona giuridica unitaria, anzi ente per eccellenza portatore dei valori della Nazione», e che il concetto di organo rimediò tecnicamente alle difficoltà poste dalla figura del rappresentante, aggiunge considerazioni di tutt'altro ordine: «Se oggi ci si chieda se le ragioni che solleccitarono l'invenzione del concetto siano tuttora valide, sembra non vi possano essere dubbi sulla risposta affermativa: non

⁽⁸⁶⁾ M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, cit., 601-602. Ma già nella Prolusione sassarese del 1940 aveva raggiunto la convinzione che «i procedimenti i quali introducono allo studio giuridico e permettono a questo di progredire, non sono i procedimenti che di recente sono stati detti di rilevazione dei dati, e nemmeno quei procedimenti logici che portano alla determinazione o alla rideterminazione di nozioni giuridiche e alla definizione di esse, bensì procedimenti di diversa natura, i quali sono diretti alla impostazione critica di tutti quegli altri procedimenti detti prima, ossia i procedimenti che pongono e impostano i problemi giuridici» (*Profili storici*, cit., 152). Inoltre, gli sviluppi della voce sulla certezza pubblica saranno ulteriormente elaborati nel capitolo sui procedimenti dichiarativi di *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1970, 951 ss., il «grande manuale» su cui si formeranno migliaia di studenti.

⁽⁸⁷⁾ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, 10 ss.

⁽⁸⁸⁾ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*³, Torino, Einaudi, 1975, 174.

solo dal punto di vista giuridico, ma anche da quello politologico, il concetto di organo fu una conquista civile: rese possibile perfezionare la tutela delle libertà e dei diritti dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri, rese possibile assegnare sedi appropriate alle varie istanze esistenti in un corpo sociale dando presenze giuridiche definite ad interessi pubblici o collettivi eterogenei e sovente in conflitto virtuale o reale, rese possibili normative procedurali per regolare fatti di vita associativa i quali per l'innanzi si svolgevano affidati alla dominanza di pressioni solo economiche o partitiche» (89).

Il sospetto per l'ideologia dominante può allora coesistere con l'opinione che il concetto di organo fu una «conquista civile». Il fatto è che un poderoso allargamento dei punti di vista si combinava in lui con la capacità di padroneggiarli, e di utilizzare ciascuno al momento opportuno. Come è stato detto, «L'opposizione tra il concetto di sostanza e quello di funzione svolge non a caso in tutta la produzione dottrinale di Kelsen un ruolo determinante sotto la forma di critica alle varie forme dell'ideologia, al punto che il suo pensiero pare spesso trasformarsi — e di fatto anche si trasforma — in una vera propria ideologia dell'anti-ideologia» (90). Giannini non corre un rischio del genere, nemmeno quando si muove nel più scabroso campo del diritto costituzionale.

Parlando dell'attuazione costituzionale, giunge ad affermare che «La lotta che le classi lavoratrici devono sostenere per far tradurre in esecuzione queste norme si urta contro due ideologie costituzionali di mascheramento; due ideologie dello stesso genere di quella della sovranità popolare. La prima è quella della difesa della persona umana; la seconda è quella della democrazia formale. Si capisce che noi converremo pienamente nella effettiva attuazione del contenuto di questi concetti, se in realtà essi non fossero correntemente intesi in una maniera difforme» (91). Quello dell'attuazione è un problema politico, non giuridico, poiché a differenza di un contratto privato una costituzione convenzionale comporta che «le classi colpite da quelle

(89) M.S. GIANNINI, *Organi (teoria generale)* (1981), in *Scritti*, VII, cit., 664-665.

(90) A. CARRINO, *Kelsen e la critica dell'ideologia*, in H. KELSEN, *L'anima e il diritto. Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo*, a cura di A. Carrino, Roma, ed. lavoro, 1989, VIII. L'osservazione merita di venire meditata dopo la pubblicazione postuma di H. KELSEN, *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come "nuove religioni"*, Roma, Cortina, 2014.

(91) M.S. GIANNINI, *Carattere delle Costituzioni moderne*, cit., 130.

norme costituzionali che garantiscono riforme future di struttura fanno di tutto affinché tali norme restino documenti storici, ossia non siano tradotte in esecuzione» (92).

L'eterogeneità del tessuto politico-sociale italiano fu motivo sempre presente ai costituzionalisti fino all'ultimo decennio del secolo scorso, e alcuni, da Carlo Lavagna a Gianni Ferrara, presentarono il problema dell'attuazione costituzionale in termini simili a quelli di Giannini. Tuttavia, come dimostra il saggio sullo Stato sociale, egli era ben più distaccato dalla contingenza politica nel cogliere la portata delle attuazioni costituzionali, non avendo la minima reticenza a snidare ideologie proprie della sua parte.

L'invito al sospetto investe, più in generale, la cultura. A stare ai giudizi sulle istituzioni del Regno d'Italia, dice, bisognerebbe concludere «che la vita costituzionale si è svolta non in modo ordinato, ma secondo rapporti di forze politiche più o meno mal contenute da istituti costituzionali. È la conclusione che a suo tempo trasse Oriani, che riappare in Gobetti e in Gramsci, ritorna ancora dopo la seconda guerra e che serpeggia tuttora nella critica marxista dello Stato misto o convenzionale in cui viviamo [...]. Coerentemente dovrebbe allora dirsi che è proprio inutile per il giurista soffermarsi a contemplare il passato, perché esso si è svolto fuori delle norme: è un fatto per cui è data solo facoltà di assistere, non facoltà di formulare giudizi giuridici, è come contemplare l'accadimento dell'imperatore Giustiniano che mangia un pollo» (93). Invece «l'euristica del giuspubblicista non può prescindere mai dal considerare ciò che accade, perché a cagione della recente formazione della scienza giuspubblicistica, la pratica legislativa procede ancor in maggioranza per vie empiriche; con la conseguenza che il legislatore sovente non sa se le norme che esso va a porre riusciranno o no a portar ordine nella materia che esso vuol disciplinare. Il riscontro sui fatti dà quindi la possibilità di stabilire che sorta di istituto giuridico è nato dal concorso delle norme poste dal legislatore e dagli istituti giuridici preesistenti, taluni dei quali certamente rimasti al di fuori della rappresentazione preliminare che il legislatore si era stabilito» (94).

L'antica aspirazione della scienza all'alleanza con la legislazione si

(92) M.S. GIANNINI, *Carattere delle Costituzioni moderne*, cit., 129.

(93) M.S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, cit., 837.

(94) M.S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, cit., 839, dove menziona subito l'esempio della giustizia amministrativa.

ritiene dunque riuscita nel diritto privato grazie alla costruzione per istituti, e viceversa frustrata nel diritto pubblico per via della sua recente formazione, con l'ulteriore risultato che la pratica legislativa procederebbe «per vie empiriche». E tuttavia quello scarto non conduce alla giurisprudenza dei concetti. Prelude piuttosto all'analisi dei risultati di combinazioni non previste, o delle conseguenze inattese. Con la spregiudicatezza intellettuale consentita a chi ritiene che, se le norme non si comprendono senza i fatti, a loro volta i fatti non parlano mai da soli.

GIANNINI E LA PREPARAZIONE DELLA COSTITUZIONE

SABINO CASSESE (*)

SOMMARIO: 1. Continuità o frattura nella storia costituzionale italiana? — 2. Giannini riformatore e la preparazione dell'Assemblea costituente. — 3. Giannini nella Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato: metodo, principi ispiratori e proposte. — 4. La relazione di Giannini al congresso del Partito socialista. — 5. Gli ideali costituenti di Giannini. — *Appendice*: «Rapporti tra Stato e cittadini attinenti all'eguaglianza e alla solidarietà sociale». «Mozione per l'Assemblea costituente».

1. La storia costituzionale dell'Italia unita si è svolta nel segno della continuità; o, meglio, sulle fratture è prevalsa la continuità ⁽¹⁾. L'accentuazione retorica della discontinuità prodotta dalla Costituzione repubblicana deriva da esigenze politiche di volta in volta diverse, prima la necessità di sottolineare il patto costituzionale iniziale, contro la frattura prodottasi nel 1947; poi l'esigenza di accentuare il ruolo del Parlamento, la sua «centralità», come luogo nel quale forze politiche divise potessero mettersi d'accordo; infine, il bisogno di valersi della Costituzione come scudo nei confronti di minacciate inversioni nel senso cesaristico.

La migliore dimostrazione di questa conclusione sta nella ricostruzione delle aspirazioni e degli ideali costituenti, che consente di porre a raffronto questi con il testo costituzionale. Nessuno meglio di Massimo Severo Giannini può servire a questo scopo, considerato il suo forte impegno politico negli anni di preparazione della Costituzione, la sua intensa attività volta a porre le fondamenta dell'Assemblea costituente e la sua indiscussa preparazione tecnica.

(*) Ringrazio Bernardo Giorgio Mattarella, Marco Pastorelli e Giulio Vesperini per i commenti a una prima stesura di questo scritto.

(1) Ho cercato di dimostrare questa conclusione in S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, il Mulino, 2014.

Giudizio storico sull'esperienza costituzionale italiana e valutazione su ciò che andava fatto erano per Giannini chiari. Li espone in uno scritto su «le costituenti nella storia» ⁽²⁾ nel quale osservava che «lo Stato italiano non seppe darsi [...] delle istituzioni idonee, atte a porre in essere i presupposti di una autentica democrazia. E difatti, fino alla prima guerra mondiale, l'Italia ebbe un regime che può dirsi parlamentare, liberale, ma non democratico: è questa una certezza [...]». «Vi era, quindi, anche prima del fascismo, una profonda “crisi dello Stato”. Tutti ne parlavano. “Le istituzioni non seguivano lo sviluppo delle forze sociali”». Per Giannini, lo Statuto albertino servì a raggiungere l'unità. Poi, «il mezzo giuridico non rispose più bene», perché «occorreva [...] una sana democrazia». Conclude: «occorre, dunque, alla fine, rompere questo cerchio».

Dunque, per Giannini, che allora aveva un ruolo molto attivo e importante nella seconda più grande forza politica, il partito socialista, occorreva una cesura netta, una frattura, che, però, poteva non essere rivoluzionaria e svolgersi con «mezzi costituzionali», come egli stesso sottolineò, in polemica con i suggerimenti rivolti dal governo americano con una lettera del 24 gennaio 1946 al governo italiano ⁽³⁾.

In questo scritto esaminerò, dunque, prima il ruolo di Giannini riformatore e la preparazione dell'Assemblea costituente; poi le proposte di Giannini nella Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, infine la relazione di Giannini al congresso del Partito socialista.

2. Comincio con l'osservare che, accanto all'attività di analista del diritto positivo, di ricostruttore di istituti giuridici e di comparatista, Giannini ha svolto anche una intensissima attività di riformatore. Si può dire che non vi sia campo del diritto pubblico nel quale non abbia lasciato il segno di progettista di nuovi assetti.

Un momento particolarmente felice fu quello dell'immediato dopoguerra e, in particolare, i mesi a cavallo tra il 1945 e il 1946, quando Giannini fu impegnato nella preparazione dell'Assemblea costituente e della nuova costituzione e nella progettazione della carta. Le vicende

⁽²⁾ Editrice Avanti, Milano-Roma, 25-27, ripubblicato in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 415, con saggio introduttivo di M. MACCHIA, *Il contributo alla “coscienza costituente” di Massimo Severo Giannini*.

⁽³⁾ La lettera fu commentata da Giannini su *Avanti!* del 24 febbraio 1946 in un editoriale su intitolato *Gli americani e la nostra Costituzione*.

esterne di quest'attività sono state ricostruite da Giannini stesso e da Guido Melis, Claudio Franchini, Bernardo G. Mattarella, Marco Pastorelli e Marco Macchia, per cui mi soffermerò solo sull'apporto di idee, sulle linee di fondo del suo pensiero relativamente alla nuova carta.

Nel periodo ora indicato, Giannini fu attivo su tre diversi fronti, quello della stampa di partito (*Avanti!*, *Socialismo* e *Bollettino dell'istituto di studi socialisti*; più tardi scriverà anche su *Europa socialista*), quello della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (seconda Commissione Forti), quello della vita di partito (in particolare, la partecipazione al 24° congresso del Partito socialista italiano, tenutosi a Firenze dall'11 al 17 aprile 1946). Gli interventi sulla stampa sono necessariamente episodici. Più organici quelli attinenti agli altri due fronti, sui quali mi soffermerò.

È necessario, tuttavia, prima ricordare alcuni elementi della storia «esterna» della preparazione della Costituzione. Fu Giannini stesso, insieme con Giuliano Vassalli, a discutere con Nenni (vice-presidente del consiglio e ministro incaricato di preparare l'Assemblea costituente, nel governo Parri), nell'estate 1945, l'opportunità di costituire un vero e proprio ministero ⁽⁴⁾. Giannini aveva ben chiaro che il ministero non doveva preparare un progetto di costituzione, perché non era ancora stato sciolto il nodo istituzionale, a seguito del compromesso di Salerno. Doveva preparare la convocazione dell'Assemblea e la legge elettorale (con il Ministero dell'interno) e facilitare il lavoro dell'Assemblea, raccogliendo il materiale conoscitivo di base. Queste idee furono esposte da Giannini nelle riunioni plenarie della Commissione Forti tenute nel novembre 1945 e il 22 febbraio 1946 e in una conversazione radiofonica su «I compiti del governo per la formazione della Costituente» ⁽⁵⁾.

Nel 1945 Giannini espresse anche la sua opinione sul compito dell'Assemblea costituente, in ben due occasioni, sostenendo che

⁽⁴⁾ G. MELIS, *Giannini e la politica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1250 ss.; C. FRANCHINI, *Giannini legislatore*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1279. Giannini stesso è stato, però, incerto nel ricordare chi abbia per primo avanzato l'idea di un vero e proprio ministero, se Nenni, oppure lui stesso: si veda M. PASTORELLI, *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini I, 1939-1950*, Milano, Giuffrè, 2012, 179.

⁽⁵⁾ Il testo è in «Bollettino di informazione e documentazione del Ministero per la costituente», A. II, 1946, 28 febbraio, 17. Di questo Bollettino furono pubblicati, con cadenza decadale, ventitre numeri più due supplementi, dal 20 novembre 1945 al 25 giugno 1946.

l'Assemblea doveva essere «il primo organo costituzionale dello Stato», seguire la via della legalità, e quindi differenziarsi alle assemblee giacobine (che molti in quel momento temevano), non essere né un comitato co-governativo, né una assemblea succedanea della Camera dei deputati, che doveva preoccuparsi della Costituzione e di alcune leggi fondamentali, non della legislazione ordinaria, né del governo, ma doveva eleggere il Capo provvisorio dello Stato (6).

In tutta la fase preparatoria della Assemblea costituente, Giannini fu critico dell'assenza di idee costituenti e delle «declamazioni politiche» (7). Di idee costituenti egli ne propose molte, fu anzi l'autore di un autentico nuovo e veramente rivoluzionario disegno costituzionale, ciò che permette di misurare ciò che realmente accadde rispetto a quanto avrebbe potuto accadere e di valutare, quindi, i risultati effettivi a raffronto con le aspettative e le speranze.

L'Assemblea costituente fu eletta il 2 giugno 1946, sulla base del decreto legislativo luogotenenziale 16 marzo 1946, n. 98. Fu insediata il 25 giugno 1946. La durata, prevista per otto mesi, prorogabili di altri quattro, fu più volte ulteriormente prorogata al 31 gennaio 1948. Giannini non ne fece parte, nonostante che lui stesso si aspettasse forse di esservi candidato (8) e che altri che lavorarono intensamente con lui nel 1945-1946, come Costantino Mortati, lo avessero auspicato e l'attendessero.

3. Prima di passare in rassegna le singole proposte di Giannini, è bene chiarire i principi e il metodo che le ispirarono.

Gli interventi e le proposte di Giannini furono tutti ispirati a un disegno razionalizzatore formatosi sulla base dell'analisi della storia costituzionale italiana e dell'esame delle esperienze straniere. Linee portanti furono la riduzione della distanza tra Stato e cittadino, il monocameralismo, la stabilizzazione del governo, la semplificazione della struttura territoriale.

Questo disegno venne presentato nelle discussioni in modo flessibile, sempre ispirato a spirito pratico, attento all'analisi delle funzioni e alla storia, non ideologico, mai per partito preso, preoccupato di non

(6) M.S. GIANNINI, *L'Assemblea costituente* (1945), ora in M.S. GIANNINI, *Scritti (1939-1948)*, II, Milano, Giuffrè, 600 e *Sull'Assemblea costituente*, ora in M.S. GIANNINI, *Scritti*, X, Milano, Giuffrè, 142.

(7) M. PASTORELLI, *L'opera giuridica*, cit., 181-182.

(8) M. PASTORELLI, *L'opera giuridica*, cit., 321.

sovraccaricare la Costituzione, per salvaguardarne la rigidità, e nello stesso tempo della coerenza delle sue diverse parti ⁽⁹⁾.

Una ulteriore componente del disegno gianniniano è l'attenzione al «contrasto tra il principio e la realtà», come disse nell'aprile 1946 al congresso fiorentino del Partito socialista ⁽¹⁰⁾. Ciò lo spinse a sostenere che non basta elencare diritti, bisogna anche indicare rimedi giurisdizionali e modi concreti per salvaguardarli, come indennizzi e risarcimenti.

Giannini partecipò alle due riunioni del novembre 1945 della Commissione Forti in seduta plenaria (in cui si discusse sui compiti della Commissione e Giannini sostenne la tesi secondo la quale compito della Commissione era compiere studi e inchieste, non preparare progetti) e alla prima sottocommissione «problemi costituzionali» della Commissione Forti non in quanto capo di Gabinetto del Ministro Nenni, ma come «professore ordinario università, socialista» (così fu indicato nei verbali), per cui in rappresentanza del ministero era presente invece Mariano Spatafora, consigliere della Corte dei conti, capo dell'Ufficio legislativo. A venticinque delle complessive trentasette sedute della sottocommissione fu presente Giannini. Fu assente in particolare alle sedute tenutesi nell'aprile e giugno 1946, nella fase finale, specialmente nella seduta del 15 giugno, quando si discusse la sua relazione su «i rapporti tra Stato e cittadini attinenti alla eguaglianza e alla solidarietà sociale».

Nelle sedute del 5 e 8 dicembre, Giannini sostenne la tesi, da lui esposta nella relazione, per cui la costituzione dovesse essere rigida ma non anelastica. Lasciò aperta la questione di eventuali norme irrevocabili. La rigidità era necessaria per garantire «certe fondamentali istanze di libertà»; l'elasticità per «consentire tutte le modifiche, anche profonde, richieste dalle esigenze della vita politica, economica e sociale». Se su questa impostazione di Giannini tutti furono d'accordo, tuttavia, poi seguì un'ampia discussione sui modi in cui assicurare

⁽⁹⁾ G. D'ALESSIO (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della "Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato" (1945-1946)*, Bologna, il Mulino, 1979, 355, 359, 370. In questo volume sono pubblicati gli accurati verbali della Commissione Forti e delle sottocommissioni, ritrovati nella biblioteca giuridica pisana, dove molto probabilmente erano stati depositati tra il 1953 e il 1958 dallo stesso Giannini. I verbali furono studiati nell'ambito di una ricerca storica sul diritto amministrativo e poi pubblicati a cura di D'Alessio nel volume citato.

⁽¹⁰⁾ M.S. GIANNINI, *Lo Stato democratico repubblicano* (1946), ora in M.S. Giannini, *Scritti (1939-1948)*, cit., 728.

l'elasticità, e cioè le modificazioni costituzionali. Giannini aveva esposto, nella relazione, la tesi che le modificazioni della costituzione dovessero essere fatte con procedura speciale, ma né troppo facile, né troppo complessa o macchinosa. E aveva sostenuto che la rigidità comportava norme generali di contenuto ampio, ma non astratto. Nella discussione furono affacciate cinque diverse tesi. Giannini sostenne che la Costituzione doveva poter essere modificata con una maggioranza «fortemente qualificata», ma questa soluzione non fu accolta ⁽¹¹⁾.

Al controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi furono dedicate le sedute dell'8, 12, 18, 23 e 28 gennaio 1946. Giannini sostenne la tesi che il controllo di costituzionalità dovesse essere accentrato in una corte costituzionale speciale e che ci si potesse accedere con azioni individuali e con azioni collettive (spettanti ai gruppi minoritari e agli enti autarchici territoriali, nonché ai partiti, se giuridicamente riconosciuti); nel primo caso con giudicato efficace solo per il caso deciso, nel secondo con efficacia generale. Sostenne che il controllo dovesse essere giurisdizionale, i giudici nominati a vita o per un lungo periodo, il termine per impugnare lungo, la Corte libera di valutare gli effetti temporali dell'annullamento nei singoli casi. Si espresse contro l'introduzione dell'azione popolare ⁽¹²⁾.

Dopo le sedute del 2 e del 6 febbraio 1946, dedicate alla tutela delle minoranze, in cui Giannini sostenne la tesi del riconoscimento delle minoranze alloglotte, oltre che di quelle allogene, nonché delle unità territoriali mistilingui ⁽¹³⁾, le sedute del 12 e 16 febbraio furono dedicate ai rapporti internazionali nella Costituzione. Giannini sostenne che una norma sulla «politica di pace» e di «rinuncia» alla guerra sarebbe divenuta «principio generale di diritto dell'ordinamento giuridico italiano, capace di produrre veri e propri effetti giuridici» e si espresse contro il divieto di stipulare trattati il cui contenuto contrastasse con obblighi internazionali precedentemente assunti dallo Stato e tuttora in vigore ⁽¹⁴⁾.

Giannini fu poi particolarmente attivo nelle sette sedute dedicate,

⁽¹¹⁾ G. D'ALESSIO (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, cit., 93, 97, 122, 118.

⁽¹²⁾ G. D'ALESSIO (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana*, cit., 144, 171, 176, 179, 184, 181, 189, 191, 198.

⁽¹³⁾ G. D'ALESSIO (a cura di), *op. cit.*, 214-216.

⁽¹⁴⁾ G. D'ALESSIO (a cura di), *op. cit.*, 218 e 224.

dal 21 febbraio al 28 marzo 1946, ai «diritti individuali». Giannini sostenne la tesi che i diritti di libertà fossero «veri e propri diritti pubblici subbietivi». Per la loro «affermazione concreta» dovevano essere «direttamente azionabili». Essi dovevano esser tenuti distinti dai «diritti di eguaglianza che richiedono una valutazione più complessa», «che implica ad esempio anche l'eguaglianza sociale». Si espresse a favore della responsabilità del funzionario in caso di arresto e per la perquisizione del domicilio assolutamente ingiustificato e del diritto del cittadino colpito di richiedere un indennizzo. Sostenne la necessità di norme generali in materia di libertà del domicilio e di manifestazione del pensiero, rinviando la trattazione a una legge costituzionale particolare. Si espresse per garantire anche persone giuridiche, società ed enti privati di interesse pubblico. Manifestò un punto di vista contrario alla costituzionalizzazione dell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi, sostenendo che questo doveva trovare la sua sede nella legge generale sulla pubblica amministrazione. Invece, fu «pienamente favorevole a stabilire il risarcimento per atti illegittimi, [...] connesso con un altro principio, cioè che la pubblica amministrazione non può abusare né dei propri poteri, né dei propri diritti. [...] La codificazione concreta del divieto dell'abuso del suo potere da parte della pubblica amministrazione potrebbe ovviare a quelli che sono gli inconvenienti molto gravi che oggi purtroppo si lamentano. Si eviterebbe il trascinare in lungo le pratiche col gusto di far ritornare molte volte le persone negli uffici, il non curarsi del servizio e così via». Intervenne sull'obbligo di compensare i «sacrifici» imposti, sui limiti al diritto di voto (esprimendosi in senso contrario), sull'obbligo di partecipare alla vita dello Stato (esprimendosi in senso favorevole) ⁽¹⁵⁾. Si espresse a favore di una affermazione solenne della libertà di associazione, rimettendo a una legge organica i casi speciali e la disciplina delle associazioni «che vivono con pubblico denaro» e per quelle a carattere militare ⁽¹⁶⁾.

Sugli enti territoriali, la cui disciplina fu trattata nelle sedute dedicate ai diritti di libertà, Giannini affermò che «due sono i principi fondamentali da inserire nella Costituzione: che i confini non possono essere variati se non per legge e che gli organi debbano essere elettivi»

⁽¹⁵⁾ G. D'ALESSIO (a cura di), *op. cit.*, 238-240, 242, 244, 272, 274, 290, 299-300, 303-304, 313, 317, 319, 324-325.

⁽¹⁶⁾ G. D'ALESSIO (a cura di), *op. cit.*, 355 e 359.

e che «al posto della Regione venga creata una federazione obbligatoria di comuni»⁽¹⁷⁾.

Le sedute dal 2 aprile al 7 maggio vennero dedicate a governo e Parlamento. Giannini espresse più volte un punto di visto cauto, preoccupato della coerenza del sistema, sostenendo che molte soluzioni dipendevano dalla distribuzione dei poteri che la futura Assemblea costituente avrebbe adottato. Sul potere di scioglimento del Parlamento si espresse nel modo seguente: «[...] tutti e due i sistemi accennati, sia lo scioglimento automatico, sia lo scioglimento ad opera del Capo dello Stato, presuppongono la soluzione di altri problemi costituzionali: personalmente teme sempre che il Capo dello Stato a un certo momento faccia un colpo di forza e sciolga la camera [...]. In questa situazione attribuire al Capo dello Stato poteri così grossi può essere pericoloso». Sulla fiducia al governo disse: «[...] il problema è nel modo come si manifesta o meno questa fiducia nel Parlamento. Vi è una esperienza in Italia, in Francia e in altri paesi, in cui il sistema parlamentare è degenerato in sistema parlamentarista». Per cui concludeva «che il sistema dell'elezione del Capo del Governo da parte del parlamento venga incontro a questa esigenza di maggiore stabilità che si sente dovunque».

Dopo essersi espresso a favore del voto di censura a singoli ministri, per una definizione dei reati ministeriali e per la separazione tra responsabilità politica e responsabilità penale, Giannini si battette, rimanendo soccombente, per un sistema monocamerale, per evitare doppioni, salvo che si volesse assegnare alla seconda camera un compito di rappresentanza degli interessi, di rappresentanza delle regioni (che avrebbero, però, dovuto avere rilevanza costituzionale) o di rappresentanza aristocratica. Si disse contrario al referendum in caso di conflitto tra le due camere, e favorevole invece a sedute comuni delle due camere; favorevole a una eguale durata delle camere, contrario allo scioglimento di una sola camera; favorevole al potere di una minoranza di promuovere inchieste parlamentari; favorevole al potere di veto, non di sanzione, del Presidente della Repubblica nella formazione delle leggi; contrario alla costituzione di commissioni e di uffici parlamentari, rilevando che le commissioni «formate da poche persone sono più esposte alle influenze esterne che le Assemblee»; favorevole al potere di scioglimento, ma anche a casi di scioglimento automatico

(17) G. D'ALESSIO (a cura di), *op. cit.*, 326-327.

(in caso di guerra, ad esempio); favorevole al divieto dei decreti legge, salvo i decreti-catenaccio e il periodo di scioglimento delle camere.

Le proposte più interessanti avanzate da Giannini furono però quelle in materia di leggi. Sulla iniziativa delle leggi prima «svolse la tesi [...] — ispirata dalla preoccupazione di arginare il fenomeno della instabilità e sovrapproduzione delle leggi — di togliere tale iniziativa al Governo attribuendola ad organi intermedi tra il Governo e le Camere, che attingano la loro autorità allo stesso potere legislativo e siano a contatto continuo e permanente col Governo. [...] Dovrebbero avere una funzione prevalentemente ma non esclusivamente deliberativa; potrebbero essere eletti dalle Camere riunite oppure da una sola Camera; ovvero anche dal corpo elettorale; ed anche, eventualmente, parte dalla Camera, parte da corpi interessati, parte da enti locali» (18).

4. Come notato, Giannini non partecipò ad alcune sedute di aprile della sottocommissione. Furono giorni che lo videro impegnato al 24° congresso fiorentino del Partito socialista italiano (11-17 aprile), al quale presentò la relazione su «lo Stato democratico repubblicano», seguita dalla mozione sullo «Stato repubblicano», approvata dal congresso. La relazione e la mozione, opera di Giannini, contengono un vero e proprio disegno costituzionale.

Nel 1991, Giannini, ricordando il progetto istituzionale socialista, riferirà che, se lui stesso era l'autore della relazione, aveva ricevuto tuttavia apporti da Morandi, Basso, Targetti, Luzzatto, Olivetti e da altri. Sulla relazione non vi fu nel congresso una discussione; essa venne approvata senza cambiamenti. Il partito socialista, quindi, si presentò alla Assemblea costituente con una propria relazione, come il partito della Democrazia cristiana. Riferirà, inoltre, Giannini che «personalmente non condividevo neppure alcune delle proposte della relazione, che trovavo troppo timide: ero fautore d'una forma presidenziale con contropoteri, dell'elezione politica secondo il sistema uninominale, d'un più nitido sistema di autogoverno, e così via». Queste proposte però si scontrarono con l'opposizione della commissione di partito (19).

(18) G. D'ALESSIO (a cura di), *op. cit.*, 365-366, 368, 370, 372, 377, 402, 407, 453-454, 456-457, 458, 545-548, 550-552, 571-572, 578-579, 584, 595, 601, 631.

(19) M. S. GIANNINI, *Il progetto istituzionale socialista del '46. Considerazioni a quasi mezzo secolo di distanza*, in «Mondo Operaio», 1991, gennaio, ora in *Id.*, *Scritti*, IX, Milano, Giuffrè, 2006, 79 ss. Giannini continua osservando che nella prima parte

La relazione partiva da due constatazioni: distacco tra Stato — apparato e popolo e contrasto tra i principio e la realtà. Notava, sul primo, la «profonda disaderenza che si verifica tra lo Stato come insieme di pubblici poteri, come apparato, da una parte, e popolo, come gruppo organizzato di cittadini consapevoli, dall'altra» (20). Osservava, per il secondo, che «l'insidia maggiore [...] si trova non già nell'enunciazione generale e nelle norme fondamentali, bensì nelle disposizioni di attuazione e di regolamentazione secondaria» (21). Di conseguenza, la mozione dichiarava che compito della Assemblea costituente doveva essere «quella permeazione tra popolo e Stato in cui consiste l'intima struttura della democrazia».

Nella relazione Giannini sosteneva che «nella carta costituzionale si debbano stabilire non solo delle enunciazioni, ma delle disposizioni idonee a garantire il cittadino sia contro gli arbitri del legislatore da un lato, sia contro gli arbitri dell'esecutivo dall'altro». Contro gli arbitri del legislatore la carta doveva stabilire disposizioni «più precise» e prevedere il controllo della costituzionalità delle leggi «che non potrà mancare nella futura costituzione». Contro l'arbitrio dell'esecutivo, Giannini prevedeva la «possibilità di azionare i diritti subbiettivi»: «lo Stato risponde per i danni causati dai suoi organi nel limitare, sia pur legittimamente dal punto di vista formale, le attività dei cittadini, sempre che sia riscontrabile una disattenzione o una negligenza da parte degli organi esecutivi stessi» (22). La mozione ribadiva la proposta dicendo che le libertà dovevano essere «rafforzate con lo stabilire la possibilità di chiamare indirettamente in giudizio lo Stato e col versare al cittadino leso una giusta indennità».

Sull'eguaglianza, Giannini sosteneva che non bastasse l'enunciazione in formula generale e che occorresse anche «enunciare un principio generale il quale dica che spetta all'azione dello Stato eliminare le disuguaglianze che si producono nella collettività e che siano imputabili a fatti attinenti al corpo sociale stesso». L'«azione dello

della Costituzione le sue idee vennero accolte, mentre per la seconda i socialisti «s'adagiarono sulla linea di Ruini», nonostante le sue insistenze nel piccolo comitato di saggi che Ruini aveva costituito intorno a sé. Lo scritto del 1991 è importante non solo perché ripercorre le proposte del 1946, ma anche perché spiega che cosa aveva ispirato la parte sui diritti sociali: «i nuovi istituti positivi introdotti da quarant'anni di battaglie politiche socialiste».

(20) G. D'ALESSIO (a cura di), *op. cit.*, 727.

(21) G. D'ALESSIO (a cura di), *op. cit.*, 728.

(22) G. D'ALESSIO (a cura di), *op. cit.*, 728-729.

Stato si svolgerà nel senso di fornire a chiunque gli elementi base, di fornire abitazioni civili, di organizzare e assicurare un'adeguata protezione sociale. In taluni casi, come per esempio l'educazione, potrebbe perfino riconoscersi ai cittadini un vero e proprio diritto pubblico subbiettivo verso lo Stato ad ottenere un'adeguata prestazione» (23). La mozione ripeteva in termini quasi analoghi la proposta di introdurre nella Costituzione il principio di eguaglianza sostanziale.

Alle «libertà patrimoniali», relative a proprietà e impresa, doveva essere posto accanto — secondo Giannini (la mozione ripeterà gli stessi concetti negli stessi termini) — «il principio che la proprietà di certi beni o di beni di certe dimensioni comporta per sua natura anche un onere, ossia un dovere pubblico, in base al quale deve essere usata o utilizzata in modo da giovare all'interesse generale della collettività», con rinvio alle leggi speciali (24).

Seguiva una generale enunciazione del principio di autogoverno, come criterio di ricostruzione dello Stato «dal basso»: «è molto più importante rivolgere la nostra attenzione ai problemi delle strutture amministrative minori, anziché ai problemi delle strutture costituzionali essenziali, poiché è sempre accaduto che i primi condizionano i secondi e non già viceversa, come si crede comunemente». In consigli di gestione, sindacati, enti locali, partiti, occorreva, secondo Giannini, affermare il principio dell'autogoverno. I consigli di gestione dovevano anche esser correlati agli organi dei ministeri, in modo che funzioni pubbliche potevano essere svolte da «funzionari eletti dal basso» (25). La mozione rifletteva queste scelte.

Sull'organizzazione territoriale, Giannini proponeva una netta separazione di funzioni locali e statali, un limite minimo di cento mila abitanti per i comuni, definiti comunità, federazioni di comuni e aree metropolitane, un massimo di dodici regioni, unificazione di tutta l'amministrazione statale periferica «sotto il coordinamento di un personaggio o elettivo o di carriera, che potrebbe avere il nome di governatore, e che sarebbe appunto incaricato di collegare il centro con la regione», libertà statutaria, soppressione della provincia, «troppo ampia sotto certi aspetti e troppo piccola sotto certi altri» (26). La

(23) G. D'ALESSIO (a cura di), *op. cit.*, 729.

(24) G. D'ALESSIO (a cura di), *op. cit.*, 729-730.

(25) G. D'ALESSIO (a cura di), *op. cit.*, 730.

(26) G. D'ALESSIO (a cura di), *op. cit.*, 731.

mozione aggiungeva che le regioni avrebbero dovuto essere riunioni di comunità.

Dopo aver proposto il riconoscimento giuridico dei partiti, con l'affidamento di poteri di controllo e sottoponendoli a controlli, la relazione continuava: «la parte che concerne l'organizzazione è assai meno importante di quanto si creda, una volta che sia assicurata la vitalità di quegli organismi intermedi tra il popolo e il potere centrale, i quali costituiscono la vera anima della democrazia e il più importante strumento per l'esercizio del potere». Proponeva un sistema monocamerale, notando che «in tutti i casi in cui la seconda camera non è stata rappresentativa di determinati gruppi o interessi politici, regolarmente essa ha fatto fallimento». «D'altra parte, la funzione moderatrice che alcuni attribuiscono alla seconda camera, nella maggioranza dei casi, risponde più ad una affermazione che a una realtà; anzi, molto spesso è una deformazione ottica [...]» (27). La mozione aggiungeva che la Camera sarà eletta a suffragio diretto e segreto e «almeno per un primo tempo, anche proporzionale».

Quanto all'iniziativa legislativa, là dove essa spetta soprattutto al potere esecutivo, «ivi la legislazione assume forme disordinate e caotiche»; per cui Giannini proponeva che l'iniziativa fosse limitata alla camera elettiva, che singoli o organi di autogoverno avessero diritto di petizione, con esclusione del referendum, salvo che per questioni di carattere costituzionale o locale (28).

Il Capo dello Stato avrebbe dovuto essere il «guardiano della Costituzione», durare in carica tre o sette anni, essere collegiale, con numero dispari di persone elette in parte maggiore direttamente dal popolo, in parte dall'Assemblea legislativa, adottare atti senza bisogno di controfirma (29). Nella mozione, il Capo dello Stato «assistito da un collegio di 5 membri, potrà sciogliere la Camera, prorogarla, vistare le leggi, fare raccomandazioni al Governo, controllarlo tramite la Corte dei Conti, che da lui dipenderà, nominare parte dei componenti della Corte suprema costituzionale».

Il governo, secondo Giannini, doveva essere composto dal primo ministro, eletto dalla Camera, e dai ministri, nominati dal primo ministro. «Il voto di sfiducia dovrà essere emesso però solo con particolari cautele (maggioranza qualificata, deposito preventivo)».

(27) G. D'ALESSIO (a cura di), *op. cit.*, 732.

(28) G. D'ALESSIO (a cura di), *op. cit.*, 733.

(29) G. D'ALESSIO (a cura di), *op. cit.*, 733.

L'amministrazione doveva essere organizzata per servizi di dimensioni minori, alcuni riuniti in ministeri permanenti (presidenza, esteri, interni, economia, educazione, difesa, finanze — questi ministeri di Gabinetto —, lavoro, protezione sociale, lavori pubblici e urbanistica), altri riuniti di volta in volta in unità maggiori. «Presso ogni servizio dovrebbe istituirsi un ufficio per la razionalizzazione del lavoro: è il mezzo migliore per combattere gli appesantimenti burocratici»⁽³⁰⁾. La mozione seguiva la relazione, ma menzionava tra i ministeri anche uno «per i piani economici».

Infine, Giannini proponeva di costituire un «potere giudiziario» come «corpo autonomo di autogoverno, con proprie norme interne per regolare la carriera dei magistrati [...], la formazione dei quadri, le retribuzioni. A tale scopo lo Stato gli verserà una somma annua. La responsabilità politica spetterà a un ministro - giudice eletto». «Le garanzie della Costituzione spetteranno, in via preventiva, al Capo dello Stato. In via repressiva al tribunale costituzionale»⁽³¹⁾. La mozione aggiungeva: abolizione delle giurisdizioni speciali e istituzione di «Tribunali amministrativi e regionali»; Corte suprema costituzionale eletta parte dal popolo, parte dalla Camera e parte dal Capo dello Stato.

Sia la relazione, sia la mozione concludevano affermando che la forma di governo proposta non era parlamentare, né presidenziale, né assembleare. La relazione aggiungeva che «è una nuova forma di governo, che muove interamente dal popolo (Capo dello Stato — assemblea — governo — tribunale costituzionale), il quale è ricordato allo Stato dagli enti locali e dall'autogoverno, dai partiti e dagli organismi di autogoverno del campo dell'economia»⁽³²⁾. La mozione invece, riprendendo una frase iniziale della relazione, concludeva così: «è una forma in cui i poteri dello Stato si controllano reciprocamente e attraverso l'autogoverno assicurano quella permeazione tra Stato e popolo in cui consiste l'intima natura della democrazia».

5. Giannini, alla fine, «preparò una Carta che non era la sua»⁽³³⁾ (e sulla quale espresse giudizi variamente critici)⁽³⁴⁾, anche se influì,

⁽³⁰⁾ G. D'ALESSIO (a cura di), *op. cit.*, 733-734.

⁽³¹⁾ G. D'ALESSIO (a cura di), *op. cit.*, 734.

⁽³²⁾ G. D'ALESSIO (a cura di), *op. cit.*, 734.

⁽³³⁾ M. PASTORELLI, *L'opera giuridica*, cit., 236.

⁽³⁴⁾ Si vedano i seguenti scritti ora ripubblicati in M.S. GIANNINI, *Scritti, La Costituzione "fluida"*(1949-1954, III, 387); *20° Anniversario della Costituzione. Ciclo di*

specialmente attraverso Lelio Basso, sulla redazione della Costituzione (in particolare, come è ben noto e si è potuto comprendere esaminando le sue proposte e mettendole a raffronto con l'art. 3, secondo comma, della Costituzione, sulla formulazione del principio di eguaglianza, con tutto ciò che ne consegue in termini di garanzie dello Stato sociale) ⁽³⁵⁾.

Secondo Pastorelli, Giannini intese la Costituzione come «norma di organizzazione della società nella struttura dello Stato». Propose un ordine fatto di «un complicato sistema di pesi e contrappesi» ispirato ancora alla dottrina dello Stato persona, anche se dello Stato pluriclasse, e al socialismo di Stato alla Lassalle ⁽³⁶⁾.

È probabile che Giannini non avesse una idea tanto «statalistica» dello Stato, come è dimostrato sia dalla circostanza che egli sottolineava la necessità di partire dal basso, muovendo dal popolo, costruendo forme di autogoverno, per poi arrivare a disegnare il vertice dello Stato, sia dal fatto che egli riteneva che i partiti dovessero essere immessi nel circuito delle funzioni sovrane ⁽³⁷⁾. È comunque certo che quegli ideali costituenti avrebbero potuto, se realizzati, costituire una frattura nella storia costituzionale italiana, una frattura anche non rivoluzionaria, perché realizzata con «mezzi costituzionali», ma che avrebbe rotto il «continuismo» che invece prevalse ⁽³⁸⁾.

lezioni (1963-1969, V, 1010); *La lentissima fondazione dello Stato repubblicano* (1977-1983, VII, 633). Si vedano anche i giudizi espressi in interviste e citati da M. MACCHIA, *Il contributo*, cit.

⁽³⁵⁾ M. PASTORELLI, *L'opera giuridica*, cit., 204. Si vedano anche M.S. GIANNINI, *Costituzione e Stato pluriclasse. Intervista a M.S. Giannini*, ora in M.S. GIANNINI, *Scritti*, cit., VII, 453 e C. GIORGI, *Un socialista del novecento. Uguaglianza, libertà e diritti nel percorso di Lelio Basso*, Roma, Carocci, 2015, 191 ss. nonché, della stessa autrice, *La sinistra alla costituente. Per una storia del dibattito istituzionale*, Roma, Carocci, 1001, 30 ss.

⁽³⁶⁾ M. PASTORELLI, *L'opera giuridica*, cit., 221-229.

⁽³⁷⁾ M. PASTORELLI, *op. cit.*, 192.

⁽³⁸⁾ Nel 1974, Leopoldo Elia osservava: «in nome della continuità dello Stato e della sua persona reale (burocrazia e forze armate sostituite il più presto possibile a tutte le emanazioni dei comitati di liberazione di ogni ordine e grado), De Gasperi eccedette in “continuismo” così come in indulgenza verso il personale già utilizzato dal fascismo» (L. ELIA, *De Gasperi e Dossetti*, in *Nuova Antologia*, A. 109, agosto 1974, n. 2084, 465). Più di trent'anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, nel 1981, Massimo Severo Giannini, tracciando la vicenda della «lentissima fondazione dello Stato repubblicano», osservava che esso «è ancora un edificio in costruzione, per alcune parti anzi malfatto; per altre perfino somigliante ad un bel rudere, come quello di un palazzo imperiale del Palatino. Dire che gli ideali politici della Costituente sono ancora

Delle idee esposte da Giannini, alcune vennero accolte nella Costituzione repubblicana. Altre, la maggior parte, come le «dissenting opinions» di ieri che diventano opinioni di maggioranza di oggi, riprenderanno quota successivamente, finendo nel dibattito degli anni successivi e di oggi, dall'abolizione delle province alla riduzione delle regioni, dal rafforzamento del governo all'abbandono del bicameralismo, alla concentrazione dell'amministrazione periferica. Anche in questo Giannini è stato un precursore.

APPENDICE

Si ripubblicano di seguito due scritti di Giannini non inclusi nella raccolta degli *Scritti*: la relazione su «Rapporti tra Stato e cittadini attinenti all'eguaglianza e alla solidarietà sociale», presentata alla prima Sottocommissione «affari costituzionali» della Commissione Forti, inclusa nei verbali della stessa e pubblicata per la prima volta in G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della «Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato» (1945-1946)*, Bologna, il Mulino, 1979, 380-394 e la mozione che definiva il programma del partito socialista per la Assemblea costituente, presentata e illustrata da Giannini al Congresso nazionale del Partito socialista di Firenze, 11-17 aprile 1946, pubblicata nel «Bollettino di informazione e documentazione del Ministero per la Costituente», A. II, n. 12, 30 aprile 1946, 10.

Rapporti tra Stato e cittadini attinenti all'eguaglianza e alla solidarietà sociale

1. Il termine «diritti sociali» è stato introdotto per indicare quei «diritti» che, ignorati dalle Costituzioni degli inizi dello scorso secolo, si sono poi affermati con sempre maggiore forza, fino a trovare esplicita enunciazione in molte delle Costituzioni moderne. Essi costituiscono uno sviluppo del principio di eguaglianza, su linee che vengono a superare la nuda enunciazione di un'eguaglianza meramente legale contenuta nelle prime dichiarazioni dei diritti.

Il termine «diritti sociali» è pertanto incongruo: e difatti nacque in una ben precisa concezione ideologica, nella quale ai «diritti di libertà», considerati come un patrimonio naturale e inalienabile dell'individuo, si «aggiunge-

vivi, è una beffa, o una truffa, a seconda di chi lo dice» (M.S. GIANNINI, *La lentissima fondazione dello Stato repubblicano* (1981), ora in M.S. GIANNINI, *Scritti*, VII (1977-1983), Milano, Giuffrè, 2005, 657).

vano» questi altri «diritti», derivanti da principi etici superiori che impongono allo Stato di proteggere i più deboli, e quindi traenti fonte dalla società più che dall'individuo. È invece da riaffermare che questa concezione non ha ragion di essere, perché è da considerare facente parte del patrimonio naturale e inalienabile dell'individuo anche il diritto che egli ha verso la collettività ad essere protetto contro quei fatti sociali indipendenti dalla sua volontà, che perturbano il libero svolgimento della propria vita di persona, o ne impediscono lo sviluppo; che anzi in questa fondamentale funzione consiste la specifica ragion d'essere — la specifica eticità secondo certi pensatori — di ogni società umana.

Ma oltre a questa fondamentale ragione che rende inopportuno parlare di diritti sociali, un'altra se ne aggiunge, che consiste nell'essere la locuzione anche inesatta tecnicamente, poiché nelle figure giuridiche comprese in questa categoria non si hanno dei rapporti semplici, come si hanno per esempio per i diritti di libertà, ma rapporti complessi, in cui molto spesso a diritti dei cittadini stanno di fronte altri diritti dello Stato, oppure poteri di collettività varie.

Prescindendo da considerazioni terminologiche e attinenti a punti di carattere generale, e prescindendo anche dall'inquadramento delle figure cui questa relazione si riferisce in figure derivanti dal principio di eguaglianza e in figure derivanti dal principio di solidarietà, inquadramento affiorato in sede di discussione generale sui diritti di libertà; prescindendo anche da un altro inquadramento pure enunciato, in diritti di eguaglianza e figure complesse derivanti dal principio di libertà, di eguaglianza e di solidarietà insieme, qui si preferisce riunire la materia in quattro divisioni: persona umana, famiglia, lavoro, proprietà.

2. A differenza dei diritti connessi al principio di libertà, che possono essere direttamente tutelati in un concreto rapporto giuridico che s'instauri tra Stato e cittadino, per molte delle figure comprese nelle categorie di cui qui si discorre, la tutela opera soprattutto sul piano della costituzionalità delle leggi, in quanto una legge contrastante con un enunciato della Costituzione cade per incostituzionalità: ad esempio, se nella Costituzione è stabilito il principio che le prestazioni dello Stato non devono essere in contrasto con l'eguaglianza dei cittadini, cade una legge che disponga una sovvenzione a certi istituti, la quale si risolva in vantaggio di soli cittadini abbienti.

Quindi, per la maggior parte delle norme attinenti ai rapporti tra Stato e cittadini, comprese in questa categoria, sarà sufficiente la enunciazione costituzionale. Tale enunciazione sarà bene però che sia al massimo possibile precisa ed esatta, per evitare, se troppo lata, di rendere la norma talmente

comprensiva da vincolare ogni sorta di attività pubbliche; se troppo ristretta, di lasciar fuori viceversa alcune forme di attività pubbliche per le quali è opportuna la garanzia costituzionale.

È altresì da avvertire che è bene rifuggire da alcune impostazioni di interesse assolutamente teorico, quale per esempio quella che ha dato il Gurvitch nel suo scritto sui diritti sociali, in cui distingue i diritti dei cittadini in quanto produttori e in quanto consumatori. Ciò perché in pratica, specie in questa categoria, le forme che ricorrono sono complesse, e spesso non è possibile separare diritti da doveri, interessi di produttore da interessi di consumatore.

3. Diritti e doveri relativi alla persona umana (diritti dell'esistenza). Sono questi quei diritti e doveri, del cittadino e dei pubblici poteri, che riflettono non la posizione economica dei cittadini stessi — produttore, lavoratore, ecc. — ma l'esistenza della persona umana, che deve essere tutelata di fronte ai pubblici poteri.

a) Tutela dell'esistenza umana. Lo Stato ha il dovere di tutelare l'integrità fisica e morale della persona. Oltre al divieto delle sanzioni collettive, e della pena di morte nelle leggi penali non di guerra, deriverà da queste norme che dovranno dichiararsi prive di effetto quelle norme giuridiche che daranno corpo a misure lesive della personalità fisica e morale delle persone umane, e soprattutto dovranno dichiararsi nulli o rivedibili i patti interprivati nei quali l'un contraente sia costretto a prestazioni offensive della sua dignità o retribuite con corrispettivi di fame.

b) Diritto al lavoro e dovere di lavoro. Ogni cittadino maggiorenne e capace deve avere il dovere di lavorare. Colui che, per ragioni attinenti alla sua posizione economica o sociale, verrà a godere di redditi, senza lavorare, si vedrà confiscati i redditi stessi.

Corrispettivamente il cittadino deve avere un diritto a lavorare. Se, per ragioni non dipendenti dalla sua volontà, egli si troverà privo di lavoro, ha diritto a percepire indennità di disoccupazione. Il collocamento della mano d'opera costituirà un pubblico servizio.

c) Alimenti e indumenti base. Lo Stato deve anche avere il dovere di fornire, a coloro che non possono procurarseli senza giustificata causa, gli alimenti e gli indumenti fondamentali alla vita.

d) Diritto all'abitazione. Costituisce funzione pubblica il riordinamento urbanistico, inteso non nel senso limitato di riordinamento cittadino, bensì in senso moderno di costituzione di vasti complessi territoriali nei quali abitazione, azienda agricola, fabbriche, comunicazioni e divertimenti siano in funzione armonica reciproca. Spetterà ai pubblici poteri fornire o far fornire

di abitazione civile coloro che non ne possano fruire, per cause non dipendenti dal proprio volere. Tale compito statale si svolgerà sia con una politica edilizia, sia attraverso una redistribuzione degli alloggi.

e) Protezione sociale. La protezione sociale, in tutte le sue forme, dovrà essere un servizio pubblico. I cittadini avranno diritto all'assistenza sanitaria e all'assistenza per incapacità al lavoro prodotta da età o da malattia o da infortunio; la protezione delle madri e dei fanciulli dovrà prendere corpo in diritti, che potranno essere eventualmente esercitati da altri soggetti, in rapporto di sostituzione.

Lo sviluppo fisico e morale dei fanciulli sarà assicurato altresì dal coordinamento statale della educazione fisica e dalla gestione diretta di appositi istituti, in caso di mancanza.

f) Istruzione. Al dovere statale di dare a tutti i cittadini una sufficiente istruzione gratuita, sia come istruzione elementare, sia come addestramento e riaddestramento professionale, corrisponderà il dovere dei cittadini, anch'esso da farsi valere con eventuali sostituzioni, di istruirsi.

Allo Stato è demandato il compito di impartire all'infanzia le prime nozioni per l'educazione dell'intelletto e della coscienza morale, presupposti per la unitaria formazione, su scala nazionale, di un saldo spirito democratico.

Spetterà allo Stato la direzione e il coordinamento delle attività nel campo dell'istruzione, nel quadro della libertà di insegnamento, e lo Stato dovrà intervenire direttamente in caso di mancanza, o di scarsa serietà scientifica e pedagogica.

Spetterà altresì allo Stato porre in essere tutti quei mezzi di educazione finora accessibili solo a ristrette classi (arti, spettacolo, turismo), sì da permettere l'accesso ad essi ai cittadini meno abbienti.

g) Prestazioni allo Stato. Sarà infine opportuno porre la norma in base alla quale le prestazioni, reali e personali, allo Stato, devono essere disposte dalla legge, la quale dovrà anche determinare giuste indennità; che le prestazioni personali non potranno derogare al principio di eguaglianza, e che il cittadino sottoposto a prestazioni personali, quali il servizio militare, o il servizio del lavoro, o qualsiasi altro servizio che sarà istituito, non deve essere privato dell'esercizio della propria libertà fondamentale, né posto in condizioni di diseguaglianza.

h) Prestazioni dello Stato. Le prestazioni dello Stato, in tutte le loro forme, dovranno ispirarsi al principio di eguaglianza sostanziale, sì da evitare il formarsi di privilegi di fatto.

4. Diritti e doveri attinenti alla famiglia. Garantiti i diritti attinenti alla esistenza della persona umana, ed effettivamente data attuazione ai correlativi

doveri statuali, automaticamente si rafforza la indispensabile tutela del nucleo familiare. Il diritto all'abitazione e la funzione urbanistica attribuita allo Stato, sono infatti il primo e più efficace rimedio contro le lusinghe della strada.

All'attuale disciplina dei rapporti familiari dovranno certamente appor-tarsi ritocchi: dovrà migliorare ancora la condizione dei figli illegittimi, il regime dell'assistenza familiare e degli obblighi alimentari; tuttavia non si ravvisa in nessuno di questi casi materia costituzionale, neppure in forma indiretta.

Una norma nella quale, si dicesse, infatti, che è compito dello Stato tutelare e rafforzare il nucleo familiare, raccoglierebbe certo il consenso di tutti; ma si tratterebbe di un principio generale di diritto non scritto, pur tuttavia già vigente, che reso per iscritto assai poco acquisterebbe, essendo quasi impensabile una norma non costituzionale rivolta a non tutelare o a indebolire il nucleo familiare.

Salva rimanendo la disciplina del matrimonio concordatario, si dovrà la ammettere la possibilità di scioglimento del matrimonio civile, in casi determinati dalla legge.

5. Diritti e doveri attinenti al lavoro. Di questa materia si occuperà l'apposita Commissione per il lavoro, onde basterà rinviare semplicemente ad essa. La libertà del lavoro, il diritto al collocamento ad opera dei pubblici poteri, il diritto ai consigli di gestione (diritti del lavoratore a partecipare alla conduzione del lavoro), il diritto alle commissioni interne (diritti del lavoratore ad organizzare i mezzi per garantire le proprie condizioni di lavoro); il diritto a sindacarsi (diritti di associazione per la tutela degli interessi della categoria), il diritto di sciopero, all'equa remunerazione, all'orario di lavoro e alle ferie, all'igiene e alla sicurezza del lavoro (protezione sociale), saranno in tal senso studiati.

6. Proprietà. È opportuno che nelle Costituzioni siano enunciati i sommi principi attinenti alla proprietà, e cioè proprietà privata, doveri pubblici inerenti alla proprietà privata, proprietà collettiva.

Circa la proprietà privata, due formule si presentano: l'una generica, la quale dica che la legge garantisce la piena facoltà di godere e di disporre di certi beni, ai quali ciascuno deve poter accedere e dai quali non può essere privato se non con un atto di ablazione disciplinato dalla legge: ed è la formula usata nel progetto costituzionale francese.

Nell'altra formula possibile dovrebbero indicarsi, per somme linee, con un rinvio alla legge di carattere subordinato, su quali beni il diritto di proprietà privata è garantito; e cioè beni d'uso, abitazioni, fondi agricoli di sostenta-

mento familiare, imprese industriali e agrarie basate sulla immediata collaborazione dei partecipanti, aziende artigiane e professionali.

Tra le due formule appare preferibile la prima, poiché la seconda presenta vari svantaggi: può riuscire incompleta, può riuscire imprecisa oppure richiedere, per essere precisata, una mole normativa che mal si addice ad una Costituzione, e infine può essere inopportuna per l'adito che potrebbe lasciare a interpretazioni restrittive o estensive.

Circa i doveri pubblici inerenti alla proprietà privata, non pare opportuno spingersi, in una Carta Costituzionale, oltre una enunciazione generale, in cui si dica, all'incirca, che della proprietà non può farsi un uso pregiudizievole dei diritti altrui o della utilità generale. Dovrà anche qui inserirsi un rinvio alle singole leggi, in relazione specie alla determinazione di quest'ultima nozione di utilità generale.

Nel disciplinare le forme di collettivizzazione, sembra opportuno che la Costituzione stabilisca il principio che esse debbano impiegarsi per le imprese che si trovino in condizioni ben determinate, e cioè: 1) che siano divenute monopolio di fatto; 2) che abbiano acquistato il carattere di servizio di interesse nazionale; 3) che per la loro importanza o genere di attività possano esercitare un effetto pregiudizievole nel quadro complessivo dell'attività economica.

Non appare consigliabile dire di più, dovendosi rimettere ad una legge generale — i cui estremi formano oggetto di studio da parte di altra Commissione del Ministero — quanto concerne le forme e i modi delle nazionalizzazioni, statizzazioni e municipalizzazioni, socializzazioni, cooperativizzazioni, ecc.

7. Successioni. Il diritto di successione sarà liberamente ammesso tra ascendenti e discendenti, salvi i diritti del coniuge, limitatamente alle aziende industriali, commerciali e agrarie direttamente gestite, agli studi e ai laboratori professionali e di mestiere, all'abitazione. Sui beni non compresi in tali categorie, e su tutte le altre successioni tra soggetti differenti, sarà percepita una imposta progressiva non inferiore, al limite massimo, al 50%.

Mozione per l'Assemblea costituente

La mozione sullo «Stato repubblicano», illustrata da Massimo Severo Giannini, parte dalla premessa che è vano tentare di stabilire una vera unità democratica tra popolo e apparato dei pubblici poteri nell'ambito dello Stato capitalista, nel quale, di fronte al riconoscimento formale della libertà e dell'uguaglianza, sta la sostanziale posizione di privilegio dei gruppi econo-

micamente più forti, che detengono il potere politico. Compito dell'Assemblea Costituente sarà quindi quello di stabilire quella permeazione tra popolo e Stato in cui consiste l'intima struttura della democrazia. Tuttavia nella nuova Costituzione dovrà accogliersi il principio che lo Stato italiano dovrà accettare tutte quelle limitazioni di sovranità che derivino da un eventuale organismo superstatale, quale potrebbe essere richiesto dalla moderna vita internazionale. Per quanto riguarda le libertà civili, le tradizionali libertà delle costituzioni liberali dovranno essere rafforzate con lo stabilire la possibilità di chiamare indirettamente in giudizio lo Stato e col versare al cittadino leso una giusta indennità. Saranno in tal modo regolate le libertà di persona, di domicilio, di corrispondenza, di opinione, di coscienza e di culto. La eguaglianza dei cittadini deve essere garantita dando allo Stato il compito di eliminare le disuguaglianze imputabili ai fatti attinenti allo stesso corpo sociale. Di conseguenza, lo Stato deve fornire equamente tutti di abitazioni civili, di alimenti base, di adeguata protezione sociale (sanità, igiene, previdenza, assistenza, sport) di adeguata istruzione ed educazione. La protezione sociale deve rivolgersi particolarmente alla famiglia e all'infanzia. L'enunciazione del pensiero deve essere libera; la stampa sarà libera da ogni censura preventiva e il sequestro limitato ai casi di delitti.

Saranno garantite le libertà patrimoniali, mobiliari ed immobiliari. Tuttavia ai proprietari di beni di produzione di determinate dimensioni incomberanno pubblici doveri in modo che i beni stessi giovino anche alla collettività. Alla libertà del lavoro dovrà corrispondere il dovere del lavoro. Il Partito Socialista ritiene che sia condizione fondamentale di democrazia assicurare che nei sindacati, nei consigli di gestione, negli organismi locali trovi la più ampia applicazione il principio dell'autogoverno, nel senso che spetta ai cittadini eleggere determinati funzionari pubblici.

I comuni devono essere rispettati quali cellule di vita dello Stato. È però opportuno che i piccoli comuni vengano federati in organismi più ampi, di 75-100.000 abitanti per ovviare alla non funzionalità dovuta alla piccolezza di molti comuni. Questi enti maggiori potranno chiamarsi «comunità» e avranno piena libertà statutaria. Le comunità potranno riunirsi in regioni delimitate come circoscrizioni statali, dotate di autogoverno, con funzionari statali ma eletti dai cittadini. Il Partito Socialista ritiene che questa soluzione del problema regionale concili le esigenze della democrazia, del decentramento e della funzionalità del coordinamento. Alle «comunità» dovranno attribuirsi in esclusiva la polizia locale, l'urbanistica, le opere pubbliche locali e i servizi pubblici locali. Saranno invece affidate allo Stato l'istruzione, l'educazione e la protezione sociale. Le provincie saranno soppresse e la maggior parte dei compiti interni dello Stato saranno decentrati alle regioni.

Il Partito Socialista è favorevole al riconoscimento di uno *status* dei partiti, sulla base delle percentuali dei voti da essi riportati nelle elezioni politiche, attribuendo tale *status* a quei partiti che superino certe percentuali. Ai partiti riconosciuti potranno affidarsi particolari poteri di pubblico controllo, ma potranno istituirsi anche pubblici controlli sui fondi di essi.

Dovrà esservi una sola Camera, eletta a suffragio diretto e segreto e, almeno per un primo tempo, anche proporzionale. La Camera durerà 4 o 5 anni e, ripartita in commissioni, eserciterà il potere legislativo, concorrendo col governo nell'indirizzo politico. Presso i principali ministeri saranno però eletti dei consigli tecnici consultivi, che lavoreranno in collegamento con le commissioni della Camera. L'iniziativa delle leggi spetta soltanto alla Camera. Il *referendum* sarà ammesso nelle questioni costituzionali. Al Capo dello Stato spetterà la funzione di «guardiano della Costituzione». Egli, assistito da un collegio di 5 membri, potrà sciogliere la Camera, prorogarla, vistare le leggi, fare raccomandazioni al Governo, controllarlo tramite la Corte dei Conti, che da lui dipenderà, nominare parte dei componenti della Corte suprema costituzionale. Egli eserciterà i propri poteri senza controfirme, ma potrà essere accusato dalla Camera. Il Governo sarà composto dal Presidente del Consiglio, eletto dalla Camera, e dai Ministri da lui nominati. La Camera darà al Governo la fiducia; ma il voto di sfiducia, distinto dal voto di biasimo, dovrà essere dato con particolare procedura e maggioranza. L'Amministrazione centrale sarà costituita da servizi riuniti in pochissimi ministeri, tra i quali uno per la Presidenza ed uno per i piani economici.

La giurisdizione sarà un corpo autonomo ed indipendente, in parte composta da giudici elettivi (autogoverno). Tutte le giurisdizioni speciali devono essere abolite ed eventualmente sostituite con giurisdizioni ordinarie. Saranno però istituiti Tribunali amministrativi e regionali. Vi sarà una Corte suprema costituzionale, per il controllo della costituzionalità delle leggi e con potere di giudicare il Capo del governo, accusato di reati politici, eletta parte dal popolo, parte dalla Camera e parte dal Capo dello Stato.

La Costituzione sarà rigida, cioè potrà essere modificata solo con particolari congegni.

Questa Costituzione auspicata dal Partito Socialista, si discosta dalla forma presidenziale, da quella parlamentare e da quella assembleare. È una forma in cui i poteri dello Stato si controllano reciprocamente e attraverso l'autogoverno assicurano quella permeazione tra Stato e popolo in cui consiste l'intima natura della democrazia.

MASSIMO SEVERO GIANNINI
E LA DEMOCRAZIA INDUSTRIALE
NELL'IMMEDIATO SECONDO DOPOGUERRA

ALDO SANDULLI

SOMMARIO: 1. L'importanza di un approfondimento. — 2. Gli scritti di Giannini sul *Bollettino dell'Istituto di Studi Socialisti*. — 3. Giannini e la relazione al disegno di legge sui consigli di gestione. — 4. Rodolfo Morandi e i consigli di gestione. — 5. Mario Nigro e la *Democrazia nell'azienda*. — 6. Il disatteso art. 46 Cost. e l'odierno risveglio di attenzione per i consigli di gestione: l'attualità del pensiero gianniniano.

1. Su Massimo Severo Giannini è stato già scritto molto (sia in ordine alla produzione scientifica sia riguardo al ruolo politico e istituzionale) e quasi tutte le principali vicende biografiche sono state oggetto di approfondito scandaglio.

Un periodo ancora poco studiato è quello relativo ai dieci mesi e mezzo trascorsi in qualità di capo dell'Ufficio legislativo del Ministro dell'industria, Rodolfo Morandi, tra il 14 luglio 1946 e il 1° giugno 1947, in seno al secondo governo di unità nazionale, presieduto da Alcide De Gasperi. In quel breve lasso di tempo Giannini diede un decisivo apporto alla stesura del disegno di legge sui consigli di gestione delle aziende, argomento cardine dell'agenda politica di Morandi: disegno di legge che non passò poi il vaglio del Parlamento. Come ricordato da Guido Melis ⁽¹⁾, una testimonianza significativa circa il ruolo svolto da Giannini è costituita da una lettera di Morandi, del 22 dicembre 1946, con la quale, a nome dell'Istituto degli Studi Socialisti, gli si conferisce un premio «in riconoscimento del magnifico lavoro che hai svolto per la redazione del progetto sui Consigli di

(1) G. MELIS, *Giannini e la politica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1259, nt. 38.

gestione» (2). Sul periodo in questione, lo scritto più significativo è attualmente costituito dal terzo capitolo della monografia di Marco Pastorelli (3), dedicato al triennio che va dal 1945 al 1947 e che descrive il ruolo rivestito da Giannini nella ricostruzione istituzionale e costituzionale del Paese: ma solo tre pagine sono dedicate al tema dei consigli di gestione delle aziende.

Una materia, quella in cui si collocano i consigli di gestione, che, come affermato da Giannini in uno scritto del 1951, «è giuridicamente, per i nostri paesi, ancor vergine, e non si può pretendere da nessuno una chiarezza problematica quando è la stessa problematica che deve elaborarsi» (4). Proprio in quel frangente storico dell'immediato secondo dopoguerra, peraltro, il tema fu oggetto di analisi anche da parte di un altro grande studioso del diritto amministrativo, Mario Nigro, la cui prima pubblicazione scientifica — il volumetto *Democrazia nell'azienda*, edito nel 1946 (5) — fu dedicata alla partecipazione dei lavoratori alla gestione aziendale.

Il tema dei consigli di gestione, rimasto pressoché inattuato l'art. 46 Cost., è stato dimenticato, in Italia, per quasi tre quarti di secolo (al netto della brevissima parentesi dei consigli di fabbrica degli anni Settanta e di altri falliti tentativi). Nell'immediato dopoguerra (tra il 1946 e i primi anni Cinquanta), tuttavia, il tema era stato di assoluta centralità nel progetto di rinascita economica e sociale del Paese: basti pensare al dibattito vivissimo che le riviste scientifiche e di opinione produssero intorno a questo argomento (ad esempio, *Critica economica*, diretta da Antonio Pesenti (6); *Rinascita* (7); *Giornale degli econo-*

(2) In *Carte M.S. Giannini*, presso l'Archivio Centrale dello Stato.

(3) M. PASTORELLI, *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini*, I (1939-1950), Milano, Giuffrè, 2012, 177 ss.

(4) M.S. GIANNINI, *Una recente indagine sui «comitati d'impresa» in Francia*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, 271 ss., anche in *Id.*, *Scritti*, III, Milano, Giuffrè, 2003, 438. Lo scritto passava in rassegna i contenuti del libro di P. CHAMBELLAND, *Les comités d'entreprise*, Paris, Rousseau, 1949: pur elogiandone il metodo ed apprezzando la mole di dati, Giannini esprimeva forti critiche alla totale mancanza di inquadramento teorico, sul piano giuridico.

(5) M. NIGRO, *Democrazia nell'azienda*, Roma, Sestante, 1946.

(6) Organo del Centro economico per la ricostruzione (CER), ospitò nei primi anni contributi di intellettuali indipendenti quali Guido Carli, Giorgio Fuà, Benvenuto Griziotti, per poi divenire sempre più organo di partito.

(7) Organo del partito comunista. Si v., tra gli altri, F. RODANO, *Il "nuovo corso"*, in *Rinascita*, n. 10, ottobre 1946.

misti e annali dell'economia (8); e così via), con le istanze socialdemocratiche sacrificate, quale vaso di coccio, nella contrapposizione tra forze comuniste e cattoliche, in epoca di cortina di ferro (9). L'istituto dei consigli di gestione è tornato di recente di attualità (10), non soltanto a causa della grave crisi economica e delle sue conseguenze (elevato tasso di disoccupazione e di dissesti aziendali), ma anche per il risveglio di attenzione scientifica per i temi della democrazia partecipativa, nonché del lento ma costante ridimensionamento del ruolo del sindacato.

Sono almeno tre, dunque, le ragioni che depongono in favore di un'analisi capillare dell'apporto gianniniano al tema generale della partecipazione e della democrazia industriale (11) e a quello specifico dei consigli di gestione delle aziende.

2. Conviene prendere le mosse dai brevi scritti di Massimo Severo Giannini sul tema, per poi estendere l'orizzonte dell'indagine.

I contributi di maggiore interesse sono principalmente tre, tutti pubblicati nel *Bollettino dell'Istituto di Studi Socialisti: Lo Stato democratico repubblicano*, edito nella primavera del 1946 e, quindi, precedente all'incarico di capo Ufficio legislativo al Ministero dell'industria; *Lo sviluppo dei Consigli di Gestione nel mondo*, dato alle stampe nella primavera del 1947 e, dunque, quasi al termine del suddetto incarico; *Contributi al «Piano Socialista». Strumenti della pianificazione (I)*, uscito nell'autunno del 1947, immediatamente successivo al termine dell'incarico.

(8) A. MACCHIORO, *Il problema dei consigli di gestione*, in *Giornale degli economisti e annali dell'economia*, 1946, in ID., *Studi di storia del pensiero economico e altri saggi*, Milano, Feltrinelli, 1970, 671 ss.

(9) Sul contributo fornito dalle scienze economiche al dibattito di quegli anni significativo è il contributo di R. FAUCCI, *Dall'«economia programmatica» corporativa alla programmazione economica: il dibattito fra gli economisti*, in *Quad. fior.*, XXVIII, 1999, 9 ss. e, in particolare, 31 ss., secondo cui, nel dopoguerra, «La politica economica diventa per la prima volta materia di discussione pubblica, una discussione alimentata dai *media*, dai partiti, dai sindacati, dall'imprenditoria. Gli economisti abbandonano il chiuso dei loro studi per diffondere il loro pensiero dalle colonne dei quotidiani, dalle aule parlamentari, dalle tribune congressuali dei partiti». Ruolo che, nei paesi anglosassoni, essi avevano assunto già dagli anni Trenta, a seguito del *New Deal*.

(10) Si v., tra gli altri, *I Consigli di gestione e la democrazia industriale e sociale in Italia. Storia e prospettive*, a cura di G. Amari, Roma, Ediesse, 2014.

(11) Che si utilizzeranno nel presente scritto in modo intercambiabile, pur nella consapevolezza dell'ambiguità delle formule, come ben precisato da S. SCIARRA, *Aspetti del dibattito sulla democrazia industriale*, in *Dem. dir.*, 1977, 149 ss.

Giannini era, all'epoca, componente, dal novembre 1945, del comitato scientifico dell'Istituto di Studi Socialisti, presieduto proprio da Rodolfo Morandi. Dopo la Liberazione, egli fu, assieme a Giuliano Vassalli⁽¹²⁾, tra i collaboratori più stretti di Pietro Nenni, divenendo il principale riferimento giuridico del PSIUP per l'area giuspubblicistica. Sicché, quando Nenni fu nominato Ministro per la Costituente (nonché Vicepresidente del Consiglio) nel primo governo Parri (dal 15 agosto a 10 dicembre 1945) — incarico poi confermato nel primo governo De Gasperi (dal 10 dicembre 1945 al 13 luglio 1946) — Giannini divenne suo capo di Gabinetto. Con il secondo governo De Gasperi, il Ministro per la Costituente fu «degradato» a ministro senza portafoglio e Giannini passò al Ministero dell'industria come capo Ufficio legislativo.

Il documento su *Lo Stato democratico repubblicano* fu pubblicato nel *Bollettino* l'11 aprile 1946, in occasione dell'apertura del XXIV Congresso nazionale del PSIUP e il 17 aprile, a chiusura dei lavori, fu illustrato da Giannini all'Assemblea del partito⁽¹³⁾. È uno scritto militante, di taglio programmatico, finalizzato alle imminenti elezioni del 2 giugno 1946 (nelle quali il PSIUP riscosse un buon successo, risultando il primo partito di sinistra ed eleggendo centoquindici deputati).

La finalità dello scritto è politica, ma esso è scientificamente di notevole rilievo, perché esprime, *in nuce*, le teste di capitolo della spinta riformistica che avrebbe contraddistinto l'attività scientifica di Giannini

⁽¹²⁾ Entrambi i celebri giuristi erano stati attivi nella Resistenza. Entrambi erano figli di noti giuristi, che avevano rivestito incarichi importanti nel ventennio fascista. Filippo Vassalli aveva rivestito un ruolo di carattere tecnico-giuridico, coordinando, per circa un quindicennio, i lavori preparatori del codice civile del 1942 (su Filippo Vassalli, G. CHIODI, *Vassalli, Filippo*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero - Diritto*, Enciclopedia Italiana, Ottava appendice, Roma, Treccani, 2012, 563 ss.). Amedeo Giannini era stato consigliere di Stato e segretario generale del Consiglio del contenzioso diplomatico (1923), ministro plenipotenziario (1924), vicepresidente del Consiglio nazionale delle ricerche (1928), senatore (1934), ambasciatore (1937), fu dal 1936 al 1942 direttore generale degli affari economici al Ministero degli affari esteri (su Amedeo Giannini, G. MELIS, *Giannini, Amedeo*, in *Diz. Biogr. It.*, LIV, Roma, Treccani, 2000).

⁽¹³⁾ Sul punto, M. PASTORELLI, *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini*, cit., 182, nt. 13, il quale ricorda che la relazione presentata in Assemblea fu pubblicata sull'*Avanti!* del 18 aprile 1946 e, in forma sintetica, nell'edizione milanese dell'*Avanti!* del 21 aprile, nonché nel *Bollettino di informazione e documentazione del Ministero per la Costituente* del 30 aprile.

nel corso dell'intera seconda metà del ventesimo secolo. Egli era pervaso da una tensione in direzione di concrete misure riformistiche che rendeva la sua posizione non collimante con quella dei vertici del Partito Socialista (con cui sarebbe entrato ben presto in collisione, fino all'autoemarginazione del 1949 e al totale abbandono dell'attività politica nel 1953 ⁽¹⁴⁾), perché richiamava l'attenzione sull'effettività e sulla concretezza degli interventi strutturali di ricostruzione del Paese ⁽¹⁵⁾.

L'articolo — che contiene, in filigrana, le premesse per la teorizzazione dello Stato pluriclasse — prende le mosse da un tema classico di Santi Romano: quello del rapporto tra Stato e società, nell'ottica ordinamentale e istituzionalista. Il problema dello Stato moderno è, per Giannini, nella netta cesura tra Stato e popolo. I tentativi rivoluzionari succedutesi negli ultimi secoli hanno tentato di ricucire tale strappo: con la rivoluzione francese la lotta tra la libertà e l'eguaglianza si è venuta a spostare dal piano dei principi a quello dell'effettività. Le strutture statali capitaliste tendono più a tutelare esteriormente la libertà che a limitare interiormente l'autorità. L'antitesi tra popolo e Stato può avvicinarsi a soluzione attraverso la semplicità e schematicità dell'apparato statale: «*Il principio di chiarezza sia nell'ordinamento dell'apparato statale sia nei rapporti fra Stato e cittadino, deve quindi presiedere tutte le riforme che noi auspichiamo e deve essere attuato con gelosa attenzione, perché l'insidia maggiore che esso incontra si trova non già nell'enunciazione generale e nelle norme fondamentali, bensì nelle disposizioni di attuazione e di regolamentazione secondaria*». A questo principio si collega quello della «massima permeazione possibile tra le strutture statali e le forze popolari», che «deve potere intervenire in tutti i fatti di organizzazione dei pubblici poteri, quindi nello Stato, negli enti pubblici territoriali e non territoriali, negli organismi sindacali, negli organismi di azienda. La conquista democratica dello Stato si identifica quindi con la formazione di strutture nelle quali i cittadini possano, in ogni momento, far sentire la propria voce e possano controllare l'osservanza delle deliberazioni prese» ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Su questi profili, G. MELIS, *Giannini e la politica*, cit., 1249 ss. e, in particolare, 1260 ss.

⁽¹⁵⁾ Sul tema si v. anche G. D'AURIA, *Giannini e la riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1209 ss.

⁽¹⁶⁾ M.S. GIANNINI, *Lo Stato democratico repubblicano*, in *Bollettino dell'Istituto di Studi Socialisti*, 11 aprile 1946, II, n. 7, anche in *Id.*, *Scritti*, II, Milano, Giuffrè, 2002, 728.

L'idea riformatrice di Giannini emerge in modo chiaro da queste poche righe. Da un lato, lo sviluppo, accanto alla tutela delle libertà, dell'eguaglianza sostanziale, per il tramite di un intervento attivo dello Stato. Dall'altro, l'integrazione tra società e Stato per il tramite di molteplici spinte dal basso, operate attraverso strumenti organizzativi nei diversi settori degli apparati pubblici e privati: modelli che oggi definiremmo di democrazia partecipativa. Un assetto da realizzare in modo pragmatico, stando particolarmente attenti all'attuazione amministrativa della normazione primaria, perché è in quella fase che si innestano i virus che fanno fallire le istanze riformatrici.

Su questi principi di fondo, che permeano il processo di ricostruzione costituzionale del Paese, si sviluppa l'idea dei consigli di gestione delle aziende e, cioè, di «quegli organi di impresa, i quali hanno comunque la funzione di far partecipare i lavoratori dipendenti dall'impresa alla dirigenza dell'impresa stessa» (17).

A questo tema Giannini dedica un breve contributo di taglio storico e comparato (18), volto a ricostruire il percorso compiuto per giungere sino al disegno di legge Morandi, all'epoca all'esame del Parlamento. Il succinto articolo è un distillato della ben più estesa relazione al disegno di legge, scritta dallo stesso giurista romano.

Giannini individua due periodi evolutivi: il primo sino al 1935, il secondo a partire da quell'anno. Nel primo periodo questi strumenti si sono sviluppati con il condizionamento dell'ideologia e della politica, divenendo strumenti di contrapposizione tra capitalismo e proletariato e fallendo proprio per tale ragione. Nel secondo periodo si sono perfezionati quali tecniche di vita associata, con due «tendenze che emergono: la collaborazione tecnica e l'impulso ad operare in ambiti superaziendali» (19). La prima tendenza prevale nell'esperienza nordamericana ed è presente anche in Francia; la seconda si è sviluppata maggiormente in Inghilterra, per il tramite dei *Working parties*. Giannini è particolarmente attratto dalle ricadute ordinamentali di questa seconda tendenza: «i consigli di gestione si pongono come elementi rappresentativi unitari dell'azienda in ordinamenti costituiti, di ambito superaziendale, e cioè di settore industriale, o di distretto, o perfino in

(17) M.S. GIANNINI, *Lo sviluppo dei Consigli di Gestione nel mondo*, in *Bollettino dell'Istituto di Studi Socialisti*, 1-15 maggio 1947, II, n. 2, anche in Id., *Scritti*, II, Milano, Giuffrè, 2002, 799.

(18) M.S. GIANNINI, *Lo sviluppo dei Consigli di Gestione nel mondo*, cit.

(19) M.S. GIANNINI, *op. ul. cit.*, 799.

un ambito di dimensioni nazionali. In tal modo i consigli di gestione vengono ad avere due facciate, l'una interna, relativa all'azienda, l'altra esterna; qualche cosa di analogo a quello che sono gli organi costituzionali di uno Stato, nel loro aspetto interno e in quello internazionale» (20). Ciò va nella direzione di forme di auto-amministrazione dell'industria (il *selfgovernment of industry* auspicato dai socialisti inglesi).

Il disegno di legge Morandi, citato in conclusione della disamina, viene implicitamente inteso quale punto più avanzato delle diverse esperienze in tema di consigli di gestione: con questo innesto legislativo l'Italia passerebbe *d'emblée* da fanalino di coda a capocordata in tema di democrazia dell'azienda. Giannini, estensore della proposta, individua nel disegno i seguenti otto punti qualificanti: «a) duplice funzione dei consigli, l'una intraziendale, l'altra superaziendale; b) nell'esercizio della funzione intraziendale, attribuzione ai consigli di gestione di compiti di consulenza tecnica della direzione dell'impresa, e di limitati compiti deliberativi (propria organizzazione, protezione sociale, distribuzione qualitativa della mano d'opera); c) nell'esercizio della funzione superaziendale, attribuzione ai consigli di gestione di poteri consultivi per lo Stato, di compiti attinenti allo studio della pianificazione e al controllo dell'esecuzione dei piani; d) diritto dei consigli di gestione di essere informati dalla direzione dell'impresa per tutto ciò che è necessario per poter disimpegnare i propri compiti; e) facoltà di proposta e di iniziativa ai consigli di gestione nelle materie attinenti alla propria competenza consultiva superaziendale; f) separazione dei compiti dei consigli di gestione da quelli delle commissioni interne; g) istituzione di comitati di coordinamento dei consigli di gestione, con competenza territoriale, al fine di smussare le deviazioni sezionalistiche cui i consigli di gestione possono dare luogo; h) composizione paritaria dei consigli di gestione ed istituzione di essi in un limitato numero di imprese» (21).

Il terzo scritto, pubblicato sul finire del 1947, sposta l'attenzione, sempre in ottica comparata, sul tema della pianificazione. Si staglia, tra le altre, ancora una volta, l'esperienza inglese, in ordine alla quale Giannini richiama la particolarità dei *Working Parties*. Ad avviso di Giannini, «ciò che caratterizza la pianificazione inglese è il largo posto

(20) M.S. GIANNINI, *op. ul. cit.*, 800.

(21) M.S. GIANNINI, *op. ul. cit.*, 801.

che ad essa è dato dall'autogoverno delle categorie; il che presenta, dall'altra faccia, il pericolo del corporativismo» (22).

Dal secondo e dal terzo contributo si evince il ruolo chiave dei meccanismi di democrazia partecipativa, che forniscono linfa vitale all'assetto pianificatorio, attraverso il fondamentale apporto della società alla elaborazione di esperienze e di linee strategiche. L'auto-governo delle categorie consente di costruire dal basso, dalle energie sociali, il percorso di sviluppo economico, che viene poi elaborato dal vertice pubblicistico sulla base degli *input* che pervengono dai singoli centri di produzione. Contrariamente a quanto era avvenuto sino agli anni Trenta, dove ci si era concentrati più sui riflessi interni alla fabbrica, i consigli di gestione sono per Giannini strumento di rilievo soprattutto per le implicazioni esterne, di tessitura delle nervature dell'apparato pubblico per il tramite delle energie della società civile.

3. Come detto, la relazione di accompagnamento al disegno di legge sull'istituzione dei consigli di gestione nelle imprese industriali e commerciali è, sia per contenuti che per stile, chiaramente frutto dell'elaborazione di Giannini. Ma vi sono anche numerosi ulteriori elementi che depongono in tal senso: nel volumetto di Angelo Di Gioia, del 1952 (23), si cita espressamente Giannini quale autore della relazione al disegno di legge. Parte della relazione è stata poi sunteggiata nello scritto innanzi esaminato sullo sviluppo dei consigli di gestione nel mondo, a ulteriore riprova dell'origine del contributo.

Il documento è molto più di una semplice relazione di accompagnamento: è più ricco e denso rispetto ai tre brevi contributi pubblicati sul *Bollettino dell'Istituto di Studi Socialisti* ed è organizzato come una sorta di saggio scientifico sul tema dei consigli di gestione. Può essere di interesse sintetizzarne i contenuti.

Innanzitutto, la relazione innesta il tema dei consigli di gestione nel grande tronco della riforma costituzionale e istituzionale, quale iniziativa di democratizzazione del Paese: «Il riconoscimento al lavoro della dignità che gli compete e l'effettiva democrazia nelle aziende, hanno costituito le mete di questo movimento: mete che si integrano

(22) M.S. GIANNINI, *Contributi al "piano socialista". I) Strumenti della pianificazione*, in *Bollettino dell'Istituto di Studi Socialisti*, 1-30 settembre 1947, II, n. 10-11, anche in *Id.*, *Scritti*, II, Milano, Giuffrè, 2002, 808.

(23) A. DI GIOIA, *L'intervento dei lavoratori nella gestione delle aziende*, Quaderni di «Notizie economiche», Firenze, n. 2, 1952, 89.

l'una nell'altra, e nelle quali trova una delle sue principali manifestazioni una società democratica effettiva. Perché se è vero che la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese si collega ad un passato di rivendicazioni socialiste, non è men vero che essa oggi non è nei programmi di un unico movimento politico, ma è sentita da moltissimi partiti come mezzo di elevazione della personalità umana, e come mezzo per ottenere il miglioramento della produzione e l'indirizzo di essa per il benessere della collettività».

Si chiarisce subito, pertanto, sin dall'abbrivio, che il disegno di legge nasce in discontinuità con il passato e, in particolare, slegato rispetto alla lotta di classe che era stata costruita, nell'immediato primo dopoguerra, attorno ai consigli di fabbrica. Il fine non è né di pacificazione né di rivoluzione, ma è concentrato sul risultato concreto, che è quello della ricostruzione industriale della Nazione.

Proprio il perseguimento, in passato, di falsi obiettivi ha indotto ad abbandonare questa strada. E, difatti, si segnala che il Paese, il quale, in passato, non era in posizioni di retroguardia sui temi della partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese, «è oggi veramente ultim[o]».

E si pone anche l'accento sulla «gestione» delle imprese, chiarendo che il termine è utilizzato in «un'accezione lata, per significare partecipazione ad organi di azienda aventi funzioni non esecutive»: una sorta di distinzione, in ambito privatistico, tra indirizzo politico e gestione.

Si dipana, poi, un primo tragitto di comparazione tra le diverse esperienze europee e nordamericane in tema di partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese, nell'immediato primo dopoguerra: sono presi in considerazione Gran Bretagna, Unione Sovietica, Germania, Austria, Cecoslovacchia, Norvegia, Lussemburgo, Estonia. Si esamina, in coda, la situazione italiana tra il 1919 e il 1921, con la gestione operaia delle fabbriche dell'area torinese nel 1919, i convegni F.I.O.M. di Firenze (1919) e di Genova (1920) e il fallito progetto Giolitti sulle commissioni di fabbrica del 1921.

Si sviluppa, a seguire, un secondo percorso comparato, dagli anni Trenta alla seconda guerra mondiale: si prendono ancora una volta le mosse dai paesi anglosassoni, Inghilterra e Stati Uniti, dedicando particolare attenzione ai *Working parties* inglesi. Si analizzano i comitati di impresa francesi. E si giunge quindi ad esaminare le vicende italiane tra il 1943 e il 1947.

Si illustrano, infine, i contenuti del disegno di legge, che non fa «che portare su di un piano di disciplina legislativa una realtà che già esiste e che è pregnante di esperienza», ma che si sviluppa attraverso «linee che si presentano con caratteri veramente nuovi», volti al superamento degli schemi tradizionali, che erano soliti distinguere tra organismi di partecipazione operaia all'indirizzo aziendale a carattere collaborativo e a carattere classista. Si mettono da parte gli interessi padronali e quelli lavoristici e si punta «invece sull'interesse complessivo dell'azienda e su quello della collettività» (di qui la composizione paritetica dei consigli di gestione, istituiti nelle imprese con più di duecentocinquanta dipendenti).

La novità è data dal collegamento strutturale tra i consigli di gestione, in modo tale da proiettare questi ultimi in una dimensione superaziendale, che si affianca a quella tradizionale intraziendale: «così avvenne per i parlamenti, che sorti inizialmente per controllare le spese dei re elevarono poi il loro compito a ben più alto e fattivo rango». I consigli vengono pensati, pertanto, quale fondamentale strumento di ricostruzione industriale.

Alla novità organizzativa si affianca il profilo funzionale, consistente nel conferire funzioni pubbliche o di pubblico interesse a tali consessi, che in altri paesi (e, in particolare, in Inghilterra) hanno condotto «gli organismi di democrazia industriale direttamente sul piano della regolazione generale dell'industria, quando non è quello della disciplina dell'economia». La funzione principale del consiglio di gestione è, pertanto, «di porsi nel processo produttivo dell'economia nazionale, conservando però in esso — a differenza di quanto avviene nelle forme corporative o statalistiche — la propria individualità»: «i consigli di gestione costituiscono l'organo mediante il quale l'impresa si pone nell'ordinamento di autoamministrazione». Oltre che far partecipare i lavoratori all'indirizzo generale dell'impresa e contribuire al miglioramento tecnico ed organizzativo della stessa, infatti, finalità precipua e di «creare nelle imprese strumenti idonei per permettere ad esse di partecipare alla ricostruzione industriale ed alla predisposizione delle programmazioni e dei piani di industria che venissero adottati dai competenti organi dello Stato, e per renderne effettuale ed operante l'esecuzione» (art. 1 del disegno di legge).

Ciò soprattutto sulla scorta dell'esempio inglese, che è per l'ennesima volta richiamato ed esaltato: l'esperienza dei *Working parties* è definita «estremamente felice e può dirsi di avanguardia, in quanto realizza una forma di autoamministrazione industriale, passibile di

grandi sviluppi; essa è infatti una forma nella quale vengono superate suggestioni corporative o neo-corporative, sindacaliste o neo-sindacaliste; ciò perché l'unione sul piano verticale avviene direttamente tra le singole aziende, e non già tra organismi intermedi, che a loro volta riuniscano — non interessa qui il modo — le singole aziende medesime». E, difatti, le attribuzioni dei consigli di gestione sono nettamente separate da quelle delle commissioni interne, che rappresentano invece dei veri e propri prolungamenti sindacali all'interno dell'azienda. Il collocamento dei consigli sul piano superaziendale, infine, consente altresì di superare il costituirsi di collusioni padronali-operaie e l'emergere di sezionalismi; a tal fine, sono stati anche previsti comitati di coordinamento dei consigli di gestione, con il compito di smussare le asperità e gli attriti sia all'interno dell'impresa sia all'esterno.

Attraverso tale costruzione Giannini portava ad avanzamento la teoria istituzionalista di Santi Romano, con i consigli di gestione non soltanto strumento di democrazia aziendale, ma nesso istituzionale tra la produzione industriale e l'apparato governativo dello sviluppo economico: «il piano veniva dunque a rappresentare il punto di mediazione tra gli equilibri di mercato del sistema capitalistico e gli obiettivi di riforma strutturale, in primo luogo quelli riguardanti la redistribuzione del reddito, perseguito dai ceti e dalle classi sociali subalterne» (24).

Il disegno di legge, peraltro, oltre a indubbi pregi, aveva anche alcuni limiti, ben individuati da Piero Craveri e richiamati da Giorgio Ghezzi (25). Il rapporto tra consigli di gestione e «organismi di regolazione industriale» era postulato, ma rinviato ad altro atto normativo, sicché si prefigurava un controllo operaio correlato alla pianificazione nazionale, ma senza che la pianificazione divenisse elemento strutturale della politica economica di governo. Il progetto era elaborato in concomitanza con i lavori dell'Assemblea costituente, ma, «come ne è ignorato, così li ignora, nella misura in cui non viene pensato con immediato riferimento alle nuove articolazioni autonomistiche dello Stato che la carta fondamentale va disegnando; ed, anzi, ne prescinde, mentre rinvia al futuro l'indispensabile organizzazione d'un arsenale di

(24) P. CRAVERI, *Sindacato e istituzioni nel dopoguerra*, Bologna, il Mulino, 1977, 187.

(25) G. GHEZZI, *Art. 46*, in *Rapporti economici*, a cura di A. Nigro, G. Ghezzi e F. Merusi, t. III, nell'ambito del *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1980. 93-94.

strumenti istituzionali di controllo pubblico sull'attività economica» (26). C'è, poi, di fondo, nelle teorizzazioni di democrazia industriale, come evidenziato da Giorgio Ruffolo (27), un elemento utopistico nel presupposto del «controllo operaio» dell'impresa: sicché, nella massima parte, si torna a un sostanziale riaffidamento ai dirigenti della funzione imprenditoriale, in nome e per conto dei lavoratori. Critiche simili erano state già mosse, nel 1943, da Pasquale Saraceno, secondo cui le esigenze tecniche di gestione della grande impresa erano destinate a svuotare le istanze di partecipazione alla gestione di essa da parte dei lavoratori (ma anche a sostituire i proprietari con dirigenti stipendiati: tragitto bidirezionale che avviava a una società senza classi contrapposte) (28).

4. È di tutta evidenza che Giannini svolse un ruolo significativo e originale ai fini della elaborazione del disegno di legge sui consigli di gestione delle aziende. Il suo contributo, tuttavia, si inserì in un *humus* favorevole.

Da un lato, l'esperienza italiana dei consigli di fabbrica vantava quindici anni di storia nei primi due decenni del Novecento, a partire dal contratto collettivo siglato dalla F.I.O.M. e dall'Itala nel 1906; essa si era dipanata dalle commissioni interne di fabbrica, che sino al 1919 erano state una sorta di organi decentrati delle organizzazioni sindacali; al tentativo gramsciano dei consigli di fabbrica e di Ordine Nuovo, nel 1919 a Torino, con cui il proletariato aveva mosso alla conquista del potere nei luoghi di produzione; alle occupazioni delle fabbriche del 1920; alla divisione del fronte della sinistra tra comunisti e ordinovisti (con il contrasto tra Bordiga e Gramsci (29)) e tra massimalisti e riformisti (con il contrasto tra Giacinto Menotti Serrati e Filippo Turati); al poco fortunato progetto Giolitti delle commissioni di fabbrica del 1921. La vicenda dei consigli di gestione era ripresa con la

(26) G. GHEZZI, *op. cit.*, 94-95, che rinvia a P. CRAVERI, *Sindacato e istituzioni nel dopoguerra*, cit., 199.

(27) G. RUFFOLO, *La grande impresa nella società moderna*², Torino, Einaudi, 1971, 229-231.

(28) P. SARACENO, *Ricostruzione e pianificazione, 1943-1948*, Bari, Laterza, 1969, in particolare 101 ss.

(29) Per Gramsci i consigli di fabbrica dovevano essere le istituzioni democratiche di un nuovo ordine statale e perciò dovevano essere altro rispetto al sindacato: si v. A. GRAMSCI, *L'Ordine nuovo*, Torino, Einaudi, 1954; ma anche P. SPRIANO, *L'"Ordine nuovo" e i consigli di fabbrica*, Torino, Einaudi, 1971.

caduta del fascismo. La Repubblica Sociale Fascista, con decreto legge 12 febbraio 1944, n. 375, aveva attuato la «socializzazione» delle imprese per il tramite della istituzione dei consigli di gestione. Il Comitato di Liberazione Nazionale Alta Italia (CLNAI), con decreto del 17 aprile 1945, pur abrogando il precedente decreto del 1944, aveva istituito organismi simili, che sorsero a centinaia. Il ruolo emergenziale dei consigli di gestione delle aziende nell'Italia settentrionale appena liberata fu fondamentale ⁽³⁰⁾ ed essi conquistarono, nel volgere dei drammatici mesi successivi alla Liberazione, un significativo ruolo sociale, di emersione dal basso di energie spontanee miranti alla ricostruzione e al riscatto nazionale. Il disegno di legge Morandi, del dicembre del 1946, tentò di trasformare questa energia spontanea in risorsa istituzionale dell'ordinamento giuridico, irregimentando la forza sociale nel corpo dell'assetto istituzionale ⁽³¹⁾.

Dall'altro, il Ministro dell'industria, Rodolfo Morandi, esponente della sinistra del partito socialista, era un approfondito studioso della storia industriale del Paese. La sua *Storia della grande industria in Italia*, la cui prima edizione fu pubblicata nel 1931 ⁽³²⁾, resta un importante contributo di storia economica e politica, tra l'altro edito proprio nel pieno della grande crisi: la ricerca aveva riempito una lacuna nel panorama nazionale ed era stata condotta attraverso il ricorso a documenti e materiali di prima mano. Anche il Sottosegretario, Roberto Tremelloni ⁽³³⁾, oltre che parlamentare socialista, della destra riformista, era uno studioso di economia politica ed avrebbe pubblicato, proprio nel 1947, una *Storia dell'industria italiana contemporanea. Dalla fine del Settecento all'Unità italiana* ⁽³⁴⁾ e poi, alcuni anni dopo, un ulteriore studio che copriva il primo secolo dell'Unità

⁽³⁰⁾ Per una raccolta documentale, tra gli altri, L. LANZARO, *I Consigli di gestione. L'archivio dei Comitati di Torino e del Piemonte*, Centro Studi «Piero Gobetti», Regione Piemonte, Torino, 1991.

⁽³¹⁾ Per una recente ricostruzione storica delle vicende nazionali in tema di consigli di gestione delle aziende, S. MUSSO, *Esperienze storiche di partecipazione: i Consigli di Gestione nel secondo dopoguerra*, in *I Consigli di Gestione e la democrazia industriale e sociale in Italia*, cit., 23 ss.

⁽³²⁾ R. MORANDI, *Storia della grande industria in Italia*, Torino, Einaudi, 1931.

⁽³³⁾ Su Tremelloni si v. M. GRANATA, *Roberto Tremelloni. Riformismo e sviluppo economico*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010; *Roberto Tremelloni. Discorsi parlamentari*, a cura di M. Granata, Roma, Camera dei deputati, 2014.

⁽³⁴⁾ R. TREMELLONI, *Storia dell'industria italiana contemporanea. Dalla fine del Settecento all'Unità italiana*, Torino, Einaudi, 1947.

nazionale ⁽³⁵⁾. Lo stesso Ludovico D'Aragona, Ministro del lavoro e cofirmatario del disegno di legge, era un sindacalista e politico di lunghissimo corso, segretario della Confederazione Generale del Lavoro dal 1918 al 1925 ⁽³⁶⁾.

Al tema dei Comitati di Liberazione Nazionale aziendali Morandi (presidente CLNAI dal 27 aprile 1945) aveva lavorato, sul piano politico, sin dalla Liberazione. In un discorso tenuto al I Congresso dei CLN della Provincia di Milano, il 5 agosto 1945, denunciava «la disgregazione della compagine statale e la decomposizione conseguente della unità sociale ed economica della nazione. [...] Le amministrazioni pubbliche si sono sfasciate. [...] Stremate restano tutte le branche dell'amministrazione se noi vogliamo applicare i criteri più moderati dell'epurazione. La burocrazia intanto boicotta e sabota silenziosamente. [...] Pertanto se noi per risollevarci dal marasma in cui il Paese è stato precipitato propaghiamo i CLN è perché nel Nord essi hanno assunto funzioni effettive nella vita pubblica e poggiano su base di masse, è perché i CLN si sono estesi nel basso compenetrandosi dei bisogni e degli interessi delle popolazioni e così consentono una presa sulla realtà. [...] I Comitati di Liberazione di ogni grado devono sentirsi fattori della ricostruzione nazionale, elementi di un sistema unitario e nell'interesse del popolo; non a quello di aggregati che si isolano dalla collettività, devono ispirarsi. I Comitati di Liberazione sono autorità di popolo, la sola legittima e la sola nella tutela degli interessi e della libertà del popolo: siano come tali il vero fondamento e la forza incoercibile della nuova democrazia» ⁽³⁷⁾. E, alcune settimane dopo, al I Congresso dei CLN per l'Alta Italia, Morandi ribadiva che «I Comitati di Liberazione sono, fino alla convocazione dell'Assemblea Costituente, il solo fondamento legittimo di autorità per lo Stato in Italia. [...] i CLN appaiono veramente costituire, oltre che la sola mediazione che si possa stabilire fra i partiti, anche il solo controllo che

⁽³⁵⁾ R. TREMELLONI, *Cent'anni dell'industria italiana (1861-1961)*, in *L'Economia italiana dal 1861 al 1961. Studi nel 1° Centenario dell'Unità d'Italia*, Milano, Giuffrè, 1961, 187 ss.

⁽³⁶⁾ Per una ricostruzione delle varie e sfrangiate posizioni all'interno del partito socialista sui temi della pianificazione, V. SPINI, *I socialisti e la politica di piano (1945-1964)*, Firenze, Sansoni, 1982.

⁽³⁷⁾ R. MORANDI, [*Valore e funzione dei CLN comunali, aziendali e periferici*], in *Id., Opere*, III, *Lotta di popolo*, Torino, Einaudi, 138-141.

al popolo sia possibile di esercitare sull'autorità che da esso, come è nella natura della democrazia, si ripete» (38).

Questo intervento apparteneva alla prima fase, in cui si prendeva atto che i CLN avevano costituito, in particolare nel Settentrione, la nervatura sociale che aveva consentito al Paese di evitare lo sgretolamento istituzionale e di avviare la ricostruzione.

Da Ministro dell'industria, Morandi cercò di trasferire in seno alle aziende, per il tramite dei consigli di gestione, proprio l'idea della partecipazione democratica e della spinta dal basso. In un articolo su *l'Avanti!* del 17 novembre 1946, all'indomani della elaborazione del disegno di legge, egli chiariva che «I Consigli di gestione, o ci si rifiuta apertamente di riconoscerli, ovvero debbono essere riconosciuti quali la realtà li presenta: strumenti di rinnovazione e di progresso nella vita di un popolo libero. [...] I Consigli di gestione non mirano in verità ad attribuire ai lavoratori la funzione di revisori, né hanno mai inteso di farli compartecipi delle responsabilità padronali. Essi attuano invece la loro partecipazione alla gestione delle aziende in quanto nella economia della nazione queste sono da considerare altrettante unità di un sistema che è la produzione, il lavoro, la forza di vita di una collettività» (39).

Si entrava, così, nella seconda fase: quella del tentativo di riconoscimento legislativo dei consigli di gestione delle aziende.

Di lì a qualche settimana, sempre su *l'Avanti!*, Morandi registrava, con amarezza, che «L'offensiva contro i Consigli di gestione continua, da quando è stato pubblicato il progetto di legge, con un crescendo sintomatico di veemenza. [...] Per conto mio, d'altra parte, avrei avuto una infernale trovata nel mettere le mani in questo progetto: quella cioè di ridurre da un lato, rispetto alla primitiva elaborazione, le facoltà deliberative dei Consigli di gestione (e forse è proprio il trovarsi davanti schermato questo obiettivo che fa andare in bestia i nostri avversari) e di elevarli di grado dall'altro, attribuendo loro funzioni che escono dall'ambito aziendale e s'inquadrano nella programmazione e nella disciplina generale della ricostruzione» (40).

(38) R. MORANDI, *Unire per costruire*, in Id., *Opere*, III, *Lotta di popolo*, Torino, Einaudi, 145.

(39) R. MORANDI, *I Consigli di gestione*, in Id., *Opere*, V, *Democrazia diretta e ricostruzione capitalistica*, Torino, Einaudi, 1960, 126-127.

(40) R. MORANDI, *Sotto accusa di corporativismo*, in Id., *Opere*, V, *Democrazia diretta e ricostruzione capitalistica*, cit., 131-132.

Nell'ultimo discorso «strutturato» da Ministro dell'industria, tenuto a Milano il 16 marzo 1947, l'orizzonte si faceva ancora più cupo e si coglievano le avvisaglie della successiva esclusione dei partiti di sinistra dal governo («La realtà della ricostruzione, che era stata lievitata dalla volontà di sacrificio e dallo slancio portato nella lotta, si è fatta massiccia e grave su di noi. L'illusione nostra di poter mantenere la nazione protesa in uno sforzo solidale verso le mete della rinascita è svanita»). Ma la parte più interessante del discorso, ai nostri fini, è quella finale, in cui si metteva in connessione la politica di pianificazione industriale con il ruolo dei consigli di gestione delle aziende: «La politica del piano, ossia il piano in atto, in quanto esso comporta una incessante revisione e un continuo aggiornamento di programmi ed una regolazione viva e mobile permeante la dinamica economica, richiede per prima cosa che si porti nelle forze operanti nella produzione la consapevolezza dei fini che ad essa sono assegnati. Questo vuol dire che allo svolgimento del piano è indispensabile sia assicurata nelle forme più efficaci la partecipazione attiva e diretta della classe lavoratrice, la quale è anche in definitiva chiamata a sostenere lo sforzo massimo e il maggior peso nella sua esecuzione. Le forme in cui può attuarsi una tale integrazione delle forze produttive sono state espresse da uno stato di necessità, prima ancora che ne diventassimo consci per riflessione: sono i *Consigli di gestione*. Essi si presentano infatti come l'istituzione più atta a impegnare solidalmente le forze concorrenti nel processo produttivo, per assicurare l'esecuzione del piano nel vivo di esso, cioè l'applicazione delle programmazioni e regolazioni economiche come sua intima e dinamica disciplina»⁽⁴¹⁾.

Appariva chiaro come il tentativo di codificazione fosse ormai prossimo al fallimento e stessero per avere la meglio le forze contrarie a tali strumenti di democrazia partecipativa, di «democratizzazione del processo produttivo», di assunzione di corresponsabilità da parte dei lavoratori.

In un intervento a un convegno a Roma, il 4 novembre 1947, l'ipotesi di un vaglio parlamentare positivo era oramai tramontata, paventandosi l'avvio di una lotta per il riconoscimento giuridico per *facta concludentia*. Il nuovo governo De Gasperi, difatti, aveva abbandonato il tema, dichiarando di rimettere la questione a trattative tra le organizzazioni padronali e quelle dei lavoratori, finendo per tradire le

⁽⁴¹⁾ R. MORANDI, *I socialisti davanti ai problemi della ricostruzione economica*, in Id., *Opere*, V, *Democrazia diretta e ricostruzione capitalistica*, cit., 150 e 163-164.

finalità collaborative e non divisive dell'istituto: con i consigli di gestione ci si riprometteva «non certamente di impossessarsi delle fabbriche, come qualcuno ha ritenuto di dire pacchianamente; non di sostituirsi nella direzione ai responsabili delle aziende, ma piuttosto di esercitare in concreto quella partecipazione dei lavoratori alla gestione delle aziende, alla gestione dell'economia nazionale» (42). Nel corpo dell'intervento si intuisce come la spinta riformatrice e innovativa del Ministero dell'industria non soltanto fosse stata attivamente avversata da Confindustria, come era lecito attendersi, ma non avesse goduto neppure del sostegno dei partiti e delle organizzazioni sindacali: il disegno di legge, dunque, era stato anche vittima di fuoco amico.

Quest'ultimo intervento rappresenta il *de profundis* per il disegno di legge sui consigli di gestione. Morandi accennerà ancora brevemente al tema trattando del programma del Fronte Democratico Popolare e poi più nulla.

I consigli di gestione rimasero in vita, per il tramite degli accordi aziendali, nelle fabbriche del Settentrione, sino ai primi anni Cinquanta; in alcune realtà industriali particolarmente avanzate, quale, ad esempio, la Olivetti, si trasformarono in forme sperimentali di gestione sociale (43). Ma di riconoscimento legislativo dell'istituto non si sarebbe più parlato.

Dal ricostruito esame delle opere, si ricava, da un lato, la passione civile con cui Morandi si batté sul tema dei consigli di gestione, ma, dall'altro, si evince anche la difficoltà a padroneggiare i principali nodi, sul piano della teoria generale del diritto, che connotavano il complesso argomento.

In particolare, pare comprendersi come lo sviluppo superaziendale dei consigli di gestione, gli effetti innovativi che tale ruolo avrebbe rivestito sul rapporto tra società e Stato, l'incidenza significativa del nuovo assetto sul ruolo di corpi intermedi quali sindacati e partiti politici, erano frutto della tessitura teorica gianniniana.

Dunque, se è vero che la riflessione del giurista romano operò in un ambiente fertile e recettivo, appare evidente, sulla base della

(42) R. MORANDI, *I Consigli di gestione per l'efficienza dell'economia italiana*, in ID., *Opere*, V, *Democrazia diretta e ricostruzione capitalistica*, cit., 242.

(43) Su cui S. MUSSO, *La partecipazione nell'impresa responsabile. Storia del Consiglio di gestione Olivetti*, Bologna, il Mulino, 2009. Su Olivetti si v., tra gli altri, G. BERTA, *Le idee al potere. A. Olivetti fra la fabbrica e la Comunità*, Milano, Ed. di Comunità, 1980. Con il movimento di Comunità di Olivetti, Giannini collaborò fino al 1953 (in proposito, G. MELIS, *Giannini e la politica*, cit., 1262-1265).

ricostruzione operata, che il sostrato culturale e il quadro teorico ricostruttivo sarebbe stato assai meno denso di contenuti senza l'apporto di Giannini, che può essere realmente considerato il padre naturale del disegno di legge Morandi.

5. La centralità, anche sul piano teorico e non soltanto socio-economico, del tema affrontato da Giannini è dimostrata dal fatto che la prima monografia di Mario Nigro, anch'egli di formazione socialista, fu destinata, nel 1946, proprio al tema della *Democrazia nell'azienda* (44).

È effettivamente particolare che due tra i maggiori giuspubblicisti del Novecento si siano incrociati, nel medesimo frangente storico, su un tema che apparentemente investiva i diritti del lavoro, sindacale, industriale. Ma se si considera più approfonditamente l'oggetto di analisi, ci si avvede che i temi della rappresentanza di interessi, della partecipazione, della democrazia industriale, della pianificazione sarebbero stati in realtà al centro delle istanze riformatrici sviluppatesi nel corso del terzo quarto del Novecento.

Il volume di Nigro, che si sviluppa con taglio comparato (approccio seguito, si è visto, anche da Giannini), prende le mosse dai precedenti storici (cap. I) e dalle ricostruzioni teoriche dell'immediato secondo dopoguerra (cap. II): quest'ultimo capitolo fornisce un quadro completo degli orientamenti sul tema delle diverse formazioni politiche e sociali.

La parte di maggior interesse scientifico è contenuta nel terzo capitolo, che elabora una classificazione delle forme di partecipazione dei lavoratori nelle aziende: limitata alla tutela delle condizioni di lavoro, estesa anche ai processi produttivi veri e propri (in funzione di controllo, consultiva, consultiva e di controllo, con poteri deliberativi attenuati, con poteri deliberativi più penetranti, di presocializzazione o di parasocializzazione). A quest'ultima categoria Nigro riconduce i consigli di gestione istituiti nella Repubblica di Salò, che sostanzialmente gestivano l'azienda. Mentre alla categoria della partecipazione con poteri deliberativi più penetranti il giurista calabrese fa risalire i consigli di gestione per come prefigurati dal disegno di legge Morandi. Se ne ricava che, al di là dell'emergenziale ed estemporanea soluzione repubblicana, il disegno di legge elaborato da Giannini avrebbe condotto l'Italia, se approvato dal Parlamento, al massimo avanzamento storico dell'istituto della partecipazione aziendale dei lavoratori.

(44) M. NIGRO, *Democrazia nell'azienda*, Roma, Sestante, 1946.

Il quarto capitolo è dedicato all'analisi degli argomenti a favore e contro la partecipazione dei lavoratori nelle aziende. Per Nigro, la partecipazione operaia nelle aziende è una necessità improcrastinabile: «Quando si vedono nazioni, come l'Inghilterra e gli Stati Uniti d'America, la cui appartenenza al sistema capitalistico è difficile contestare, mettersi, non con riluttanza, ma con soddisfazione, sulla strada della partecipazione [...] bisogna concludere con Marx che la storia non si pone che quei problemi che può effettivamente risolvere» (45). La guerra è fenomeno rivoluzionario che assottiglia le distanze tra classi; e questo favorisce la costruzione di dinamiche democratiche, nello Stato e anche nelle aziende: «non ci può essere vera democrazia che in un sistema di moralità politica; e la moralità politica è condizionata dalla moralità economica, la quale, a sua volta dipende dalla chiarezza e pubblicità della gestione economica, dalla sua corrispondenza agli interessi effettivi del Paese, dall'esistenza nella fabbrica di un regime di lavoro sano e dignitoso» (46).

Tali dinamiche partecipative sono avversate sia da sinistra (su un fronte moderato, dai riformisti antistatalisti; su un fronte massimalista, dai fautori della lotta di classe, che «hanno le froge del naso sempre vibranti») sia da destra (le tesi sono quelle del reale disinteresse operaio per la gestione dell'azienda, del pericolo di violazione dei segreti commerciali, della nascita di deputati economici, dell'impreparazione dei lavoratori). Nigro poi esamina i due argomenti più significativi contro la partecipazione dei lavoratori nell'azienda: il primo è quello del sezionalismo e del protezionismo operaio e, cioè, di un accordo tra industriale e operai per l'aumento degli stipendi e dei prezzi dei prodotti, a scapito dei consumatori; il secondo è quello della necessità di direzione unica dell'impresa.

L'ultimo capitolo Nigro lo dedica ai caratteri dei costituenti consigli di gestione: in quali aziende istituirli, quale composizione, quali compiti, che tipo di rapporti con le commissioni interne, che tipo di rapporti con i sindacati, durata in carica e revoca, organi di risoluzione delle controversie, sanzioni.

Insomma, anche Nigro (un Nigro, bisogna riconoscere, ancora acerbo scientificamente, nonostante i tre anni in più rispetto a Giannini), come Morandi, esplora caratteri ed effetti della partecipazione soprattutto nella dimensione interna all'azienda, valorizzando molto meno il

(45) M. NIGRO, *op. ul. cit.*, 87.

(46) M. NIGRO, *op. ul. cit.*, 94.

versante superaziendale: quest'ultimo invece costituisce il reale elemento di innovazione introdotto da Giannini, perché trasforma d'*emblée* la partecipazione dei lavoratori in un importante tassello della pianificazione industriale: né le organizzazioni degli industriali né tantomeno quelle dei sindacati avrebbero potuto consentire una partecipazione non intermediata della società civile alle scelte statali di governo dell'economia: e, difatti, il tragitto parlamentare del disegno di legge divenne rapidamente un percorso ad ostacoli. E la reiezione della proposta sui consigli di gestione fu anche l'inizio del fallimento delle politiche di pianificazione del quarto di secolo successivo⁽⁴⁷⁾, epoca che si chiuse con il Piano di impresa degli anni Settanta⁽⁴⁸⁾.

6. L'art. 46 Cost. è rimasto unica eredità dei consigli di gestione e di quel periodo di riforme: «una norma costituzionale “fortemente compromissoria” caduta anch'essa molto presto nel dimenticatoio»⁽⁴⁹⁾ e rimasta, come altre, pressoché inattuata.

Ciò in evidente controtendenza rispetto non soltanto alle esperienze tedesche di cogestione (*Mitbestimmung*), ma anche alle evoluzioni nei Paesi scandinavi, inglese, olandese, belga, persino francese: pur dovendo riconoscere che il modello tedesco in nulla somiglia al modello superaziendale dei consigli di gestione in funzione di pianificazione, contrariamente a quanto invece elaborato nella Repubblica di Weimar, nella quale era stato costruito un sistema che dai consigli di azienda risaliva fino al Consiglio economico di Stato⁽⁵⁰⁾.

Lo *stop* parlamentare intervenuto nel 1947 e l'inattuazione costi-

⁽⁴⁷⁾ G. RUFFOLO, *Rapporto sulla Programmazione*, Roma-Bari, Laterza, 1973; M. CARABBA, *Un ventennio di programmazione 1954-1974*, Roma-Bari, Laterza, 1977.

⁽⁴⁸⁾ *Il Piano di impresa e il ruolo del sindacato in Italia*, a cura di G. Amato, Bari, De Donato, 1980.

⁽⁴⁹⁾ F. VELLA, *L'impresa e il lavoro: vecchi e nuovi paradigmi della partecipazione*, in *I Consigli di Gestione e la democrazia industriale e sociale in Italia*, a cura di G. Amari, cit., 199. Si v. anche, nel corso degli ultimi decenni del ventesimo secolo, le riflessioni di Bruno Trentin sul tema della democrazia industriale: A. GRAMOLATI e G. MARI, *Bruno Trentin: lavoro, libertà, conoscenza*, Firenze, Firenze University Press, 2010.

⁽⁵⁰⁾ G. GHEZZI, *Art. 46*, cit., 101, per il quale una sorta di *Mitbestimmung* superaziendale «era già stata concepita dal sindacato socialdemocratico weimariano, nella prospettiva, condensata nell'opera-manifesto curata da Fritz Naphtali, della *Wirtschaftsdemokratie*, con l'obiettivo di un crescente intervento statale nell'economia e con lo scopo di istituire un nesso organico tra “democrazia economica” e sistema sociale (in senso lato) socialista».

tuzionale dell'art. 46 Cost. hanno inciso fortemente sullo sviluppo economico, sociale e culturale del Paese ⁽⁵¹⁾. Lo sviluppo organicista dei consigli di gestione rientrava tra le conquiste delle classi più povere nella prima metà del Novecento: come ricordato da Giuseppe Amari, i consigli di gestione erano ricordati anche dal Manifesto di Ventotene tra le punte più avanzate dell'estensione dei diritti nei primi decenni del ventesimo secolo ⁽⁵²⁾ e Federico Caffè li aveva annoverati, nel 1977, tra le occasioni perdute di riforma dell'immediato secondo dopoguerra ⁽⁵³⁾.

L'art. 46 Cost., d'altra parte, costituì il frutto acerbo d'un dibattito asfittico in Assemblea costituente. Tale dibattito, in seno alla terza sottocommissione, non si allontanò minimamente dalla singola unità di produzione aziendale, senza riferimenti né all'ottica superaziendale né alla dimensione programmatoria e pianificatoria; ci si fermò ai temi della partecipazione agli utili, della partecipazione azionaria, della partecipazione alla conduzione dell'impresa; nessun cenno, neppure vago, ai consigli di gestione e al loro ruolo. In sede assembleare la norma fu votata il giorno dopo lo scioglimento della coalizione tripartita, il 13 maggio 1947, con la fondamentale sostituzione del termine «partecipazione» con quello di «collaborazione».

Per quanto sia stato deludente l'esito assembleare, ancor più assordante è stato il silenzio che ne è seguito nei decenni successivi ⁽⁵⁴⁾. Per circa mezzo secolo, un velo è calato sulle modalità di partecipazione dei lavoratori nelle aziende (con la breve parentesi, cui si è

⁽⁵¹⁾ F. VELLA, *op. cit.*, 211: «Dall'indebolimento della programmazione economica al mancato controllo delle disinvolute gestioni, concentrate più sulla finanza che sulla produzione, sulla evasione fiscale e sulla esportazione di capitali, sulla costituzione di fondi neri destinati al finanziamento della corruzione e talvolta dell'eversione, per non parlare della fuga di aziende all'estero, delle loro affrettate se non speculative chiusure».

⁽⁵²⁾ G. AMARI, *La democrazia industriale economica, sociale e politica in Italia*, in *I Consigli di Gestione e la democrazia industriale e sociale in Italia*, a cura di G. Amari, cit., 219.

⁽⁵³⁾ G. AMARI, *op. cit.*, 231-232. Interessanti considerazioni di Federico Caffè sulla partecipazione dei lavoratori nelle aziende anche in *Federico Caffè, un economista per il nostro tempo*, a cura di G. Amari e N. Rocchi, Roma, Ediesse, 2009.

⁽⁵⁴⁾ È sufficiente rinviare, per tutti, a B.G. MATTARELLA, *Sindacati e pubblici poteri*, Milano, Giuffrè, 2003, 51-52, ma anche, per implicito, al più complessivo esame dell'art. 39 Cost. Mancata attuazione probabilmente anche dettata da ragioni politiche e, più che altro, geopolitiche, essendo stata per decenni l'Italia linea di confine tra blocco occidentale e blocco sovietico.

accennato, degli anni Settanta) ⁽⁵⁵⁾. Il tema è tornato di interesse all'inizio degli anni Novanta, a seguito delle difficoltà vissute dal sistema della contrattazione collettiva, dal meccanismo conflitto/contratto e dal calante protagonismo delle organizzazioni sindacali, a seguito del «bisogno di cooperazione attiva del lavoratore e di adesione ad obiettivi flessibili, che caratterizza il “*management dell'incertezza*”» ⁽⁵⁶⁾. Anche se, nella dottrina giuslavoristica degli ultimi due decenni, il tema è stato declinato per lo più sotto il profilo, lontano dall'approccio gianniniano, della partecipazione economica e dell'azionariato dei dipendenti ⁽⁵⁷⁾.

Recentemente, tuttavia, il modello proposto da Morandi e Giannini è stato richiamato all'attenzione quale strumento «per impostare su nuove basi il problema della presenza dei lavoratori nello spazio politico-istituzionale» ⁽⁵⁸⁾. «Il lavoro e i lavoratori non solo si sono estraniati dalla Costituzione, non solo sono caduti lentamente fuori dello spazio pubblico, ma sono anche usciti dall'impresa, quando hanno rifiutato la cogestione prevista dalla Costituzione, alla quale avevano lavorato socialisti quali Rodolfo Morandi e Massimo Severo Giannini. I sindacati hanno la principale responsabilità del rifiuto di studiare quelle “forme” e quei “modi” che avrebbero potuto consentire ai lavoratori di far sentire la propria voce nell'impresa. Un rifiuto dettato da spirito di corpo, dal timore che i lavoratori avrebbero

⁽⁵⁵⁾ È prevalso il modello sindacale di natura conflittuale: attraverso il canale unico il sindacato ha forse illusoriamente ritenuto di conservare una sorta di «verginità» e di purezza. Ma ha finito per trovarsi in stridente posizione asimmetrica rispetto alla società civile.

⁽⁵⁶⁾ Sul punto è fondamentale il saggio di M. D'ANTONA, *Partecipazione, codeterminazione, contrattazione (temi per un diritto sindacale possibile)*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, I, 137 ss. D'Antona metteva in evidenza come «Le forme di partecipazione nell'impresa possono risultare sostitutive rispetto all'azione sindacale in due sensi tra loro molto diversi. [...] la partecipazione comporta una rappresentanza collettiva, ma desindacalizzata, dei lavoratori dell'impresa. Oppure nel senso più radicale di sostituire, a qualunque mediazione collettiva, la gestione diretta e personalizzata delle relazioni con i dipendenti».

⁽⁵⁷⁾ A. ALAIMO, *La partecipazione azionaria dei lavoratori*, Milano, Giuffrè, 1998; L. GUAGLIANONE, *Individuale e collettivo nell'azionariato dei dipendenti*, Torino, Giappichelli, 2003; R. SANTAGATA, *Il lavoratore azionista*, Milano, Giuffrè, 2006; M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Milano, Vita e pensiero, 2012.

⁽⁵⁸⁾ Interessanti sono anche gli sviluppi in tema di diritto societario, con particolare riferimento all'ipotesi di un modello duale per le società di capitali, con la presenza, accanto al consiglio di amministrazione, di un consiglio di sorveglianza.

potuto far sentire la propria voce in altri modi e attraverso altri canali. In una parola, i sindacati hanno rifiutato di attuare la Costituzione per conservare il proprio monopolio della rappresentanza. Mentre tutto il mondo è alla ricerca di forme nuove di partecipazione, specialmente di quelle procedurali, il rifiuto sindacale italiano ha condotto i lavoratori su un binario morto, all'afonia»⁽⁵⁹⁾.

Ecco quindi che l'idea riformatrice della partecipazione istituzionale, elaborata quasi tre quarti di secolo fa da Giannini sulla scorta delle tesi romane, vittima delle contingenze storico-politiche del tempo, pare poter tornare di stringente attualità.

⁽⁵⁹⁾ S. CASSESE, *Discorso critico sul diritto del lavoro*, in *Una nuova costituzione per il sistema delle relazioni sindacali*, a cura di L. Zoppoli, A. Zoppoli e M. Delfino, Napoli, Editoriale Scientifica, 64.

GIANNINI DALLE PAGINE DEI GIORNALI:
IL TRACOLLO DEL SISTEMA ISTITUZIONALE
E LE RIFORME NECESSARIE

MARCO D'ALBERTI

SOMMARIO: 1. Critiche sferzanti e rimedi costruttivi. — 2. Gli assetti politici e i profili costituzionali. — 3. Le pubbliche amministrazioni. — 4. Le disfunzioni organizzative. — 5. I dipendenti e i dirigenti pubblici. — 6. Le riforme necessarie. — 7. L'attualità degli insegnamenti.

1. Notevole è stata la presenza di interventi di Massimo Severo Giannini nella stampa quotidiana e periodica. Essi si snodano dalla metà degli anni Trenta del Novecento agli anni Novanta. Si concentrano soprattutto negli anni Settanta e Ottanta. Se ne traggono spunti assai rilevanti su problemi cruciali delle istituzioni pubbliche: dagli assetti costituzionali, alle riforme, alle amministrazioni pubbliche in generale, all'organizzazione amministrativa, al personale burocratico, alla regolazione dell'economia, alla scienza giuridica ⁽¹⁾.

Colpisce immediatamente la grande continuità tra questi contributi e la produzione scientifica di Giannini. Non abbiamo di fronte un Giannini incline a scrivere «da giornalista» e ad allontanarsi dall'autore di opere giuridiche. Vi è sempre un'analisi profonda dei problemi, spesso portata alla comparazione tra sistemi istituzionali di diversi Paesi; non si rinuncia ad affrontare profili tecnici, pur trattandoli con

⁽¹⁾ Ringrazio Sabino Cassese per avermi messo a disposizione una selezione di articoli scritti da Giannini su quotidiani e periodici: essenzialmente, su «I Littoriali», «Il Messaggero», il «Corriere della Sera», «Il Giornale», «Il Lavoro Nuovo», «Il Giorno», «L'Unione Sarda», «Battaglie liberali», «Autonomie». E ringrazio Luigi Capogrossi Colognesi, Guido Melis e Nicola Cezzi per l'aiuto nel reperire articoli scritti da Giannini nel periodo 1945-47 sulla stampa socialista, in particolare su l'«Avanti!» e su «Europa socialista».

semplicità; si va sempre alle coordinate di fondo di un pensiero che ricostruisce funzionamenti e disfunzioni dei poteri pubblici.

Se è concesso un paragone, si può tornare alla presenza nella stampa di Pier Paolo Pasolini: i suoi articoli sui quotidiani potevano riguardare questo o quel fatto di attualità, ma erano sempre un modo per riprendere e diffondere gli esiti di riflessioni che lo scrittore aveva sviluppato nella sua produzione letteraria più impegnata, dalle poesie ai romanzi ai saggi critici. Si pensi agli articoli sul «Palazzo», a quelli sull'educazione dei ragazzi, a quelli sull'omologazione legata al consumismo: erano mirabili sintesi delle idee espresse da Pasolini sulla degenerazione della politica, sulle colpe dei padri che — secondo un rilevante filone della tragedia greca — si trasmettono ai figli, sull'importanza delle culture locali e della loro autenticità (2).

Così è per Giannini. Si può parlare di una nuova legge, o della decisione di un ministro, o di uno sciopero di dipendenti pubblici, o di singoli episodi riguardanti le dogane o l'esazione dei tributi: sempre si va al di là del singolo fatto e lo si inserisce in un contesto concettuale che consente di esprimere giudizi non epidermici sui vari accadimenti. Le valutazioni critiche sono spesso molto secche e radicali: anche sotto questo profilo vale l'accostamento a Pasolini e al suo essere «eretico». Le opinioni espresse sulle nostre istituzioni e sul sistema amministrativo sono taglienti, più di quanto non avvenisse nella produzione scientifica, anche se Giannini non risparmiava frecciate neppure nelle sedi accademiche. La critica del sistema, mai disgiunta dall'indicazione di proposte e di rimedi, rappresenta una costante del pensiero *gianniniano*: anche su questo piano, vi è una forte radice comune tra quel che scrive per i giornali e le pagine dei suoi libri. È, dunque, interessante collegare, per quanto è possibile, gli articoli scritti per la stampa con la produzione scientifica.

2. Si può iniziare dagli articoli relativi a profili costituzionali. Giannini è giovanissimo, ha vent'anni, e scrive dei tratti caratteristici dell'ordinamento fascista. Per giungere ad una conclusione esplora, sia pure per cenni, i sistemi costituzionali di svariati Paesi, mostrando già una notevole conoscenza comparatistica: la Russia, l'Estonia, la Cecoslovacchia, la Germania, il Portogallo, l'Austria, la Lituania, la Grecia, la Svezia, la Norvegia, la Romania, la Polonia, la Spagna, la Francia, il

(2) Si vedano, in particolare, P.P. PASOLINI, *Scritti corsari*, Milano, Garzanti, 1975; e *Lettere luterane. Il progresso come falso progresso*, Torino, Einaudi, 1976.

Belgio, la Svizzera, la Danimarca, l'Ungheria, la Bulgaria, l'Albania, la Turchia, la Palestina, la Cina, il Giappone, il Brasile, l'Argentina, il Cile. Ne conclude che lo Stato fascista ha peculiarità proprie rispetto a governi conservatori, tradizionalisti o semplicemente anti-comunisti. Non bastano, a caratterizzare un ordinamento come fascista, le aspirazioni ideali e le direttive politiche finalizzate ad assolutizzare patria e famiglia, ma occorrono precise connotazioni: un parlamento subalterno rispetto al governo; scelte concrete basate sul corporativismo; il totalitarismo; l'economia programmata; l'elevazione dei valori di patria e famiglia; l'attenzione alla giustizia sociale ⁽³⁾.

Efficaci e spesso graffianti, già dai titoli, gli articoli pubblicati nella stampa socialista dal 1945 al 1947 sui lavori della Costituente. Il compito di ricostruzione dell'assetto costituzionale era immane. Si trattava di fondare la democrazia: «Il problema costituzionale italiano consiste nella fondazione di una effettiva democrazia, che superi la democrazia di facciata prefascista» ⁽⁴⁾. Mentre «in Francia esiste già una struttura democratica di base, che si tratta di revitalizzare [...] in Italia invece è necessario, anzitutto, tessere un connettivo su cui instaurare la base democratica: ed è qui la vera e grande difficoltà» ⁽⁵⁾. Giannini, in un suo noto saggio storico degli anni Sessanta, preciserà gli andamenti della costituzione materiale italiana, sottolineando che, vigente lo Statuto albertino, si passò da una Costituzione oligarchica alla Costituzione pre-democratica a seguito dell'allargamento del suffragio elettorale, e poi alla Costituzione fascista: la Carta repubblicana era dunque chiamata a varare la prima vera Costituzione democratica ⁽⁶⁾.

L'Assemblea costituente aveva quindi dinanzi a sé un lavoro arduo. Fu istituito il Ministero per la Costituente — guidato da Pietro Nenni, che volle Giannini come capo di Gabinetto — anche al fine di predisporre ricerche, dati e documenti per supportare l'opera dell'Assemblea ⁽⁷⁾. A chi insinuava che il nuovo Ministero potesse influire sulla composizione dell'Assemblea costituente e sui contenuti della

⁽³⁾ M.S. GIANNINI, *Il Fascismo nel mondo*, in «I Littoriali», 1935, n. 3.

⁽⁴⁾ Così M.S. GIANNINI, *Mitologie costituzionali*, in l'«Avanti!», 15 maggio 1946.

⁽⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁾ M.S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, in *Amm. civ.*, n. 47-51, 1961, p.145.

⁽⁷⁾ Su Giannini e la Costituente si veda, in questo numero della *Riv. trim. dir. pubbl.* (n. 3, 2015), S. CASSESE, *Giannini e la preparazione della Costituzione*; si veda anche G. D'ALESSIO, *Alle origini della costituente italiana: i lavori preparatori della*

Costituzione, Giannini risponde che la funzione del Ministero era di ausilio tecnico ⁽⁸⁾; ed evidenzia che la preparazione sul piano tecnico fu più profonda che in altri Paesi: tra le relazioni predisposte dal Ministero per la Costituente elogia, in particolare, quella scritta da Mortati sui diritti pubblici soggettivi ⁽⁹⁾. Vi furono tentativi di limitare il ruolo della Costituente italiana, provenienti anche dall'America. Di fronte ad essi Giannini sottolinea che essa è «in grado di esercitare tutti i poteri che spettano al popolo» ⁽¹⁰⁾.

Dunque, il compito era difficile, ma strumenti e poteri non mancavano. La composizione della Costituente e lo svolgersi concreto dei suoi lavori, tuttavia, rivelarono gravi limiti. Giannini esprime giudizi assai critici fin dalla discussione sui primi articoli della Carta: «Ancora a Calamandrei, a Donati e a Nenni sono dovute le esposizioni più brillanti. Ma nel complesso la discussione ha confermato l'impreparazione costituzionale dei deputati all'Assemblea e la mancanza di impostazioni moderne dei problemi giuridici e sociali in molti illustri componenti di essa, come per esempio Nitti. Tuttavia, non si potrebbe pretendere dall'Assemblea italiana l'altezza di discussioni che caratterizzò l'assemblea di Weimar o quella cecoslovacca, le quali avevano una composizione tecnicamente superiore, e nelle Assemblee di tutti i tempi i discorsi non pregevoli hanno sempre di gran lunga prevalso sugli altri» ⁽¹¹⁾. E ancora: «si sono iscritti a parlare quasi due centurie di oratori: non commetterebbe alcun peccato di intemperanza colui che affermasse che molti di essi sarebbero bocciati all'esame di diritto ed economia nelle scuole tecniche» ⁽¹²⁾.

La critica resta tagliente a proposito dell'eccessiva enfasi politica data dagli esponenti democristiani all'approvazione dell'articolo 7 sui rapporti tra Stato e Chiesa e sui Patti Lateranensi ⁽¹³⁾; e dei tentativi, definiti «oscurantisti», di costituzionalizzare l'indissolubilità del matri-

“Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato” (1945-1946), Bologna, il Mulino, 1979.

⁽⁸⁾ M.S. GIANNINI, *Fantasmii della reazione*, in «Avanti!», 17 luglio 1945.

⁽⁹⁾ M.S. GIANNINI, *Mitologie costituzionali*, cit.

⁽¹⁰⁾ M.S. GIANNINI, *Gli Americani e la nostra Costituente*, in «Avanti!», 24 febbraio 1946.

⁽¹¹⁾ M.S. GIANNINI, *Chiusura con ricatto della discussione sui primi sette articoli*, in «Europa socialista», 6 aprile 1947.

⁽¹²⁾ M.S. GIANNINI, *I Soloni della Costituente verrebbero bocciati agli esami delle scuole tecniche*, in «Europa socialista», 20 aprile 1947.

⁽¹³⁾ M.S. GIANNINI, *Ibidem*.

monio e il divieto di divorzio, o l'eguale finanziamento statale delle scuole pubbliche e di quelle pareggiate. Giannini, a proposito di matrimonio e divorzio, scrive: «vi è una questione pregiudiziale in tutta questa discussione sull'ammissibilità del divorzio ed è che non si tratta di materia costituzionale. Altrimenti, dovrebbero immettersi nella Costituzione degli articoli del codice civile che, nella vita associata, hanno importanza assai maggiore di quello relativo al matrimonio: per esempio, quello sul risarcimento dei danni per colpa, quello della obbligatorietà dei contratti, quello della pubblicità di certi atti tra privati» (14). E a proposito del preteso eguale trattamento delle scuole pareggiate e delle scuole pubbliche: «Poiché in Italia il numero di gran lunga maggiore di scuole in grado di chiedere il pareggiamento sono quelle in mano del clero, avremmo avuto il risultato che con il danaro del contribuente sarebbero state finanziate le scuole "dei preti", perciò tanto i liberali quanto gli appartenenti a partiti di sinistra elevavano protesta, in nome della libertà effettiva della scuola» (15). Questi tentativi «oscurantisti» poi fallirono.

Un giudizio positivo viene invece espresso sul secondo comma dell'art. 3, che sancisce il principio dell'eguaglianza sostanziale, sul quale aveva molto lavorato Lelio Basso: «Passò così l'art. 3, il cui secondo comma è certo cosa pregevole: È compito della Repubblica — esso dice — rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il completo sviluppo della personalità umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale dell'Italia [nel testo definitivo diverrà 'del Paese']». Questo comma costituisce una vera novità nel campo costituzionale, non avendo alcun precedente, neppure nelle costituzioni socialiste, ed è degno della massima attenzione» (16).

Nel complesso emerge una critica severa sulla prima parte della Costituzione, dedicata ai principi e ai diritti: soprattutto per i troppi rinvii al legislatore ordinario e per la genericità delle norme di principio: «su 20 articoli dedicati ai diritti di libertà ve ne sono 16 che

(14) M.S. GIANNINI, *Progressi democristiani sulla via dell'oscurantismo*, in «Europa socialista», 20 aprile 1947.

(15) M.S. GIANNINI, *Settimana di penitenza per gli ingordi democristiani*, in «Europa socialista», 4 maggio 1947.

(16) M.S. GIANNINI, *Chiusura con ricatto della discussione sui primi sette articoli*, cit.

rimandano alla legge e quindi soggiacciono alla volontà del legislatore futuro; gli articoli di principio sono redatti in modo larghissimo, sì da perdere ogni efficacia» (17). E si prosegue sottolineando che questa prima parte della Carta costituzionale «si risolve in una segnalazione di strade al legislatore futuro» (18). Giannini avrebbe preferito un altro modo di redazione delle norme, consistente «nel mettere nella Costituzione norme molto minuziose, per quanto attiene alla libertà dei cittadini, sì da segnare il punto preciso fino al quale le libertà stesse sono tutelate. È un criterio del quale vi sono precedenti illustri e che garantisce il cittadino contro le velleità del legislatore futuro e contro l'autorità, perché se questa supera il limite il cittadino può immediatamente azionare i congegni per chiamarla responsabile» (19).

Sulla seconda parte della Costituzione, ancor prima della discussione, Giannini esprime alcuni dubbi: se essa «resterà al procedimento di formazione delle leggi previsto dal progetto, ogni minoranza sarà in grado di impedire qualunque legge; se la seconda Camera resterà come è previsto, avremo un generatore di disordini in più» (20). Emerge la preoccupazione per un sistema che rischia di ostacolare la decisione del legislatore. Preoccupazione che resterà ferma in Giannini nei tempi successivi all'approvazione della Costituzione repubblicana.

Più volte Giannini si è mostrato a favore di assetti costituzionali che consentano un'efficace decisionalità, non solo nel processo di formazione delle leggi. Del Parlamento ha scritto che «non sa lavorare» (21); e che le Camere si muovono come «orsi bianchi [...] i quali procedono secondo la loro natura di tardigradi» (22). Talora ha sottolineato i pregi della repubblica presidenziale, di sistemi politici basati su non più di due o tre partiti e di leggi elettorali fondate sul maggioritario più che sul proporzionale (23). Ha individuato stalli decisionali dovuti al fatto che lo Stato e le regioni «si disturbano a vicenda»; ha sostenuto che per avere un'autentica autonomia decisoria

(17) M.S. GIANNINI, *A metà della Costituzione*, in «Avanti!», 26 giugno 1947.

(18) *Ibidem*.

(19) *Ibidem*.

(20) *Ibidem*.

(21) Intervista a M.S. GIANNINI: *Primo nodo, il Parlamento non sa proprio lavorare*, in «Il Messaggero», 24 febbraio 1985.

(22) M.S. GIANNINI, *Cervelli di prim'ordine senza braccia e gambe*, in «Corriere della Sera», 7 ottobre 1988, a proposito delle leggi sull'università.

(23) M.S. GIANNINI, *Primo nodo*, in «Il Messaggero», 24 febbraio 1985, cit.; e *La riforma elettorale. Per voto ricevuto*, in «Giornale» Anno IX, n. 44, 1988.

dei Comuni sia necessario portarli da ottomila a mille ⁽²⁴⁾. Sono articoli degli anni Ottanta: molti dei problemi evidenziati da Giannini restano a tutt'oggi irrisolti.

Parallelamente, alcuni analoghi temi vengono trattati da Giannini nei suoi contributi scientifici: basti qui ricordare le pagine de *Il pubblico potere* nelle quali grande attenzione è dedicata alla problematica della efficace decisionalità delle istituzioni pubbliche all'interno di un ordinamento pluriclasse e pluralistico, ove molteplici interessi confliggenti devono essere valutati adeguatamente, giungendosi a soluzioni giuste e rapide al tempo stesso ⁽²⁵⁾. Particolarmente incisivo un passaggio ove, partendosi dalla constatazione che i partiti devono essere in numero contenuto, si giunge a conclusioni generali sul pluralismo: «Quando i partiti politici eccedono di numero, le “forme di governo” funzionano male e procedono suscitando risentimenti: [...] i partiti si dedicano a vendere lucciole e grilli, i sindacati a simulare rivoluzioni tascabili, gli enti di vasta area passano il tempo a fare crisi di giunte, i grandi Comuni organizzano *circenses* col denaro pubblico, le burocrazie propongono solo avanzamenti dei propri appartenenti e chiedono moltiplicazioni degli uffici dirigenziali [...] Tutto ciò per dire che lo Stato pluriclasse, pluralistico per definizione, funziona se è a pluralismo limitato. Se i pubblici poteri partecipi del potere politico, ossia partiti politici, sindacati, grandi associazioni di categoria, sono quantitativamente eccedenti, perdono forza politica; [...] la vita pubblica si guasta, a cominciare dalle burocrazie che perdono il ruolo di depositari delle conoscenze tecniche, in quanto soggette alle influenze di più centri di potere contendenti» ⁽²⁶⁾.

3. Sulla stampa, a più riprese Giannini torna su uno degli argomenti a lui più cari: la pubblica amministrazione. Nel 1979 è stato appena chiamato al governo come Ministro della funzione pubblica e, in una lunga intervista sul Corriere della Sera, evidenzia i mali delle nostre pubbliche amministrazioni. La sua diagnosi, come sottolinea il titolo dell'intervista, «fa paura». In linea generale, Giannini parla di

⁽²⁴⁾ Ancora: M.S. GIANNINI, *Primo nodo*, cit. Sull'autonomia dei Comuni si veda anche l'intervista *L'aspirazione all'autonomia sulla strada della realizzazione*, in «Il Lavoro Nuovo», 5 marzo 1953.

⁽²⁵⁾ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 1986, spec. 70 ss. e 135 ss.

⁽²⁶⁾ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., 136-137.

«tracollo alluvionale». Affronta poi in alcuni problemi particolari. I dipendenti pubblici sono ancora «separati [...] in tante cittadelle ciascuna con il suo organico, la sua carriera, i suoi ruoli [...] abbiamo ministeri e uffici in cui il personale è sovrabbondante rispetto ai compiti da svolgere e ministeri che invece soffocano sotto montagne di pratiche arretrate»: occorre superare la logica delle «cittadelle», e la conseguente inaccettabile frammentazione per poter dare all'amministrazione «un assetto più efficiente». Che le direzioni generali dei ministeri abbiano autonomia è giusto, ma l'autonomia si è sviluppata di fatto in modi abnormi e «anche il più zelante dei ministri, che dedicatesse un giorno alla settimana a ciascuna direzione generale, non riuscirebbe a tenerle tutte sotto controllo». E ancora: le norme di contabilità pubblica sono ispirate ad una «logica di sospetto e di diffidenza [...] per cose molto semplici bisogna riempire decine di moduli e di documenti. La lentezza è inevitabile e anche la probabilità dell'errore aumenta in proporzione». E infine: il decentramento regionale ha deluso e vi è un'incerta distribuzione di competenze tra regioni e Stato; l'apparato centrale dello Stato «è oggi ingovernabile» (27).

Già dall'inizio degli anni Settanta, parlando dell'amministrazione finanziaria e, in particolare, della riscossione dei tributi, Giannini aveva messo in evidenza il peso deleterio di una duplice eredità ricevuta dai nostri apparati pubblici: l'eredità «piemontese e borbonica», che ha condotto a un «repertorio di imbrogli ai danni del cittadino» (28). Ne era seguita un'ironica equiparazione degli esattori ai «corsari»: «è come quando, nei secoli passati, si introdusse la distinzione tra corsari e pirati: certo che i corsari erano legalizzati, però i bolli sulle regie patenti non potevano distruggere il fatto che erano la stessa cosa dei pirati» (29).

4. Un'attenzione costante è dedicata alle disfunzioni della pubblica amministrazione, che spesso riguardano la sua organizzazione. Giannini più volte è tornato sui disservizi ferroviari. Per superare questi limiti, vi sono state numerose proposte finalizzate a trasformare

(27) Tutti temi trattati nell'Intervista: *Non si sa neppure quanti sono gli statali. Con il ministro una diagnosi che fa paura*, in «Corriere della Sera», 13 agosto 1979.

(28) Così M.S. GIANNINI, *Un imbroglio all'italiana*, in «Il Giorno», 5 novembre 1972.

(29) *Ibidem*.

il modello organizzativo delle ferrovie: da azienda autonoma a ente pubblico, a società in mano pubblica. E, in effetti, queste trasformazioni sono state realizzate. A metà degli anni Ottanta, le Ferrovie dello Stato sono divenute ente pubblico economico; negli anni Novanta società in mano pubblica. Ma molti disservizi sono rimasti irrisolti. Giannini, già dagli anni Settanta, aveva sottolineato che la soluzione non sta nel cambiamento del modello organizzativo: «questo è un problema che, detto senza prevenzioni, è più apparente che reale, ogni giurista e ogni amministratore sapendo che ormai la differenza tra un ente pubblico e un'amministrazione o azienda autonoma è spesso puramente formale, la sostanza potendo addirittura esser la medesima». Le disfunzioni dipendono da altri fattori: «derivano più da cattive decisioni amministrative che da difetti legislativi o strutturali. Anche questi vi sono, ma preminenti sono le decisioni amministrative sbagliate»⁽³⁰⁾. E molti guai sono provocati dal fatto che i «giudizi politici [...] prevalsero sui giudizi degli esperti aziendali», che non sono mai mancati nell'amministrazione ferroviaria⁽³¹⁾.

Analoghe osservazioni sono state fatte per la RAI. Più volte è riemersa la questione della riforma della RAI: ebbene, «l'alternativa correntemente presentata tra ente pubblico e società di gestione in realtà [...] ha valore relativo, perché ciò che importa non è l'esistenza dell'una o dell'altra specie di ente [...] i medesimi risultati si possono raggiungere sia con l'uno che con l'altro modello, a condizione che quando si proceda a configurarlo materialmente si adottino delle strutture organizzative adeguate»⁽³²⁾. L'organizzazione effettiva conta più dei modelli organizzativi.

Altre disfunzioni riguardano i corpi di polizia. Ve ne sono troppi, «ciascuno con i suoi comandanti e le sue gerarchie, i suoi uffici, i suoi mezzi, e così via, costano tutti insieme un occhio della testa. Altrove vi è un solo corpo, magari anche articolato in reparti specializzati, certamente di maggior efficienza»⁽³³⁾. Per di più, non esiste nessun modello: «siamo ancora a livelli di pura empiria e pertanto non possono aversi che manifestazioni contraddittorie. Così vediamo talora reparti

⁽³⁰⁾ Così M.S. GIANNINI, *Viaggi in piedi con la ferrovia*, in «Il Giorno» del 23 dicembre 1972.

⁽³¹⁾ *Ibidem*.

⁽³²⁾ Si veda M.S. GIANNINI, *La riforma della RAI-TV*, in «Il Giorno» dell'11 marzo 1973.

⁽³³⁾ M.S. GIANNINI, *Polizia, sinistra e stato di diritto*, in «Il Giorno», 25 febbraio 1973.

di polizia comportarsi con grande durezza e altri comportarsi sopportando la durezza altrui»⁽³⁴⁾: è necessario un equilibrio che possa «conciliare il rispetto delle libertà con l'uso dell'autorità contro chi attenta»⁽³⁵⁾. In alcune attività particolari di polizia si riscontrano carenze, come nella vigilanza sulle intercettazioni telefoniche illegittime⁽³⁶⁾.

Ulteriori disfunzioni organizzative riguardano le università italiane. Vi è un «indubbio alto livello dei corpi accademici italiani: vi sono discipline o gruppi di discipline — e la giuspubblicistica solo per esperienza personale — i cui cultori sono chiesti da tutto il mondo [...] Ma sono le strutture organizzative e gli apparati di studio che malfunzionano, salvi casi molto particolari [...] Le cause dei disfunzionamenti sono ormai stabilizzate e non si registrano fatti che possano produrre recessione. E allora? Siamo senza speranza? Seguiremo così a produrre cervelli di prim'ordine, ma senza braccia e senza gambe?»⁽³⁷⁾.

Vi sono poi disfunzioni caratterizzate da forte turbativa politica a danno della pubblica amministrazione: è il caso della composizione dei consigli di amministrazione di alcuni enti pubblici. Giannini si sofferma sugli enti ospedalieri e sugli enti di assistenza sociale. Le sue parole sono sferzanti: i consigli di amministrazione degli enti ospedalieri sono divenuti «campi di pascolo di personaggi del sottogoverno partitico»⁽³⁸⁾. L'immagine del «pascolo» ritorna per gli enti di assistenza sociale: «oggi gli enti di protezione sociale sono oltre cento e costituiscono un pascolo particolarmente ricco per il sottogoverno, essendo evidente che su una tastiera di cento presidenti, cento direttori generali, mille consiglieri di amministrazione, e così via, è facile contentare molti appetiti»⁽³⁹⁾.

Il tema delle disfunzioni è oggetto di riflessione anche nella produzione scientifica di Giannini. Riferimenti espliciti possono ritrovarsi nel *Diritto pubblico dell'economia*. La prima edizione è del 1977

⁽³⁴⁾ *Ibidem*.

⁽³⁵⁾ Così M.S. GIANNINI, *Che può fare la polizia*, in «Il Giorno», 20 maggio 1973, a proposito delle indagini sulla strage di Milano.

⁽³⁶⁾ Si veda M.S. GIANNINI, *I telefoni controllati*, in «Il Giorno», 16 febbraio 1973.

⁽³⁷⁾ Così M.S. GIANNINI, *Cervelli di prim'ordine senza braccia e gambe*, in «Corriere della Sera», 7 ottobre 1988.

⁽³⁸⁾ Così M.S. GIANNINI, *Esame di coscienza per i medici e gli ospedali*, in «Il Giorno», 8 marzo 1973.

⁽³⁹⁾ Così M.S. GIANNINI, *Sono oltre cento gli enti d'assistenza sociale (troppi), un vero pascolo per il sottogoverno*, in «Il Giorno», 20 giugno 1973.

e le altre si succedono fino al 1995. In quel libro si distinguono disfunzioni da malorganizzazione, di tipo tecnologico e da difetto politico ⁽⁴⁰⁾. È una sintesi cui sicuramente hanno dato alimento i singoli episodi di disservizi e disfunzioni segnalati in precedenza nella stampa, che già individuavano casi di organizzazione difettosa, tecniche di controllo inadeguate, invadenza politica nell'attività di corpi amministrativi.

5. Altro tema frequentemente affrontato nella stampa è quello del personale delle pubbliche amministrazioni. È cruciale l'aspetto della formazione dei dipendenti e dei dirigenti pubblici. Giannini ha ricordato che dopo la seconda guerra mondiale l'Italia ha aperto prima di altri Paesi la discussione sull'utilità di istituire una scuola generale per la preparazione dei quadri delle amministrazioni civili. La Scuola superiore della pubblica amministrazione nacque nel 1957 e ha avuto un avvio difficile. A lungo essa ha tenuto solo «corsi di formazione, ossia corsi a cui vengono inviati, per alcuni mesi, giovani funzionari che abbiano vinto un concorso; corsi di limitata utilità e anzi spesso controperanti, perché mal ricevuti dai giovani che li frequentano. Da scuole straniere certi ci guardano stupiti: questo ricco Paese che è l'Italia, che si permette il lusso di ripetere ai suoi giovani funzionari corsi universitari!» ⁽⁴¹⁾. All'inizio degli anni Settanta, la cosiddetta riforma della dirigenza, varata con legge delega, ha introdotto novità importanti: da un lato, corsi di preparazione al concorso, dunque preventivi e non successivi al reclutamento, idonei a immettere nell'amministrazione funzionari con preparazione professionale specifica; d'altro lato, appositi corsi per la formazione dei dirigenti amministrativi. Giannini guarda con favore a queste due novità della riforma dei primi anni Settanta. E chiude con un interrogativo: «come sarà applicata? [...] è chiaro che a questo punto il problema diventa di uomini, ed ogni problema di uomini, da alcuni anni in qua, è da noi un problema difficile» ⁽⁴²⁾. L'attuazione, in effetti, non sarà soddisfacente.

Il personale delle amministrazioni presenta aspetti critici anche in relazione alla scelta e alla dislocazione delle categorie professionali.

⁽⁴⁰⁾ Si veda M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 297 ss.

⁽⁴¹⁾ Si veda M.S. GIANNINI, *Lo Stato potrà avere funzionari migliori*, in «Il Giorno», 3 novembre 1972.

⁽⁴²⁾ *Ibidem*.

«Vi sono intere categorie professionali di cui le amministrazioni sono sprovviste: i programmatori dell'informatica, gli analisti di economia, eccetera; altre contenute in termini ridicoli: i programmatori di economia, i geologi e i geofisici, i revisori dei conti, gli analisti di costi, i biologi, eccetera» (43). Si tratta di lacune che ancora oggi si riscontrano in tanti apparati amministrativi.

Vi è, poi, il problema dei sindacati del pubblico impiego. All'inizio del ventesimo secolo, il sindacalismo nella pubblica amministrazione aveva conosciuto esperienze di grande impegno civile e sociale. I sindacati dei ferrovieri avevano rappresentato esigenze di profonda riforma della società, andando ben oltre le rivendicazioni di settore. Negli anni successivi e per lunga parte del secolo, le posizioni corporative avevano poi finito per prevalere. Una nuova svolta si è avuta negli anni Sessanta e Settanta. Giannini coglie subito la rilevanza del mutamento, poco percepito da un'opinione pubblica disattenta. «Non si sa perché, ma forse l'opinione pubblica non ha avvertito l'importanza degli accordi che nello scorso mese si sono avuti tra il Ministro della Riforma e i sindacati confederali degli statali: con questi accordi infatti, per la prima volta, i sindacati degli statali sono decisamente usciti dalle impostazioni di tipo corporativo, materiate di rivendicazioni puramente economiche, sulle quali in precedenza si muovevano. Per la prima volta si sono posti su un piano propositivo, che interessa non più questa o quella categoria, ma la macchina dello Stato nel suo complesso. Tra i punti importanti dell'accordo è quello dell'eliminazione di una serie di indennità speciali, per essere assorbite in una retribuzione unitaria» (44).

Ma il corporativismo e le rivendicazioni settoriali sono sempre in agguato e talora lo sciopero degenera da strumento di lotta a strumento di disordine: «sarebbe quindi auspicabile che i grandi sindacati, raggiunta ormai la coscienza di avere ruolo determinante nella scelta delle decisioni politiche, ragionassero in termini di Stato, nel senso di collettività generale, anziché in termini paracorporativi. La tutela delle classi lavoratrici e la partecipazione di esse alle determinazioni politiche non si può ottenere se non guardando lontano» (45). Le insidie corporative sarebbero divenute più consistenti negli anni successivi.

(43) Così M.S. GIANNINI, *L'impiegato deve produrre*, in «L'Unione sarda», 24 novembre 1983.

(44) M.S. GIANNINI, *Uno sciopero corporativo*, in «Il Giorno», 30 marzo 1973.

(45) M.S. GIANNINI, *Quando lo sciopero passa i limiti*, in «Il Giorno», 12 maggio 1973.

6. Per risanare le amministrazioni deboli, per rimuovere i disservizi e le disfunzioni organizzative, per reagire alle criticità di un personale poco efficiente, sono necessarie riforme profonde. È, quello delle riforme istituzionali e amministrative, un tema sul quale Giannini si è sempre impegnato, come studioso e come Ministro. E anche nella stampa ha lasciato pagine significative sul punto.

Innanzitutto, Giannini sottolinea come in Italia ha sempre finito per prevalere l'idea che la riforma debba comportare nuove leggi. Le riforme legislative, in realtà, non sempre sono necessarie. E il grande problema è che, quando intervengono, spesso restano sulla carta. L'inattuazione delle norme è uno dei fattori che maggiormente frenano il movimento riformatore ⁽⁴⁶⁾. Anche perché le leggi sono troppe: da questo punto di vista, non vi è una crisi, semmai un eccesso, di legalità; c'è, invece, una crisi di autorità, per debolezza di chi è chiamato ad applicare le leggi: «A me pare che, se ci si pone il quesito dell'esistenza della crisi della legalità, si debba dare risposta negativa. Infatti, oggi c'è crisi della legalità, cioè di coloro che debbono fare le leggi, o c'è invece la crisi di coloro che debbono applicare le leggi? (Non importa come, se come amministrazione o come potere giudiziario). A me pare che, nel nostro Paese, c'è un eccesso di legalità. La repubblica italiana, rispetto ad altre repubbliche che sono nate dalla stessa tradizione ottocentesca, può vantare un cumulo incredibile di leggi, di regolamenti, di norme eterogenee emanate dalle autorità, le più diverse e non collegate tra loro. E questa è anche una delle situazioni peggiori, sociologicamente parlando» ⁽⁴⁷⁾.

Spesso vengono nominate commissioni di tecnici per disegnare proposte di riforma, le proposte vengono elaborate e poi non ne segue nulla. Giannini, da Ministro della funzione pubblica, predispose nel 1979 il noto «Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato», che conteneva rilevanti proposte di riforma ⁽⁴⁸⁾. Intervistato cinque anni dopo sui provvedimenti presi a seguito del suo Rapporto, Giannini dice: «Niente, non è stato fatto niente. E quel poco

⁽⁴⁶⁾ M.S. GIANNINI, *Lo Stato potrà avere funzionari migliori*, in «Il Giorno», 3 novembre 1972, cit.

⁽⁴⁷⁾ M.S. GIANNINI, Intervento alla «Tribuna Libera», *Crisi della legalità?*, in «Battaglie liberali», marzo 1977.

⁽⁴⁸⁾ Trasmesso alle Camere dal Ministro per la funzione pubblica Massimo Severo Giannini il 16 novembre 1979.

che si fa è polvere negli occhi» (49). E del giudizio degli osservatori stranieri sul nostro sistema amministrativo afferma: «Non esistiamo, non ci prendono sul serio. Non c'è un istituto che ci invidino. Insomma, una volta avevamo esportato in tutto il mondo la formula IRI, cioè il modello dell'ente di gestione delle partecipazioni pubbliche. Ma da trent'anni non esportiamo più niente» (50).

Ancor prima della sua esperienza come Ministro, Giannini, nel 1976, era stato presidente dell'importante Commissione di studio per il completamento dell'ordinamento regionale (51). Anche in quel caso si registrò l'inattuazione delle proposte tecniche e la prevalenza, alla fine, di un'insoddisfacente mediazione politica sulle idee dei tecnici (52).

Sul piano dei contenuti delle riforme necessarie, Giannini ha a più riprese sottolineato che le amministrazioni pubbliche dovrebbero utilizzare strumenti agili e flessibili, di tipo privatistico, nella gestione di servizi pubblici. Alle attività autoritative, alle funzioni pubbliche in senso stretto come la difesa, la giustizia, la sicurezza, non si addice il diritto privato, ma servizi quali le ferrovie e le poste ne hanno estrema necessità: nella loro erogazione, dice Giannini a metà degli anni Ottanta, è bene che lo Stato operi come un'azienda privata (53). Già nel Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato, del 1979, Giannini Ministro aveva sottolineato l'importanza essenziale di uno Stato-azienda (54). Altra convinzione di Giannini è che, al fine di incentivare le riforme e la modernizzazione delle amministrazioni pubbliche, assuma una rilevanza cruciale la spinta degli organi sovranazionali: «nella misura in cui si accresce l'incidenza delle organizzazioni super statali, certamente le cose migliorano. Lo vediamo già» (55). Era il 1985, quando stava appena emergendo l'idea del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale.

(49) Intervista a M.S. GIANNINI, *Primo nodo, il Parlamento: non sa proprio lavorare*, in «Il Messaggero», 24 febbraio 1985, cit.

(50) *Ibidem*.

(51) La relazione finale si veda in *Il completamento dell'ordinamento regionale*, Bologna, il Mulino, 1977.

(52) La vicenda è ricostruita, a dieci anni di distanza, in un'intervista a Carla Sepe: *Tutto finì sul tavolo dei politici*, in «Autonomie», n. 10/11, ottobre-novembre 1987.

(53) Intervista a M.S. GIANNINI: *Come gestire l'«Italia S.p.A.»*, in «Corriere della Sera», 22 febbraio 1985.

(54) Rapporto, cit., par. 1.3.

(55) Intervista a M.S. GIANNINI, *Primo nodo il Parlamento*, cit., in «Il Messaggero», 24 febbraio 1985.

7. Questo il Giannini che, dagli anni Trenta agli anni Novanta, appare sulla stampa. Un Giannini che impietosamente evidenzia la debolezza delle nostre istituzioni politiche e delle nostre pubbliche amministrazioni.

L'espandersi dello Stato pluriclasse e del pluralismo ha allargato le basi della democrazia e della partecipazione alle scelte pubbliche, ma non può tradursi in un groviglio inestricabile di interessi contrapposti suscettibile di paralizzare le decisioni pubbliche: occorre un pluralismo equilibrato e sono necessari meccanismi istituzionali che consentano decisioni rapide ed efficienti. Alla stessa conclusione Giannini giunge nella sua produzione scientifica: «gli Stati di oggi [...] hanno però assai meno forza di quelli di ieri: sono occupati da partiti politici sempre più arroganti, devono accordarsi con sindacati di lavoratori e di imprenditori per poter adottare certe linee politiche, confliggono con enti locali ed enti rappresentativi di gruppi professionali. Verso l'esterno, perdono continuamente poteri rispetto ad organizzazioni internazionali o comunque super statali, e sono condizionati da fatti economici e sociali che non possono influenzare in alcun modo. Questa vicenda, che si registra in tutti gli Stati del mondo — anche quelli a regime collettivista — è stata denominata pluralismo per dire che viviamo in società le quali si articolano in una pluralità di poteri pubblici, in linea di massima rappresentativi di forze politiche [...] Le evenienze che stiamo vivendo sono certamente effetti di condizionamenti storici, in quanto effetti dell'azione di forze operanti nella società. Ma occorre anche guardarsi da certe suggestioni sociologiche, secondo le quali il pluralismo sarebbe come branchi di cavalli accorrenti per le praterie della storia. Le costituzioni di oggi hanno appunto il ruolo di rendere più composto l'andare delle mandrie» ⁽⁵⁶⁾.

Le pubbliche amministrazioni — lo si è visto — soffrono di un «tracollo alluvionale». L'amministrazione centrale «è ingovernabile»; Stato e regioni «si disturbano a vicenda»; i comuni, per funzionare, dovrebbero essere mille e non ottomila. Numerose sono le disfunzioni che incidono sull'organizzazione amministrativa, soprattutto per un'eccessiva e indebita influenza della politica. Il personale è maldistribuito e poco preparato. I sindacati dei pubblici dipendenti sono troppo attratti dalle rivendicazioni corporative e non guardano l'insieme dei problemi dell'amministrazione e dello Stato.

⁽⁵⁶⁾ M.S. GIANNINI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Roma, Bulzoni Editore, 1984, 10-11.

Dopo l'inattuazione delle riforme proposte da Giannini alla fine degli anni Settanta si sono succeduti diversi altri tentativi, soprattutto negli anni Novanta, a partire dalle essenziali innovazioni proposte da Sabino Cassese, anche lui come Ministro della funzione pubblica. E oggi si sta tentando ancora. Un punto, grazie agli insegnamenti di Giannini, è chiaro. Sono necessarie riforme profonde delle istituzioni e dell'amministrazione. Troppe delle lacune e delle disfunzioni evidenziate da Giannini restano ad oggi irrisolte. E ci manca molto la sua voce, così «eretica» e sferzante.

I PARERI DI MASSIMO SEVERO GIANNINI: LA CONTINUITÀ CON LA SCIENZA

ALFREDO MOLITERNI (*)

SOMMARIO: 1. L'attività professionale di Giannini. — 2. Lo stile e l'approccio metodologico: i tratti fondamentali. — 3. Le problematiche giuridiche più ricorrenti. — 3.1. La serietà dell'«opzione privatistica» e il contrasto ai tentativi di pubblicizzazione dell'attività amministrativa. — 3.2. La trasformazione della nozione di servizio pubblico e l'evoluzione dei rapporti concessori. — 3.3. La limitazione dell'ambito della discrezionalità amministrativa in funzione di garanzia e certezza dei rapporti giuridici. — 3.4. La pluralità e l'autonomia degli ordinamenti giuridici. — 4. Il diritto come scienza sociale: il realismo e la critica al sistema.

1. Massimo Severo Giannini ha tracciato le linee fondamentali di

(*) Le «Carte professionali» di Massimo Severo Giannini constano di circa milleottocento documenti, tra pareri (molti dei quali in forma sintetica o epistolare), risposte a quesiti o a richieste di chiarimenti, ma anche ricorsi e memorie difensive (seppure in misura assai minore). Molti di tali documenti, elaborati nell'arco di un quarantennio (dall'inizio degli anni Cinquanta sino alla metà degli anni Novanta), erano stati ordinati dallo stesso Giannini in venti fascicoli (M. DE BELLIS, *Giannini studioso, politico e legislatore attraverso le carte professionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 149 ss.). Nel 2004, a seguito della donazione dell'intera documentazione professionale all'Università «Sapienza» di Roma, è stato posto in essere un censimento di tutte le carte professionali che sono state successivamente consegnate all'Archivio Centrale di Stato. Tali carte sono ora conservate nell'ambito della sezione dell'Archivio Centrale relativa alle «Personalità della politica e della pubblica amministrazione», assieme ad altri documenti di Giannini — già versati in Archivio sin dal 2001 — e concernenti, in particolare, il carteggio privato e ufficiale, gli appunti delle lezioni e dei convegni ed altro materiale accademico (diplomi, attestati, inviti a convegni). Ai fini della redazione del presente contributo sono stati esaminati circa centocinquanta pareri che sono stati selezionati tra quelli più articolati e complessi, tenendo conto dell'importanza dell'argomento trattato, della ricorrenza della questione affrontata nell'ambito dell'intera attività professionale e, infine, della rilevanza teorica della tesi sostenuta, anche con riguardo all'opera scientifica di Giannini.

rinnovamento del diritto amministrativo moderno, senza tuttavia rinunciare a prestare il proprio contributo nella professione forense. A partire dal 1943, anno di iscrizione all'Ordine degli avvocati, sino agli anni Novanta, Giannini ha esercitato la professione legale assistendo imprese, cittadini, amministrazioni ed enti pubblici, sia dinanzi alle giurisdizioni civili, amministrative e contabili, sia prestando la propria attività di consulenza stragiudiziale. In particolare, l'attività di consulenza si intensificò a partire degli anni Ottanta e divenne pressoché esclusiva negli anni Novanta quando, a seguito della morte di Rosario Nicolò, Giannini decise di cessare l'attività forense per dedicarsi solo all'attività stragiudiziale ⁽¹⁾.

Proprio dall'esame della vastissima produzione di pareri resi nel corso della sua attività professionale emergono profili di grande interesse che, se da un lato pongono la figura professionale di Giannini in stretta continuità con quella (più nota e ampiamente studiata) dello scienziato del diritto, dall'altro contribuiscono a favorire una migliore comprensione dell'approccio metodologico di Giannini allo studio dei fenomeni giuridici ⁽²⁾.

Venendo alle caratteristiche più rilevanti di tale attività professionale, occorre evidenziare che i committenti che si rivolgono a Giannini sono sicuramente le grandi imprese pubbliche e i soggetti privati concessionari ⁽³⁾, ma anche le aziende private di medie e piccole dimensioni a rilevanza locale (specialmente nel Mezzogiorno), gli enti territoriali (soprattutto comuni) e molteplici tipologie di enti pubblici

⁽¹⁾ Come evidenziato da M. SANINO, *Giannini avvocato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1299 s., l'attività professionale di Giannini può distinguersi in quattro periodi: la prima dagli anni Cinquanta sino all'istituzione dei Tar; la seconda dall'istituzione dei Tar sino all'incarico governativo con il governo Cossiga (1979-1980), quando si cancellò dall'albo; la terza dagli anni Ottanta sino agli anni Novanta; l'ultima durante gli anni Novanta, dopo la morte di Nicolò.

⁽²⁾ Sull'indubbia rilevanza delle «Carte professionali» nell'ambito del complessivo contributo scientifico di Giannini, si veda G. NAPOLITANO, *Dalle carte Giannini: l'attività professionale la complessiva opera scientifica e intellettuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 135 ss.; sottolinea i nessi tra l'ambito professionale e quello scientifico anche M. DE BELLIS, *Giannini studioso, politico e legislatore*, cit., 153 ss.

⁽³⁾ Come ricorda M. SANINO, *Giannini avvocato*, cit., 1301, «i grandi operatori, pubblici e privati, furono attratti dalla personalità di Giannini: erano suoi frequentatori abituali l'Iri, l'Eni, la Banca d'Italia, il Coni»; ma a questi possono aggiungersi anche la Rai, l'Alitalia, l'AceA, la Società Aeroporti di Roma.

imprenditoriali e funzionali (4). Molti pareri sono inoltre indirizzati a persone fisiche, generalmente alti dirigenti, professori universitari e, soprattutto, politici (5). Numerosissimi, infine, sono i pareri in «forma epistolare» — solitamente della lunghezza di due o tre pagine — con cui Giannini era solito rispondere brevemente a quesiti che gli venivano posti da altri avvocati o clienti. Ma anche le risposte più sintetiche costituiscono sempre l'occasione per un inquadramento rigoroso del problema e per una valutazione giuridica puntuale (6).

L'approccio del Giannini all'attività professionale si caratterizza per un grande interesse ed entusiasmo (7), chiaramente riscontrabili anche nella vastità e varietà degli argomenti e delle tematiche con cui si cimentava: non siamo dinanzi all'idea (contemporanea) del giurista come «specialista» di un determinato settore del diritto positivo (8), ma, piuttosto, dinanzi all'immagine di un giurista «a tutto tondo», in

(4) Tra questi, ad esempio, gli enti previdenziali e di assistenza, le federazioni sportive, le aziende di trasporto, gli enti ospedalieri, le aziende sanitarie, i consorzi di bonifica, i consorzi idrici, gli enti creditizi, le camere di commercio, gli ordini professionali, gli istituti autonomi per le case popolari, le aziende municipalizzate, gli enti regionali di sviluppo agricolo, gli enti per il turismo, le accademie musicali.

(5) Per un'elencazione dei principali pareri richiesti da personalità politiche su temi di natura istituzionale, si veda M. DE BELLIS, *Giannini studioso, politico e legislatore*, cit., 157; d'altronde lo stesso Giannini — come riportato da G. MELIS, *Giannini e la politica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1276 — aveva affermato in una lettera indirizzata a Sandro Pertini del 20 ottobre 1978 di aver sempre ritenuto «come professore di diritto dell'Università di Roma, secondo un'antica tradizione, di dover essere a disposizione di qualunque autorità politica per consulenze».

(6) Esemplificativo risulta, da questo punto di vista, un parere in forma epistolare reso a Guido Rossi in data 11 luglio 1985 ove in poco più di tre pagine Giannini risponde ad un quesito di estrema complessità concernente i poteri di controllo statali sugli enti di gestione, con particolare riferimento ad un'operazione di ingresso di una banca estera nel capitale di Mediobanca (all'epoca partecipato da tre banche di interesse nazionale le quali, a loro volta, erano controllate dall'Iri). Nello specifico, dopo essere stata confermata, alla luce di un articolato ma sintetico ragionamento giuridico, la possibilità di un controllo pubblico sulle deliberazioni delle banche di interesse nazionale, il parere si conclude così: «mi sono contenuto, in quanto ti scrivo, ad esporti l'essenziale, pensando che dettagli e sviluppi ti siano del tutto noti».

(7) Sul punto M. SANINO, *Giannini avvocato*, cit., 1301, evidenzia il fatto che «la considerazione che aveva della professione del resto è confermata dall'entusiasmo con il quale accettò di presiedere la Società italiana degli avvocati amministrativisti; incarico che svolse attivamente dall'inizio degli anni Ottanta sino alla sua scomparsa».

(8) Avvalorata dalle recenti riforme della professione forense: si veda, in particolare, la legge 31 dicembre 2012, n. 247 che, all'articolo 9, introduce la figura dell'avvocato «specialista».

grado di cimentarsi con questioni molto diverse tra loro e, talvolta, assai lontane dagli interessi scientifici più immediati ⁽⁹⁾. E così Giannini domina non solo tutti i settori del diritto pubblico — e, in particolare, del diritto amministrativo ⁽¹⁰⁾, del diritto pubblico dell'economia ⁽¹¹⁾, del diritto costituzionale ⁽¹²⁾, del diritto ecclesiasti-

⁽⁹⁾ Come sottolineato da G. NAPOLITANO, *Dalle carte Giannini*, cit., 139, «la varietà dei clienti di Giannini e la sua disponibilità nei loro confronti derivano certamente anche dalla completezza della sua formazione giuridica, che gli consentiva di padroneggiare molti campi del diritto».

⁽¹⁰⁾ Si tratta, naturalmente, dei pareri più numerosi che affrontano tutte le tematiche più rilevanti della disciplina: rapporti concessori (di funzioni, beni e servizi pubblici), contratti pubblici, servizi pubblici (rifiuti, gas, telefonia, energia, acqua), beni pubblici, ordinanze sindacali, espropriazioni, urbanistica, lottizzazioni, edilizia, contabilità pubblica; con riguardo alle problematiche dell'organizzazione amministrativa, vi sono molti pareri in materia di pubblico impiego e concorsi (anche con riguardo agli enti pubblici economici e funzionali), ma anche in materia di assetto degli uffici e degli organi degli enti territoriali e di altri enti pubblici.

⁽¹¹⁾ Come in materia di partecipazioni statali (e relativi poteri di controllo del Ministero), vigilanza creditizia, istituti di credito, istituti finanziari, disciplina del commercio, vendita di farmaci, determinazione di prezzi ad opera del CIPE, tariffe del settore telefonico, sovvenzioni alle imprese e, da ultimo, anche in materia di privatizzazioni e liberalizzazioni.

⁽¹²⁾ Come in materia di organizzazione, funzionamento ed elezione degli enti locali: si vedano, ad esempio, una serie di pareri resi dal 1973 al 1975 alla Regione Lazio, un parere del 12 luglio 1984 reso alla Regione Piemonte sui modelli costituzionali di organizzazione amministrativa delle regioni, un parere del 3 luglio 1985 reso al consigliere Tretter del consiglio provinciale di Trento in materia di organi politici e di controllo, o, infine, un parere del 28 febbraio 1989 al consiglio regionale della Puglia in materia elezioni regionali; ma oggetto dei pareri sono anche altre tematiche, come il riparto legislativo tra Stato e regioni (si veda un parere reso al Coni sull'interpretazione della sentenza Corte costituzionale n. 517/1987 del 14 marzo 1988 relativa ad un problema del riparto tra Stato e regioni in materia di finanziamento e programmazione delle attività sportive), l'ammissibilità della richiesta di referendum abrogativo (parere reso a Federfarma il 3 gennaio 1990), la legittimità costituzionale di leggi (si veda un parere del 17 maggio 1961 sul disegno di legge concernente l'aumento degli organici della magistratura, o un parere del 9 giugno 1981 sulla legittimità costituzionale della proposta di legge in materia di riforma del sistema esattoriale), i regolamenti parlamentari, le ipotesi di incandidabilità ed ineleggibilità, il finanziamento pubblico ai partiti (si veda un parere al Partito Radicale della fine degli anni Settanta), la posizione istituzionale del CNEL con specifico riguardo all'autonomia organizzativa (si veda il testo dell'Audizione dinanzi alla Commissione per il Regolamento del CNEL del 13 maggio 1982), ma anche in materia di tutela delle minoranze linguistiche (come testimonia un carteggio del febbraio 1985 con Leopoldo Elia, allora Presidente della Corte Costituzionale). Ma Giannini si è sempre occupato di questioni afferenti il diritto costituzionale anche in sede giurisdizionale, come dimostra, ad esempio, un ricorso alla

co⁽¹³⁾, del diritto tributario⁽¹⁴⁾ e del diritto internazionale⁽¹⁵⁾ —, ma non rinuncia a confrontarsi con il diritto penale⁽¹⁶⁾ o il diritto civile⁽¹⁷⁾, imbattendosi anche in questioni di indubbio rilievo teorico per tali discipline, come dimostra, ad esempio, un parere reso negli anni Sessanta sulla natura e sulle prospettive del negozio fiduciario negli ordinamenti di tipo romanistico e sui relativi nessi e differenze con l'istituto anglosassone del *trust*⁽¹⁸⁾.

Corte costituzionale nell'interesse della Regione Valle d'Aosta del 15 ottobre 1966, firmato con Vezio Crisafulli o un ricorso del 1988 per conflitto di attribuzione, nell'interesse della Presidenza della Repubblica (su incarico del Presidente Cossiga) contro la Corte di cassazione in materia di trattamento pensionistico dei dipendenti della Presidenza.

⁽¹³⁾ Si veda, ad esempio, un parere reso alle comunità israelitiche risalente alla metà degli anni Sessanta (ma privo della data esatta) concernente la natura delle confessioni religiose, ma anche un parere sulle opere pie (richiesto dal Cardinale Ernesto Ruffini nel 1987).

⁽¹⁴⁾ Sono molteplici, ad esempio, i pareri che riguardano la natura e il concetto di imposte e tasse (come dimostra un parere del 12 marzo 1976 alla Montedison sulla natura dello «sconto mutualistico» o un parere del 7 settembre 1992 all'Ordine dei consulenti in proprietà industriale sulle tasse in materia di concessioni governative).

⁽¹⁵⁾ Come in un parere del 13 novembre 1992 in materia di immunità diplomatiche ove si esamina la nozione di «funzione diplomatica» ai fini dell'applicabilità (e dei possibili effetti) del d.d.l. di riforma del pubblico impiego; o in un parere sintetico del 29 gennaio 1991 reso alla Greensisam s.p.a. in materia di trattamento delle navi battenti bandiera di Taiwan interessate ad attraccare nei porti italiani.

⁽¹⁶⁾ Come in una serie di pareri sull'incarico di pubblico servizio, o in un parere in materia di disciplina penalistica delle case da gioco nella legislazione antecedente ai Codice Zanardelli e Rocco (parere reso al Comune di Bagni di Lucca il 18 maggio 1982).

⁽¹⁷⁾ Come i pareri in materia di diritto di prelazione, contratti di somministrazione, permuta, rendite, equo-canone o quelli sulla natura civilistica del contratto di Associazione temporanea di impresa — definito da Giannini come «contratto innominato di natura associativa» da cui ci si può sciogliere solo con il consenso del committente (parere reso a Siderbeton s.p.a. il 21 giugno 1984) —, sino ad un parere in materia di cambiamenti di cognome (parere del 9 luglio 1984).

⁽¹⁸⁾ Si tratta di un parere della metà degli anni Settanta richiesto dal prof. Perez Luciani in merito alla presunta natura fiduciaria del negozio solutorio intervenuto fra il *Banco Nacional de Descuento* di Caracas e il *Banco Central de Venezuela* che costituisce l'occasione per affrontare il tema dell'ammissibilità del negozio fiduciario negli ordinamenti di tipo romanistico. Giannini sottolinea la necessità di distinguere tale istituto dal *trust*, posto che il primo avrebbe un ambito molto più ampio del *trust*. Quest'ultimo è un negozio costitutivo di diritti di proprietà in capo ad un soggetto il quale non ha tuttavia i poteri di disposizione e di godimento del bene come li avrebbe il proprietario: al *trust* del diritto inglese, tuttavia, possono corrispondere molteplici istituti, essendo esso un istituto di carattere generale utilizzabile in materia di diritti di

Proprio la grande varietà dei temi affrontati sembra costituire il riflesso, dal punto di vista professionale, di quell'unità della scienza giuridica di cui Giannini era fermamente convinto⁽¹⁹⁾. Ma soprattutto, l'interessamento per altri settori del diritto costituisce la concretizzazione di quell'idea di «diritto comune» fondata su principi e istituti generali del diritto — e quindi applicabili indistintamente a soggetti pubblici e privati — che Giannini è andato via via sviluppando nel corso della sua attività scientifica, soprattutto in un'ottica di superamento della specialità di alcune discipline tradizionalmente riferibili ai rapporti amministrativi (come in materia di concessioni, contratti, beni e responsabilità civile)⁽²⁰⁾.

famiglia, di successione, di società commerciali ecc. Mentre secondo la concezione inglese il *trust* è un istituto giuridico a sé stante, secondo la dottrina dei paesi di tipo romanistico «il negozio fiduciario non è un istituto giuridico a sé stante ed avente un contenuto tipico o tipizzabile; al limite qualunque negozio giuridico può venire ad assumere un contenuto fiduciario, sol che le parti si accordino per una sottrazione dal risultato negoziale astratto di alcuni poteri o facoltà che la legge attribuirebbe ad una od ambedue le parti». Si tratta, tuttavia, di una prospettiva non accolta da Giannini secondo cui «vi sono negozi che non ammettono una sottrazione convenzionale di elementi o di effetti stabiliti dalle norme, così come vi sono, inversamente, negozi nei quali si può immettere un elemento di fiducia, ma che purtuttavia restano regolati completamente dalla norma di legge»; ciò consente a Giannini di sostenere che «nella pratica, soprattutto commerciale, il negozio fiduciario va assumendo sviluppi nuovi e impensati» e che, pertanto, «si ripete in tal modo una vicenda secolare di questo settore del diritto, cioè di modelli contrattuali che si trasformano, magari per poi dar vita, in periodi successivi, a nuove distinte figure contrattuali».

⁽¹⁹⁾ Affermata sin dalle *Lezioni* del 1950 (*Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 50) ove per la prima volta si sottolinea che «i rami del diritto non sono entità conchiusse tra cui vi siano dei rapporti; essi sono dei sistemi aperti, non disgiunti, ma collegati l'uno con l'altro con un legame anch'esso sistematico. Nessuno di essi è separabile dagli altri, coi quali costituisce un sistema unico». Sottolinea l'importanza della «cesura» delle *Lezioni* rispetto all'idea di «separazione» del diritto amministrativo affermatasi all'inizio del Novecento con Santi Romano, Ranelletti e poi con Zanobini, M. D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo Novecento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, spec. 1315. La centralità assunta dall'idea gianniniana dell'unità del diritto e della scienza giuridica è ben rappresentata nei contributi contenuti in *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, a cura di S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Alberti e A. Bixio, Bologna, il Mulino, 1994.

⁽²⁰⁾ Come sottolineato chiaramente nella pagine conclusive della voce *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, 855 ss. (ora anche in *Scritti*, V, Milano, Giuffrè, 2004, 216), ove si afferma che il diritto amministrativo «tende a divenire un diritto che trova in suoi moduli nel diritto privato, insieme al quale si avvia a ritornare un diritto unitario». In particolare si stanno formando «istituti regolati come fondo dalle norme

2. Pur nella diversità delle tematiche affrontate e nella vastità del periodo temporale di riferimento, dal complesso della produzione di pareri emerge, innanzitutto, una evidente uniformità non solo stilistica, ma anche metodologica.

In primo luogo, lo stile appare caratterizzato da una grande concisione e chiarezza ⁽²¹⁾. Giannini non si perde in lungaggini o in erudite divagazioni di tipo teorico che non siano strettamente funzionali alla risoluzione del problema pratico ⁽²²⁾. In alcuni casi, ad esempio, al fine di condurre il lettore al «cuore» del problema giuridico, il parere può aprirsi con una mera elencazione schematica delle posizioni giurisprudenziali consolidate entro cui collocare la questione controversa ⁽²³⁾. Parimenti, là dove l'esito del quesito è di facile risoluzione, è lo stesso Giannini che, in sede di risposta, trasforma quello che era stato richiesto dal committente come «parere» in una

che oggi diciamo del diritto privato, i quali presentano taluni aspetti propri, che oggi chiamiamo diritto amministrativo. Tra qualche tempo si perderà il valore di queste denominazioni, e si avranno solo istituti come la vendita di aree urbane, l'appalto di opere pubbliche, il contratto di costruzione di navi, la concessione-conferimento di beni pubblici, e così via, nei quali le fattispecie astratte presenteranno indissolubilmente congiunte quelle parti che oggi noi distinguiamo, portati dalla storicità delle strutture mentali di giuristi della nostra epoca, anche se già ci possiamo render conto che nel realtà i negozi interprivati maggiori sono così come congegnati da norme di diritto privato amministrativo (e tributario) insieme». Tale tendenza emerge ad esempio assai chiaramente in un parere in materia di società private a partecipazione pubblica ove si sottolinea, con riguardo alla natura dell'appalto concorso, che si tratterebbe di uno strumento «né pubblicistico né privatistico: è un modo di carattere generale, che viene utilizzato anche da privati, in particolare da grandi imprese che vogliono realizzare opere di grande complessità» (parere del 25 gennaio 1983 reso al Presidente della SCAB, Avv. Elio Zani).

⁽²¹⁾ Secondo M. SANINO, *Giannini avvocato*, cit., 1300, «solo raramente utilizzava, negli atti destinati al magistrato o al cliente, il linguaggio originale che ha caratterizzato i suoi decisivi contributi dottrinari»; nello stesso senso G. NAPOLITANO, *Dalle carte Giannini*, cit., 137.

⁽²²⁾ Come sottolineato da M. SANINO, *Giannini avvocato*, cit., 1300, «invero i pareri richiesti da operatori di seria consistenza e concernenti questioni estremamente delicate, erano infatti redatti in poche battute e non indulgeva mai in osservazioni di contorno (notoriamente superflue) che qualche volta vengono dedotte, solo per enfatizzare la prestazione professionale e quindi per finalità non propriamente in sintonia con l'aspettativa del cliente».

⁽²³⁾ Si veda un parere richiesto dall'ENEL del 4 novembre 1986, il quale inizia con una elencazione di orientamenti ritenuti pacifici in giurisprudenza e in dottrina: «In relazione ai quesiti che mi ponete, faccio presente che è da considerare pacifico, in giurisprudenza e in dottrina: a) ..; b) ..»; nello stesso senso è impostato un parere reso alla Società finanziaria marittima (FINMAR) il 2 maggio 1988.

semplice «lettera» di poche righe ⁽²⁴⁾. E ancora, in molti casi in cui gli viene richiesto un parere da altri avvocati su questioni da loro già esaminate, si limita a rispondere semplicemente di «non avere altro da aggiungere» ⁽²⁵⁾. Tutto ciò, peraltro, a dimostrazione del limitato interesse per gli aspetti «retributivi» dell'esercizio dell'attività professionale ⁽²⁶⁾ che, ad esempio, portano in molti casi Giannini a rifiutare l'incarico di assistenza, non già per la presenza di incompatibilità formali, ma per motivi di coerenza con posizioni dallo stesso già sostenute in altra sede ⁽²⁷⁾.

La sinteticità, tuttavia, non pregiudica l'eshaustività e la ricchezza argomentativa, né la chiarezza e la nettezza nelle valutazioni finali. Da questo punto di vista, emerge una forte continuità con la produzione scientifica, soprattutto per quanto concerne l'approccio metodologico ed il rigore logico-argomentativo ⁽²⁸⁾.

⁽²⁴⁾ Si veda la lettera del 13 giugno 1986 al Presidente della Fiera internazionale di Milano (dott. Mario Boselli) ove, in pochissime righe, si rappresenta la graniticità dell'orientamento (giurisprudenziale e dottrinario) che riconduce l'Ente Fiera di Milano nel novero degli enti pubblici, così da rendere inutile il tentativo di provare a sostenere il contrario anche perché, secondo Giannini, «il Ministero dell'industria sentirebbe il parere del Consiglio di Stato, il quale sicuramente si dichiarerebbe per la natura pubblica».

⁽²⁵⁾ Si veda, ad esempio, la risposta di Giannini alla richiesta di parere dell'Avv. Mandel del 1990. Similmente, Giannini rifiuta un incarico della Regione Lazio del 4 febbraio 1988 evidenziando che, a suo parere, la Regione, essendo già assistita dagli Avvocati Bellini, Scoca e Chiappetti è «più che sufficientemente difesa, oltretutto in modo molto valido».

⁽²⁶⁾ Già ben evidenziati da M. SANINO, *Giannini avvocato*, cit., 1305 e che, ad esempio, conducono Giannini a rifiutare il pagamento per il sopramenzionato parere sintetico sulla natura giuridica dell'Ente Fiera di Milano, affermando in una lettera del 3 luglio 1986: «era solo un'informativa, e non un parere. Quindi cosa vuole che Le presenti una parcella?».

⁽²⁷⁾ Si veda, in questo senso, una lettera del 29 gennaio 1986 ove, dinanzi alla richiesta di assistere la regione Puglia in materia di pubblico impiego, Giannini rifiuta l'incarico precisando che «essendomi più volte pronunciato per l'omogeneità dei trattamenti di stato giuridico e retributivi dei dipendenti regionali, non posso adesso mettermi a sostenere la validità di un trattamento non omogeneo». Sempre per ragioni di coerenza con posizioni già espresse, Giannini rifiuta un incarico in materia di responsabilità amministrativa richiestogli dalla SIP (lettera del 9 gennaio 1988). Per lo stesso motivo Giannini rifiuta un incarico richiesto da una persona fisica in data 31 agosto 1984 in materia di concorsi.

⁽²⁸⁾ Come sottolineato da G. NAPOLITANO, *Dalle carte Giannini*, cit., 137, sia nei contenuti sia nel metodo vi è un evidente continuità tra l'attività professionale e quella scientifica.

Soprattutto le questioni giuridiche più complesse sono infatti ancorate ad un solido inquadramento teorico e sistematico del problema, che talvolta è anche funzionale a fare ordine e a mettere a sistema frammenti caotici di singole discipline normative. In questo modo, anche il lettore meno esperto viene «condotto per mano» nell'esame (e nella comprensione) della questione giuridica oggetto di trattazione.

In alcuni casi, la stessa premessa di inquadramento può — per la sua esaustività e complessità — vivere quasi autonomamente e costituire oggetto di una specifica trattazione scientifica ⁽²⁹⁾. Così, ad esempio, un parere sulla natura giuridica del Direttore del Banco di Sicilia costituisce l'occasione per la ricostruzione teorica della figura del direttore generale negli enti pubblici e privati, che conduce all'elaborazione di tre diversi modelli a seconda dell'ampiezza dei poteri gestionali e decisionali ⁽³⁰⁾; un parere sulla determinazione della tariffe telefoniche da parte di STET conduce Giannini ad approfondire la possibilità di intendere, sulla scia della giurisprudenza costituzionale, la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. in materia di imposizione di prestazioni personali e patrimoniali come riserva di «procedimento amministrativo previsto dalla legge», richiamando altresì la nozione inglese di «giusto procedimento», ovvero quella particolare concezione di procedimento funzionale a dare «garanzia di esatta valutazione dei diversi interessi, pubblici e privati, che sono coinvolti dal provvedimento da adottare» ⁽³¹⁾. Ma anche in questi casi, il *surplus* di sforzo ricostruttivo è strettamente funzionale non già a dare prova di erudizione, ma piuttosto a collocare la problematica giuridica in discussione entro la giusta prospettiva teorico-interpretativa, così da pervenire più facilmente alla soluzione del caso concreto.

Rispetto a tale «missione» — diversamente da quanto avviene in sede di redazione degli atti difensivi di tipo giurisdizionale ⁽³²⁾ —

⁽²⁹⁾ Si tratta di una tendenza che, come sottolineato da G. NAPOLITANO, *Dalle carte Giannini*, cit., 137, emerge soprattutto nei pareri redatti nel periodo più avanzato dell'attività professionale.

⁽³⁰⁾ Si tratta del parere sulla natura del Direttore del Banco di Sicilia del 5 dicembre del 1962, ove l'esame delle norme applicabili giunge solo a pagina 4, dopo un lungo e articolato inquadramento teorico-sistematico del tema.

⁽³¹⁾ Così, nel parere reso alla Società finanziaria telefonica s.p.a. (STET) del 22 ottobre 1982 in materia di tariffe telefoniche, ove si richiama l'interpretazione data alla riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. da Corte cost. n. 72 del 1969.

⁽³²⁾ Come sottolineato da M. SANINO, *Giannini avvocato*, cit., 1300, «negli scritti difensivi, poi, non citava mai dottrina e giurisprudenza. Tutt'al più si limitava a

assume rilievo fondamentale il costante riferimento agli orientamenti giurisprudenziali dominanti, alle più rilevanti posizioni dottrinarie, ma anche alla prassi delle amministrazioni interessate.

Per quanto attiene alla giurisprudenza, essa è intesa come vera e propria fonte del diritto, al punto che è lo stesso Giannini a sottolineare in un parere che, rispetto alla questione in esame, ci si troverebbe dinanzi ad una «giurisprudenza che compone un elemento normativo del sistema positivo»⁽³³⁾. Gli orientamenti giurisprudenziali sono, tuttavia, sistematizzati, ordinati e, ove necessario, aspramente criticati: raramente ricorrono citazioni di sentenze le quali, invece, tendono ad essere riassunte nei loro tratti più significativi.

Con riferimento alla dottrina, essa viene illustrata al cliente per delineare immediatamente il quadro di riferimento teorico entro cui si colloca la questione, senza indugiare in citazioni e, generalmente, riassumendo e parafrasando il pensiero dell'autore, il quale viene indicato in parentesi nel corpo del testo. Spesso il riferimento dottrinario ha ad oggetto la scienza giuridica straniera, come nel caso di un parere *pro veritate* in materia urbanistica richiesto da Giuliano Vassalli ove, con riguardo al problema della natura giuridica dell'atto d'obbligo, si fa riferimento alla teorica tedesca che configura l'atto di assoggettamento come «provvedimento amministrativo su assoggettamento (*Verwaltungsakt auf Unterwerfung*)», alla ricostruzione dello Jellinek sul «provvedimento amministrativo bilaterale», ma anche alla dottrina francese sul «provvedimento amministrativo negoziato», la quale consentirebbe di pervenire alla costituzione di vincoli di destinazione di beni o di obbligazioni di dare o di fare a carico dell'autore della dichiarazione negoziale, senza che tuttavia l'amministrazione si privi dei suoi poteri autoritativi per il controllo sull'adempimento delle obbligazioni o degli obblighi assunti⁽³⁴⁾.

ricordare che su un argomento si era formato un contributo giurisprudenziale, ma non era suo costume indicare gli estremi delle decisioni. Usava dire infatti che il magistrato conosce la giurisprudenza».

⁽³³⁾ Sempre nel parere STET del 22 ottobre 1982 sopra citato, con riferimento all'indirizzo giurisprudenziale consolidato in materia di tariffe.

⁽³⁴⁾ Si tratta del parere *pro veritate* del 26 marzo 1979 richiesto da Giuliano Vassalli su una vicenda urbanistica relativa al quartiere La Magliana, ove si affronta il problema della natura giuridica degli atti d'obbligo e si dà conto della grande diffusione degli stessi in settori diversi da quelli urbanistici, come in materia di lotta agli inquinamenti atmosferici e idrici, in materia di conversione e riconversione industriale, in materia di aiuti finanziari alle imprese (evidenziando altresì che in tali settori si

Sovente, infine, si dà conto della prassi delle amministrazioni — cui Giannini riservava grande attenzione anche in ambito scientifico — specialmente mediante il riferimento agli orientamenti interni ai singoli ministeri o alle singole direzioni ⁽³⁵⁾. Tale elemento è così decisivo ai fini della ricostruzione della disciplina applicabile alle amministrazioni che lo stesso Giannini, in un parere degli anni Novanta sull'organizzazione e sull'attività degli uffici ispettivi delle direzioni regionali delle entrate, evidenzia che mentre gli uffici-organi delle amministrazioni devono essere disciplinati da norme di legge e gli altri uffici anche da semplici atti normativi secondari, l'attività da essi svolta rimane «regolata da principi di logica organizzativa divenuta regola giuridica di prassi» ⁽³⁶⁾. Parimenti, in un parere avente ad oggetto l'estensione in fatto del potere discrezionale dell'amministrazione sanitaria in materia di classificazione dei farmaci, si evidenzia che «gli istituti positivi vanno intesi per come esistono nella prassi di attuazione delle leggi» ⁽³⁷⁾.

Questi tre «formanti del diritto» sono messi a sistema con grande flessibilità e senza alcun pregiudizio dogmatico, anche mediante il costante riferimento ai principi e alle regole generali dell'ordinamento cui Giannini attribuisce un rilievo centrale, soprattutto in ragione della scarsa chiarezza ed organicità del dato normativo di riferimento ⁽³⁸⁾. Per questa via, ad esempio, Giannini esclude la possibilità per il consiglio provinciale di Trento di esercitare un controllo sull'attività di controllo della giunta sulle amministrazioni comunali e sugli altri enti locali, dal momento che, nonostante il consiglio sia tenuto, in base al regolamento interno, a controllare la giunta, sussiste un «principio generale dell'ordinamento» in base al quale «l'atto di controllo non è

vanno diffondendo sempre più spesso contratti speciali con gli imprenditori denominati «contratti di programmazione»). Naturalmente si dà conto anche della dottrina italiana e, in particolare, si richiama la teorica del Miele sull'«atto contrattuale diseguale».

⁽³⁵⁾ Si veda, ad esempio, il parere Siderbeton s.p.a. del 21 Giugno 1984 sull'Associazione temporanea di imprese, ove si evidenzia non solo l'orientamento giurisprudenziale dominante, ma anche quello dell'Amministrazione finanziaria, con specifico riguardo all'autonoma soggettività tributaria delle partecipanti all'ATI.

⁽³⁶⁾ Il parere è di estremi ignoti ma comunque si colloca dopo il 1993.

⁽³⁷⁾ Così in un parere del 10 aprile 1985 reso a Farindustria.

⁽³⁸⁾ Ad esempio, in un parere in materia di concessioni di servizio pubblico (parere del 17 marzo 1982 reso all'Associazione nazionale industriali gas) si afferma che «quand'anche una normativa così dettagliata non esistesse, la situazione non sarebbe diversa, poiché — come dicevo — la normativa medesima si attiene alle regole generali che nell'ordinamento positivo disciplinano le concessioni di pubblici servizi».

sottoPONIBILE ad ulteriore controllo, in quanto l'autorità di controllo (salvo casi particolari come la Corte dei conti) risponde direttamente al giudice dei propri atti»: e ciò anche in ragione del fatto che, nel caso di specie, una simile eventualità si tradurrebbe in un controllo dal «contenuto essenzialmente politico, cioè in contrasto pieno con la natura dell'atto di controllo» (39).

Ma la ricostruzione e l'elaborazione teorica è, come si è detto, sempre funzionale all'individuazione di una soluzione pratica e concretamente percorribile. Giannini è, da questo punto di vista, vero *advocatus* (40): egli propone soluzioni concrete e di sicura percorribilità, anche se non le condivide pienamente da un punto di vista teorico, come quando, dopo aver affermato che gli atti dei concessionari in sede di affidamento dei contratti dovrebbero essere sindacati dal giudice ordinario, si trova costretto a suggerire al cliente — in ragione dell'esistenza di un indirizzo del giudice amministrativo che ritiene «di poter sindacare gli atti del concessionario privato pervenendo addirittura all'annullamento della aggiudicazione dell'appalto» — che «pur essendo convinto quindi che la giurisdizione in vicende simili sia quella del giudice ordinario, sarebbe comunque da tentare un ricorso al T.A.R. nella speranza di poter almeno ottenere la sospensione della esclusione» (41). Nella stessa logica, peraltro, il cliente è sempre «messo in guardia» dai possibili rischi connessi ad una determinata iniziativa (amministrativa o giudiziale) (42): Giannini è, da questo

(39) Parere del 3 luglio 1985 reso al consigliere Tretter del consiglio provinciale di Trento in materia di organi politici e di controllo. Tuttavia Giannini, a conclusione del parere, lascia aperta la possibilità per il consiglio di esercitare un controllo generale sul rispetto da parte della giunta degli indirizzi fissati dal consiglio medesimo o dalle leggi regionali, valorizzando la distinzione tra controllo sugli atti e controllo sull'attività.

(40) Cioè colui che, dal latino *advocare*, è chiamato in aiuto, anche per dare consigli (L. CASTIGLIONE e S. MARIOTTI, *Il Vocabolario della lingua latina*³, Torino, Loescher, 1996, *ad vocem*); sul punto, si veda anche M. CORTELLAZZO e P. ZOLLI, *Dizionario etimologico della lingua italiana*, Bologna, Zanichelli, 1979, I, 97.

(41) Si tratta del parere del 27 dicembre 1988 reso alla F.lli Costanzo s.p.a.

(42) Rischi che, come Giannini ebbe modo di chiarire nelle celebri pagine del *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, III, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 217 ss., ora in *Scritti*, V, Milano, Giuffrè, 225 ss., sono da ricondurre, per quanto attiene alla tutela giurisdizionale, in larga parte alla «illiberalità» del sistema di riparto che «è fonte di liti, generatore di incertezza» e che «prescinde dall'interesse pubblico»: proprio in tali pagine Giannini mette lucidamente in evidenza la «terribile sofferenza che prova l'avvocato il quale cerca di spiegare al cittadino offeso dall'amministrazione una

punto di vista, sempre diretto e franco nel prospettare quelle «verità scomode» che possano scongiurare l'avvio di azioni inutili ⁽⁴³⁾.

3. La vastità della documentazione concernente l'attività di consulente non consente, in questa sede, di far riferimento esaustivo a tutti gli spunti ricostruttivi e di rilievo teorico che sono offerti dall'esame delle *carte* professionali. Per tale ragione, prendendo a riferimento soprattutto le questioni di più spiccata rilevanza pubblicistica, si tenterà nelle pagine seguenti di mettere in luce alcune delle problematiche giuridiche che emergono più frequentemente dai pareri di Giannini e che sono al centro anche della sua attenzione in sede scientifica.

3.1. Una delle questioni che emerge con maggiore nettezza, tanto dai pareri in materia di imprese pubbliche ed enti pubblici economici, quanto da quelli in materia di rapporti concessori e contratti pubblici, riguarda il problema della diffusione di tecniche e modelli privatistici per il perseguimento di finalità di pubblico interesse ⁽⁴⁴⁾.

Come è noto, Giannini fu inizialmente restio all'utilizzo del diritto

questione di riparto di giurisdizione, ossia cerca di fargli capire perché potrebbero occorrere al minimo due anni di lite prima di poter raggiungere certezza circa il giudice competente, e, se è galantuomo, di fargli valutare se vedersi decisa la lite, per es. dopo quattro anni, presenti per lui ancora un'utilità» (310).

⁽⁴³⁾ Come sottolineato anche da G. NAPOLITANO, *Dalle carte Giannini*, cit., 139, emerge spesso una certa cautela di Giannini rispetto all'attivazione delle vie giurisdizionali. Ad esempio, in un parere del 12 marzo 1976 reso alla Montedison sulla natura dello «sconto mutualistico», si mette in guardia dai rischi derivanti dall'intervento sul prelievo in via amministrativa e senza una legge, nonostante vi possano essere argomenti «sostanziali» per sostenere il contrario, ma che tuttavia non troverebbero il consenso del giudice. E ancora, in un parere reso ad Agrofarma e Federchimica del 3 gennaio del 1990, si contesta l'utilità di indire un referendum abrogativo sulla l. n. 283 del 1942, (avente ad oggetto la «disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande»), poiché esso non condurrebbe ad un risultato utile, essendo presenti altre norme limitative del commercio nella stessa legge che potrebbero continuare a giustificare il potere autorizzatorio del Ministero. Similmente, in un lettera rivolta al Genio Civile per le opere marittime della Regione Sardegna del 18 maggio 1981, Giannini scoraggia il richiedente dal proporre appello date le scarse possibilità di accoglimento dello stesso. Nello stesso senso, infine, in un parere in forma epistolare del 3 dicembre 1990, Giannini, data l'impossibilità di esperire ulteriori azioni giudiziali, invita al cliente (un soggetto privato) a rassegnarsi.

⁽⁴⁴⁾ Sottolinea tale profilo anche G. NAPOLITANO, *Dalle carte Giannini*, cit., 141, secondo cui tra i «motivi fondamentali dell'attività professionale di Giannini» emerge

privato per lo studio dei fenomeni amministrativi e per la concettualizzazione degli istituti del diritto amministrativo. Ben presto, tuttavia, si convinse dell'ampia penetrazione degli strumenti civilistici sia per quanto concerne l'organizzazione degli enti pubblici e il rapporto di lavoro pubblico, sia per quanto attiene all'attività dei pubblici poteri⁽⁴⁵⁾.

In questa prospettiva, nell'ambito dell'attività professionale si assiste innanzitutto alla tendenza a valorizzare la dimensione imprenditoriale e privatistica degli enti pubblici economici, in contrasto con i tentativi (legislativi, dottrinari e giurisprudenziali) di pubblicizzazione delle imprese e delle società pubbliche⁽⁴⁶⁾.

In particolare, Giannini sottolinea in più occasioni che la presenza di un interesse pubblico da tutelare non è in grado di incidere sulla natura dell'ente e dell'attività. Così, un parere reso al Banco di Napoli relativamente alle conseguenze della qualificazione dello stesso quale istituto di credito di diritto pubblico⁽⁴⁷⁾ inizia con una «raccomandazione, si potrebbe dire di cautela, tutte le volte in cui ci si incontra con il termine “pubblico”»: tale vocabolo, infatti, avrebbe secondo Giannini una grande quantità di significati, anche in ragione del fatto che

la «sottolineatura dei modelli privatistici dell'organizzazione e dell'attività amministrative e la protezione dell'autonomia degli enti collettivi».

⁽⁴⁵⁾ Come sottolineato da S. CASSESE, *Giannini, Massimo Severo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma, Treccani, 2012 (consultabile anche su www.treccani.it), «oppositore in un primo momento del privatismo portato nello studio del diritto pubblico, si è poi convinto della larga penetrazione del diritto privato e dei suoi moduli nel diritto amministrativo, ciò che richiedeva ai suoi cultori di dotarsi della relativa strumentazione tecnica».

⁽⁴⁶⁾ E ciò dal momento che, come evidenziato in più occasioni, per i soggetti pubblici che svolgono attività imprenditoriale non si pone, neanche dal punto di vista teorico, il problema della titolarità di una «autonomia privata piena» (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*³, II, Milano, Giuffrè, 1993, 59). Il tema delle società pubbliche è stato sempre al centro della riflessione gianniniana (a partire dal saggio *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 227 ss.) poiché — come sottolineato da B. SORDI, *Giannini e il diritto amministrativo del suo tempo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1037 — la ricostruzione del regime giuridico di tali soggetti costituiva un punto di vista privilegiato per la ridefinizione della tradizionale dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato.

⁽⁴⁷⁾ Parere reso al Banco di Napoli il 16 maggio 1977 sulla natura giuridica di tale soggetto. D'altronde va sottolineato che lo stesso Giannini nel 1958 nella voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, 1958, 988 ss. (ora in *Scritti*, IV, Milano, Giuffrè, 2004, 324) aveva sostenuto, con riguardo all'attività amministrativa di diritto privato, che vi sono alcuni soggetti come «le Casse di risparmio, i Banchi di Napoli, Sicilia, Sardegna, ecc.» che agiscono «esclusivamente in regime di diritto privato» e, in particolare «usano solo il diritto privato comune, e non emanano mai atti amministrativi».

«al limite, ogni norma di carattere cogente, incorpora un interesse pubblico, e sotto tale aspetto va a costituire una limitazione che può dirsi pubblica, all'autonomia dei privati». E tuttavia, muovendo dall'esempio della disciplina civilistica delle distanze legali, Giannini precisa che «la presenza di un interesse pubblico in una norma avente carattere imperativo [...] in alcuni casi dà luogo a rapporti che sono solo di diritto privato, in altri a rapporti duplici o misti, in altri a rapporti solo di diritto pubblico»: in questa prospettiva, «il “pubblico” ricorre solo quando la norma contempla un pubblico potere come soggetto che può adottare provvedimenti amministrativi contro la volontà di un altro soggetto, che è quello privato» e, cioè, anche «a prescindere dal consenso che presti il privato». A partire da tale premessa, si evidenzia che anche la normativa bancaria è piena di disposizioni di carattere imperativo a tutela di interessi pubblici ma dalle stesse non sempre nascono «rapporti di diritto pubblico»: in particolare, nonostante la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria considerino gli «istituti di credito di diritto pubblico» «puramente e semplicemente enti pubblici» e, nello specifico, «enti pubblici economici», Giannini evidenzia che questi ultimi sono comunque «delle imprese che hanno la forma dell'ente pubblico, e che pertanto, come ente pubblico, sottostanno (o meglio dovrebbero sottostare) alla potestà di vigilanza di un ministro, che poi ne è responsabile in Parlamento». Ma tale vigilanza si riduce essenzialmente alla previsione di un potere di nomina degli amministratori, di ispezione e controllo, nonché ad un potere di scioglimento dei Consigli di amministrazione e relativa nomina dei commissari straordinari; per tutti gli altri oggetti, «l'ente pubblico economico è invece impresa a tutti i fini, quindi è disciplinato dalla normativa comune a tutte le imprese»⁽⁴⁸⁾: con la conseguenza che i bilanci degli istituti di credito di diritto pubblico sono «bilanci imprenditoriali» che, nonostante le numerose prescrizioni legali e i molteplici vincoli pubblicistici, rimangono disciplinati dal

(48) In ragione di ciò, Giannini condivide la tesi per cui «l'ente pubblico economico sia una creatura ambigua perché dell'ente pubblico non ha più che una parte della testa (per ora parliamo dell'aspetto funzionale), la quale tuttavia è completamente fungibile con quanto verrebbe fuori se adottasse la formula della società a partecipazione pubblica». Rispetto a tale figura si evidenzia una certa difficoltà di ricostruire le coordinate del sistema, in ragione di una giurisprudenza che fa fatica ad andare al di là dell'analisi del dato positivo e, inoltre, a fronte di legislatori che «nei diversi paesi, hanno proceduto con estrema disinvoltura, avendo di mira più risultati pratici che il rispetto di principi del sistema».

diritto privato e non danno luogo a rapporti giuridici di diritto pubblico, così come la distribuzione degli utili, retta da una disciplina privatistica regolata dallo stesso statuto. Parimenti anche la disciplina del rapporto di lavoro è di tipo privatistico: e ciò alla luce del fatto che, come chiarito nel parere sulla natura giuridica del direttore del Banco di Sicilia, «le norme sull'impiego privato valgono come norme generali anche per i pubblici dipendenti» e, quindi, trovano applicazione a tutti quei dipendenti per cui non sia specificatamente prevista l'applicazione di norme di diritto pubblico ⁽⁴⁹⁾.

Sempre con riguardo al problema della natura dei soggetti che esercitano attività di impresa, in un altro parere ⁽⁵⁰⁾ si sottolinea l'equivocità insita nel concetto di «impresa pubblica», poiché le società private a partecipazione pubblica sono imprese pubbliche solo con riferimento «all'appartenenza del capitale», a differenza di altre figure di impresa pubblica (come l'impresa organo o l'impresa ente) che sono pubbliche anche per la gestione, essendo «organizzazioni di tipo imprenditoriale incardinate in un pubblico potere» ⁽⁵¹⁾. D'altronde, secondo Giannini, lo stesso controllo dell'Iri sulle banche di interesse nazionale costituisce nient'altro che un «normale controllo del capogruppo» ⁽⁵²⁾: pur essendo estremamente complesso, esso «non è però conformato secondo regole pubblicistiche, ma è il controllo del capogruppo che si riscontra anche in diritto privato».

Il riconoscimento della natura privatistica delle imprese pubbliche non opera solo su un piano astratto, ma ha delle conseguenze rilevanti sul piano dello statuto giuridico applicabile. In primo luogo, infatti, le società private a partecipazione pubblica secondo Giannini non sarebbero tenute ad applicare procedimenti di diritto pubblico per la formazione della volontà negoziale che, quindi, può esplicarsi secondo

⁽⁴⁹⁾ Si tratta di un parere del 5 dicembre del 1962: la ricostruzione proposta conduce, in concreto, a ritenere applicabile l'istituto del recesso contrattuale, nonostante nella prassi si faccia riferimento alla revoca (la quale, tuttavia, secondo Giannini, non avrebbe implicazioni giuridiche diverse da un semplice recesso).

⁽⁵⁰⁾ Si tratta del parere del 25 gennaio 1983 reso al Presidente della SCAB (Avv. Elio Zani).

⁽⁵¹⁾ Naturalmente è comunque ammesso, ma costituisce altro problema secondo Giannini, il fatto che tali società pubbliche siano costituite anche per il perseguimento di finalità pubbliche (come per la gestione di pubblici servizi).

⁽⁵²⁾ Così nel già citato parere in forma epistolare reso a Guido Rossi in data 11 luglio 1985 circa l'ingresso di una banca estera nel capitale di Mediobanca che, all'epoca, era partecipato da tre banche di interesse nazionale controllate, a loro volta, dall'Iri.

le facoltà e i poteri del diritto privato di cui l'impresa è pienamente titolare ⁽⁵³⁾: per tale motivo, ad esempio, l'impresa pubblica non sarebbe tenuta a motivare le ragioni del rifiuto di determinate offerte o proposte contrattuali. Naturalmente l'amministratore della società in partecipazione pubblica, «come avviene in qualunque società di capitali, deve agire responsabilmente, perché in sede di assemblea sociale può essere chiamato a rendere conto» ⁽⁵⁴⁾: ma ciò non impone l'applicazione dello statuto pubblicistico alla sua attività. In secondo luogo, non appare possibile considerare l'amministratore di una società a partecipazione pubblica come «pubblico ufficiale», posto che tale nozione è legata all'esercizio di una pubblica funzione «di carattere autoritativo» (legislativa, amministrativa o giurisdizionale) ⁽⁵⁵⁾: e infatti, anche in caso di partecipazioni pubbliche, «il rappresentante dell'ente in assemblea sociale, o l'amministratore eletto dall'assemblea, o anche nominato direttamente dall'ente pubblico partecipante» svolge «in ogni caso ed esclusivamente attività di diritto privato, cioè, per definizione, attività che non può essere pubblica funzione».

Sulla stessa lunghezza d'onda, infine, in un parere sulla natura giuridica dell'Istituto di credito delle casse di risparmio italiane, si mette in luce che esso rappresenterebbe un ente privato con funzioni mutualistiche e di cura degli interessi di categoria, a cui si aggiungono anche funzioni bancarie di finanziamento alle imprese per investimenti ⁽⁵⁶⁾. In questa prospettiva, si evidenzia l'irrilevanza del criterio della «partecipazione di enti pubblici», ai fini della qualificazione dell'ente, dal momento che nel nostro ordinamento vi sono molteplici enti

⁽⁵³⁾ In particolare, Giannini ritiene applicabile l'appalto concorso di diritto privato cui non si applicherebbero le regole dell'evidenza pubblica proprie del contratto di appalto-concorso di diritto pubblico: da questo punto di vista, il rinvio operato dal bando di gara al capitolato generale d'appalto per le opere del Ministero dei lavori pubblici sarebbe limitato solo ad alcuni profili specifici inerenti l'esecuzione, la direzione dei lavori e il collaudo.

⁽⁵⁴⁾ Ma questa, continua Giannini, «è una regola generale di qualunque società di capitali, e non presenta alcuna particolarità o specificità per le società in partecipazione pubblica».

⁽⁵⁵⁾ Il netto rifiuto del Giannini è cristallizzato nella seguente affermazione: «non so proprio immaginare come una simile idea possa essere venuta fuori».

⁽⁵⁶⁾ Si tratta del parere del 14 novembre 1978 ove si afferma che l'ICCRI, pur non essendo una società per azioni, non si discosterebbe dagli altri istituti centrali di categoria: si tratterebbe di «banche centrali aventi carattere mutualistico» che, al tempo stesso, esercitano anche le funzioni di «banche di finanziamento a medio e a lungo termine».

pubblici che partecipano ad enti privati. Inoltre, lo stesso assoggettamento dell'ICCRl al potere della Banca d'Italia è «elemento neutro» rispetto alla natura dell'ente, così come l'assoggettamento alle direttive CIPE, che riguarda tutte le banche facenti parte dell'ordinamento creditizio.

La limitazione dei tentativi di pubblicizzazione dei soggetti pubblici in forma privata opera anche con riguardo alle fondazioni⁽⁵⁷⁾. In particolare, a dispetto della «paradossale» qualifica come «ente pubblico» della Fondazione Gaslini ad opera della legge 21 novembre 1940, n. 897, Giannini evidenzia che «la fondazione è per definizione un ente privato al qual accede una finalità di interesse pubblico»⁽⁵⁸⁾. Ciò conduce ad evidenziare che l'attribuzione alla Fondazione Gaslini della qualifica di ente pubblico costituisce un «fatto non coerente con i principi positivi vigenti in tema di persone giuridiche, e quindi spiegabile solo in termini di aporie del legislatore»⁽⁵⁹⁾. D'altronde, viene messo in evidenza che, poiché gli amministratori sono tenuti ad amministrare i beni e i proventi sulla base del vincolo di destinazione, la fondazione è sempre assoggettata a controlli pubblici, nell'interesse dello stesso ente: ciò pone le fondazioni «in una posizione giuridica del tutto peculiare, perché pur avendo natura giuridica privata, sono nel contempo portatrici di interessi pubblici, e pertanto assoggettate a controlli pubblici notevolmente penetranti»⁽⁶⁰⁾.

L'affermazione della natura privatistica delle imprese pubbliche conduce, dal punto di vista pratico, all'applicazione della normativa

⁽⁵⁷⁾ Si veda il parere sulla natura giuridica della Fondazione Gerolamo Gaslini del 27 novembre 1978, probabilmente reso ad una commissione interparlamentare ai fini dell'individuazione degli enti pubblici (secondo quanto previsto dall'art. 113 del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616).

⁽⁵⁸⁾ D'altronde, quelle che erano state impropriamente definite come fondazioni pubbliche altro non erano che «enti pubblici mutualistici (nel caso in cui dette masse patrimoniali avessero personalità giuridica), ovvero masse patrimoniali pubbliche autonome con vincolo di destinazione, gestite da uffici della stessa amministrazione (nel caso in cui le masse non avessero invece personalità giuridica)».

⁽⁵⁹⁾ Evidenziando altresì che «purtroppo proprio la materia della personalità giuridica pullula di siffatte aporie: basti considerare, in materia di agricoltura, come siano dichiarati enti pubblici alcuni consorzi e altri no; in tema di medio credito, di lungo credito, di credito popolare, avvenga la medesima cosa».

⁽⁶⁰⁾ Nel caso di specie, l'analisi delle disposizioni statutarie che regolano la Fondazione non fanno che confermare la natura assolutamente privatistica della Fondazione, non avendo alcuna caratteristica propria dell'ente pubblico, nonostante sia così qualificata da una legge («ente di diritto pubblico»).

civilistica non solo con riguardo all'organizzazione societaria e al regime dei rapporti di lavoro, ma soprattutto per quanto concerne l'attività di tali soggetti: da ciò discende, in particolare, l'esclusione dell'applicazione del regime amministrativo agli atti da essi posti in essere (con delle conseguenze anche ai fini del riparto di giurisdizione), nonché la limitazione dell'operatività della responsabilità amministrativa a vantaggio dei sistemi civilistici di responsabilità societaria.

Dal primo punto di vista, ad esempio, si riconosce che l'Ente Ferrovie dello Stato, in quanto ente pubblico economico, «agisce secondo la normativa di diritto privato, cioè la normativa delle imprese» e le deliberazioni del relativo consiglio di amministrazione «non hanno la natura di provvedimenti amministrativi, in nessun caso», a differenza dei provvedimenti della precedente azienda autonoma che, invece, potevano in taluni casi configurarsi come provvedimenti amministrativi ⁽⁶¹⁾. Nello stesso senso, si esclude che le attività deliberative degli organi istituzionali degli istituti di credito di diritto pubblico diano vita a provvedimenti amministrativi: secondo Giannini, infatti, non si capisce «perché un ente, sia pur pubblico, ma che agisce di regola mediante atti negoziali, come è il Banco, in questo caso debba divenire una pubblica autorità ed adottare un provvedimento amministrativo» ⁽⁶²⁾.

Con riguardo alla problematica dell'estensione della responsabilità amministrativa, Giannini, già in un parere della fine degli anni Settanta sull'Iri, contesta i tentativi di estensione della giurisdizione contabile sull'attività di tale soggetto, rigettando l'idea della giurisdizione «universale, per tutti gli enti pubblici» ⁽⁶³⁾: e infatti «non vi sono elementi normativi dai quali si possa desumere che la giurisdizione della Corte dei conti si applichi ad enti diversi dallo Stato, dagli enti territoriali e dagli enti pubblici svolgenti attività amministrative (quelli che una volta si dicevano enti autarchici)». In sostanza, ci si oppone ai tentativi di estensione della responsabilità agli enti pubblici economici, essendo questi «enti di tipo imprenditoriale, ai quali, per la natura

⁽⁶¹⁾ Si tratta del parere reso all'Ente Ferrovie dello Stato il 9 maggio 1989, relativamente alla natura delle deliberazioni sulle spese di rappresentanza e sui trattamenti di missione che sono considerate veri e propri negozi giuridici.

⁽⁶²⁾ Parere citato sulla natura del Banco di Napoli (16 maggio 1977).

⁽⁶³⁾ Si tratta di un parere del 13 settembre 1978 reso all'Iri sulla responsabilità amministrativa e contabile dei dipendenti degli enti pubblici. Sul punto, peraltro, Giannini evidenzia, polemicamente, l'opinione concorde sul punto di tutta la dottrina «salvo quella di provenienza di persone della stessa Corte dei Conti».

stessa dell'attività svolta, sono inapplicabili le regole sulla responsabilità di chi maneggia pubblico denaro, e le regole sulla c.d. responsabilità amministrativa».

Parimenti, in un parere successivo concernente l'attività dell'Istituto mobiliare italiano (IMI), si evidenzia che la responsabilità amministrativa continua a rappresentare una «nozione che è oggettivamente tutt'altro che nitida, e che anche per l'aspetto soggettivo presenta non poche oscurità»: in particolare, secondo Giannini, «permane ancora una certa oscurità nella giurisprudenza della Corte di Cassazione», soprattutto per ciò che riguarda il problema del «rapporto di sostituzione»⁽⁶⁴⁾. Proprio con riguardo a tale profilo, si evidenzia che la giurisdizione può essere estesa alle imprese pubbliche solo allorché assumano «funzioni pubbliche» in concessione, come nel caso delle «banche agenti in materia valutaria», mentre sarebbe da escludersi la giurisdizione della Corte dei conti per l'IMI, non ricorrendo un rapporto di sostituzione nei confronti dello Stato e, soprattutto, essendo tale Istituto un gestore diretto dei rapporti nascenti dai contratti di finanziamento con le imprese⁽⁶⁵⁾. Nella stessa prospettiva, si nega la possibilità di estendere la giurisdizione contabile a soggetti come l'Istituto Guglielmo Tagliacarne e l'Agenzia per la mondializzazione dell'impresa, i quali sarebbero «enti di natura giuridica privata, con proprio patrimonio, con proprie attività distinte da quelle dell'Unicamerale»⁽⁶⁶⁾.

Ma la piena operatività del diritto privato viene affermata anche con riguardo all'attività dei soggetti di diritto pubblico, specialmente attraverso il riconoscimento di un'ampia autonomia negoziale, la quale si estrinseca, ad esempio, nella possibilità di dare vita a contratti atipici, senza alcun pregiudizio per l'interesse pubblico⁽⁶⁷⁾. Si ammet-

⁽⁶⁴⁾ Così nel parere del 16 giugno 1987 reso all'Istituto mobiliare italiano in tema di responsabilità amministrativa; la questione è anche affrontata in un precedente parere del 15 marzo 1984.

⁽⁶⁵⁾ In particolare l'IMI, quando gestisce un contratto di finanziamento con gli imprenditori, «costituisce un rapporto giuridico di diritto privato», indipendentemente dal fatto che i fondi provengano da un fondo di rotazione dello Stato o da altri fondi: tale elemento «è del tutto indifferente per l'imprenditore industriale finanziato».

⁽⁶⁶⁾ Si tratta di un parere reso alla Unione italiana delle camere di commercio il 6 luglio 1988.

⁽⁶⁷⁾ D'altronde secondo Giannini — come affermato già nella voce *Attività amministrativa* (in *Scritti*, cit., 325) — «che nell'esercizio dell'attività regolata dal diritto privato l'amministrazione possa porre in essere negozi innominati, è parimenti ovvio: se

te, in questa prospettiva, la stipula di contratti di sponsorizzazione tra gli ordini dei medici ed alcune case farmaceutiche per il finanziamento di corsi di aggiornamento degli iscritti ⁽⁶⁸⁾: il ricorso a tali contratti, infatti, «non incide in alcun modo sull'attività dell'Amministrazione e quindi sulla realizzazione dell'interesse pubblico», posto che la «pubblicità indiretta» effettuata dal soggetto sponsorizzatore «non risulta incompatibile con la natura pubblica del soggetto sponsorizzato» ⁽⁶⁹⁾. E ciò, considerato che tali contratti «assicurano la piena autonomia degli ordini nella determinazione dei contenuti delle modalità di svolgimento dei corsi, e, quindi, non alterano né compromettono la realizzazione dei compiti istituzionali dell'Ordine professionale»; anzi, secondo Giannini, lo stesso «risparmio di spesa ottenuto attraverso i contratti di sponsorizzazione» appare «conforme all'interesse pubblico» dal momento che «la riduzione dei costi si risolve infatti in un potenziamento dell'attività dell'ente, che può destinare le proprie risorse finanziarie ad altre iniziative». Non diversamente — a conferma della limitazione dell'operatività del principio di legalità alla sola attività autoritativa — si contesta la tesi della procura regionale della Corte dei conti in base alla quale l'Unioncamere, nello svolgimento delle proprie attività, deve sempre operare sulla base di una precisa disciplina di legge, posto che, accogliendo questa tesi, non si capisce «come potrebbe l'Unioncamere svolgere la propria attività promozionale» ⁽⁷⁰⁾. Similmente, in un altro parere si precisa che «se si riconosce alle Camere di commercio facoltà di svolgere attività promozionali, strumentali e di sostegno, queste attività sono da intendere secondo i

agisce come soggetto comune, non può non godere dell'autonomia privata». Diverso problema è, semmai, riflettere sulle questione della «legittimazione al negozio»: ma, come evidenziato in *Diritto amministrativo*, cit., II, 61 s., le norme pongono solo «delle limitazioni che spesso sono state scambiate per limiti o addirittura per negatoria dell'autonomia privata. Ma chi consideri la questione del punto di vista della teoria generale, non ha ragion di sorprendersi, poiché anche in diritto privato ne sussistono molti casi».

⁽⁶⁸⁾ Come nel parere reso alla Federazione nazionale degli ordini dei medici nell'estate 1988, ma la cui data è ignota.

⁽⁶⁹⁾ E ciò, dal momento che «l'effetto promozionale deriva non dall'attività dell'ente, ma si determina in occasione di essa».

⁽⁷⁰⁾ E ciò, peraltro, considerato anche che «lo stesso Stato, oggi, agisce mediante strutture privatistiche, promuovendo la costituzione di società per azioni e ad esse partecipando, oltre ai numerosi comitati ed enti associativi» (così, in un parere reso a Unioncamere il 23 giugno 1988).

concetti correnti del diritto commerciale. Quindi non è possibile stabilirne limiti rigidi e circoscritti» (71).

In definitiva, emerge nitidamente il tentativo di Giannini di opporsi, anche in sede di consulenza, alle tendenze (dottrinarie e giurisprudenziali) di pubblicizzazione dei regimi di diritto privato dell'amministrazione, valorizzando adeguatamente la missione imprenditoriale degli enti pubblici economici (variamente denominati), riducendo l'importanza del riferimento al pubblico interesse o al controllo pubblico ai fini della ricostruzione della natura dei rapporti, limitando l'operatività del regime di responsabilità amministrativa e di impugnabilità degli atti e, infine, valorizzando adeguatamente l'autonomia negoziale degli enti pubblici. Ne risulta confermato il convincimento di Giannini — ripetutamente manifestato in sede scientifica — per cui il diritto comune rappresenterebbe una tecnica di regolamentazione dell'organizzazione e delle funzioni pubbliche in grado di servire adeguatamente l'interesse pubblico, senza necessità che venga ad essere (per ciò solo) trasformato in un diritto speciale (72). Anzi, in assenza di previsioni contrarie, il diritto comune costituirebbe la tecnica ordinaria di regolazione dei rapporti anche amministrativi, come si afferma puntualmente in un parere sul Coni degli anni Ottanta (73), ove si evidenzia che, poiché i rapporti tra Coni e federazioni non avrebbero mai «carattere autoritativo» — in quanto i relativi atti sono «sforniti di imperatività ed esecutività» —, in virtù del principio per cui «tutto ciò che non è qualificabile come di diritto pubblico pertiene al diritto privato, è da dire che il ruolo del Coni nel settore è di diritto privato», dal momento che esso svolge «il ruolo di capogruppo di associazioni non pubbliche» (74).

(71) Si tratta del parere reso alla SO.GE.CO. il 5 aprile 1989.

(72) D'altronde, come era stato già chiarito sin da *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939, 125, «né si può dire che il fine di pubblico interesse, prendendo corpo in un atto di diritto privato dell'amministrazione, ne muta la natura, almeno in parte, facendovi intervenire i c.d. elementi giuspubblicistici».

(73) Parere del 18 aprile 1985 sulla natura del Coni (redatto con Sabino Cassese e Giancarlo Perone).

(74) Da questo punto di vista, la titolarità di funzioni pubbliche rende il Coni un «soggetto privato affidatario di attività pubbliche» (come si verifica per il concessionario di servizi pubblici o per l'esattore dei tributi): in ragione di ciò il Coni dovrebbe rientrare nella «classica figura dell'ente privato di interesse pubblico» non sconosciuta all'ordinamento italiano.

3.2. Il grande interesse che Giannini ha sempre riservato ai rapporti tra poteri pubblici ed attività economiche trova riscontro non solo nei numerosi studi sulle imprese pubbliche, ma anche nell'approfondita analisi sulla trasformazione della nozione di servizio pubblico alla luce dell'affermazione dello Stato pluriclasse ⁽⁷⁵⁾. Si tratta, per Giannini, di una delle nozioni giuridiche «più tormentate» ⁽⁷⁶⁾: l'avvento dello Stato pluriclasse, infatti, avrebbe messo in crisi il duplice criterio della «assunzione in mano pubblica di attività non autoritativa e dell'offerta al pubblico per bisogni generali», stante l'emersione di servizi pubblici senza assunzione in mano pubblica, o di servizi pubblici che non sono offerti alla generalità dei consociati (in quanto destinati a categorie «sottoprotette») ⁽⁷⁷⁾. Anche in ragione di ciò, la nozione di servizio pubblico non riuscirà mai ad essere «sculpita» in maniera definita (a differenza di altre nozioni giuridiche introdotte dal Giannini e oggi comunemente accettate), ma solo in chiave fortemente problematica ⁽⁷⁸⁾. Si tratta di una problematicità che emerge chiaramente dai numerosi pareri che si sono occupati (direttamente o indirettamente) della materia dei servizi pubblici e delle relative forme di organizzazione, specialmente indagando la problematica del rapporto concessorio che, già in sede scientifica, Giannini considera la forma principale di gestione (indiretta) del servizio pubblico da parte dei pubblici poteri ⁽⁷⁹⁾.

Giannini ha ben presente l'insufficienza della nozione soggettiva

⁽⁷⁵⁾ Il tema dei rapporti tra Stato ed economia — che, sin dalle *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in Onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1939, 1, Giannini lamentava di essere studiato con un approccio «frammentario» da discipline pubblicistiche e privatistiche — sarà, come è noto, oggetto di sistematizzazione nel *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1977, ove si affronta anche la problematica dei servizi pubblici. In generale, sul pensiero di Giannini nei rapporti tra Stato ed economia, M. D'ALBERTI, *Lo Stato e l'economia in Giannini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1086 ss.

⁽⁷⁶⁾ Come Giannini affermerà anche ne *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 1986, 69 ss.

⁽⁷⁷⁾ Si veda, ancora, *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*, cit., 70 ss.

⁽⁷⁸⁾ Sulla problematicità della nozione di servizio pubblico in Giannini, G. CORSO, *Le prestazioni pubbliche in Giannini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1080 ss.

⁽⁷⁹⁾ Sul punto, si veda *Diritto pubblico dell'economia*³, Bologna, il Mulino, 1995, 195 s., ove i regimi concessori sono inseriti tra le ipotesi di «Disciplina pubblica dell'impresa privata», rappresentando una delle forme più penetranti di incisione della potestà pubblica sull'attività di impresa per finalità di rilievo pubblico, che generalmente riguardano attività costituenti «pubblico servizio in senso oggettivo».

di servizio pubblico e più volte valorizza la dimensione «oggettiva» di tale nozione, ponendo in rilievo l'elemento della sottoposizione dell'attività di impresa ad un regime speciale ⁽⁸⁰⁾. Ma allo stesso tempo non ritiene decisiva la distinzione tra servizi essenziali e non essenziali che, invece, era stata valorizzata da Pototschnig: e così, in un parere reso all'Associazione nazionale industriali gas ⁽⁸¹⁾, si evidenzia innanzitutto che la nozione di servizio essenziale «non appartiene alla nostra tradizione giuridica» essendo «propria della dottrina austrotedesca (*Daseinsvorsorge*), che qualche autore ha tentato di trasporre nel nostro ordinamento positivo, ma con scarso successo» ⁽⁸²⁾. Ciò non impedisce a Giannini — dopo aver ripercorso il problema della municipalizzazione dei servizi pubblici locali (il cui elenco contenuto nel T.U. n. 2578/1925 avrebbe «valore meramente indicativo», ben potendo i Comuni municipalizzare qualsiasi altro servizio) — di sottolineare la progressiva affermazione di una nozione oggettiva di servizio pubblico che «corrisponde a quella di servizio — nel senso di attività produttiva — di rilevante interesse sociale». In particolare, alla luce di tale nozione, «non avrebbe alcuna rilevanza la natura del soggetto pubblico che lo svolge, in quanto tale soggetto potrebbe, indifferentemente, essere una pubblica amministrazione, una azienda autonoma rispetto ad una determinata pubblica amministrazione, un'impresa privata non necessariamente in rapporto di concessione con l'amministrazione (anche se, di solito, il rapporto di concessione sussiste)». Tale ricostruzione consente a Giannini di sottolineare che, quand'anche il servizio del gas venisse municipalizzato, ciò non significherebbe «automaticamente, gestione di tipo pubblico». E infatti, stante la struttura del mercato italiano, è altamente probabile che il servizio venga poi dato in concessione, considerato anche che l'apporto privato è assolutamente necessitato in un settore così tecnico ⁽⁸³⁾.

Ciò, tuttavia, non conduce Giannini ad escludere completamente

⁽⁸⁰⁾ Si veda M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 23 ss.

⁽⁸¹⁾ Si tratta del parere del 25 marzo 1986 avente ad oggetto proprio la «essenzialità» del servizio gas.

⁽⁸²⁾ Naturalmente, secondo Giannini, qualora si accogliesse una simile distinzione, il servizio gas «sarebbe un servizio essenziale, in quanto rivolto alla "possibilità di vita"».

⁽⁸³⁾ In particolare, «stante l'elevato carattere di tecnicità che possiede l'attività relativa al servizio gas (sia per l'aspetto produttivo che per quello distribuzione) è da escludere che un Comune possa gestire questo servizio nella c.d. forma di gestione diretta».

la possibilità di ricorrere ad una nozione soggettiva di servizio pubblico, come peraltro era avvenuto in sede scientifica, ove pure era stata sottolineata la possibilità di ritenere accettabili entrambe le «concezioni»⁽⁸⁴⁾. In particolare, soprattutto nei pareri successivi all'entrata in vigore della legge n. 142/1990 in materia di servizi pubblici locali, Giannini verrà a valorizzare maggiormente la dimensione soggettiva del servizio pubblico, in quanto attività comunque legata strumentalmente all'esercizio di una pubblica funzione⁽⁸⁵⁾.

Ma, indipendentemente dall'accoglimento della nozione soggettiva od oggettiva, secondo Giannini la peculiarità del servizio pubblico andrebbe rinvenuta nel fatto che la concreta attività di erogazione verrebbe ad essere sottoposta ad una disciplina legislativa o amministrativa speciale⁽⁸⁶⁾. In questa prospettiva, ad esempio, si esclude che il concessionario di un'opera pubblica possa essere titolare di un'attività di servizio pubblico poiché difetterebbe una disciplina minuziosa dell'attività del privato ad opera della legge o dell'amministrazione: né rileverebbe, a tal fine, la semplice presenza di una funzione di vigilanza

⁽⁸⁴⁾ Così in *Diritto amministrativo*, cit., II, 24, ove si evidenzia che si sarebbe rappresentato solamente di «concetti diversi» che non si sarebbero esclusi tra loro e che, quindi, avrebbero potuto convivere: secondo Giannini, infatti, «se esistessero dei vocabolari distinti per indicarli la cosa sarebbe chiarissima». Ciononostante viene comunque precisato che la nozione di pubblico servizio in senso soggettivo rappresenterebbe una «nozione residuale, che si fonda su un dato giuridico relativamente sicuro, ma in cui ci si contenta di un fatto puramente nominalistico: che una certa attività è assunta da un pubblico potere».

⁽⁸⁵⁾ In particolare, in un parere del 30 settembre 1994 sull'incarico di pubblico servizio (reso con Eugenio Picozza), si sottolinea che la legge n. 142/1990 avrebbe accolto una nozione «soggettiva» di servizio pubblico, dal momento che esso si pone in rapporto di strumentalità con la pubblica funzione: e infatti, «l'effetto della nuova disciplina in materia di enti locali è quello di aver fornito una plausibile tipologia di modalità organizzative attraverso le quali sia riconoscibile lo svolgimento di attività comunque rientranti nel novero dei pubblici servizi»; e poiché i servizi pubblici devono essere disciplinati «nelle stesse forme della pubblica funzione» è necessario che il servizio pubblico trovi fondamento in una disciplina legislativa e in un atto autoritativo di conferimento, non essendo sufficiente né la mera investitura, né la mera previsione legislativa astratta». Peraltro, secondo Giannini, lo stesso 358 c.p. non avrebbe «affatto reciso il nesso di strumentalità del pubblico servizio rispetto alla pubblica funzione».

⁽⁸⁶⁾ Si veda il parere reso all'Autostrada Brescia-Verona-Vicenza-Padova del 14 gennaio 1992 ove si muove dall'assunto per cui costituirebbe servizio pubblico «solo quella attività inerente ad un fine sociale che è disciplinata da legge o da provvedimento in maniera tale da eliminare l'autonomia decisionale del soggetto agente per le modalità di azione e di forma e per la soggezione a poteri di direzione e controllo finalizzati al perseguimento del fine pubblico».

pubblica sull'attività privata, dal momento che una vigilanza si rinviene «anche nel corso di esecuzione di lavori affidati con il contratto di appalto» (87).

L'intensità del vincolo che lega il privato concessionario all'amministrazione concedente è tale da condurre Giannini a ritenere — seguendo la prospettiva di Zanobini — che il soggetto privato incaricato del servizio pubblico sia sovente il titolare di un vero e proprio ufficio pubblico, senza per ciò solo dismettere la sua natura di impresa e, quindi, l'applicazione del diritto privato per la gran parte dell'attività dallo stesso posta in essere. E così, in un parere sulla natura del concessionario di pubblico servizio, si considera improprio il riferimento sia al concetto di «delegato» che a quello di «rappresentante» dell'amministrazione perché il concessionario, pur rimanendo un imprenditore vero e proprio, viene ad essere «un elemento strutturale dell'amministrazione», non già per effetto di semplici «deleghe», bensì attraverso veri e propri «conferimenti di funzioni» (88). È questo l'elemento decisivo ai fini della qualificazione del rapporto in termini concessori, come evidenziato in un parere ove si esclude l'esistenza di un rapporto di appalto (nonostante la formale qualificazione in questi termini ad opera della convenzione) in ragione del fatto che «il privato viene investito unitariamente di compiti propri della Amministrazione ed alla stessa in principio riservati» (89).

L'incardinazione del privato nell'amministrazione viene naturalmente ad essere più intensa con riguardo alle concessioni di funzioni che, in senso lato, potrebbero ricondursi alla figura della «concessione di pubblico servizio in senso soggettivo», dal momento che ci si troverebbe dinanzi a funzioni di cui l'ente pubblico è titolare per legge e per cui viene conferita la titolarità ad un imprenditore esterno il quale «diviene un elemento che compone, per i profili soggettivi, una struttura amministrativa» (90). È il caso, ad esempio, della concessione

(87) Così nel sopracitato parere del 14 gennaio 1992, ove si mette in luce che il concessionario di lavori sarebbe un mero esecutore dell'opera in maniera non dissimile da quanto accade nei rapporti di appalto di lavori.

(88) Si veda il già citato parere del 25 Marzo 1986 all'Associazione nazionale industriali gas.

(89) Così in un parere del 18 giugno 1990 reso alla Società ELSAG - Elettronica San Giorgio s.p.a. sulla qualificazione del rapporto intercorrente con Poste (redatto con Mario Sanino e Paolo Stella Richter).

(90) Così in un parere del 17 marzo 1982 all'Associazione nazionale industriali gas, con riguardo al conferimento ai concessionari dei servizi di metanizzazione della

esattoriale ove, secondo Giannini, «il concessionario diviene titolare di un'attività pubblica, nel senso di appartenente all'ente pubblico» essendo la potestà impositiva «una potestà connessa alla potestà sovrana, quindi per definizione spettante allo Stato» ⁽⁹¹⁾: in questi casi, in sostanza, si verificherebbe «una sorta di incardinazione del concessionario nell'apparato amministrativo dell'amministrazione concedente» ⁽⁹²⁾. Il conferimento di funzioni al privato appare inoltre caratterizzare anche la figura della «concessione di committenza» che Giannini distingue nettamente dalla «concessione di sola costruzione» ⁽⁹³⁾: mentre nel primo caso, infatti, il concessionario agisce come stazione appaltante in nome e per conto dell'amministrazione (stipulando per essa anche i contratti di appalto), nel secondo caso il concessionario assume solo l'impegno per la costruzione dell'opera direttamente o per mezzo di alte imprese ⁽⁹⁴⁾. E tuttavia, secondo Giannini, si starebbe assistendo alla perdita di rilevanza della distinzione tra concessioni di servizi e concessioni di funzioni (risalente a Zanobini), poiché «nel diritto positivo è difficile addivenire ad una separazione precisa tra le due specie di attività, in quanto la maggioranza dei servizi pubblici dati in concessione ha sempre dei momenti autoritativi, cioè dei momenti che, ritenendosi accettabile la distinzione, si concretano nell'adozione di provvedimenti amministrativi autoritativi» ⁽⁹⁵⁾.

In ogni caso, a prescindere dalla possibilità di distinguere la

funzione di richiesta e gestione del contributo statale di metanizzazione, ove si sottolinea che il Comune potrebbe benissimo riservare a sé tale funzione.

⁽⁹¹⁾ Così nel parere del 9 giugno 1981 sulla legittimità costituzionale della proposta di legge in materia di riforma del sistema esattoriale (che avrebbe riservato la funzione esattoriale alle imprese bancarie), ove pure si fa riferimento alla figura della concessione di servizio pubblico in senso soggettivo.

⁽⁹²⁾ E il legislatore, secondo Giannini, può organizzare «il servizio di riscossione dei tributi e di qualsiasi altro prelievo autoritativo, secondo discrezionalità, che incontra solo i limiti propri dell'attività organizzativa dei pubblici poteri, cioè quelli dell'art. 97 Cost.»: un simile rapporto si collocherebbe al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 41 Cost. e dell'art. 43 Cost. non ricorrendo l'esercizio di un'attività di natura imprenditoriale.

⁽⁹³⁾ Si veda, in particolare, un altro parere reso alla Società ELSAG - Elettronica San Giorgio s.p.a. e redatto con Arturo Cancrini all'inizio degli anni Novanta (ma la cui data esatta non è conosciuta).

⁽⁹⁴⁾ In particolare, con la concessione di committenza si è «in presenza di un caso tipico di esercizio privato di pubbliche funzioni» dal momento che viene ad essere «trasferito in capo al concessionario l'esercizio di funzioni pubbliche, tra cui appunto quella relativa all'effettuazione delle gare d'appalto».

⁽⁹⁵⁾ Così nel citato parere del 9 giugno 1981 sulla riforma del sistema esattoriale.

concessione di funzioni da quella di servizi, Giannini è fermo nel ritenere che anche il concessionario, «pur essendo titolare di un'articolazione della struttura di un'amministrazione, tuttavia mantiene sempre la sua qualità di imprenditore», essendo anzi «proprio questa qualità che lo fa prescegliere per la gestione del servizio»⁽⁹⁶⁾. Per tale motivo, ad esempio, spetta all'imprenditore la disposizione di qualsiasi bene che afferisca all'impresa, fermo restando — allo scadere della concessione — il passaggio nella proprietà del concedente delle sole opere che riguardano la produzione del servizio. Parimenti, l'imprenditore agisce ed opera con gli strumenti di diritto privato e non già con provvedimenti amministrativi, come chiarito con riguardo all'attività contrattuale di un concessionario del Ministero dei trasporti⁽⁹⁷⁾. E ciò, secondo Giannini, anche quando il concessionario venga ad assumere le vesti di stazione appaltante, non essendo peraltro operante nel nostro ordinamento l'istituto della subconcessione⁽⁹⁸⁾.

D'altra parte, la valorizzazione dell'elemento del conferimento ai privati di vere e proprie funzioni mediante la costituzione del rapporto concessorio non impedisce a Giannini di mettere in discussione la tradizionale ricostruzione teorica del provvedimento concessorio risalente a Ranelletti: e ciò, alla luce della grande trasformazione che la struttura di tali rapporti stava subendo nell'esperienza giuridica concreta e che, naturalmente, emergeva in maniera evidente proprio nell'esperienza professionale⁽⁹⁹⁾. E così, in un parere in materia di servizi postali si evidenzia che, ai fini della qualificazione del rapporto concessorio, non avrebbe rilievo la circostanza che la convenzione di

⁽⁹⁶⁾ Così nel citato parere all'Associazione nazionale industriali gas del 17 marzo 1982.

⁽⁹⁷⁾ Si tratta di un parere del 27 dicembre 1988 reso alla F.lli Costanzo s.p.a., ove si afferma che tale soggetto quando agisce «a valle» del rapporto concessorio per la scelta di un contraente «agisce con strumenti privatistici e non adotta provvedimenti amministrativi».

⁽⁹⁸⁾ Si tratta del citato parere reso ad ELSAG s.p.a. con Arturo Cancrini, ove si ribadisce la piena applicabilità del diritto civile all'attività posta in essere dal concessionario.

⁽⁹⁹⁾ Si veda, ad esempio, un parere reso ad Aeroporti di Roma s.p.a del 31 gennaio 1989, ove, muovendo dall'esame della sostanza del rapporto concessorio, si sottolinea la «natura mista» delle concessioni aeroportuali (di servizi e di beni), indipendentemente dalla presenza di un atto presupposto. Sull'importanza dell'attenzione scientifica alla trasformazione dei rapporti concessori nella prassi amministrativa, si vedano le parole di Giannini nella *Recensione a M. D'Alberti, Le concessioni amministrative, Napoli, Jovene, 1981*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 374 ss.

concessione abbia preceduto l'adozione del provvedimento amministrativo, essendo anzi «prassi sempre più frequente, nei rapporti tra amministrazione e concessionario, di disciplinare dapprima le rispettive posizioni di diritto ed obbligo, con l'intesa che la convenzione sarà considerata efficace al momento della adozione del formale provvedimento di approvazione della stessa» ⁽¹⁰⁰⁾. Parimenti, la centralità attribuita alla regolazione convenzionale del rapporto concessorio è tale da far ritenere che esso possa sussistere a prescindere dall'esistenza di un provvedimento amministrativo di concessione, posto che «già oggi tutte le volte in cui sussista una convenzione tra un comune ed un'impresa di produzione o di distribuzione gas, si avrebbe in effetto un servizio in concessione» ⁽¹⁰¹⁾. D'altronde, Giannini è consapevole del fatto che l'avvio dei processi di liberalizzazione di molti servizi pubblici (come il trasporto aereo) avrebbero determinato un'inevitabile recessività dello strumento concessorio in favore di un regime autorizzatorio, senza alcun pregiudizio, comunque, per il nucleo essenziale del servizio pubblico, la cui regolazione sarebbe rimasta affidata ad un organo dello Stato ⁽¹⁰²⁾.

In definitiva, in Giannini convivono sia la consapevolezza dell'importanza della conformazione pubblicistica dell'attività dei privati per finalità di *service public* (o per l'esercizio di funzioni pubbliche), che conduce all'attribuzione al privato concessionario di veri e propri *munera* pubblici; sia la necessità di riconoscere — stante l'insostituibilità del settore privato per il perseguimento di molteplici obiettivi di interesse pubblico — un adeguato spazio di autonomia, soprattutto imprenditoriale, in capo ai privati concessionari. Proprio quest'ultimo profilo trova riconoscimento, sul piano pratico, nell'applicazione del regime privatistico all'attività posta in essere dai concessionari e, a monte, nella possibilità di ricostruire in chiave consensuale il rapporto concessorio con le amministrazioni concedenti. E ciò, ad ulteriore dimostrazione della ferma convinzione di Giannini di poter conciliare adeguatamente il perseguimento di primari interessi pubblici con l'utilizzo di modelli imprenditoriali e tecniche privatistiche.

⁽¹⁰⁰⁾ Si tratta del già citato parere reso ad ELSAG s.p.a.

⁽¹⁰¹⁾ Così al citato parere reso all'Associazione nazionale industriali gas del 25 marzo 1986.

⁽¹⁰²⁾ In questo senso, si veda un parere reso ad Alitalia il 17 maggio 1988, ove viene prospettato il problema della liberalizzazione del settore del trasporto aereo a seguito della decisione CEE n. 87/602 del 14 dicembre 1987.

3.3. Un'altra questione di grande rilievo teorico che emerge in numerosi pareri riguarda il problema dell'esatta definizione del potere discrezionale dell'amministrazione. Si tratta, come è noto, di un tema con cui Giannini si confronta, in sede scientifica, sin da giovanissimo e che verrà immediatamente fissato e scolpito nei suoi tratti fondamentali, tanto da costituire una nozione tutt'ora insuperata a distanza di molti anni. Giannini, in particolare, ancora la discrezionalità amministrativa ad un *surplus* valutativo derivante dalla ponderazione dei diversi interessi in gioco ⁽¹⁰³⁾: tale prospettiva è funzionale anche a distinguere la discrezionalità da altri processi valutativi o cognitivi dell'amministrazione che, impropriamente, vengono ricondotti entro tale nozione ⁽¹⁰⁴⁾.

Si tratta di un'esigenza che emerge chiaramente proprio nell'ambito dell'attività pareristica, ove Giannini — soprattutto al fine di tutelare la posizione dei privati e la certezza delle relazioni giuridiche — è sovente chiamato a ricostruire l'esatta natura dei molteplici poteri valutativi e decisionali attribuiti alle amministrazioni pubbliche. Ad esempio, nell'ambito di un parere reso ad Enel in materia di centrali termiche, Giannini esclude categoricamente che il Sindaco possa eser-

⁽¹⁰³⁾ Secondo M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., «il potere discrezionale è caratterizzato da un apprezzamento: con ciò si vuol indicare che nell'esercizio della discrezionalità si forma un giudizio» (62). Ma mentre «nell'apprezzamento proprio della discrezionalità tecnica i criteri al lume dei quali si scelgono gli strumenti sono criteri scientifici, donde l'univocità della soluzione», al contrario «nell'apprezzamento proprio invece della discrezionalità tali criteri sono dati dal giuoco dei differenti pubblici interessi» (73). E ancor più chiaramente, «l'apprezzamento politico della discrezionalità consiste pertanto in una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie» (74).

⁽¹⁰⁴⁾ In tale opera, l'esigenza di «purificare» la nozione di discrezionalità da altri concetti è tale da essere collocata nei capitoli centrali della trattazione (che Giannini nella «avvertenza» all'opera definisce mere «partizioni» e non già «capitoli» in quanto «non contengono una materia compiutamente definita»): ovvero il capitolo terzo sulla «Differenziazione da altre nozioni» e il capitolo quarto sulla «Delimitazione del potere discrezionale dell'amministrazione». D'altronde, l'esigenza (indiretta) di delimitare il campo della discrezionalità è alla base anche della prima opera di Giannini (che costituisce il tema della sua tesi di laurea), ovvero *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939: come dirà Giannini nell'intervista di M. D'ALBERTI, *Discrezionalità amministrativa e pluralismo: intervista a Massimo Severo Giannini*, in *Quaderni del Pluralismo*, 1984, n. 2, 104, lo studio della discrezionalità «venne su quasi in parallelo con quello dell'interpretazione».

citare, a tutela degli interessi urbanistici, un vero e proprio potere discrezionale in sede di rilascio della concessione comunale. Infatti, «nel congegno (non lo si può certo chiamare sistema) della normazione vigente, il sindaco del comune non ha alcuna discrezionalità. I provvedimenti urbanistici non sono mai discrezionali, nel senso che non contengono valutazioni di opportunità: il Comune deve solo verificare la rispondenza del progetto di costruzione ricevuto alle statuizioni degli strumenti urbanistici»⁽¹⁰⁵⁾. Nel caso di specie, quindi, il potere concessorio comunale sarebbe stato vincolato da altri atti ad esso presupposti, tra cui il provvedimento di localizzazione (per quanto riguarda il problema della destinazione dei suoli) e l'atto di approvazione del Ministero dell'industria (per quanto attiene alla conformità del progetto).

Di grande interesse appaiono, inoltre, una serie di pareri concernenti la natura delle società di revisione e dei relativi poteri della Consob⁽¹⁰⁶⁾. In particolare, anticipando il dibattito che a partire dagli anni Novanta verrà a riguardare il problema delle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti, Giannini precisa, con estrema lucidità, che il potere della Consob di iscrizione nell'albo speciale ai sensi dell'art. 8 d.P.R. 136 consiste, semmai, in una mera valutazione tecnica e non già nel riconoscimento di una vera e propria discrezionalità amministrativa: e infatti, «anche ammettendo l'elemento della discrezionalità "tecnica" in capo alla Consob, essa deve fare uso nella valutazione dei c.d. concetti giuridici indeterminati, cioè di regole sociali o di massime di esperienza»; in particolare, «nella fattispecie la regola sociale consiste, appunto, nei principi della scienza aziendalistica, che individuano l'oggetto della organizzazione aziendale e, nell'ambito di questa, dell'organizzazione contabile delle aziende». Ma il potere della Consob potrebbe altresì essere qualificato come un «mero potere di interpretazione del contenuto e del campo di applicazione della disposizione contenuta nell'art. 8 del d.P.R. 136 in materia di oggetto sociale delle società di revisione». In ogni caso, secondo Giannini, la Consob in esito ad un procedimento di «valutazione dell'indipendenza, organizzazione e idoneità tecnica delle società» non potrebbe mai «negare l'iscrizione sulla base di mere considerazioni di opportunità». Avverso un eventuale provvedimento di diniego fondato su valutazioni di tipo

⁽¹⁰⁵⁾ Così nel parere reso ad ENEL il 4 novembre 1986.

⁽¹⁰⁶⁾ Si tratta dei pareri resi all'Associazione italiana revisori contabili (ASSIREVI) in data 20 maggio 1988 (redatti con Eugenio Picozza).

tecnico si potrebbe ricorrere dinanzi al giudice amministrativo ma non già costruendo la situazione dedotta come «interesse legittimo meramente pretensivo, ma al contrario come interesse fondato su un diritto soggettivo all'esercizio di iniziativa economica liberamente consentita». In sostanza, nella prospettiva di Giannini, la limitazione del potere discrezionale dell'amministrazione a vantaggio di valutazioni tecniche dovrebbe favorire un'intensificazione del livello di tutela del cittadino dinanzi al giudice amministrativo.

Sempre con riguardo al problema dell'esatta delimitazione del potere discrezionale, in un parere in materia di classificazione dei farmaci, si denuncia il fatto che la discrezionalità tecnica dell'amministrazione sanitaria «tende a diventare una discrezionalità amministrativa in senso proprio, in quanto i criteri di classificazione delle specialità medicinali sono tutt'altro che oggettivi, nel senso pieno del termine»: da questo punto di vista, Giannini critica il fatto che il piano di settore non individui criteri tecnici ben definiti ai fini della redazione del prontuario dei farmaci, con ciò venendosi implicitamente ad attribuire all'amministrazione «dei poteri di scelta, quindi dei poteri discrezionali in senso stretto»⁽¹⁰⁷⁾. Si tratta di un profilo che, ad avviso di Giannini, «rende oggi molto più difficile il contenzioso da parte dell'industria farmaceutica»: e infatti, l'aumento dei margini di incertezza circa l'attività di classificazione dei farmaci determinerebbe una limitazione delle contestazioni ai soli casi di «palese eccesso di potere».

Infine, anche in ambito contrattuale molteplici poteri di controllo e di vigilanza della stazione appaltante vengono ad essere ricostruiti secondo paradigmi alternativi a quelli del potere discrezionale. Ad esempio, l'autorizzazione al subappalto ai sensi dell'art. 18 della legge n. 55/1990 non può secondo Giannini essere considerata un atto discrezionale, dal momento che «l'Amministrazione non gode più di alcuna discrezionalità nell'autorizzazione — che diviene quindi un atto dovuto — nelle ipotesi in cui sussistano le condizioni previste, dovendosi limitare al controllo e alla valutazione delle stesse e prescindendo da ogni altro controllo di merito o di convenienza amministrativa, considerato poi — come già detto — che la rispondenza del subappalto all'interesse pubblico deve ritenersi insita nell'accertata esistenza dei presupposti richiesti esplicitamente dalla legge come necessari»⁽¹⁰⁸⁾. L'utilità pubblica del subappalto, quindi, lungi dal dover essere rimes-

⁽¹⁰⁷⁾ Si tratta del parere reso alla Farindustria il 10 aprile 1985.

⁽¹⁰⁸⁾ Così nel parere reso alla FRASA il 22 febbraio 1991.

sa di volta in volta all'amministrazione, è una scelta che, dal punto di vista tecnico-operativo, spetterebbe solo all'appaltatore. In questo caso, quindi, la limitazione dell'applicazione dello statuto del potere discrezionale è funzionale a tutelare la libertà di organizzare le concrete modalità di esercizio dell'attività di impresa da parte dell'appaltatore, con il solo limite dei criteri legali preventivamente stabiliti per il ricorso al subappalto.

Pur nella diversità delle materie e delle fattispecie esaminate, da questi pareri emerge chiaramente la tendenza di Giannini a circoscrivere l'ambito della discrezionalità amministrativa ai soli momenti realmente valutativi dell'amministrazione, che impongono una ponderazione di interessi ⁽¹⁰⁹⁾; e ciò, essenzialmente a tutela della certezza dei rapporti giuridici e, quindi, in funzione di garanzia dei diritti e delle aspettative dei cittadini e delle imprese che vengono in contatto con i poteri pubblici ⁽¹¹⁰⁾. Rispetto a tali esigenze è ampiamente valorizzata da Giannini la fissazione preventiva di criteri e parametri (in sede legislativa, amministrativa o negoziale) che possano predeterminare e vincolare il concreto esercizio dell'azione amministrativa ⁽¹¹¹⁾, ma anche il richiamo all'applicazione di criteri di tipo tecnico-scientifici ⁽¹¹²⁾ e, infine, la ricostruzione in chiave negoziale dei poteri unilaterali dell'amministrazione durante l'esecuzione dei rapporti contrattuali ⁽¹¹³⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ D'altronde, secondo Giannini, «non sembra si possa sostenere che la potestà sia, per sua natura, sempre discrezionale»: e infatti, «tra l'agire interamente libero da un lato e l'agire interamente vincolato dall'altro i diritti positivi conoscano delle gradazioni intermedie, una delle quali è l'agire discrezionale» (*Diritto amministrativo*, cit., II, 51).

⁽¹¹⁰⁾ Il che si inserisce nella tendenza di Giannini — sottolineata da G. NAPOLITANO, *Dalle carte Giannini*, cit., 141 — a prestare attenzione, anche in sede professionale, alla «salvaguardia della libertà del privato contro l'autorità dell'amministrazione».

⁽¹¹¹⁾ E ciò considerato che secondo Giannini, *op. ul. cit.*, 53, «la potestà discrezionale ha sempre dei momenti "vincolati" anche quando è amplissima».

⁽¹¹²⁾ D'altronde, secondo Giannini, *op. ul. cit.*, 56, «la discrezionalità si riferisce infatti ad una potestà, e implica giudizio e volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo, e implica solo giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo, e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale»; e anche in presenza di «discipline non esatte», ove pure il giudizio possiede «carattere fortemente volitivo», l'apprezzamento tecnico non deborda mai in discrezionalità poiché «abbiamo sempre dei giudizi tecnici, giuridicamente distinti dai giudizi di opportunità e dal momento decisionale» (57).

⁽¹¹³⁾ D'altronde, secondo M.S. GIANNINI, *op. ul. cit.*, 70, «la potestà in senso proprio è [...] una situazione soggettiva che, nella sua sostanza non è diversa da quella che, con vario nome (potestà, potere) si trova anche nel diritto privato».

3.4. Una grande attenzione riceve, infine, la questione del riconoscimento del pluralismo degli ordinamenti giuridici. Come è noto, si tratta di una tematica che, sulla scia dell'insegnamento di Santi Romano, Giannini ha messo al centro della propria riflessione scientifica sin dai primissimi anni della propria attività⁽¹¹⁴⁾. A partire dallo studio dell'ordinamento sezionale del credito, i tratti fondamentali degli ordinamenti giuridici sono stati rinvenuti nella *plurisoggettività*, nell'*organizzazione* e nella *normazione*⁽¹¹⁵⁾. Così come avvenuto in sede scientifica, anche nell'attività pareristica Giannini utilizza frequentemente la categoria dell'ordinamento giuridico per spiegare molteplici fenomeni giuridici (come quello delle confessioni religiose, del settore creditizio o dell'ordinamento sportivo): d'altronde, come Giannini ricorda, la stessa genesi della nozione di ordinamento giuridico mirava a risolvere problemi pratici e, principalmente, la necessità di regolare l'applicazione ad uno stesso soggetto di ordini normativi diversi derivanti dall'appartenenza ad una pluralità di gruppi e, quindi, disciplinare l'inevitabile conflitto che ne scaturiva tra i relativi enti esponenziali⁽¹¹⁶⁾.

Per quanto attiene alle confessioni religiose, è di grande interesse un parere sulla natura delle comunità israelitiche⁽¹¹⁷⁾ ove Giannini — ritornando sul problema del rapporto tra ordinamento giuridico ed

⁽¹¹⁴⁾ M.S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti*, in *Atti del XIV congresso internazionale di sociologia (Roma, 30 agosto – 3 settembre 1950)*, a cura di C. Gini, IV, Roma, Società Italiana di Sociologia, 1953, 455 ss.; Id., *Gli elementi degli ordinamenti giuridici* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 219 ss.

⁽¹¹⁵⁾ Si veda, in particolare, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, cit., ora in *Scritti*, IV, Milano, Giuffrè, 2004, 346, ove si sottolinea che in qualunque «gruppo giuridicamente rilevante» sussistono questi tre «elementi necessari minimi di un ordinamento giuridico». E tuttavia si sottolinea che la plurisoggettività è un «tratto necessario dell'ordinamento, ma non è caratterizzante di esso» mentre sono «la normazione e l'organizzazione che qualificano l'individuo come soggetto» (347).

⁽¹¹⁶⁾ Così ne *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, cit., 342, ove Giannini sottolinea che «l'ipotesi di lavoro degli ordinamenti giuridici si propone di dar una spiegazione a questi fatti. Pur essendo un'ipotesi di teoria generale del diritto, essa non si propone di elaborare una compiuta teoresi della teoria generale stessa». Va evidenziato che la problematica della relazione tra gli ordinamenti giuridici verrà da Giannini esaminata più nel dettaglio solo dopo trent'anni in *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 997 ss.

⁽¹¹⁷⁾ Parere reso alle comunità israelitiche risalente alla metà degli anni Sessanta (ma privo della data esatta).

enti esponenziali dei gruppi ⁽¹¹⁸⁾ — affronta il problema dell'assetto della Confessione ebraica di cui alla legislazione degli anni Trenta, anche alla luce della sopravvenienza delle norme costituzionali. Innanzitutto, Giannini sottolinea la distinzione tra confessione e associazione religiosa, evidenziando che le Confessioni religiose «sono ordinamenti giuridici, non sono invece enti, cioè sono dei fatti non delle entità legali». E infatti, «anche se vi sono enti esponenziali di confessioni religiose che assumano di potere “parlare” per esse, nessuno può in realtà sapere in che misura essi sono veramente rappresentativi del gruppo religioso, essendo noto che un gruppo religioso non è mai censibile in modo preciso ed esatto». Solo nel caso in cui vi sia un solo ente «che assume di essere esponenziale di un ordinamento religioso», allora «lo Stato non può che accettarlo per tale: è il fatto di essere il solo ente che si assume rappresentativo a conferirgli legittimazione a porsi come esponenziale e ad agire per la confessione». Così si verifica, secondo Giannini, per la Confessione ebraica, il cui solo ente esponenziale è rappresentato dall'Unione delle comunità ebraiche: e ciò, indipendentemente dal riconoscimento della personalità giuridica, dal momento che ha solo rilievo «l'essere di fatto rappresentativa». Ciò consente a Giannini di sostenere che l'Unione e la Comunità ebraica costituiscono una confessione e non già un'associazione religiosa. Infatti, «i c.d. enti associativi attengono a fatti di gruppo, non a fatti associativi. I gruppi sono entità sociali, che esistono di fatto, prescindendo dall'adesione esplicita dei componenti, in quanto questa è relativamente necessaria». Da questo punto di vista, una confessione «essendo un ordinamento giuridico, deve possedere una plurisoggettività, un'organizzazione ed una normativa interna propria, che in fatto valga a porla come uno dei gruppi che costituiscono una collettività generale nella sua storicità, in un certo momento storico» ⁽¹¹⁹⁾. Il problema, quindi, diviene solo quello di «accertare se la confessione c'è o non c'è. In un certo ambito spaziale quale definito da uno Stato». Ciò, dal punto di vista pratico, consente a Giannini di escludere la

⁽¹¹⁸⁾ Ampiamente affrontato in sede dottrinarica, ove si è sottolineato che l'ordinamento giuridico precede (e prescinde da) la costituzione dell'ente esponenziale di riferimento, rappresentando essa un «fatto volontario» (*Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, cit., 348 s.).

⁽¹¹⁹⁾ D'altronde Giannini ne *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici*, cit., 1007, riconduce «gli ordinamenti delle religioni» a quegli ordinamenti che, pur non avendo come lo Stato una «valenza politica dominante», hanno «valenze politico-sociologiche» non per questo «subordinate ad altri ordinamenti».

possibilità di applicare alle confessioni religiose la disciplina sulle associazioni, come invece alcuni sembravano prospettare, con conseguente riconoscimento in capo alle stesse — e in virtù del principio pluralistico che ispira l'ordinamento costituzionale — di una potestà normativa e statutaria amplissima. Proprio la natura di confessione, inoltre, consentirebbe di ritenere costituzionalmente legittimo il c.d. «principio dell'appartenenza obbligatoria alla comunità» (salvo una dichiarazione contraria da parte dei genitori), a differenza di quanto avviene in materia di associazioni ⁽¹²⁰⁾. Infine, non contribuisce a scalfire l'autonomia ordinamentale della confessione l'attribuzione alla stessa di un potere pubblico di contribuzione, cui, secondo Giannini, non consegue necessariamente il riconoscimento della natura pubblica del soggetto che ne è titolare.

Il riconoscimento della grande autonomia degli ordinamenti giuridici è così penetrante da condurre, in alcuni casi, ad un ridimensionamento della stessa problematica della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato che, invece, assume rilievo decisivo nell'ordinamento statale ⁽¹²¹⁾. E così, con riguardo al problema dell'ente pubblico economico nel settore bancario — uno dei primi casi di ordinamento giuridico approfondito in sede scientifica ⁽¹²²⁾ — la peculiarità, secondo Giannini, risiederebbe nel fatto che esso si va ad insediare in un «ordinamento sezionale», con la conseguenza che «tutte le imprese bancarie sono assoggettate a potestà pubbliche che vanno al di là di quella che è la potestà di vigilanza spettante ad organi dello Stato su enti pubblici» ⁽¹²³⁾. In sostanza, ci si troverebbe dinanzi ad «una potestà particolarmente penetrante, che si esercita indifferentemente

⁽¹²⁰⁾ Tale profilo non porrebbe un problema di violazione del principio di uguaglianza rispetto alla religione cattolica poiché, secondo Giannini, «esiste una disuguaglianza fondamentale tra la confessione cattolica e le altre confessioni» che «esiste in fatto, e con ciò stesso esiste in diritto»: e ciò legittima la possibilità di trattamenti differenziati in applicazione di un'interpretazione sostanzialistica dell'art. 3 Cost.

⁽¹²¹⁾ Si tratta di un profilo sottolineato anche da B. SORDI, *Giannini e il diritto amministrativo del suo tempo*, cit., 1034, secondo cui «all'interno dell'ordinamento di settore la distinzione tra soggetti di natura pubblica e privata diventa priva di rilievo, non incide affatto sulla configurazione dell'attività».

⁽¹²²⁾ A partire dal contributo *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1939, 1.

⁽¹²³⁾ Così nel citato parere reso al Banco di Napoli il 16 maggio 1977.

su soggetti pubblici (banche enti pubblici) e su soggetti privati» (124). Proprio tale profilo viene a far perdere di importanza il problema della natura pubblicistica o privatistica dei soggetti che operano nell'ordinamento sezionale: ciò, peraltro, assume ancor più rilievo nell'ambito dell'ordinamento bancario ove operano soggetti che, innanzitutto, esercitano attività di impresa. Per tale motivo «la Banca ente pubblico agisce, quando fa la banca, tal quale come un imprenditore privato; mentre, quando è controllata, è in una situazione di soggezione che, ancora una volta, è tal quale a quella propria dell'imprenditore privato». E alla luce di ciò, Giannini giunge a chiedersi «che senso abbia ancora distinguere, nel seno dell'ordinamento sezionale bancario, enti pubblici da enti privati: il regime è il medesimo, sia sotto l'aspetto imprenditoriale, sia sotto quello dell'assoggettamento a direzione e a controllo pubblici» (125).

Un fenomeno non dissimile si verifica nell'ordinamento sportivo, che pure è stato oggetto di approfondimento anche in sede scientifica (126). In particolare, in un parere sul Coni (127), Giannini mette in luce il fatto che tale soggetto eserciterebbe «attività» di «carattere neutro», che «non si possono nemmeno dire di diritto pubblico, stante che le federazioni sportive si pongono, come il Coni, come organizzazioni facenti capo ad organizzazioni di settore di carattere superstatale»: il Coni, da questo punto di vista, riveste «il ruolo di capogruppo di associazioni non pubbliche», ovvero di «Federazione delle Federazioni sportive», mentre con riguardo alle funzioni pubbliche di cui esso è titolare, ci si troverebbe dinanzi ad un semplice «soggetto privato

(124) E tale potestà «assorbe la potestà di vigilanza» che dovrebbe essere esercitata sull'ente pubblico.

(125) Alla luce di tale premessa, anche il Banco di Napoli «è prima di tutto un'impresa» e la sua sottoposizione a vigilanza pubblica non è diversa da quella (assai penetrante) esercitata su tutti i soggetti dell'ordinamento sezionale, ad eccezione del potere di nomina degli amministratori, il quale tuttavia è regolato da disposizioni statutarie e legali e che sussisterebbe egualmente anche se esso fosse una società a partecipazione pubblica».

(126) Giannini, come è noto, si interessò da subito del fenomeno sportivo dal punto di vista giuridico in *Prime osservazioni sugli ordinamenti sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1949, 1, 10; il tema fu poi ripreso finanche negli ultimi anni dell'attività scientifica: *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 671, ove Giannini sottolinea il fatto di aver affrontato il tema prevalentemente dal punto di vista della teoria generale degli ordinamenti giuridici, dal momento che l'ordinamento sportivo «possiede gli elementi costitutivi tipici» di tali ordinamenti.

(127) Si tratta del già citato parere del 18 aprile 1985.

affidatario di attività pubbliche ⁽¹²⁸⁾. L'inserimento del Coni al vertice dell'ordinamento giuridico sportivo ha delle conseguenze rilevanti dal punto di vista del regime giuridico applicabile alla propria attività, soprattutto nei rapporti con le federazioni: i relativi atti, infatti, non avrebbero «carattere autoritativo», in quanto «sforniti di imperatività ed esecutività»; inoltre, nonostante il Coni sia titolare del potere di approvazione degli statuti delle federazioni, secondo Giannini «questo tipo di rapporti non ha natura pubblica, in quanto può trovarsi anche nei rapporti tra società controllate e società di controllo, ossia è un rapporto giuridicamente neutro». Peraltro, anche le federazioni sportive, pur essendo dotate di poteri repressivi nei confronti dei propri associati, rimarrebbero «associazioni private»; ma, soprattutto, essendo inserite nell'ordinamento sportivo «superstatale», sarebbero escluse da qualsiasi potere di intervento o ingerenza da parte dello Stato ⁽¹²⁹⁾. In sostanza, muovendo dalla nozione di ordinamento giuridico, Giannini, da un lato, ricostruisce in chiave privatistica la figura soggettiva del Coni e delle federazioni sportive; dall'altro, esclude la possibilità di qualificare in chiave pubblicistica la stessa relazione giuridica che intercorre tra il Coni e le federazioni, così come i rapporti interni alle singole federazioni. Il tutto, evidentemente, a tutela della piena autonomia giuridica di tale settore e, quindi, della libertà dei soggetti che ne fanno parte.

In definitiva, da tali pareri risulta confermato che l'attribuzione ad un determinato settore della qualifica di «ordinamento giuridico» ha per Giannini delle conseguenze rilevanti non solo sul piano del funzionamento interno dello stesso ordinamento, ma soprattutto nei rapporti con l'ordinamento statale in termini di soppressione (o quanto meno di attenuazione) dei poteri di ingerenza, a tutela dell'autonomia organizzativa, normativa, ma anche imprenditoriale, dei soggetti

⁽¹²⁸⁾ E, quindi, rientrerebbe nella «classica figura dell'ente privato di interesse pubblico». Ciò si verificherebbe, ad esempio, con riguardo all'organizzazione dei concorsi pronostici (quali il totocalcio), di cui sarebbe affidatario il Coni: la pubblicità dell'oggetto (e dei proventi) sarebbe riconducibile ad una «riserva di attività allo Stato» in tale settore. A tal fine, Giannini richiama la figura del contratto ad oggetto pubblico per spiegare la regolazione consensuale di tali rapporti.

⁽¹²⁹⁾ Si tratta di un profilo ben sottolineato nel contributo *Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi*, cit., 672, ove si evidenzia il fatto che si è giunti a livello internazionale «a discipline uniformi del diritto sportivo, dandosi così vita ad un diritto sportivo “superstatale”, ovunque riscontrabile come positivamente vigente», meglio inquadabile come «diritto internazionale sportivo».

che compongono l'ordinamento medesimo. Tale concetto giuridico, tuttavia, proprio per le implicazioni a cui conduce, potrà, secondo Giannini, continuare ad avere una ragion d'essere solo «nella misura in cui esso serva a spiegare la verace sostanza di alcuni accadimenti reali; ove per contro lo si assuma con tali tratti da farlo coincidere con tutte le creature del mondo, tanto vale allora metterlo da parte»⁽¹³⁰⁾. Si tratta di un monito che trova chiaro riscontro proprio nell'ampio utilizzo che Giannini fa di tale nozione in sede professionale, ove il richiamo all'ordinamento giuridico non è di mera erudizione, costituendo invece il presupposto logico e giuridico per il riconoscimento di concreti spazi di autonomia e di libertà ai soggetti che operano nei singoli ordinamenti, come risulta evidente per il settore sportivo e, soprattutto, per le confessioni religiose.

4. Al di là dei singoli temi oggetto di trattazione, il complesso dell'attività di consulenza di Giannini appare di grande interesse soprattutto perché costituisce una conferma del metodo realistico che caratterizza il suo approccio allo studio dei fenomeni giuridici⁽¹³¹⁾. Anche nell'attività professionale — sovente dominata, specialmente negli ordinamenti continentali, da un certo formalismo e dogmatismo — emerge in maniera evidente l'idea gianniniana dell'immanenza sociale del diritto⁽¹³²⁾: come è stato sottolineato, «lo stile di ragionamento, il suo procedere antidogmatico al fine di una ricostruzione dei concetti dogmatici, il suo andamento problematico diretto al perseguimento della soluzione giuridica non possono essere compresi nel profondo se non si tiene presente l'operare costante, nel suo pensiero, dell'articolato rincorrersi fra l'elemento sociale e quello normativo, fra la riflessione sociologica e quella giuridica»⁽¹³³⁾. Si tratta di conside-

⁽¹³⁰⁾ Così ne *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, cit., 341, ove Giannini sottolinea il rischio di «giungere a trovare ordinamenti giuridici in ogni angolo della strada», derivante dal fatto di «raffigurare l'ordinamento giuridico come un elemento una sorta di estetica trascendentale del diritto».

⁽¹³¹⁾ Su cui, da ultimo, M. D'ALBERTI, *Massimo Severo Giannini: realista e cartesiano*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 319 ss.

⁽¹³²⁾ Nozione che è stata sviluppata da Giannini nel saggio *Sociologia e studi di diritto contemporaneo*, in *Jus*, 1957, 223 ss., e che, come evidenziato da A. BIXIO, *L'immanenza sociale del diritto» in Giannini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 983 ss., costituisce «il cardine epistemologico fondamentale di Giannini» (987).

⁽¹³³⁾ Così A. BIXIO, *L'immanenza sociale del diritto» in Giannini*, cit., 983, secondo cui «il rapporto fra scienza del diritto e scienza sociale, la relazione che

razioni che possono ben essere estese all'attività professionale di Giannini e che, in particolare, si estrinsecano in tre tendenze rinvenibili nell'attività pareristica che possono essere così sintetizzate: *a*) la grande attenzione per il contesto storico, politico e sociologico entro cui si collocano gli istituti giuridici; *b*) l'importanza attribuita ai fenomeni giuridici nella loro fattualità, cui consegue un'analisi minuziosa degli eventi e delle circostanze in fatto, la quale costituisce un tutt'uno con il ragionamento giuridico; *c*) l'approccio estremamente problematico e sempre teso a indagare la complessità che, sovente, anche nei pareri, conduce ad un'analisi critica e feroce del sistema e delle sue disfunzioni.

Con riguardo alla prima tendenza, Giannini arricchisce il metodo giuridico tradizionale prestando grande attenzione ai processi storici e dinamici dell'ordinamento e alle trasformazioni politiche, culturali e sociali sottese all'istituto giuridico interessato dalla richiesta del parere ⁽¹³⁴⁾. E così, un parere su una casa da gioco costituisce l'occasione per l'analisi delle tappe storiche che, sin dal 1819, hanno caratterizzato l'istituzione della stessa casa, con dovizia di particolari e con un approccio storiografico assai approfondito che è funzionale a riconoscere, nei fatti, l'esistenza di un privilegio ottocentesco ad esercitare una casa di gioco d'azzardo nel territorio comunale in questione ⁽¹³⁵⁾. E ancora, un parere richiesto da Vittorio Bachelet sull'applicabilità della disciplina sulla pubblicità degli atti amministrativi anche all'attività del C.S.M. si apre con il monito a ridimensionare — alla luce delle trasformazioni che andavano interessando la società della comunicazione — la portata pratica delle norme sulla pubblicità degli atti, nella prospettiva di un'effettiva trasparenza ⁽¹³⁶⁾. Secondo Giannini, infatti,

intercorre fra diritto e società, costituiscono qualcosa di particolarmente rilevante per intendere l'opera di Massimo Severo Giannini».

⁽¹³⁴⁾ Sullo storicismo di Giannini, S. CASSESE, *Storicismo e storiografia nell'opera di Massimo Severo Giannini*, in *Le carte e la storia*, 2000, 2, 7.

⁽¹³⁵⁾ E ciò a partire dall'esame delle decisioni della duchessa Maria Luisa di Borbone (e del suo successore, Carlo Lodovico di Borbone).

⁽¹³⁶⁾ Si tratta di un parere sulla pubblicità di atti e provvedimenti del C.S.M. reso a Vittorio Bachelet il 10 maggio 1978, il quale esordisce nel seguente modo: «in via preliminare ritengo doverosa un'avvertenza: occorre fare attenzione a non sopravvalutare la rilevanza, sia pratica che giuridica, delle misure di pubblicità, nelle varie forme in cui esse possono essere configurate». L'indagine successiva condurrà poi Giannini a distinguere dal punto di vista funzionale le forme di pubblicità relative a procedimenti sulle persone («che dovrebbero essere limitate date la delicatezza delle funzioni ricoperte», anche per quanto attiene alle verbalizzazioni, alla pubblicità delle sedute),

«per ragioni che a nostra opinione costituiscono un fatto di vischiosità con modi di vedere che erano propri del periodo sino al primo conflitto mondiale, è oggi ancora consistente l'opinione secondo cui la pubblicazione di atti su fogli legali, la redazione di resoconti, il deposito o l'affissione ad albi, e così via, costituirebbero forme e modi importanti di comunicazione di decisioni di pubblici poteri. In realtà ciò non risponde al vero, le misure di pubblicità avendo un valore più per un loro profilo giuridico, attinente cioè alla conoscenza o alla conoscibilità legale, che per un loro valore diffusivo di comunicazioni. È stato posto in rilievo che se i messaggi da far conoscere non entrano in ingranaggi di qualcuno dei mezzi di comunicazione di massa, la conoscenza o conoscibilità resta oggi limitata, di solito ad ambienti specialistici o a gruppi settoriali di ridotta dimensione». Tutto ciò «per avvertire che ogni problema di adozione di misure di pubblicità va visto non in termini astratti, ma in ragione dei risultati che si vogliono conseguire, ed in ragione delle conseguenze positive e/o negative, che le misure medesime producono sulla autorità che le deve adottare».

In secondo luogo, vi è una grande considerazione per gli elementi fattuali della controversia da cui sorge lo specifico problema giuridico: tali elementi non sono funzionali ad una mera narrazione dei fatti slegata dalla parte in diritto ma, viceversa, rappresentano una componente essenziale della stessa qualificazione del fenomeno giuridico ⁽¹³⁷⁾. E così, in un parere in materia di rinnovo della concessione, si evidenzia come, rispetto alla fattispecie in esame, una disamina «limitata al solo aspetto strettamente giuridico, non possa essere che parziale», dal momento che «vi è un aspetto di fatto, indissolubilmente legato a quello di diritto», che appare prevalente: e proprio l'esame minuzioso delle specifiche caratteristiche tecniche e delle condizioni di funzionamento di un impianto di illuminazione induce Giannini a collocare, in via di fatto, l'impresa interessata in una posizione dominante rispetto agli altri *competitors*, tale da escludere un loro possibile subentro nel rapporto concessorio ⁽¹³⁸⁾. Inoltre, la centralità riservata agli elementi fattuali e all'esame

dalle altre deliberazioni per cui invece devono essere garantite forme adeguate di pubblicità.

⁽¹³⁷⁾ D'altronde, come è stato evidenziato da A. BIXIO, *L'immanenza sociale del diritto* in Giannini, cit., 987, Giannini non intende «confondere la realtà sociale con la realtà giuridica e, tuttavia, quest'ultima viene caratterizzata dal tratto fondamentale della prima».

⁽¹³⁸⁾ Si tratta di un parere rilasciato alla Impresa industrie elettriche germano il 9 aprile 1985, ove Giannini esclude, dal punto di vista giuridico e astratto, la possibilità

della reale dinamica dei rapporti giuridici è alla base della tendenza di Giannini a dare scarso rilievo alla qualificazione formale dei rapporti operata dalla legge o dalle parti. In questa prospettiva, ad esempio, a fronte del sopravanzare del regime autorizzatorio su quello concessorio in ragione dei processi di liberalizzazione nel settore dei trasporti, si afferma che «la conseguenza di questo stato di fatto corrispondente ad uno stato di diritto, è che sta perdendo importanza il significato degli enunciati, sia normativi che provvedimenti»⁽¹³⁹⁾. Allo stesso modo, un rapporto, espressamente definito come appalto nella convenzione tra le parti, viene invece qualificato sostanzialmente come concessione, valorizzando il comportamento (anche concludente) dei soggetti ed ogni circostanza utile ai fini della qualificazione del rapporto, al di là del *nomen iuris*⁽¹⁴⁰⁾. O, ancora, con riguardo al problema dello scioglimento da un'associazione temporanea d'impresе, Giannini, dopo aver sottolineato la necessità che si ottenga il consenso del committente, evidenzia tuttavia che tale atto di assenso sarebbe un «atto meramente formale» nel caso in cui «di fatto» solo l'impresa capogruppo, titolare esclusiva della legittimazione a contrarre, abbia eseguito l'opera⁽¹⁴¹⁾.

Ma soprattutto, l'approccio realista emerge chiaramente nella critica sferzante alle incoerenze e alle contraddizioni del sistema e, in particolare, al sistema normativo vigente: si tratta, d'altronde, di un profilo che lo stesso Giannini aveva individuato tra i compiti principali del giurista sin dalla prolusione pisana del 1954 su «Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione», ove si metteva in luce che «difronte alle perturbatrici degli interessi sezionali, degli interessi di casta, degli interessi partitici, occorre riconoscere con tutta franchezza che al cultore del diritto restano solo possibilità di denuncia e protesta»⁽¹⁴²⁾.

per la concessionaria di un servizio di vedersi riconosciuto un diritto ad un rinnovo della concessione.

⁽¹³⁹⁾ Così nel parere reso ad Alitalia in data 17 maggio 1988.

⁽¹⁴⁰⁾ E ciò, peraltro, in applicazione dell'art. 1362 c.c., che troverebbe applicazione anche al diritto pubblico (si tratta del citato parere reso ad ELSAG s.p.a. il 18 giugno 1990).

⁽¹⁴¹⁾ E ciò, al punto da ipotizzare che, in tali casi, potrebbe essere sufficiente, per le altre imprese che non abbiano provveduto all'esecuzione del rapporto, limitarsi a comunicare il recesso dall'ATI (si tratta del citato parere reso a Siderbeton il 21 giugno 1984).

⁽¹⁴²⁾ M.S. GIANNINI, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 286 ss., ove si precisa altresì

Le critiche coinvolgono innanzitutto il diritto positivo, come dimostra un parere degli anni Novanta ⁽¹⁴³⁾, ove Giannini giunge a considerare la legge n. 283/1942 (recante la «disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande») come «una delle tante leggi che escono sciaguratamente dal Ministero della sanità», per cui appare auspicabile intraprendere la strada «di addivenire ad una nuova legge, più chiara, meglio scritta, e più completa, in ordine alla disciplina della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande» ⁽¹⁴⁴⁾. Un altro parere esordisce con la considerazione amara, e in un certo senso rassegnata, per cui «il quesito che mi viene sottoposto deriva dalla solita vicenda della scarsa capacità del Parlamento a legiferare» ⁽¹⁴⁵⁾. E, ancora, nel rispondere ad un quesito in materia di classificazione di farmaci, si muove dalla considerazione per cui «per sapere che cosa è esattamente, oggi, nel nostro sistema positivo, il prontuario terapeutico più che un giurista [si] avrebbe bisogno di un misteriosofo» ⁽¹⁴⁶⁾. In un'altra sede, commentando la difficile applicabilità della norma del decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, che raddoppiava le tasse sulle concessioni governative ⁽¹⁴⁷⁾, Giannini denuncia il fatto che «purtroppo occorre ricordare che nel nostro sistema giuridico manca una precisa definizione del tributo che assume la denominazione di “tassa”», precisando che «mentre esistono notevoli elaborati di dottrina su tale nozione, il

che «è obbligo del giurista denunciare e protestare; se egli vuole rimanere fedele al suo ministero di ordinatore del mondo del diritto, proprio perché questo mondo è creato dagli uomini, non può non far sentire la sua voce ove il legislatore lo ordini non secondo universali; e non è vero che così facendo, il giurista compia opera di politico e invada competenze altrui: chi così pensa limita invero la funzione del giurista a quella di un contemplatore del creato, o, peggio, di un archivista che tiene in ordine le cartacce del legislatore, e così la riduce ad un'opera inutile. Ed è proprio per la rinuncia all'esercizio del ministero della protesta che i giuristi hanno via via perso l'autorità che in meno recenti società avevano».

⁽¹⁴³⁾ Si tratta di un parere del 3 gennaio del 1990 reso ad Agrofarma e Federchimica.

⁽¹⁴⁴⁾ Da questo punto di vista, si contesta la possibilità di indire un Referendum abrogativo poiché esso non condurrebbe ad un risultato utile, essendo presenti altre norme limitative del commercio nella stessa legge che potrebbero continuare a giustificare il potere autorizzatorio del Ministero.

⁽¹⁴⁵⁾ Così in un parere reso alla Società finanziaria marittima (FINMARE) il 25 febbraio 1988.

⁽¹⁴⁶⁾ Si tratta del citato parere reso alla Farminindustria il 10 aprile 1985.

⁽¹⁴⁷⁾ Si tratta di un parere del 7 settembre 1992 all'Ordine dei consulenti in proprietà industriale.

diritto positivo va per conto proprio: al punto che del complesso denominato “tasse sulle concessioni governative”, tra l’altro esistente nell’ordinamento positivo ormai da molti decenni, si comprendono dei tributi che sicuramente sono delle imposte, altri che hanno ancora dei caratteri propri, che li farebbero assimilare più ai tributi che alle tasse»⁽¹⁴⁸⁾. La critica, naturalmente, coinvolge anche la legislazione regionale, come nel caso di una norma attributiva alla giunta provinciale di Trento di un potere di controllo di legittimità, di merito e sostitutivo sulle amministrazioni comunali e sugli altri enti locali⁽¹⁴⁹⁾. Le parole di Giannini sono sferzanti e non lasciano spazio ad equivoci: «io non mi rendo conto di come sia stata potuta attribuire alla giunta municipale una tale funzione. Il controllo infatti deve essere svolto da un organo squisitamente imparziale, se non altro in omaggio all’art. 97 Cost., e alle altre disposizioni costituzionali che contemplano organi di controllo (come la Corte dei conti, i CORECO, ecc.)»; parimenti viene ritenuta «radicalmente inaccettabile» la possibilità per il consiglio di esercitare il proprio sindacato politico su tale attività della giunta dal momento che «non si dà un potere di controllo ad un organo politico, quindi politicizzabile in sede di esercizio del controllo».

Una delle più frequenti ragioni di critica è rappresentata dalla sovrapposizione di competenze tra una pluralità di centri di governo (locale, regionale o statale), derivante anche dall’incompleta attuazio-

⁽¹⁴⁸⁾ Muovendo da tale critica, Giannini giunge ad analizzare esempi concreti di contributi impropriamente definiti come tasse nel diritto positivo, ai quali manca tuttavia il requisito dell’essere un «corrispettivo» per una prestazione o un vantaggio forniti dallo Stato, come, ad esempio, il caso del tributo per il rilascio della licenza di pubblica sicurezza ai fabbricanti di oggetti preziosi: in questi e molti altri casi, invece, secondo Giannini ci si troverebbe dinanzi ad una imposta per il rilascio di un provvedimento amministrativo, la quale ha effetto costitutivo diretto (e *una tantum*) e non può essere richiesta nuovamente dai pubblici poteri. Il tema, peraltro, è affrontato anche in un parere del 12 marzo 1976 reso alla Montedison sulla natura dello «sconto mutualistico» per i farmaci il quale, secondo Giannini, può essere inquadrato nei prelievi coattivi e, in particolare, nelle contribuzioni «che sarebbero prelievi coattivi che la legge dispone a carico di taluni soggetti, e a beneficio di altri e che differiscono dalle figure tipiche dell’imposta e della tassa»: di tal ché ne discende la necessità di un intervento legislativo per istituire, modificare o abolire tale misura o che, comunque, attribuisca al potere governativo la potestà di intervenire in via amministrativa.

⁽¹⁴⁹⁾ Si tratta del citato parere del 3 luglio 1985 reso al cons. Tretter del consiglio provinciale di Trento in materia di organi politici e di controllo.

ne del regionalismo ⁽¹⁵⁰⁾. E così, la normativa in materia di autorizzazione all'installazione ed avvio di impianti termici sarebbe, secondo Giannini, «un vero esempio di disordine legislativo», soprattutto con riguardo alla sovrapposizione tra competenze comunali e centrali ⁽¹⁵¹⁾. Di qui, la necessità di introdurre una modificazione legislativa dal momento che «la concessione edilizia comunale è un atto quasi sempre senza oggetto, ed è solo, in pratica, un pretesto che si offre ai comuni per ostacolare la realizzazione degli impianti»; in questa prospettiva, al fine di ridurre il potere di veto degli enti locali, si auspica un allineamento della normativa in oggetto a quella in materia di impianti nucleari ove, invece, si ha una «completa sostituzione del provvedimento statale ai provvedimenti comunali». Ancora più chiaramente, in un parere *pro veritate* su alcune questioni di diritto urbanistico relative al quartiere La Magliana di Roma, Giannini critica duramente l'assenza di meccanismi di raccordo fra Stato e poteri locali ⁽¹⁵²⁾: «il caso del quartiere della Magliana è ormai fra quelli che hanno acquistato una certa notorietà tra i cultori di diritto urbanistico, perché costituisce un ennesimo esempio di quelle che già al tempo della commissione Sullo furono denominate “disfunzioni urbanistiche da pluralità di centri di comando”». In particolare, la questione «nasce da una disfunzione urbanistica consistente in uno scoordinamento tra attività dello Stato (Ministero dei lavori pubblici, ufficio speciale del Tevere) e attività dei poteri locali», derivante dal disallineamento tra il piano regolatore generale e i piani particolareggiati: secondo Giannini, «allorché si è in presenza di un fatto di disfunzione urbanistica del tipo testé indicato, riesce sommamente difficile, per chi analizza la questione dal punto di vista giuridico, calibrare in modo esatto fatti e responsabilità, poiché ricorrendo dette disfunzioni si avvera una disaggregazione di statuizioni giuridiche». Infine, in un parere reso alla regione Piemonte, dopo essersi rilevata l'assenza di una normativa costituzionale di riferimento in materia di organizzazione amministrativa delle regioni, Giannini mette in luce che la difficoltà nella definizione di un chiaro riferimento organizzativo rispetto a tali soggetti è direttamente connessa alla

⁽¹⁵⁰⁾ Sul tema si veda C. DESIDERI, *Il regionalismo di Giannini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1149 ss.

⁽¹⁵¹⁾ Si veda il citato parere reso all'ENEL il 4 novembre 1986.

⁽¹⁵²⁾ Si tratta del citato parere del 26 marzo 1979 richiesto da Giuliano Vassalli.

indefinitezza delle funzioni delle regioni, stante l'inattuazione del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 ⁽¹⁵³⁾.

Le critiche nei confronti delle disfunzioni nell'ordinamento vigente sono sovente accompagnate anche da una certa sfiducia rispetto alla reale capacità della classe politica di farsi interprete coerente e razionale dei processi di riforma di cui avrebbero bisogno molti settori del diritto, e di cui Giannini si è fatto strenuo promotore sia in sede scientifica, che istituzionale ⁽¹⁵⁴⁾. E così, dopo aver sottolineato l'impossibilità di distinguere — come si è già detto — «nel seno dell'ordinamento sezionale bancario, enti pubblici da enti privati», stante la sottoposizione di banche pubbliche e private al medesimo regime giuridico, Giannini rileva amaramente che «peraltro questo discorso si risolve nulla di più che in una critica legislativa, in nome di una coerenza di principi, ossia una critica che, almeno da noi, ha scarsa cittadinanza» ⁽¹⁵⁵⁾. Non diversamente, dopo aver suggerito uno sdoppiamento soggettivo del Coni volto a distinguere più nettamente la generale attività privatistica connessa alla natura di soggetto privato dai momenti di esercizio di funzioni pubblicistiche, evidenzia il problematico contrasto tra i «fattori della tesi privatistica, certamente più fondata» e i «fattori della tesi pubblicistica, che è più gradita agli ambienti politici» ⁽¹⁵⁶⁾. E ancora, a fronte delle tendenze legislative, giurisprudenziali e dottrinarie a considerare di natura pubblica l'Ente autonomo Fiera internazionale di Milano, Giannini, nel rivolgersi al presidente dell'Ente, ammette con impotenza e rassegnazione che «per modificare questa situazione occorrerebbe, come Ella comprende, una opera politica decisa e concorde, che porti all'adozione di una norma-

⁽¹⁵³⁾ Così in un parere del 12 luglio 1984 reso alla Regione Piemonte ove, peraltro, Giannini evidenzia che proprio l'assenza di un modello organizzativo di riferimento per le regioni nel testo della Costituzione, legittimerebbe le stesse a darsi un «modello non compatto», cioè con un'organizzazione amministrativa strutturata per organi come lo Stato, e non con uffici.

⁽¹⁵⁴⁾ Alcune delle proposte di riforma sono raccolte nel noto «Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato», predisposto nel 1979 quando Giannini era Ministro della funzione pubblica. L'amara considerazione circa il mancato avvio del processo riformatore da parte della classe politica emerge anche negli articoli giornalistici, come sottolineato da M. D'ALBERTI, *Giannini dalle pagine dei giornali: il tracollo del sistema amministrativo e le riforme necessarie*, in questo numero della *Riv. trim. dir. pubbl.* (n. 3, 2015).

⁽¹⁵⁵⁾ Si tratta del già citato parere del 16 maggio 1977 sulla natura giuridica del Banco di Napoli.

⁽¹⁵⁶⁾ Così nel citato parere richiesto dal Coni del 18 aprile 1985.

tiva in cui si dichiara privata la natura degli enti fieristici. È una impresa, a mio parere, quasi impossibile»⁽¹⁵⁷⁾.

Tuttavia, proprio da tali passaggi, emerge chiaramente che la critica al sistema non è mai fine a sé stessa, essendo sempre funzionale a proporre la riforma degli istituti oggetto di analisi⁽¹⁵⁸⁾: come è stato sottolineato, l'approccio realista non fa venir meno l'esigenza ultima di (ri)costruzione del sistema⁽¹⁵⁹⁾. Da questo punto di vista, emerge la tendenza di Giannini a farsi interprete della complessità, al fine di scomporla ed analizzarne le diverse sfaccettature: in ciò, applicando a tutta la propria attività — sicuramente scientifica ma, per quel che si è cercato di dimostrare, anche professionale — un metodo di analisi che è stato accostato al «cubismo», proprio per la tendenza alla scomposizione e ricomposizione dei piani e per la capacità di penetrare oggetti e problemi da una pluralità di prospettive⁽¹⁶⁰⁾.

Da tutto ciò emerge una grande continuità tra la professione dello

⁽¹⁵⁷⁾ Così nel citato parere del 13 giugno 1986 reso al Presidente dell'Ente autonomo Fiera internazionale di Milano.

⁽¹⁵⁸⁾ S. CASSESE, *Giannini: lo studioso e il suo tempo*, in *Massimo Severo Giannini*, a cura di S. Cassese, Bari, Laterza, 2010, ha sottolineato che Giannini pur «convinto che occorresse «trarre il sistema dal reale» (ma egli stesso nel 1950 attribuiva al suo maestro Romano il merito di aver usato il «metodo della diretta osservazione dei fatti»), non si limitò all'esplorazione, ma fu anche geografo, perché forgiò nuovi paradigmi».

⁽¹⁵⁹⁾ Secondo M. D'ALBERTI, *Massimo Severo Giannini: realista e cartesiano*, cit., 319, Giannini «affronta la complessità piena di incertezze, vi si immerge, la analizza, non cerca scorciatoie né semplificazioni. La consapevolezza di quella complessità lo porta a superare il formalismo giuridico imperante. Ma non lo induce a rinunciare alla costruzione dei concetti giuridici. Anzi, dall'analisi realista della complessità Giannini riesce ad estrarre nozioni e definizioni dotate di assoluta precisione e razionalità. È realista e razionalista al tempo stesso». D'altronde, come evidenziato da S. CASSESE, *Giannini e la rinascita del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 583, nella prospettiva di Giannini «il giurista deve essere anche scienziato sociale» il quale tuttavia «deve poi depurare dalle scorie sociologiche la materia giuridica e ricondurla a sistema». In una prospettiva non dissimile, secondo A. BIXIO, *L'«immanenza sociale del diritto» in Giannini*, cit., 984, «il suo realismo e il suo antidogmatismo non devono far ritenere che egli non abbia avuto il più vivo interesse per le questioni epistemologiche e metodologiche. Egli ha piuttosto sempre visto con chiarezza che tali questioni vanno colte in stretta relazione con i problemi concreti dell'ordinamento, così da essere sempre vigili nell'evitare atteggiamenti che possano finire per feticizzare il puro e semplice dibattito sul metodo e sui confini della scienza giuridica».

⁽¹⁶⁰⁾ Così, di recente, S. CASSESE, *Massimo Severo Giannini*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero - Diritto*, Treccani, Roma, 2012 (in www.treccani.it) e, più ampiamente, ID., *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino,

scienziato e quella del giurista rispetto all'approccio ai fenomeni giuridici, a testimonianza dell'unitarietà dell'uomo, al di là delle «vesti» di volta in volta indossate ⁽¹⁶¹⁾. Per Giannini, l'attività professionale e, in generale, lo studio del diritto nella sua dinamica reale, costituiscono non già delle *finalità* in sé stesse, ma piuttosto degli *strumenti* utili a stimolare la capacità — che ogni giurista dovrebbe avere e di cui Giannini era maestro — di trarre dall'analisi della complessità una costruzione concettualmente rigorosa ⁽¹⁶²⁾.

Per concludere, anche la riflessione giuridica sottesa all'attività di consulenza appare segnata da una prevalenza del momento *problematico* rispetto a quello *formalistico* ⁽¹⁶³⁾: d'altronde, proprio l'esame degli istituti giuridici nella loro dimensione dinamica e reale, per un verso, ha costituito per Giannini un'importante occasione per vagliare la «tenuta» degli studi e delle ricerche già effettuati ma, dall'altro, ha

1971, 131, ove si sottolinea il fatto che Giannini «ha portato al massimo grado di sviluppo una tecnica "cubista" che mira a fornire di una istituzione "l'immagine totale"».

⁽¹⁶¹⁾ Come evidenziato da S. CASSESE, *In onore di Massimo Severo Giannini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 308, secondo cui «queste attività coltivate da Giannini fanno tutt'uno, traendo egli spunto dall'una per l'altra, con un'abilità di far parlare l'esperienza che gli deriva dal possesso delle categorie generali e dalla padronanza del mestiere».

⁽¹⁶²⁾ Secondo lo stesso Giannini (*Sociologia e studi di diritto contemporaneo*, cit., 225), d'altronde, «la scienza giuridica ha un oggetto tale da dover essere obbligata a scendere certamente nel particolare della sua normazione positiva o della fattispecie concreta. Talché essa poi, in applicazione del suo proprio metodo, è sollecitata a risalire al concetto e all'universale»; e tuttavia, anche al fine di «controllare la validità della proposizione ottenuta essa è obbligata a ritornare al reale ed al particolare». Alla luce di ciò, secondo A. BIXIO, *L'«immanenza sociale del diritto» in Giannini*, cit., 1012, «Giannini in tal modo, ci presenta una concezione antisistemica del sistema e dei concetti sistematici che ha la funzione di eliminare il dogmatismo e di consentire una costante ricostruzione effettuale, aderente all'immanenza sociale dello stesso elemento sistematico effettuale del diritto» (1012).

⁽¹⁶³⁾ Già ben delineato nei *Profili storici del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII, 1940, (poi ripubblicata con una postilla in *Quaderni Fiorentini*, n. 2, 1973, 179 ss.). Come sottolineato da A. BIXIO, *op. ul. cit.*, 1020, «il sistema deve essere aperto a ciò che si propone, deve essere disponibile rispetto al problema, perché è consapevole del fatto che la sua rilevanza dipende dalla sua capacità di ordinare proprio ciò che si svolge nella sua sociale immanenza»; e la stessa «apertura problematica del sistema giuridico, la prospettiva metodologica problematica, affiancata a quella dogmatica, conferma anche da questo punto di vista che elemento fondamentale per la comprensione del diritto in Giannini è il suo legame con la pratica, la sua immanenza sociale».

stimolato l'apertura di nuove «piste» di indagine scientifica ⁽¹⁶⁴⁾. Ne risulta confermata un'idea di professione intesa come vera e propria *fucina* ⁽¹⁶⁵⁾ dell'attività di elaborazione scientifica, cui, tuttavia, Massimo Severo Giannini si è approcciato con il tipico disincanto dell'uomo che è innanzitutto chiamato al progresso della scienza e della conoscenza ⁽¹⁶⁶⁾.

⁽¹⁶⁴⁾ E ciò, dal momento che «la vocazione alla soluzione del «caso» dipende, infatti, soprattutto dall'apertura problematica del sistema e dal metodo problematico riconosciuto dalla scienza giuridica» (A. BIXIO, *op. ul. cit.*, 1020). D'altronde M. SANINO, *Giannini avvocato*, cit., 1301, evidenzia come Giannini fosse «profondamente convinto della importanza della attività professionale, tanto che spesso ai suoi allievi diceva che una sentenza di poche pagine ha un seguito maggiore di importanti contributi dottrinari».

⁽¹⁶⁵⁾ O «ginnastica», come sembra che Giannini amasse definire la professione nei colloqui con i suoi allievi.

⁽¹⁶⁶⁾ Come ricorda S. CASSESE, *In onore di Massimo Severo Giannini*, cit., 308, Giannini «anche nell'esercizio della professione ha portato quell'atteggiamento intellettuale caratterizzato da interesse, attenzione, curiosità per i profili generali dei problemi, ricerca degli aspetti nuovi, ma anche distacco»; da questo punto di vista, «Giannini avvocato ricorda un personaggio della *Recherche* che, al di là di una riuscita carriera professionale, possedeva una cultura tutta differente, letteraria e artistica, di cui la sua specializzazione professionale non si valeva e di cui si arricchiva, invece, la sua specializzazione. Più dotato di molti letterati ed artisti, immaginava che la vita che faceva non era quella che gli era destinata e portava nelle sue attività sia un'indifferenza mescolata a fantasia, sia una applicazione altera e coscienziosa».

GIANNINI TRIBUTARISTA.
LE TRASFORMAZIONI DELLO STATO
NEGLI ANNI TRENTA E IL PROBLEMA
DELL'INTERPRETAZIONE DELLE LEGGI FINANZIARIE

MARCO PASTORELLI

SOMMARIO: 1. Il dibattito sull'interpretazione delle norme tributarie tra Otto e Novecento (alcuni cenni per un inquadramento delle problematiche essenziali). — 2. I nuovi bisogni finanziari dell'apparato pubblico negli anni Trenta e Quaranta. — 3. Il saggio di Giannini su «L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie».

1. Quando, nel 1941, Giannini intervenne dalle pagine della «Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze» nel dibattito sull'interpretazione delle leggi tributarie, la problematica era già da molti anni al centro di una viva disputa dottrinale. La tesi dominante, seguita dalla giurisprudenza maggioritaria, affermava la natura eccezionale (talvolta speciale) delle leggi finanziarie ⁽¹⁾, ovvero ancora ne sottolineava l'indole restrittiva dei diritti individuali ⁽²⁾, escludendo in ogni caso, in forza dell'art. 4 delle Disposizioni preliminari al Codice civile (del 1865), la legittimità del ricorso all'analogia. Di pari passo, però, con le trasformazioni economiche e sociali cui era andato incontro l'ordinamento italiano a cavallo tra Otto e Novecento, un numero sempre crescente di giuristi aveva iniziato a mettere in dubbio la

⁽¹⁾ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, Barbèra, 1889, 235; G. AVEZZA, *La legge sulle tasse di registro*, I, Asti, Bianchi, 1895, 98.

⁽²⁾ C. TOESCA DI CASTELLAZZO, *Ancora sull'ammortamento del prezzo dell'avviamento d'azienda e criteri d'interpretazione delle legge d'imposta*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, 73; E. CALDARA, *L'interpretazione della legge*, Milano, Società Editrice Libreria, 1908, 166; F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, Napoli, Jovene, 1909, 23 (che sostiene piuttosto la tesi della specialità); O. RANELLETTI, *Natura giuridica dell'imposta*, in *Il Municipio Italiano*, 1898, 256, nt. 39, che parla in verità di «carattere restrittivo ed eccezionale delle leggi d'imposta».

fondatezza della tesi che predicava la «stretta interpretazione» delle norme tributarie, invocando, anche per tali disposizioni, l'applicabilità delle regole interpretative generali codificate all'art. 3 delle Preleggi.

Già al Paolozzi — che scriveva negli anni della Grande Guerra — il «gretto senso letterale» appariva «troppo povera cosa per l'interpretazione di un diritto complesso e vasto, quale il diritto finanziario, che avvolge colle sue norme si può dire ogni ramo dell'attività umana, per colpire il consumo, il reddito, il patrimonio, la ricchezza, affinché ogni consociato contribuisca coi suoi mezzi al raggiungimento degli scopi collettivi che sono compito dello Stato» (3). Tale ultimo riferimento, in particolare, rendeva evidente come la revisione dell'ermeneutica delle leggi finanziarie si rendesse necessaria in conseguenza dell'ampliamento dei fini dello Stato, che assumeva in quegli anni quella tipica forma «multifinale» su cui Giannini avrebbe costruito, nel 1939, la celebre teoria della discrezionalità (4).

Del resto, la tesi dell'interpretazione restrittiva era a sua volta il riflesso dei principi del costituzionalismo liberale, a partire dall'esigenza di limitare il campo d'azione dei poteri pubblici nella sfera patrimoniale privata. Nel 1938, nella voce *Diritto finanziario* del *Nuovo Digesto Italiano*, la natura puramente ideologica della posizione tradizionale era evidenziata dal Griziotti (5), che ribadiva, al contempo, come «lo scopo dell'attività finanziaria di provvedere ai fini dello Stato porta alla concezione che l'interesse pubblico [dovesse] essere garantito o assicurato con l'applicazione delle leggi finanziarie» (6). In questa prospettiva, già negli *Studi di diritto tributario* del 1931, egli si era sforzato di dimostrare che «le leggi tributarie non limitano né la libertà dei contribuenti né la proprietà privata» (7), poiché «tutti i fenomeni, che avvengono per l'ordinamento dei rapporti giuridici fra lo Stato e i contribuenti, rappresentano la normalità della vita giuridica dello

(3) E. PAOLOZZI, *Sull'interpretazione delle norme di diritto finanziario*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1916, II, 76.

(4) Sul punto si veda S. CASSESE, *L'opera di Massimo Severo Giannini negli anni Trenta*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica moderna*, 1990, spec. 426-429.

(5) «Dipende dalla prevalenza delle idee, che si preoccupano soprattutto della tutela degli interessi individuali, la concezione della interpretazione letterale delle leggi finanziarie e del rinvio alle leggi del diritto civile per le questioni che fanno capo a istituti del diritto civile e che non sono regolate espressamente dalle leggi finanziarie» (B. GRIZIOTTI, voce *Diritto finanziario*, in *N.D.I.*, IV, 1938, 1064).

(6) B. GRIZIOTTI, *op. ul. cit.*, 1064.

(7) B. GRIZIOTTI, *Studi di diritto tributario*, Padova, Cedam, 1931, 58.

Stato ed è normale l'attività svolta dallo Stato con la sua amministrazione, per soddisfare i bisogni pubblici e per provvedere i mezzi, che vi sono necessari. Le leggi d'imposta, pertanto, entrano nella sfera dell'attività dello Stato e come tali devono essere considerate normali, come le altre leggi» (8). Il punto di vista del Griziotti viene sviluppato in modo organico dal Vanoni nel volume del 1932 su *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, attraverso una critica diretta ai fondamenti giuridici, politici e costituzionali delle tesi che sostenevano la natura «odiosa» e il carattere eccezionale delle norme finanziarie: infatti, «se nello Stato di diritto la legge tributaria disciplina un rapporto giuridico tutelante un interesse essenziale dello Stato, se la causa della tutela giuridica sta nella necessità etica e giuridica di fornire allo Stato i mezzi per esistere e per raggiungere i propri fini, se nel rapporto di imposizione non si ravvisa di conseguenza nessuna caratteristica di odiosità o di limitazione dei diritti e della libertà dei singoli, se infine la legge tributaria non costituisce eccezione alle regole generali del diritto, ma è un'applicazione dei precetti generali che ispirano l'organizzazione dello Stato di diritto, non si dà nessuno dei presupposti per far luogo alla limitazione dell'attività interpretativa prevista dall'art. 4 delle preleggi» (9).

2. Nel frattempo, con l'ulteriore espansione delle funzioni statali e la creazione, accanto alla tradizionale amministrazione ministeriale, di nuove ed inedite figure organizzative dotate di ampi poteri di gestione e direzione nel campo della finanza pubblica e dell'economia, la percezione dello stretto collegamento esistente tra la nuova forma assunta dallo Stato novecentesco e il sistema delle norme finanziarie apparve di tutta evidenza. Infatti, la campagna d'Etiopia, l'intervento in Spagna e l'entrata in guerra al fianco della Germania avevano dilatato a dismisura le necessità finanziarie dell'amministrazione statale (10), cui si affiancavano ora i bisogni di una moltitudine di enti

(8) B. GRIZIOTTI, *op. ul. cit.*, 68-69.

(9) E. VANONI, *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, Padova, Cedam, 1932, 147.

(10) «L'evoluzione dell'attività finanziaria dello Stato in questi ultimi anni si va svolgendo in diversi momenti che possiamo nettamente distinguere in quattro: a) allineamento della lira e conseguenti tributi di carattere straordinario; b) nuove imposizioni dirette a raggiungere il pareggio del bilancio sulla base delle più larghe esigenze finanziarie sorte dalla conquista dell'Impero; c) provvedimenti collegati allo stato di guerra; e) assestamento del bilancio dopo la pace vittoriosa. Di questi quattro

dotati di potere impositivo. Le direttrici organizzative e funzionali assunte dalla finanza pubblica al tornante della seconda guerra mondiale erano colte in modo efficace dal Morselli in un saggio del 1943, in cui l'autore osservava come lo Stato moderno avesse attuato «i suoi scopi amministrativi, non soltanto mediante l'insieme generale dei suoi organi diretti, ma anche mediante organi particolari, enti ed istituti individuati e determinati [...]. Pertanto, accanto a una finanza di Stato, per l'insieme dei fini generali, potenzialmente illimitati, esiste e si sviluppa nello Stato moderno un sistema finanziario per fini particolari, singolarmente limitati, connesso ad un principio di organizzazione amministrativa, del quale bisognerà stabilire il fondamento logico, prima che delinearne i principi e scoprirne la tecnica risolutiva» (11).

L'analisi del Morselli, dall'angolo visuale delle scienze economico-finanziarie, poneva in evidenza problematiche inedite e di primaria importanza per la comprensione dei mutamenti cui era andato incontro l'ordinamento italiano, con notevoli implicazioni non solo sui «rapporti interni ai pubblici poteri» ma anche sulla ridefinizione del rapporto d'imposta (e, dunque, nell'ambito della relazione tra Stato e cittadino). Anzitutto, la nascita delle «amministrazioni parallele» rompeva l'unità finanziaria dello Stato, con la formazione di una serie di «finanze speciali istituzionali» (12); all'accrescersi dei bisogni finanziari dell'apparato pubblico non corrispondeva, però, un rinnovamento delle «forme» e dei «tipi tributari», cosicché si rendeva necessario estendere la portata degli strumenti che l'ordinamento metteva a disposizione; il moltiplicarsi dei «soggetti attivi della finanza, cioè degli enti impositori in confronto dell'unico soggetto passivo, cioè il contribuente», determinava, com'è ovvio, il «moltiplicarsi e il frazionarsi dei

momenti i primi due hanno ormai esaurito la fase legislativa e, in buona parte, anche quella di applicazione, il terzo è quello che attualmente attraversiamo ed il quarto avrà inizio con la pace vittoriosa che premierà i sacrifici degli eroici combattenti e del popolo tutto» (L. LUCIANI, *Momenti dell'attività finanziaria dello Stato*, in *Tributi nell'ordine corporativo dello Stato fascista*, 1941, 2).

(11) E. MORSELLI, *Le finanze degli enti pubblici non territoriali*, Padova, Cedam, 1943, 2.

(12) «Comprendere il fenomeno delle finanze speciali istituzionali, significa spiegare l'ordinamento giuridico dello Stato, come viene trasformandosi storicamente per l'azione di nuove forze politiche, che lo modificano nella sua struttura organica e nei rapporti economici con le classi e con i singoli dell'intera collettività» (E. MORSELLI, *op. cit.*, 53).

tributi»⁽¹³⁾, ma anche delle tradizionali nozioni su cui poggia il rapporto d'imposta, *in primis* la «capacità contributiva»⁽¹⁴⁾; infine, l'aspetto finanziario disvelava la sua portata strategica nell'ambito della funzione d'indirizzo politico, poiché la pubblica amministrazione, «intesa come organizzazione e come attività, ha fra i suoi maggiori problemi risolutivi la connessione dei mezzi ai fini pubblici. E questo diviene un problema di scelta, dove la qualità del fine funziona da fattore politico organizzativo»⁽¹⁵⁾.

3. In questo contesto si colloca lo scritto di Giannini del 1941. Esso si presenta, ad una prima analisi, come un'applicazione *ratione materiae* dei principi elaborati nelle monografie del '39 e nel coevo saggio su *L'analogia giuridica*⁽¹⁶⁾. Ma la materia dava al giovane autore — che era stato incaricato di diritto finanziario e scienza delle finanze a Sassari dal 1936 al 1939⁽¹⁷⁾ — la possibilità di misurarsi con

⁽¹³⁾ La problematica sarà analizzata proprio da Giannini nello studio del 1957 su *I proventi degli enti pubblici e la riserva di legge*, che prendeva spunto dall'analisi delle controversie insorte «tra pubblici poteri e soggetti privati in ordine alla validità costituzionale di norme, o anche alla legittimità di atti non normativi, per effetto dei quali i primi pretendevano dai secondi il pagamento di determinare somme di danaro. Le più importanti di queste controversie hanno avuto ad oggetto: i tributi agli enti provinciali del turismo, i “contributi” all'Ente nazionale per la cellulosa e per la carta, i “diritti” all'Ente risi, i “corrispettivi” d'utenza per bombole di metano all'Ente metano e poi all'Ente nazionale idrocarburi» (M.S. GIANNINI, *I proventi degli enti pubblici e la riserva di legge*, in *Riv. dir. fin.*, 1957, I, 3).

⁽¹⁴⁾ «Nella finanza istituzionale il contenuto di “capacità contributiva” è per lo più diverso: è in base ad *attività* tutte le volte in cui si tratta di fini pubblici che coincidono con interessi di gruppi particolari, soddisfatti istituzionalmente; è in base a *reddito*, nei casi in cui si tratta di considerarlo e valutarlo con riferimento ad una particolare posizione sociale od economica dell'individuo, per cui si astrae dalla sua capacità economica generale» (E. MORSELLI, *op. cit.*, 60-61, corsivi dell'autore).

⁽¹⁵⁾ E. MORSELLI, *op. cit.*, I. Il tema viene colto in quegli anni anche dal Tosato, secondo cui «la decisione di addivenire all'imposizione di tributi rientra direttamente nell'attività di governo» (E. TOSATO, *Sulla natura giuridica delle leggi tributarie*, in *Riv. dir. fin.*, 1939, I, 326).

⁽¹⁶⁾ Il riferimento è naturalmente a M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939, ora ID., *Scritti*, I, Milano, Giuffrè, 2000; ID., *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939, ID., *Scritti*, I, cit.; ID., *L'analogia giuridica*, originariamente in *Jus*, 1941 e 1942, ora in ID., *Scritti*, II, Milano, Giuffrè, 2002, 185-255.

⁽¹⁷⁾ Si veda S. CASSESE, voce *Giannini, Massimo Severo*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, I, Bologna, il Mulino, 2013, 984.

uno degli aspetti più sensibili della dialettica autorità-libertà⁽¹⁸⁾, che costituirà (assieme al rapporto tra organizzazione e interessi), il principale polo problematico della sua indagine scientifica almeno sino al 1950. La questione, inoltre, consentiva al giovane autore di mettere alla prova, in una prospettiva teorica densa di ricadute pratiche, lo strumentario concettuale forgiato sin dal 1939, a partire dalla differenza specifica tra discrezionalità e interpretazione, passando poi per la distinzione tra «norme sull'interpretazione» e «norme interpretative», tra interpretazione testuale ed extratestuale, tra norme «a fattispecie esclusiva» e norme eccezionali.

È significativo, anzitutto, che Giannini inquadri la questione nell'ambito della più ampia problematica dell'esercizio del potere impositivo degli enti pubblici⁽¹⁹⁾, con l'intento di isolare, all'interno delle funzioni riservate all'amministrazione finanziaria, la fase di interpretazione della norma, da intendersi come assolutamente preliminare a qualsiasi altra attività di accertamento. La tematica della discrezionalità, invero, non è neppure accennata, essendo il saggio tutto costruito attorno alla forma che assumono i procedimenti di applicazione del diritto rispetto al sistema delle norme finanziarie: il che, se da un lato denota una certa cautela nell'affrontare una problematica che la dottrina dell'epoca aveva iniziato a dibattere, pur senza considerevoli approfondimenti⁽²⁰⁾, dall'altro anticipa un approdo che verrà forma-

⁽¹⁸⁾ «E così ci troviamo, attraverso anfratti e spazi sempre maggiori, a sboccare nel massimo problema dell'autorità. Il quale problema si ordina in un complesso di relazioni tra individuo e pubblico potere, nel corpo delle quali le relazioni fra autorità finanziarie e individui sono fra le meno chiassose, per i molti elementi tecnici che le compongono, ma certo praticamente fra le più importanti e ricche di ripercussioni concrete» (M.S. GIANNINI, *L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie*, originariamente in *Riv. dir. fin.*, 1941, ora in ID., *Scritti*, II, Milano, Giuffrè, 2002, 264).

⁽¹⁹⁾ «La questione dell'applicazione delle leggi tributarie altro non è in fondo che un aspetto parziale del problema della consistenza e dell'esercizio del potere di imposizione dell'ente pubblico» (M.S. GIANNINI, *op. ul. cit.*, 264).

⁽²⁰⁾ La tesi per cui l'amministrazione finanziaria disponesse di un margine di discrezionalità tecnica era sostenuta da E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II, Roma, Athenaeum, 1917, 392), seguito da G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1939, 418 e M. PUGLIESE, *Diritti subbiettivi ed interessi legittimi di fronte alla giurisdizione amministrativa tributaria*, in *Riv.dir. fin.*, 1938, I, 77; l'opinione era avversata da Achille Donato Giannini, secondo cui le norme tributarie «sono formulate di regola, in modo da non lasciare alcun margine al potere discrezionale dello Stato» (A.D. GIANNINI, *Il rapporto giuridico d'imposta*, Milano, Giuffrè, 1937, 24); anche secondo il Tesoro, «predomina in tutta la materia tributaria il principio della *non discrezionalità*» (G. TESORO, *Principii di diritto tributario*, Bari,

lizzato solo molti anni più tardi — quando gli accertamenti tributari verranno conclusivamente qualificati come «procedimenti dichiarativi ablatori»⁽²¹⁾ — ma che era già pienamente iscritto nella distinzione teorica, compiuta nelle notissime monografie del 1939, tra l'interpretazione (intesa come attività intellettuale, dichiarativa della *voluntas legis*) e la discrezionalità amministrativa (intesa come volizione finalizzata alla composizione di interessi pubblici e privati concorrenti). Altrettanto significativo che l'autore dia per scontata la «materialità» (e dunque la giuridicità) delle norme tributarie, pur senza addentrarsi in una *querelle* che, alla fine degli anni Trenta, non si era ancora del tutto sopita⁽²²⁾.

Sul piano dell'ermeneutica, Giannini tiene distinta la problematica dell'interpretazione da quella dell'analogia, fedele in ciò a quanto affermato negli studi del 1939⁽²³⁾. Per quanto riguarda l'interpretazione, egli affronta in via preliminare due questioni: se le norme tributarie possano dirsi eccezionali o speciali; se si tratti di norme restrittive di diritti individuali. La risposta è, in entrambi i casi,

Macrì, 1938, 53, corsivo dell'autore). Il dibattito si protrasse fino alla fine degli anni Cinquanta, quando la discussione si legò al tema della qualificazione della posizione giuridica del cittadino in termini di interesse legittimo (per i sostenitori della tesi della discrezionalità, tra cui M. LA TORRE, *Discrezionalità tributaria e contenzioso tributario*, in *L'Amministrazione italiana*, 1953, 1-12 e G. ZINGALI, *L'elasticità delle norme e la discrezionalità dell'amministrazione nel campo tributario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1960, I, 3-27), ovvero di diritto soggettivo, per coloro che ribadivano la natura dichiarativa dell'accertamento fiscale (si cfr. G. LICCARDO, *La discrezionalità in diritto tributario*, in *L'imposizione diretta*, 1955, spec. 6; B. GIUSSANI, *Diritti soggettivi e interessi legittimi nel rapporto d'imposta*, in *Riv. dir. fin.*, 1942, I, 1-27). Sugli sviluppi più recenti del dibattito si rinvia a L. PERRONE, voce *Discrezionalità amministrativa (diritto tributario)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 2003-2013; F. GALLO, voce *Discrezionalità (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, agg. III, 1999, 535-544.

⁽²¹⁾ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1970, 1270.

⁽²²⁾ La tesi della non giuridicità sostanziale delle norme tributarie — che inizialmente era stata formulata da P. LOLINI, *L'attività finanziaria nella dottrina e nella realtà*, Roma, Athenaeum, 1920, 436 e ripresa poi da V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, Barbèra, 1925, 174 — era stata riproposta alla fine degli anni Trenta da G. DI PAOLO, *La non giuridicità della norma tributaria*, Roma, Tipografia Operaia Romana, 1939, provocando la ferma reazione di E. TOSATO, *op. cit.*, e A.D. GIANNINI, *Circa la pretesa «non giuridicità» della norma tributaria*, in *Riv. dir. fin.*, 1939, I, 50-54, a difesa dell'autonomia e della dignità scientifica della scienza del diritto finanziario.

⁽²³⁾ Si cfr. in particolare M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, cit., 66-72.

negativa, con argomentazioni che richiamano le tesi del Griziotti e del Vanoni. Le norme finanziarie soggiacciono, dunque, alle regole interpretative generali, con un'ulteriore precisazione che «non risultano principi interpretativi speciali delle leggi tributarie; queste si interpretano perciò come tutte le altre leggi»⁽²⁴⁾; in particolare, per le leggi tributarie vale il canone ermeneutico dell'estraneità, che autorizza l'interprete a far uso di mezzi interpretativi cosiddetti «estrinseci» attraverso i quali «si possa giungere a modificare le qualificazioni giuridiche quali sarebbero disposte dalla norma intesa nel suo nudo enunciato testuale»⁽²⁵⁾. Il ricorso ai mezzi interpretativi «estrinseci» assume nel campo del diritto finanziario una portata particolarmente ampia, dovendo le leggi tributarie tener conto «di così vasti elementi tecnici»; per tale ragione, Giannini guardava con interesse alla teoria dell'interpretazione funzionale enunciata all'inizio degli anni Quaranta dal Griziotti, «che presuppone lo studio funzionale del fatto finanziario, studio che, secondo l'Autore, comporta un'analisi del fatto finanziario dai punti di vista politico, giuridico, economico e tecnico, seguita da una sintesi»⁽²⁶⁾. Per Giannini, tuttavia, la concezione del maestro pavese «riflette un fatto proprio della tecnica interpretativa e non già della disciplina giuridica dell'interpretazione delle leggi tributarie»⁽²⁷⁾.

La puntualizzazione sottendeva una precisa presa di posizione, che rimane implicita tra le pieghe del ragionamento, ma non per questo

(24) M.S. GIANNINI, *L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie*, cit., 287.

(25) M.S. GIANNINI, *op. ul. cit.*, 282.

(26) M.S. GIANNINI, *op. ul. cit.*, 264. Per quanto riguarda i rapporti tra Giannini e Griziotti, ricorda Silvia Cipollina che il giovane giurista romano era solito frequentare l'Istituto di Finanza di Pavia (fondato dal Griziotti nel 1929); nelle carte custodite presso l'Archivio Griziotti si trova una cartolina postale spedita da Roma dal Micheli con cui questi annuncia al maestro «l'arrivo della prima del manoscritto di Massimo Severo Giannini: quello al quale si riferiscono ellitticamente "come eravamo intesi": è l'importante saggio su *L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie*»; inoltre — rileva sempre Silvia Cipollina — «qualche anno più tardi, M.S. Giannini invita Griziotti a far parte del Consiglio direttivo della rivista "Il Corriere Amministrativo". Griziotti accetta con una lettera del 23 dicembre 1947» (S. CIPOLLINA, *Gian Antonio Micheli (1913-1980): dalla scuola di Benvenuto Griziotti alla direzione della Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, in *Riv. dir. fin.*, 2013, 113 e nt. 46).

(27) M.S. GIANNINI, *op. ul. cit.*, 320. Sull'interpretazione funzionale del Griziotti si vedano le considerazioni di G. MELIS, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, Cedam, 2003, 201-217.

meno netta ed evidente, ovvero che l'applicazione delle leggi tributarie può giovare del contributo delle scienze sociali (ed in particolare della scienza delle finanze e dell'economia politica), ma solo in sede di applicazione del diritto, essendo l'utilizzo dei concetti desunti dalle altre scienze solo un fatto di tecnica interpretativa, senza che ciò determini alcuna ulteriore «specialità» della disciplina giuridica dell'interpretazione delle leggi tributarie, né tantomeno alcuna implicazione sul processo di astrazione dogmatica ⁽²⁸⁾. In effetti, i concetti elaborati, in particolare, dalla scienza delle finanze, hanno ingresso nell'analisi del diritto finanziario sotto forma di «nozioni liminali» per cui «le qualificazioni giuridiche che si operano mediante tale concetto non sono creative di realtà giuridica, ma semplicemente registrative» ⁽²⁹⁾.

Vi è chi ha intravisto in ciò «la riduzione della teoria griziottiana a qualcosa di ben diverso da quanto corrispondeva ai propositi del suo Autore» ⁽³⁰⁾. Di certo, nel solco dei principi teorici e metodologici che caratterizza tutta la sua opera giovanile, Giannini, anche nel campo del diritto finanziario, si mostra alla ricerca di nuove problematiche: in questa prospettiva ammette — ed anzi auspica — che l'indagine giuridica accolga le risultanze delle discipline economiche, a patto però

⁽²⁸⁾ «Rimane in tal modo stabilito che nel processo interpretativo di tali leggi, la ricerca sui fondamenti economici assume rilievo decisivo. Corrisponde questo a una caratteristica giuridica di tale interpretazione? È da rispondere, secondo noi, che si tratta di una caratteristica che interessa solo la tecnica interpretativa, in quanto né modifica l'operazione interpretativa di queste leggi rispetto a quella propria di ogni altra legge, né introduce norme interpretative, cioè relative al contenuto della volontà di tali leggi, loro particolari» (M.S. GIANNINI, *op. ul. cit.*, 319).

⁽²⁹⁾ M.S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici* (1950), ora in *Id.*, *Scritti*, III, cit., 411. La figura delle «nozioni liminali» verrà compiutamente elaborata da Giannini solo negli studi degli Cinquanta sugli ordinamenti sezionali (*Id.*, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi* (1949), ora in *Id.*, *Scritti*, III, Milano, Giuffrè, 2003, 82-103; e *Id.*, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, cit., 403-421); tuttavia, nella sostanza, egli ne fa già uso nel saggio del 1941, laddove, ad esempio, afferma che, poiché «le legge tributaria contiene elementi relativi a situazioni di fatto studiate e sistematizzate già da una scienza ben definita, qual è la scienza delle finanze, gli strumenti e i risultati di questa dovranno impiegarsi per comprendere il significato dei concetti forgiati dalla legge tributaria e i fini cui essa tende; per cui la tecnica interpretativa relativa all'interpretazione di queste leggi si arricchisce di uno strumento del tutto proprio, che è dato appunto dagli insegnamenti della scienza delle finanze» (*Id.*, *L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie*, cit., 319).

⁽³⁰⁾ G. FRANSONI, *Appunti su abuso di diritto e "valide ragioni economiche"*, in *Rass. tribut.*, 2010, 937, nt. 22.

che tale apertura non degeneri in una sorta di sincretismo, che i canoni ermeneutici del positivismo giuridico non scivolino nella libera ricerca del diritto e nella rottura del principio di legalità, che la scienza del diritto si occupi di «realità giuridiche» e non di fatti sociali; a condizione, in buona sostanza, che siano garantiti i predicati di astrattezza e separatezza del metodo giuridico e, con essi, lo specialismo disciplinare della scienza giuridica ⁽³¹⁾.

Da questo punto di vista, quella di Giannini non può essere considerata *tout court* una recezione della teorica griziottiana dell'interpretazione funzionale, essendone piuttosto una rielaborazione in chiave correttiva, che, se da un lato ne preserva il potenziale euristico e l'utilità epistemologica, dall'altro ne sterilizza le possibili distorsioni, mettendo espressamente in guardia dal rischio di un uso non tecnicamente avvertito di tale metodologia ⁽³²⁾. Indicativa, in tal senso, la presa di distanza dalla riforma dello *Steueranpassungsgesetz* varata nel 1934 dalla Germania nazista ⁽³³⁾, che gli appariva «non già una norma

⁽³¹⁾ Come affermerà nel 1956, «la scienza del diritto procede per trascrizione continuativa in ordini giuridici di acquisizioni sociologiche», ma la collaborazione tra le due discipline deve avvenire «sotto una riserva e ad una condizione. La riserva è quella dell'autonomia dei due ordini scientifici [...]. La condizione è che da parte dei sociologi gli studi siano improntati ad un autentico rigore scientifico» (M.S. GIANNINI, *Sociologia e studi di diritto contemporaneo*, relazione alle «Journées de Philosophie du droit», Strasburgo, 26-28 novembre 1956, ora in Id., *Scritti*, IV, Milano, Giuffrè, 2005, 125, 127). Sul punto, per un'analisi del realismo gianniniano si vedano le considerazioni di S. CASSESE, *Giannini: l'uomo e il lascito scientifico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 955-965; sia inoltre consentito rinviare a M. PASTORELLI, *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini (1939-1950)*, Milano, Giuffrè, 2012, 24-66. Critiche dirette al sincretismo sotteso alla teorica del Griziotti furono mosse da Achille Donato Giannini, secondo cui «se anche lo studio contemporaneo degli aspetti politico, economico e giuridico del fenomeno finanziario rispondesse ad un criterio logico, si può sicuramente affermare che ciò non servirebbe affatto a promuovere lo sviluppo delle relative scienze, ciascuna delle quali ha un proprio metodo di indagine, ma sarebbe fonte soltanto — come difatti si riscontra nella massima parte di queste ibride trattazioni — di intorbidamenti e di equivoci» (A.D. GIANNINI, *Diritto finanziario e scienza delle finanze*, in *Riv. dir. fin.*, 1939, I, 6).

⁽³²⁾ «L'interpretazione funzionale della legge tributaria, implicando una conoscenza profonda della scienza delle finanze e del sistema giuridico tributario, è parecchio delicata, e, se non accuratamente vagliata, può anche divenire pericolosa» (M.S. GIANNINI, *L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie*, cit., 323).

⁽³³⁾ «Le leggi tributarie devono interpretarsi secondo la concezione della vita nazionalsocialista. A tal fine si prendono in considerazione la concezione popolare, lo scopo e il significato economico della norma tributaria e lo svolgimento dei rapporti. La stessa disposizione si applica all'apprezzamento delle situazioni di fatto». La vicenda è

che riflette l'interpretazione, bensì l'intera applicazione del diritto; anzi essa supera, e in certo senso nega, l'atto interpretativo, in una più vasta attribuzione di poteri a chi applica il diritto, e si direbbe che dia luogo a un atto di ricerca del diritto» (34).

Le medesime finalità sottendono la trattazione dell'integrazione analogica. Anche su questo versante sia Griziotti che Vanoni si erano espressi in modo favorevole, entrambi rintracciando la premessa maggiore del ragionamento analogico nel principio dell'eguaglianza contributiva (35). L'opinione è sostanzialmente accolta da Giannini, il quale introduce però un sensibile affinamento teorico (che per certi versi anticipa quella concezione della rigidità costituzionale che svilupperà compiutamente negli anni della Costituente), affermando che l'art. 25 dello Statuto, «affinché raggiunga i suoi effetti», deve essere inteso come «principio normativo» vincolante non solo per legislatore, ma anche «per l'autorità amministrativa (principio costituzionale)» (36). L'argomentazione di Giannini parte dal presupposto che le norme tributarie, non potendosi considerare eccezionali, sono suscettibili di applicazione analogica, come tutte le altre norme. Ma anche qualora lo fossero — precisa l'autore — nondimeno l'analogia potrebbe dirsi esclusa in via di principio, poiché «anche le norme eccezionali e speciali ammettono infatti l'analogia, nei limiti dell'applicabilità del principio su cui si fondano»; a detta di Giannini, infatti, l'integrazione analogica deve dirsi vietata solo per le norme «a fattispecie esclusiva», che riflettono, cioè, «situazioni di fatto ben determinate, e contenendone una qualificazione caratteristica ed esclusiva e una determinazione astratta di effetti giuridici altrettanto tipica ed esclusiva non possono per loro natura estendersi a fatti diversi» (37).

La posizione di Giannini in tema di integrazione delle leggi

analizzata da G. MELIS, *Sull'interpretazione antielusiva in Benvenuto Griziotti e sul rapporto con la Scuola tedesca del primo dopoguerra: alcune riflessioni*, in *Riv. dir. tribut.*, 2008, 417-418.

(34) M.S. GIANNINI, *op. ul. cit.*, 313.

(35) E. VANONI, *op. cit.*, 282; B. GRIZIOTTI, *Principii di politica, diritto e scienza delle finanze*, Padova, Cedam, 1929, 82; ID., voce *Diritto finanziario*, cit., 1065. L'analogia era ammessa anche da M. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto finanziario*, Padova, Cedam, 1937, 117, il quale tuttavia si richiama genericamente ai principi generali dell'ordinamento.

(36) M.S. GIANNINI, *op. ul. cit.*, 294.

(37) M.S. GIANNINI, *op. ul. cit.*, 292-293; la questione è trattata nei medesimi termini ne *L'analogia giuridica*, cit., 246.

tributarie riflette, dunque, i medesimi intenti (ma anche le medesime preoccupazioni) già evidenziate sul versante dell'interpretazione. L'impressione di fondo, infatti, è che lo scopo dell'autore fosse quello di agevolare un'estensione della portata delle norme tributarie esistenti, in modo tale da far fronte alle nuove esigenze finanziarie dell'apparato pubblico, senza con ciò introdurre elementi di rottura con i principi dello Stato di diritto e con i dogmi del positivismo legislativo. L'autore, infatti, legittima l'uso dell'analogia ad una condizione e con una precisazione: la condizione è che l'integrazione non riguardi le norme «a fattispecie esclusiva»⁽³⁸⁾ (che, peraltro, a detta di Giannini, «costituiscono l'assoluta maggioranza» delle norme tributarie⁽³⁹⁾). La precisazione è che l'analogia, intesa come «sviluppo dei principi posti nell'ordinamento» — e, in particolare, del principio dell'uguaglianza contributiva di cui all'articolo 25 dello Statuto — non ha alcunché di creativo⁽⁴⁰⁾: in tal modo, era fatta salva la riserva di legge in materia tributaria e riaffermata, al contempo, la natura sostanzialmente dichiarativa del procedimento di accertamento fiscale.

⁽³⁸⁾ Si riferiva sostanzialmente al medesimo concetto il Griziotti, quando affermava che «l'analogia invece non è possibile per leggi di diritto singolare e pertanto non si può applicare per i privilegi e per le disposizioni "ad personam", come per le norme fiscali che limitano veramente il libero esercizio dei diritti» (B. GRIZIOTTI, *Studi di diritto tributario*, cit., 63-64).

⁽³⁹⁾ M.S. GIANNINI, *L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie*, 305.

⁽⁴⁰⁾ La precisazione, invero, non era del tutto nuova, avendo già il Vanoni evidenziato che, siccome l'analogia non crea nuovo diritto, «l'applicazione analogica di una norma tributaria non determina un nuovo tributo, ma non ha che da applicare il tributo già esistente, secondo i principi che gli sono propri» (E. VANONI, *op. cit.*, 279).

«TODO ES PEREGRINO Y RARO...» (*):
MASSIMO SEVERO GIANNINI E I BENI CULTURALI

LORENZO CASINI

SOMMARIO: 1. Una «esplorazione» fortunata. — 2. Dalle «cose d'arte» ai «beni culturali»: il contributo scientifico. — 2.1. La nozione giuridica «liminale» di bene culturale. — 2.2. I caratteri comuni ai beni culturali in quanto beni giuridici. — 2.3. Beni culturali materiali e immateriali. — 2.4. La tassonomia delle potestà pubbliche e dei procedimenti amministrativi. — 3. Tra «tardigradi» e «velocisti»: il contributo alle riforme legislative e amministrative. — 4. Il lascito.

1. Per nostra fortuna, «la sorte» ha voluto che Massimo Severo Giannini per mezzo secolo si «occupass[e] con un certo impegno di beni culturali» ⁽¹⁾. Con questo *incipit* lo stesso Giannini apriva la prefazione

(*) M. DE CERVANTES, *El ingenioso hidalgo don Quijote de La Mancha*, I, cap. XLII. Questo è, nel poema, il commento di Don Fernando al meraviglioso racconto dello schiavo compagno di Zoraida: «todo es peregrino y raro, y lleno de accidentes que maravillan y suspenden a quien los oye». Con queste parole, Sabino Cassese descrisse il saggio di Massimo Severo Giannini sui beni culturali scritto nel 1975 (si v. S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini* (1975), in Id., *L'amministrazione dello Stato. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1976, 153 ss., qui 175).

⁽¹⁾ M.S. GIANNINI, *Prefazione*, in *Ricerca sui beni culturali*, Roma, Camera dei deputati, 1992, ora in Id., *Scritti*, VI, Milano, Giuffrè, 2005, 989 ss., qui 991. Gli scritti di Massimo Severo Giannini dedicati ai beni culturali sono i seguenti: *Disciplina della ricerca e della circolazione delle cose di interesse archeologico* (1962), ora in *Scritti*, V, Milano, Giuffrè, 2004, 19 ss.; *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale* (1971), ora in *Scritti*, VI, Milano, Giuffrè, 2005, 247 ss.; *Uomini, leggi e beni culturali* (1971), ora *ivi*, 281 ss.; *I beni culturali* (1975-1976), ora *ivi*, 1003 ss.; *I beni culturali tra principi e società* (1981), ora in *Scritti*, VII, Milano, Giuffrè, 2005, 889 ss.; *Ristrutturiamo il Ministero dei beni culturali* (1986), ora in *Scritti*, VIII, Milano, Giuffrè, 2006, 539 ss.; *Sull'articolo 9 Cost. (la promozione culturale)* (1991), ora in *Scritti*, IX, Milano, Giuffrè, 2006, 11 ss.; *Intervento*, in *Venti anni di beni culturali* (1995), ora *ivi*, 389 ss. Degni di nota sono anche i contributi sui centri storici: *L'intervento pubblico nei centri storici* (1973), ora in *Scritti*, VI, cit., 653 ss., e *Gli strumenti giuridici per i centri storici* (1976),

della *Ricerca sui beni culturali* condotta dal Servizio studi legislazione e inchieste parlamentari della Camera dei deputati. Era il 1975, un anno di svolta per questo settore: il 29 gennaio era convertito in legge il decreto istitutivo del Ministero per i beni culturali e ambientali. In quello stesso anno, Giannini scrisse il suo saggio più importante sull'argomento, ancora oggi riferimento fondamentale per chiunque voglia comprendere gli elementi giuridici del patrimonio culturale ⁽²⁾. Un saggio che, in uno scritto coevo destinato anch'esso a influenzare gli studi di questa materia nei decenni successivi, fu definito come «ipotesi ricostruttiva di estremo interesse dell'intera disciplina» e come un «articolo nel quale non si sa se ammirare la ricchezza degli esempi o la struttura della partitura o la varietà delle classificazioni e delle specificazioni o il gusto dell'arazzo circoscritto e variegato» ⁽³⁾.

Come è stato notato, «l'interesse scientifico di Giannini per i beni culturali» — manifestato sin dall'inizio degli anni Cinquanta con una recensione al celebre volume di Mario Grisolia sulle cose d'arte ⁽⁴⁾ — «era di tipo esplorativo: non contento dei concetti tradizionali, Giannini, come in altri campi, mise alla prova le impostazioni correnti, esaminandone la resistenza alla luce della enorme varietà di situazioni di diritto positivo» ⁽⁵⁾.

D'altra parte, egli per primo riuscì a collegare efficacemente la

ora *ivi*, 1109 ss. A questi lavori vanno aggiunti importanti scritti in materia di ambiente e governo del territorio, nei quali Giannini trattò la tematica dei «beni culturali ambientali»: «*Ambiente*»: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici* (1973), ora in *Scritti*, VI, cit., 445 ss.; *Primi rilievi sulle nozioni di gestione dell'ambiente e del territorio* (1974), ora *ivi*, 861 ss., e *Protezione dell'ambiente naturale* (1979), in *Scritti*, VII, cit., 297 ss.

⁽²⁾ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit.; lo scritto fu pubblicato nel 1976, nel primo fascicolo della *Riv. trim. dir. pubbl.*, ma una anticipazione fu presentata al Congresso italo-spagnolo di Marbella-Malaga, maggio 1975, in redazione abbreviata.

⁽³⁾ S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini* (1975), cit., 175.

⁽⁴⁾ M. GRISOLIA, *La tutela delle cose d'arte*, Roma, Soc. Il Foro It. Ed., 1952 (la recensione di Giannini è in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 171, ora anche in *Id.*, *Scritti*, III, Milano, Giuffrè, 2003, 837 ss.); si tratta del primo testo organico sulla materia scritto dopo le leggi del 1939, insieme con il volume di M. CANTUCCI, *La tutela giuridica delle cose di interesse artistico e storico*, Padova, Cedam, 1953. A Grisolia, Giannini dedicò anche lo scritto commemorativo *Opere e attività di Mario Grisolia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 146 ss.

⁽⁵⁾ S. CASSESE, *Marco Cammelli e i beni culturali*, Relazione all'incontro di studio su «L'opera e il contributo scientifico di Marco Cammelli» organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza, Scuola di specializzazione in studi sull'amministrazione pubblica, Università degli Studi di Bologna, Bologna, 28 novembre 2011 (<http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/Cammelli-e-i-beni-culturali-Bologna.pdf>), 3 s.

disciplina dei beni culturali a istituti giuridici e problemi di teoria generale ⁽⁶⁾. Basti citare il suo celebre esempio in materia di discrezionalità:

«prodottasi una lesione di un edificio, il Podestà può emettere un provvedimento d'urgenza di edilizia: posto il fine della pubblica sicurezza, secondo gli insegnamenti della scienza delle costruzioni si riconosce necessario lo sgombero dell'edificio. Ma intervenendo altri interessi pubblici (p.e. edificio di valore storico, con preziosi arredamenti), il Podestà sceglie una soluzione più costosa, di più grave intralcio, più lunga, ma meno pericolosa per le cose preziose» ⁽⁷⁾.

E Giannini fece spesso ricorso ai beni culturali per illustrare le diverse sfaccettature della proprietà pubblica. Come quando, nel lavoro su *Le basi costituzionali della proprietà privata*, precisò che:

«la legge speciale che dichiara inedificabile la collina su cui sorge il castello del Grande Imperatore ciò dispone per la precisa funzione sociale che ha questa collina in quanto elemento di un bene culturale complesso, onde esso ha valore di certazione di un bene culturale, ossia di una qualità giuridica che la cosa possiede di per sé, per cui non deve essere modificata e va conservata com'è al godimento degli uomini di tutto il mondo: è un caso in cui non v'è nulla da espropriare e nulla da indennizzare: oltretutto la certazione arreca al proprietario della collina danni e vantaggi insieme» ⁽⁸⁾.

Così, a partire dagli anni Sessanta, in coincidenza con i suoi studi sulla proprietà ⁽⁹⁾, Giannini iniziò a esplorare in modo più sistematico il settore dei beni culturali, come mostra la sua corposa relazione, nel 1962, al Convegno internazionale di Venezia sulla tecnica e il diritto nei problemi dell'odierna archeologia ⁽¹⁰⁾. In quello scritto, ancora

⁽⁶⁾ Su questi aspetti, L. CASINI, *La disciplina dei beni culturali da Spadolini agli anni duemila*, in *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano, Giuffrè, 2008, 423 ss.

⁽⁷⁾ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939 (ora anche in *Id.*, *Scritti*, I, Milano, Giuffrè, 2000), 73 s.

⁽⁸⁾ M.S. GIANNINI, *Le basi costituzionali della proprietà privata* (1971), ora in *Id.*, *Scritti*, VI, cit., 185 ss., 225 s.

⁽⁹⁾ Sulla trattazione dei beni pubblici nell'opera di Giannini, si legga M. D'ALBERTI, *Lo Stato e l'economia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1095 ss.

⁽¹⁰⁾ M.S. GIANNINI, *Disciplina della ricerca e della circolazione delle cose di interesse archeologico* (1962), cit., 19 ss.

oggi di straordinaria attualità, Giannini ricostruì la disciplina della ricerca e della circolazione delle cose di interesse archeologico, formulando originali chiavi di lettura (come quella basata sulla teoria degli ordinamenti giuridici clandestini con riguardo alla circolazione illecita) e prospettando suggestive ipotesi di riforma. Sono questi i primi passi del cammino di «riformatore» che Giannini avrebbe intrapreso due anni dopo, come membro della Commissione Franceschini ⁽¹¹⁾. Anche nel settore dei beni culturali, infatti, egli abbinò all'attività di studioso quella di consulente ed esperto al servizio della politica e dell'amministrazione: prese parte alle due Commissioni Papaldo ⁽¹²⁾, formulò proposte normative, fu vice-presidente del Consiglio nazionale dei beni culturali e ambientali.

A distanza di quaranta anni dal suo celebre saggio e dalla istituzione del Ministero, è opportuno dar conto dell'importanza del contributo offerto da Giannini alla disciplina dei beni culturali, sia come studioso, sia come «riformatore» e consulente di amministrazioni. Chi riprendesse oggi i suoi lavori, infatti, troverebbe la spiegazione di molti dei problemi che tutt'ora segnano l'amministrazione del nostro patrimonio.

Questo scritto si sofferma perciò su due aspetti: il contributo di Giannini sotto il profilo scientifico, con particolare riguardo al suo articolo del 1975-1976; il ruolo da lui svolto come «riformatore» e le sue riflessioni sull'amministrazione dei beni culturali. Diviene così possibile ricostruire quale sia il lascito del pensiero di Giannini e delle sue opere nel settore dei beni culturali: resta, per la scienza giuridica e le istituzioni, una mole davvero imponente di idee e proposte, talora tradite, tal'altra non ancora attuate, ma, fortunatamente, in parte realizzate.

2. Il principale scritto di Giannini in materia di beni culturali si colloca, come visto, nel 1975, ossia circa a metà del suo percorso di studi sulla materia. Egli vi giunse dopo aver pubblicato alcuni saggi e, soprattutto, dopo aver partecipato in diverse commissioni ministeriali, prima fra tutte la citata Commissione Franceschini.

⁽¹¹⁾ Si tratta della celebre «Commissione di indagine per la tutela e la valorizzazione delle cose di interesse storico, archeologico, artistico e del paesaggio» istituita dalla legge 26 aprile 1964, n. 310, e presieduta dall'on. F. Franceschini (*Relazione e Dichiarazioni della Commissione in Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 119 ss.; la raccolta completa dei lavori della Commissione si trova in *Per la salvezza dei beni culturali*, Roma, Colombo, 1967, 3 voll.).

⁽¹²⁾ Tra il 1968 e il 1971. La relazione della prima Commissione Papaldo è in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 905 ss.

In particolare, Giannini colse subito l'inesorabile avanzata delle «forze distruttive» dell'ambiente e del patrimonio culturale contrapposta a una domanda crescente di cultura e alla progressiva «dilatazione di un ceto interessato ai beni culturali» (13). È facile constatare, ad esempio, la drammatica attualità di quanto scrisse nel 1971:

«la locuzione “difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale”, dal punto di vista scientifico è impropria, perché l'uomo, in ogni momento, crea, modifica, distrugge il proprio ambiente, il proprio patrimonio culturale, il proprio patrimonio naturale: la sua opera è continua creazione così come è continua distruzione. La locuzione può avere invece un significato se inserita in un quadro temporale di politica delle istituzioni o del diritto, nel senso che il progresso tecnologico in questo momento storico porta e sta portando ad una distruzione particolarmente rapida di parti notevoli del patrimonio culturale e naturale. In altre parole, mentre in precedenti periodi storici c'è stato un equilibrio tra il fatto creativo e il fatto distruttivo dell'uomo, oppure, con altro ordine di concetti, l'uomo come creatore ha prevalso sull'uomo distruttore, oggi questo equilibrio si è rotto e prevale l'elemento negativo: le forze distruttive sono maggiori delle forze costruttive» (14).

Il saggio del 1975-1976 venne immediatamente accolto come un testo eccezionale. Fu Sabino Cassese a riconoscerne subito i meriti, descrivendolo allora come «analisi tipologica e ricostruttiva d'impressionante ricchezza, opera di uno dei protagonisti maggiori della vicenda del dopoguerra, tutta tesa all'adozione di nuove norme e di una riforma complessiva della legislazione» (15). Dedicato a Salvatore Pugliatti, del quale è richiamata la disciplina dei beni e delle cose in senso giuridico (16), questo scritto consentì a Giannini anche di rivedere e superare la propria precedente impostazione sulla proprietà pubblica (17). Sempre Cassese, quasi quarant'anni dopo, osservò come

(13) M.S. GIANNINI, *Uomini, leggi e beni culturali* (1971), cit., 285.

(14) M.S. GIANNINI, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale* (1971), cit., qui 249.

(15) S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini* (1975), cit., 175.

(16) S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, 1964, 145 ss., già in *Atti del terzo Convegno Nazionale di diritto agrario*, Palermo, 19-23 ottobre 1952, Milano, Giuffrè, 1954, 46 ss.), e ID., *I beni*, in *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, Giuffrè, 1962.

(17) Nel 1963, con riferimento alle «cose d'arte», Giannini aveva fatto ricorso all'istituto della «proprietà divisa», ritenendo i beni di interesse storico e artistico

nel suo saggio «Giannini, partito dalla tesi che i beni culturali fossero oggetto di proprietà divisa (dominio eminente dello Stato, dominio utile del titolare del diritto patrimoniale), giunse alla conclusione che nel bene culturale fossero compresenti un bene patrimoniale, oggetto di diritti di proprietà, e un bene culturale, come bene immateriale, oggetto di situazioni giuridiche attive del potere pubblico»⁽¹⁸⁾.

Lo scritto di Giannini del 1975-1976 fu e resta straordinario per almeno quattro ragioni: delinea la nozione giuridica di bene culturale, identifica i caratteri comuni a tali beni in quanto beni giuridici, anticipa lo sviluppo di un regime giuridico per il patrimonio intangibile, classifica potestà pubbliche e procedimenti amministrativi.

2.1. In primo luogo, il saggio si sofferma per la prima volta in modo sistematico sulla nozione giuridica di «bene culturale», ricostruendone il significato e la portata⁽¹⁹⁾. Giannini muove dalla definizione di bene culturale quale «testimonianza materiale avente valore di civiltà» formulata dalla Commissione Franceschini, riconoscendole piena validità. Egli chiarisce che, con questa formula,

«si dà del bene culturale una nozione che potrà anche essere empirica per lo scienziato che si occupi di civiltà e di culture, ma che per il giurista è semplicemente una nozione aperta, il cui contenuto viene dato da teorici di altre discipline, volta per volta, o anche per categorie di oggetti [...]. In questo modo la nozione di bene culturale come testimonianza materiale avente valore di civiltà può anche essere assunta come nozione giuridicamente valida, restando però certo che è nozione liminale, ossia nozione a cui la normativa giuridica non dà un proprio contenuto, una propria definizione per altri tratti giuridicamente conclusi, bensì opera mediante rinvio a discipline non giuridiche» (p. 1010).

Una volta stabilito che la nozione di bene culturale ha carattere

privati «oggetto di due diritti dominicali, l'uno del privato, l'altro dello Stato» (M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni, 1963, 92). È Giannini stesso, nel saggio sui beni culturali, a riconoscere la necessità di superare questa impostazione (p. 1027).

⁽¹⁸⁾ S. CASSESE, *Marco Cammelli e i beni culturali*, cit., 4.

⁽¹⁹⁾ La locuzione «bene culturale», tradizionalmente fatta risalire alla Convenzione per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, firmata all'Aia il 14 maggio 1954, appare in realtà già in M. GRISOLIA, *La tutela delle cose d'arte*, cit., 124 e 145, il quale riprese l'espressione dal rapporto steso dal prof. Georges Berlia a conclusione della riunione di esperti convocati dell'UNESCO, tenutasi a Parigi dal 17 al 21 ottobre 1949 e presieduta dal prof. Paulo de Berredo Carneiro; per un resoconto di tale riunione, R.F. LEE, *Compte rendu de la Réunion d'Experts*, in *Museum*, 1950, 90 ss.

«liminale», se ne ammette altresì la sua «storicizzabilità», necessaria ed ineludibile. Con Giannini la locuzione «cose d'arte» fu definitivamente abbandonata.

2.2. In secondo luogo, Giannini identifica per la prima volta in modo organico i caratteri comuni ai beni culturali intesi come beni giuridici. Egli avvertì che definire un bene culturale come «testimonianza materiale avente valore di civiltà» non era sufficiente per il giurista. Occorre infatti individuare quali caratteri hanno in comune tra loro tutte le diverse testimonianze materiali aventi valore di civiltà. Bisogna, in sostanza, spiegare

«com'è che sono beni culturali Palazzo Pitti, che è bene demaniale dello Stato, il Palazzo della Signoria, bene patrimoniale indisponibile del Comune di Firenze, ed il palazzo di proprietà privata che si trovi nella medesima città; e come mai le alture del Golfo della Spezia, dichiarate bellezza paesistica, comprendano insieme beni del demanio militare, beni statali e comunali del patrimonio indisponibile e beni privati» (p. 1023 s.).

Giannini trovò una risposta destinata a durare sino ad oggi. Una risposta che rintraccia nei beni culturali due caratteri, l'immaterialità e la pubblicità.

L'*immaterialità* va riferita al valore culturale, ossia il «valore tipico» di cui è portatrice ogni testimonianza materiale avente valore di civiltà. Ciò spiega perché

«il bene culturale abbia a supporto una cosa, ma non si identifichi nella cosa medesima, bensì, come bene, si aggettivi in quel valore culturale inerente alla cosa: siamo arrivati qui al nucleo effettivo della teorica dei beni culturali; detto in termini concreti il quadro del grande pittore è una cosa, che è supporto insieme di uno o più beni patrimoniali, e di un altro bene che è il bene culturale. Come bene patrimoniale, la cosa (il quadro) è oggetto di diritti di proprietà, e può esserlo di altri diritti (per es. usufrutto, pegno); come bene culturale è oggetto di situazioni soggettive attive del potere pubblico (che alcuni ritengono diritti, ma sono invece potestà)» (p. 1026).

Il bene culturale, perciò,

«non è bene materiale, ma immateriale: l'essere testimonianza avente valori di civiltà è entità immateriale, che inerisce ad una o più entità materiali, ma giuridicamente è da queste distint[o], nel senso che esse sono supporto fisico ma non bene giuridico. Strutturalmente si distinguono differenti modi

con cui il bene culturale inerisce alla cosa, però il carattere immateriale del bene culturale è sempre individuabile» (p. 1028).

Quanto alla *pubblicità*, «il bene culturale è pubblico non in quanto bene di appartenenza, ma in quanto bene di fruizione» (p. 1033). È questa forse una delle frasi più felici e celebri del saggio di Giannini, di estrema attualità ancora oggi. Egli riuscì a formularla giocando sulla «anfibia» del termine appartenenza, particolarmente adatto per i beni culturali. Questi ultimi, infatti, appartengono tutti al patrimonio della Nazione, indipendentemente dal fatto che siano di proprietà pubblica o di proprietà privata. Tuttavia, la portata dirompente di questa impostazione non implica l'approdo verso una teoria dei beni culturali quali beni collettivi o beni comuni. Come ammonì Giannini, infatti, deve essere scartata

«l'ipotesi che il bene culturale possa essere inteso come un bene collettivo amministrato dallo Stato per conto della collettività, perché la proprietà collettiva è pur sempre una proprietà di bene patrimoniale, che comporta delle possibilità di utilizzazione del bene patrimonialmente rilevanti, al punto che le utilizzazioni eccedenti la misura normale, di regola comportano il pagamento di un prezzo a carico del fruitore. Sui beni culturali le potestà dello Stato si esercitano in modo indipendente dalla misura della fruizione, e al limite vi possono essere beni culturali che non hanno fruitori: ciò che giuridicamente interessa infatti è la fruibilità universale, non la fruizione effettiva. Fruibilità significa obbligo di permettere la fruizione, e quando all'obbligo si è adempiuto, il potere pubblico è in regola; le attività promozionali o gli incentivi sono infatti, giuridicamente, attività volontarie e non invece necessarie, come quelle attinenti alla fruibilità. In questo senso il bene culturale è pubblico» (p. 1034 s.).

In quegli anni la dialettica tra pubblico e privato nei beni culturali era sostanzialmente esaurita nella dicotomia proprietari-Stato. Giannini aprì verso rapporti trilaterali, attenti al ruolo del pubblico fruitore. Non vi erano ancora però le problematiche relative ai privati imprenditori, investitori e mecenati, emerse a partire degli anni Ottanta e divenute un vero e proprio «mantra» negli anni Novanta e Duemila ⁽²⁰⁾.

⁽²⁰⁾ Si leggano il pionieristico scritto di G. ALPA, *Imprese e beni culturali. Il ruolo dei privati per conservazione, restauro e fruizione*, in *Quad. reg.*, 1987, 507 ss., in particolare 514, nonché L. CASINI, *Pubblico e privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 785 ss.

2.3. In terzo luogo, il saggio di Giannini, nel sottolineare l'immaterialità del valore culturale di cui i beni sono portatori, prelude allo sviluppo della disciplina di tutela del patrimonio intangibile. Questo punto è, in realtà, più controverso. In immediata risposta allo scritto di Giannini, infatti, l'unico rilievo critico avanzato da Cassese al lavoro del suo Maestro fu che «le ipotesi concretamente presenti» nello scritto

«sono il frutto di una “chiusura” del patrimonio culturale a quei soli aspetti che Malinowski chiamava cultura in senso materiale. Il Giannini — è vero — ammette che, in alcune categorie, il bene patrimoniale può addirittura non esistere; e riconosce di passaggio che vi sono altre specie di beni culturali, non ancora analizzate, che pongono problemi di aiuto tecnico e finanziario e di organizzazione (manifestazioni letterarie, musicali, teatrali, filmiche, ecc.). Tuttavia, poi, la ricostruzione dei beni culturali è tutta svolta con l'occhio alle cose che siano beni culturali: al fondo della concezione, c'è sempre una “cosa” oggetto di un diritto patrimoniale: tutti gli esempi di rapporto tra i due regimi sono casi in cui il privato ha un diritto di proprietà (o assimilabile)» (21).

In altri termini, Cassese lamentava una carenza nella discussione svoltasi in Italia in materia di beni culturali, troppo incentrata sulla materialità e poco attenta alla esistenza di beni immateriali, anch'essi espressione di cultura. Tale appunto veniva mosso anche a Giannini e al suo saggio.

I successivi quarant'anni hanno dato però ragione ad entrambi. Per un verso, è innegabile che tutta legislazione italiana e il conseguente dibattito scientifico siano rimasti imperniati sul concetto di «coseità», salvo sporadiche e recenti aperture. La critica di Cassese, sotto questo aspetto, era giusta e, per certi versi, rivoluzionaria, se si pensa che la Convenzione UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale è solamente del 2003. Per altro verso, se si considera quanto avvenuto dagli anni Settanta ad oggi in Italia, si può constatare che la posizione di Giannini verso i beni immateriali fu certamente assai più aperta e innovativa rispetto a quella di chi lo ha seguito. Basti citare il modo in cui è stata recepita in Italia la citata Convenzione UNESCO (22), o anche i timori provocati dalla Convenzio-

(21) S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini* (1975), cit., 177.

(22) Nel 2008, è stato inserito nel Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lg. n. 42 del 2004) un articolo 7-bis (Espressioni di identità culturale collettiva), in base al

ne quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società (c.d. Convenzione di Faro), al punto che il legislatore italiano nutre il timore di far uso della locuzione «patrimonio culturale» se non limitata a elementi materiali.

Nel proprio scritto, in realtà, Giannini già indicò le possibili linee di sviluppo della disciplina. Mediante il suggestivo esempio delle «Rime» di Petrarca, egli mostrò come

«i beni culturali siano sempre immateriali, e siano di molte specie, ma come gli ordinamenti positivi si occupino solo di alcune, di quelle cioè per le quali si pongono ragioni pratiche di tutela pubblica; per esse intervengono qualificandole beni pubblici, ed attribuendo ai pubblici poteri apposite potestà autoritative. Per i beni delle altre specie può non porsi alcun problema (non è necessario, p. es., tutelare l'Iliade o le Partite di J.S. Bach), oppure possono porsi problemi di tutela privata o interprivata (ed è in questo il caput delle normazioni sulla proprietà letteraria, artistica, scientifica). È chiaro che il giorno in cui si ponessero, per volgersi di eventi delle nostre società, problemi di tutela pubblica di altre specie di beni culturali oltre quelle per le quali già vi è una normazione apposita, occorrerebbe provvedere» (p. 1036).

Il giorno a cui Giannini si riferiva è arrivato. Ma pochi sono stati sinora in grado di accorgersene e di porre la questione in termini giuridici con la stessa chiarezza di quanto sembra essere avvenuto in quegli anni ⁽²³⁾.

2.4. In quarto luogo, il saggio di Giannini ricostruisce le potestà pubbliche e i procedimenti nel settore, distinguendo sia tra tutela e valorizzazione, sia tra procedimenti ordinatori e autorizzatori. Sotto tale ultimo aspetto, lo scritto consentì all'autore di rintracciare in questa materia le tassonomie e le categorie del diritto amministrativo da lui costruite sin dagli anni Cinquanta.

In più, il saggio tocca altri punti salienti della disciplina giuridica

quale «Le espressioni di identità culturale collettiva contemplate dalle Convenzioni UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali, adottate a Parigi, rispettivamente, il 3 novembre 2003 ed il 20 ottobre 2005, sono assoggettabili alle disposizioni del presente codice qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'articolo 10».

⁽²³⁾ Si veda il numero di *Aedon* n. 1 del 2014, interamente dedicato alla dimensione immateriale dei beni culturali.

dei beni culturali, legati all'attività svolta dall'amministrazione e alla sua qualificazione: «l'identificazione del bene culturale comporta sempre un giudizio valutativo» e «l'atto con cui si dichiara che una cosa ha valore artistico si fonda su un'istruttoria procedimentale che culmina con un giudizio valutativo» (p. 1017). E tale giudizio valutativo:

«ha natura di giustificazione del provvedimento dichiarativo della qualità di bene culturale [...]: la dottrina e la giurisprudenza parlano di 'motivazione' ma erroneamente perché il giudizio vale come indicazione del presupposto del provvedimento: esistenza nella cosa di quei caratteri (pregio artistico, storico, archeologico, librario, archivistico, ambientale) per cui essa è già bene culturale. Non può essere motivazione, poiché la dichiarazione di bene culturale non comporta alcuna ponderazione comparativa di interessi: non vi sono, in altre parole, motivi per i quali possa essere opportuno più o meno dichiarare una cosa bene culturale. Se essa lo è, occorre solo enunciare perché lo è, e ciò presuppone solo un giudizio valutativo, di discrezionalità tecnica, non amministrativa» (p. 1020).

3. Giannini svolse anche un ruolo molto attivo nella definizione e nella attuazione delle politiche dei beni culturali in Italia. L'esperienza nella Commissione Franceschini fu sicuramente la più significativa, come testimonia il costante riferimento che a questa fa Giannini nei suoi scritti successivi. Basti citare la sintesi da lui svolta delle principali proposte avanzate dalla Commissione:

«a) unificare la normativa relativa ai beni culturali, dando ai beni stessi una precisa caratterizzazione giuridica; b) accettare nettamente la concezione oggettivistica dei beni culturali, attribuendo agli atti di certezza pubblica solo effetti relativi alla circolazione dei beni e all'esercizio di certe potestà pubbliche autoritative; c) unificare le qualificazioni e i procedimenti amministrativi concernenti i beni culturali, per ciò che riguardasse i profili generali della disciplina relativa, e d) insieme dare discipline differenziate per le parti di interesse specifico di ciascuna categoria di beni culturali (in particolare per i beni archeologici ed ambientali); e) rivedere, semplificandoli e meglio regolandoli, quei procedimenti di cui l'esperienza aveva mostrato i caratteri positivi; f) riordinare l'amministrazione statale, attribuendole i caratteri di un'amministrazione autonoma, di tipo aziendale, articolata in comitati nazionali per settori di beni culturali; g) decentrare i poteri alle soprintendenze, da riorganizzare come organi con più uffici, anche operativi; h) il tutto con norme

di contabilità assai semplici, che responsabilizzassero i singoli organi, e con un nuovo ordinamento del personale» (24).

È noto il grande impatto scientifico che ebbero i lavori della Commissione Franceschini sulla materia. Più lenti furono invece gli esiti sulla legislazione e sull'amministrazione. Basti ricordare il citato caso della definizione «testimonianza materiale avente valore di civiltà», recepita in un testo di legge soltanto alla fine degli anni Novanta (e senza l'attributo materiale) (25).

L'argomento su cui Giannini tenne a insistere di più — e che gli diede anche maggiori delusioni — fu quello dell'organizzazione. Egli difese e sostenne la proposta di istituire un'amministrazione autonoma dei beni culturali avanzata dalla Commissione Franceschini e tentò più volte di realizzarla. Le ragioni del perché non vi riuscì furono da lui stesso raccontate, con una rappresentazione della macchina governativa tristemente attuale. Il progetto di creazione di un'amministrazione autonoma dei beni culturali fu in effetti predisposto, ma

«incontrò certe specie di tardigradi che abitavano quei palazzi, le quali furono terribilmente scandalizzate che si prevedesse un'amministrazione autonoma senza ministro-dittatore presidente, consiglio di amministrazione e collegio dei revisori distributore di poltrone e di gettoni ad alti funzionari dello Stato, direttore generale competente a fissare la divisa degli uscieri con eccezione dei fregi del berretto per cui è riservata la competenza del ministro, e riferero il progetto secondo i sacri canoni. Anche in assemblee indette da organismi culturali vari, dominate da archeologi storici e critici d'arte si tuonò contro l'amministrazione autonoma; per cui l'alleanza fra tardigradi e velocisti incompetenti insabbiò il progetto» (26).

La conoscenza che Giannini aveva dell'amministrazione gli consentì perciò, in più occasioni, di sintetizzare in modo magistrale i problemi cronici del settore dei beni culturali.

Con riguardo al c.d. «patrimonio culturale ambientale», ad esempio, egli osservò che

(24) M.S. GIANNINI, *Uomini, leggi e beni culturali* (1971), cit., 289 s.

(25) Sul punto, M.P. CHITI, *La nuova nozione di beni culturali nel d.lgs. 112/1998: prime note esegetiche*, in *Aedon*, 1998, n. 1, il quale considera «apprezzabile l'eliminazione del limite della materialità del bene, che assicura una necessaria flessibilità alla evoluzione della categoria generale dei beni culturali».

(26) M.S. GIANNINI, *op. loc. cit.*

«il difettoso funzionamento dei poteri pubblici preposti alla tutela di questi beni è stato imputato ad un concorso di fatti negativi in parte strutturali in parte funzionali. Tra i primi il numero limitato delle soprintendenze addette alle bellezze paesistiche — secondo la terminologia legislativa —, la scarsissima loro dotazione di mezzi e di personale, la difettosa attrezzatura degli uffici comunali; tra i secondi il carattere accentrato e macchinoso dei procedimenti amministrativi per l'individuazione e la dichiarazione di tali beni, l'ambiguità della disciplina delle misure preventive e repressive, la non collaborazione e anzi l'ignavia delle amministrazioni locali territoriali, il disordinato collegamento tra le norme relative a tali beni e quelle relative agli strumenti urbanistici» (27).

Considerazioni, queste, valide ancora oggi. Analogamente, molto acuta fu l'analisi di Giannini sulle leggi del 1939 «ora esaltate come grandi conquiste ora vituperate come vecchie scarpe. In realtà non sono né pessime né eccellenti: sono una tappa di uno sviluppo che avrebbe comportato un seguito, il quale invece mancò, per difetto della classe politica incolta e incompetente che dal 1948 si trovò a reggere il Paese» (28).

Giannini individuò gli aspetti positivi e quelli negativi delle leggi Bottai. Tra i primi, l'aspirazione «a porre una regolamentazione integrale della materia, rafforzando i poteri pubblici soprattutto con l'introduzione di altri tipi di provvedimento, volti alla conservazione e alla valorizzazione delle cose d'arte, e insieme dando maggiori difese al proprietario»: il tutto «per trovare un giusto punto di equilibrio fra gli interessi pubblici e privati». Tra gli aspetti negativi, vi erano «numerosi difetti tecnici», primo fra tutti «la non felice delineazione di taluni dei procedimenti amministrativi previsti dalle norme e di talune qualificazioni».

Ma i vizi di fondo individuati da Giannini nella legislazione del 1939 furono due: le ambiguità normative e le carenze organizzative.

Le prime si avevano — e ancora si hanno — perché «per tutte le categorie di beni culturali la normativa oscilla tra una condizione oggettivista e una concezione formalista»: alcune norme, come quelle che stabiliscono che i beni archeologici rinvenuti sono dello Stato, ad esempio, «presuppongono che il bene culturale sia tale per una sua qualità che

(27) M.S. GIANNINI, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale* (1971), cit., 254 s.

(28) M.S. GIANNINI, *Uomini, leggi e beni culturali* (1971), cit., 286.

possiede e che è indipendente da qualsiasi pubblico atto di certezze»; viceversa, «il pubblico atto di certezza è invece il presupposto per una quantità di interventi pubblici quali acquisti coattivi, autorizzazioni a modificare, a trasportare, atti di tutela verso terzi, e simili» (29).

La presenza di una così incerta normativa — osservò giustamente Giannini nel delineare il secondo vizio di fondo, ossia le carenze organizzative — avrebbe richiesto

«un'amministrazione molto decentrata e responsabile, norme di contabilità che consentissero rapida e pronta azione, un corpo di funzionari di alta specializzazione giuridica. Nessuna di queste tre condizioni si è avverata. Non la prima, perché le leggi del '39 obbedivano alla concezione accentratrice dell'epoca, non la seconda perché la Corte dei conti si comportò secondo la sua tradizione bufalina, non la terza perché non si può richiedere ai soprintendenti, agli storici e ai critici d'arte una preparazione giuridica specialistica, per di più in un settore tra i più difficili, in cui problemi di diritto privato si mescolano o si incrociano di continuo con quelli di diritto pubblico. Per una nota deformazione professionale queste categorie di studiosi, per altri aspetti certo di grande valore, ritengono di essere in possesso anche di strumentari giuridici: in realtà la loro massiccia incompetenza giuridica costituisce tuttora una delle maggiori difficoltà che si incontrano in sede di riforma; lo dovette constatare la Commissione Franceschini prima, quella Papaldo poi [...] Il riformatore del 1939 ebbe consapevolezza [...] del problema di un'adeguata organizzazione amministrativa, e introdusse il criterio della differenziazione delle soprintendenze, aumentandone il numero. La riserva di rivedere la parte organizzativa dopo congruo esperimento non fu invece sciolta dal legislatore democratico, che pure è così sensibile ai gridi di dolore dei capi di sezione ritardati nelle carriere, degli impiegati d'ordine addetti a mansioni di concetto, e anche delle bande di alcuni Corpi delle Forze armate, a cui sono stati rivolti oltre mezza dozzina di atti normativi» (30).

L'attualità di queste riflessioni è, per certi versi, sorprendente. In tutti i suoi scritti sui beni culturali, d'altronde, Giannini si soffermò sui problemi concreti dell'amministrazione e sui possibili rimedi. In par-

(29) M.S. GIANNINI, *op. ul. cit.*, 288. Proprio questa ambiguità normativa «ha costituito insormontabile ostacolo alla giurisprudenza e alla dottrina, alla prima impedendo di assumere atteggiamenti decisi, alla seconda di dire parole chiare: è stata la fonte di quella che si è chiamata contraddittorietà della giurisprudenza, ed ha posto continui problemi, insolubili, alle amministrazioni» (*ivi*).

(30) M.S. GIANNINI, *op. loc. cit.*

ticolare, soprattutto negli anni Ottanta egli rilevò la «stranezza organizzativa» ⁽³¹⁾ del Ministero, fornendo descrizioni spietate che, purtroppo, restano vere ancora oggi:

«La situazione [...] è gravissima: il Ministero non ha strumenti per portare le Regioni a collaborare e le Regioni in materia di beni culturali hanno preso una quantità di iniziative importanti. Perfino le Regioni del Sud, che sono normalmente assenti, si sono mosse e si sono mosse bene (specie gli Abruzzi e la Puglia). Però manca un organo di coordinamento tra lo Stato e le Regioni e tra lo Stato e i Comuni. Manca un organo che si occupi operativamente delle diverse funzioni del Ministero, che come è noto sono tutte concentrate in cinque direzioni generali, troppo poche dal punto di vista tecnico» ⁽³²⁾.

Soprattutto, Giannini criticò la richiesta di leggi inutili: non serve «nessuna legge per stabilire che l'iniziativa privata è libera, come non serve nessuna legge per dire che l'iniziativa pubblica e l'iniziativa privata vanno coordinate»; e le «leggi in questo campo non sono per regolare rapporti, ma per organizzare interventi, quindi sempre limitate a monte da qualcuno che deve dare i mezzi per organizzare gli interventi» ⁽³³⁾. Moniti, questi, rimasti sostanzialmente inascoltati.

4. Qual è dunque il lascito dell'opera di Giannini nel settore dei beni culturali?

Innanzitutto, l'eredità del pensiero gianniniano è che la scienza del diritto amministrativo ha usato e usa in misura sempre maggiore l'esempio delle cose di interesse storico e artistico per mostrare le caratteristiche e le trasformazioni del diritto amministrativo ⁽³⁴⁾: ciò con riferimento non solo alla tradizionale tematica della proprietà pubblica, ma anche ad ambiti di teoria generale come il monismo e il dualismo nel diritto amministrativo ⁽³⁵⁾, la dialettica tra pubblico e

⁽³¹⁾ M.S. GIANNINI, *Infine un'organizzazione amministrativa dei beni culturali (anni Ottanta)*, ora in Id. *Scritti*, X, Milano, Giuffrè, 2008, 405 ss., qui 410.

⁽³²⁾ M.S. GIANNINI, *Ristrutturiamo il Ministero dei beni culturali* (1986), cit., 541.

⁽³³⁾ M.S. GIANNINI, *op. loc. cit.*

⁽³⁴⁾ Non a caso Sabino Cassese, negli ultimi anni del corso di diritto amministrativo da lui tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma «La Sapienza», ha sempre richiamato il caso dei beni culturali, e in particolare le attività di tutela e di valorizzazione, per mostrare la complessità delle funzioni amministrative e dei loro elementi (materia, attribuzioni, fine, destinatari).

⁽³⁵⁾ M.P. CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 301 ss., spec. 305 s.

privato ⁽³⁶⁾, la codificazione normativa ⁽³⁷⁾, fino alle più recenti tendenze in materia di diritto amministrativo globale ⁽³⁸⁾.

Le pagine che precedono hanno tentato di mettere in evidenza perché ancora oggi le riflessioni di Giannini sono così drammaticamente attuali. Possono ora porsi in rilievo alcuni tratti caratterizzanti del suo pensiero che, a distanza di decenni, sono divenuti fondanti l'intera disciplina ⁽³⁹⁾.

Un primo tratto è l'approccio sistematico che ha consentito di dare un inquadramento teorico alla disciplina dei beni culturali e ha così avviato la formazione di un autonomo campo di ricerca e di studi. Nel decennio successivo al saggio di Giannini del 1975-1976, riprende una significativa produzione scientifica ⁽⁴⁰⁾, appaiono opere monografiche sulla disciplina dei beni culturali e ambientali ⁽⁴¹⁾ e sono scritte le prime voci enciclopediche denominate «beni culturali» ⁽⁴²⁾. La strada è ormai aperta e, con gli anni Novanta, sono fondate riviste specializzate, alcune delle quali destinate a divenire laboratori di ricerca fondamentali per lo sviluppo del settore ⁽⁴³⁾; nasce una manualistica —

⁽³⁶⁾ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 108 ss.

⁽³⁷⁾ S. CASSESE, *Codici e codificazione: Italia e Francia a confronto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 95 ss., e B.G. MATTARELLA, *La codificazione del diritto dei beni culturali e del paesaggio*, *ivi*, 793 ss.

⁽³⁸⁾ S. BATTINI, *Amministrazioni nazionali e controversie globali*, Milano, Giuffrè, 2007, 69 ss.

⁽³⁹⁾ Una trattazione più approfondita di questi aspetti è in L. CASINI, *La disciplina dei beni culturali da Spadolini agli anni duemila*, *cit.*

⁽⁴⁰⁾ E i contributi più rilevanti sono contenuti nei tre volumi in onore di Giannini: V. CERULLI IRELLI, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, I, 135 ss., e G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, *ivi*, II, 145 ss.

⁽⁴¹⁾ Sono i casi di L. BARSOTTI, *La produzione giuridica di beni culturali*, Roma, Kappa, 1980, N. GRECO, *Stato di cultura e gestione dei beni culturali*, Bologna, il Mulino, 1981, e soprattutto, della fondamentale opera T. ALIBRANDI, P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, Giuffrè, 1985 (l'ultima edizione, la quarta, è del 2001). Nel decennio successivo, degni di menzione sono L. MEZZETTI (a cura di), *I beni culturali*, Padova, Cedam, 1995, e G. VOLPE, *Il governo dei beni culturali*, Genova, Ecig, 1996.

⁽⁴²⁾ M. CANTUCCI, *Beni culturali e ambientali*, in *App. Nss. D.I.*, I, 1981, *ad vocem*, P. FERRI, *Beni culturali e ambientali nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, 1987, *ad vocem*, e T. ALIBRANDI, *Beni culturali*, in *Enc. giur.*, V, 1988, *ad vocem*.

⁽⁴³⁾ Si segnala, in particolare, *Aedon-Rivista di arti e diritto on line*, edita da il Mulino, fondata nel 1998 su impulso di Marco Cammelli, che diverrà negli anni un punto di riferimento di grande importanza per lo studio dei beni culturali e del paesaggio.

continuamente aggiornata — sul diritto dei beni culturali ⁽⁴⁴⁾; prosegue la redazione di capitoli di trattati e dizionari ⁽⁴⁵⁾.

Forse non è un caso, allora, che alcuni temi non trattati da Giannini, come ad esempio lo statuto giuridico dei musei, siano rimasti in ombra per lungo tempo, sostanzialmente sino al primo decennio del duemila. Rimane il fatto, però, che la nozione giuridica di bene culturale in quanto liminale, i caratteri comuni ai beni culturali quali beni giuridici, la classificazione dei procedimenti offerta da Giannini sono ancora oggi punti cardine di qualsiasi testo di diritto del patrimonio culturale. Soprattutto, l'opera di Giannini ha contribuito a ricondurre ad unità nell'ambito della categoria giuridica dei beni culturali le più diverse testimonianze aventi valore di civiltà che ne fanno parte. Dal punto di vista della legislazione, basti citare il recepimento della definizione di bene culturale come «testimonianza avente valore di civiltà» o anche gli attuali articoli 10 e 11 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, i quali distinguono tra beni culturali e «cose» oggetto di specifiche disposizioni di tutela.

L'insegnamento di Giannini, tuttavia, implicava un rischio, poi divenuto realtà, ossia quello di annullare progressivamente le specificità dei diversi beni e dei relativi procedimenti. A nulla sono valsi gli avvertimenti dello stesso Giannini, volti ad assicurare ai beni archeologici o ai beni archivistici, ad esempio, regimi differenziati ⁽⁴⁶⁾. Il legislatore per primo, dapprima con il Testo Unico del 1999 e poi con il Codice del 2004, ha seguito la via del «panculturalismo» ⁽⁴⁷⁾ e del

⁽⁴⁴⁾ Si vedano, limitandosi ai testi più recenti, C. BARBATI, M. CAMMELLI e G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*⁴, Bologna, il Mulino, 2011, A. CROSETTI e D. VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*³, Torino, Giappichelli, 2011, G. VOLPE, *Manuale di diritto dei beni culturali. Storia e attualità*³, Padova, Cedam, 2013.

⁽⁴⁵⁾ M. AINIS e M. FIORILLO, *I beni culturali*, in *Trattato di diritto amministrativo*², a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, II, Milano, Giuffrè, 1449 ss. (la prima edizione è del 2000), L. CASINI, *Beni culturali (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Casese, Milano, Giuffrè, 2006, *ad vocem*, A. BARTOLINI, *Beni culturali*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, Giuffrè, 2013, *ad vocem*.

⁽⁴⁶⁾ Negli anni Ottanta, ad esempio, Giannini identificava nove categorie di beni culturali: i beni di interesse archeologico, storico, artistico, archivistico, librario, audiovisivo, ambientale, naturalistico, demoetnoantropologico (*I beni culturali tra principi e società* (1981), cit.; si v. anche *Beni culturali: problemi normativi* (1986), cit., scritto quando egli era vice-presidente del Consiglio nazionale per i beni culturali e ambientali).

⁽⁴⁷⁾ T. DE MAURO, *Qualche premessa teorica alla nozione di cultura e bene culturale*, in *Il Comune democratico*, 1978, 15 ss., qui 16.

«benculturalismo»⁽⁴⁸⁾, così rinunciando a individuare più nozioni di bene culturale, a seconda dell'interesse pubblico e dei beni oggetto di intervento. Perciò, mentre la nozione liminale di Giannini è stata applicata a livello internazionale, dove negli anni ogni Convenzione ha scelto la definizione più appropriata al fine pubblico da raggiungere, in Italia si è optata per una unica concezione, adatta per tutti gli scopi, dalla conservazione al controllo della circolazione⁽⁴⁹⁾.

Un secondo tratto è la particolare attenzione di Giannini verso la categoria dei beni culturali ambientali e i rapporti tra difesa dell'ambiente e del patrimonio culturale. In tutti i suoi scritti, Giannini ha sempre trattato il paesaggio congiuntamente con i beni culturali, rimarcando lo stretto legame riconosciuto dall'articolo 9 della Costituzione. Di qui anche il suo interesse per i centri storici, tema spesso dimenticato dai giuristi, oggi finalmente ripreso anche a seguito di interventi UNESCO⁽⁵⁰⁾. Se, con il decentramento amministrativo e le competenze regionali in materia di paesaggio, questa impostazione sembrava essere stata messa in dubbio, con le modifiche del titolo V essa ha trovato nuova forza, complice la non felice stesura dell'articolo 117 Cost. Il risultato è stato che lo Stato si è gradualmente riappropriato di competenze in materia di beni paesaggistici e il legislatore, a partire dal 2004, ha espressamente inquadrato nell'ambito del patrimonio culturale sia i beni culturali, sia i beni paesaggistici. Si è così realizzato quanto teorizzava Giannini nei suoi scritti, secondo i dettami della Commissione Franceschini.

Fatta eccezione per la vicenda legislativa dei beni paesaggistici, però, la complessa trama con cui Giannini collegava insieme questi aspetti, per certi versi vicina al concetto di manutenzione programmata e di conservazione ambientale di Giovanni Urbani⁽⁵¹⁾, non ha trovato pieno riscontro nella legislazione e nella scienza giuridica. La prima ha tenuto rigidamente separato l'ambiente ecosistema dall'ambiente paesaggio, con problemi di sovrapposizione tra competenze in diversi casi

⁽⁴⁸⁾ S. SETTIS, *Benculturalismo parolaio: il Patrimonio "boccheggia", ma tutti esaltano le "Eccezionali Mostre"*, in *il Sole 24 ore*, 28 maggio 2006.

⁽⁴⁹⁾ Su questi aspetti, L. CASINI, *La globalizzazione giuridica dei beni culturali*, in *Aedon*, 2012, n. 3.

⁽⁵⁰⁾ Si v. gli Atti del Convegno su «I centri storici tra norme e politiche», Gubbio, 6-7 giugno 2014 (http://www.aedon.mulino.it/atti/2015/centri_storici/convegno_centri_storici.html).

⁽⁵¹⁾ Si legga la raccolta di suoi scritti in G. URBANI, *Intorno al restauro*, a cura di B. Zanardi, Roma, Skira, 2002.

(si pensi alla VIA) o di singolare assenza di coordinamento in altri (per i parchi, ad esempio). La seconda ha raramente favorito la trattazione congiunta dei vari profili riguardanti i beni culturali, i beni paesaggistici e la tutela dell'ambiente.

Questa carenza si lega direttamente al terzo e ultimo tratto dell'opera gianniniana. Gli scritti di Giannini evidenziano la continua necessità di occuparsi anche dell'aspetto organizzativo, delle funzioni amministrative da svolgere e della necessità di disporre delle relative risorse. Questo è forse il punto rimasto davvero inattuato del programma di Giannini. La scienza giuridica si è spesso limitata a commentare i numerosi tentativi di riforma, mentre il legislatore ha proceduto sempre senza considerare, innanzitutto, le funzioni. Basti menzionare la valorizzazione: già descritta da Giannini negli anni Settanta, ma regolata per la prima volta, e in modo incompleto, solo alla fine degli anni Novanta ⁽⁵²⁾.

La riforma del Ministero attuata con il d.P.C.M. n. 171 del 2014 ha in vero messo finalmente in primo piano le funzioni, distinguendo tra attività di tutela e di valorizzazione, ma ci vorrà tempo prima di vederne i frutti. Il contesto culturale di riferimento, infatti, non sembra poi così mutato. Come scriveva Giannini, «le forze di distruzione dei beni culturali [...] nessuno potrà mai fermarle. Essendo legate alla stupidità umana, dureranno in eterno» ⁽⁵³⁾. Difficile dargli torto, specialmente se si guarda a quanto avvenuto e ancora avviene anche a livello internazionale, con la deliberata distruzione di importanti siti culturali in Afghanistan e in Siria. Non resta allora che sperare in quella «dilatazione di un ceto interessato ai beni culturali», da lui stesso evocata, ed essere ottimisti, «porque la sangre se hereda y la virtud se aquista, y la virtud vale por sí sola lo que la sangre no vale» ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵²⁾ Sul punto, L. CASINI, *Oltre la mitologia giuridica dei beni culturali*, in *Aedon*, 2012, n. 1-2.

⁽⁵³⁾ M.S. GIANNINI, *Uomini, leggi e beni culturali* (1971), cit., 292.

⁽⁵⁴⁾ M. DE CERVANTES, *El ingenioso hidalgo don Quijote de La Mancha*, II, cap. XLII.

LE DISCUSSE CHIAMATE
ALLA CATTEDRA ROMANA
DI DIRITTO AMMINISTRATIVO
(1948-1966)

NICOLA GIOVANNI CEZZI

SOMMARIO: 1. Una (prima) seconda cattedra di diritto amministrativo. — 2. Il «carattere unico» della materia. — 3. Una (seconda) seconda cattedra. — *Appendice*.

1. Oggetto di questo studio è la ricostruzione dell'avvicendamento di Massimo Severo Giannini a Guido Zanobini nella cattedra romana di diritto amministrativo. L'arco temporale coperto va dal 1948 al 1966 ⁽¹⁾ e la ricostruzione è basata principalmente sui verbali dei Consigli di Facoltà di quegli anni.

Negli ultimi tempi della sua vita, Guido Zanobini ⁽²⁾ «fu colpito da

⁽¹⁾ Per una cronaca delle vicende della Facoltà romana negli anni immediatamente precedenti, gli anni della Ricostruzione (anche) della Facoltà, e con riferimento particolare a un'altra travagliata chiamata a cattedra, si veda M. STELLA RICHTER *jr.*, *Filippo Vassalli preside e la chiamata di Tullio Ascarelli alla Facoltà giuridica romana*, in *Riv. dir. comm.*, n. 1, 2010, 693.

⁽²⁾ Non è chiaramente questa la sede anche solo per accennare allo stato nel quale possono essere inquadrati arte e scienza dei protagonisti di queste pagine: il riferimento è soprattutto a coloro che si troveranno a concorrere per la chiamata alla cattedra di Roma. Non è questa la sede quantomeno in ragione della statura di ciascuno, già mutevolissima e assai complessa in quegli anni, e dell'impossibilità di rischiarne sintesi e raffronti in poche righe. Se ci si soffermerà con più attenzione su qualche personaggio, necessariamente nell'alveo delle note, la tecnica di raffigurazione del paesaggio dottrinale non potrà comunque essere una semplicemente fotografica: eterogeneità e profondità dei personaggi, contraddizioni e interazioni scientifiche, statica e dinamica della creatività non sono visibili a occhio nudo. Se una tecnica di rappresentazione va usata, un solo fotogramma non basta: la frequenza di cattura andrà perciò aumentata, più fotogrammi verranno montati in sequenza e il tempo scorrerà più velocemente.

gravi disturbi, e medici e chirurghi si impadronirono del suo corpo debole e affaticato. Superò ogni prova, sopportando le sofferenze con una forza d'animo ed una pazienza esemplari. Alla mente sempre lucida il fisico rispondeva sempre di meno; onde negli ultimi anni si chiuse nella sua casa, restringendo sempre di più la cerchia degli amici e dei discepoli ammessi a visitarlo» (3).

Il «carattere schivo e riservato» (4) dell'uomo e la problematica e progressiva involuzione delle sue condizioni di salute si riflettono, con riserbo e delicatezza, nelle carte della Facoltà. Guido Zanobini infatti partecipa, e attivamente, alle sedute dei CdF fino al 1951. Nel dicembre di quell'anno compare il primo cenno a problemi di salute (5) e a

Su figura e opera di Guido Zanobini (1890-1964), «caposcuola e pontefice massimo» (così P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana-un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, 225) della cosiddetta terza generazione di giuspubblicisti, si vedano G. MIELE, *Guido Zanobini, In memoriam*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 523 ss.; M.S. GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 3 ss.; S. CASSESE, *Guido Zanobini e il sistema del diritto amministrativo negli anni Trenta*, in *Pol. dir.*, 1974, 703 ss.; A. SANDULLI (voce a cura di), *Zanobini, Guido*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX Secolo)*, I, II, Bologna, il Mulino, 2013, 2083 ss. La vicenda della chiamata di Guido Zanobini da parte della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma (1934) merita di essere brevemente ricordata, perché (anch'essa) successiva a una rinuncia, quella di Oreste Ranalletti (chiamato nel 1932) e a un nutrito dibattito che vide il rigetto della proposta di sospensiva avanzata da Giorgio Del Vecchio (allora Preside) e l'approvazione all'unanimità dell'ordine del giorno presentato da Albertario, Rocco e Jemolo, che recitava: «Ritenuta l'indispensabile necessità di coprire la cattedra di diritto amministrativo, ritenuta la valentia e la meritata fama raggiunta in questa disciplina dal prof. Guido Zanobini, ordinario di Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione della R. Università di Pisa, che è oggi uno dei più illustri docenti della disciplina stessa; la Facoltà propone a S.E. il Ministro il trasferimento di detto professore alla cattedra di Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione di questa R. Università», CdF del 9 novembre 1934 citato in A. Sandulli (voce a cura di), *ibidem*, 2085.

(3) M.S. GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 4.

(4) A. SANDULLI (voce a cura di), *Zanobini Guido*, cit.

(5) Consiglio di Facoltà (d'ora in poi CdF) del 7 dicembre 1951 (fascicolo 8, 387): «[Il prof. Zanobini] è tuttora malato [...]». Il 18 febbraio 1952 Zanobini scrive al Rettore Giuseppe Cardinali, comunicando che «la malattia, che con mio grande rincrescimento mi tiene lontano dallo svolgimento delle mie lezioni, ebbe inizio nel mese di novembre, proprio quando avevo stabilito di iniziare il Corso col giorno 19 di quel mese. / Il medico prevede che possa riprendere le lezioni nella prima decade del prossimo marzo. Non mancherò di comunicare alla S.V. la data precisa del mio ritorno all'Università» (Archivio Storico della Sapienza, Serie personale docente, fascicolo AS4456, Professor Guido Zanobini, posiz. A1680, prot. 2985). Il 28 luglio del 1953 Zanobini comunica al

partire da quel momento il nome di Zanobini viene costantemente annotato nell'elenco degli «assenti giustificati»: l'amministrazione della cattedra si fa silenziosa.

Il 13 gennaio del 1954 la Facoltà «prende atto» della «supplenza del diritto amministrativo» tenuta da Giuseppe Codacci Pisanelli, «durante il temporaneo impedimento per ragioni di salute» del professor Zanobini ⁽⁶⁾. Si tratta dell'unico riferimento alla supplenza nell'insegnamento, conservato nei verbali di CdF: bisogna tuttavia ritenere verosimile il coinvolgimento sostanziale anche di Giuseppe Cataldi, spesso ricordato come sostituto del titolare della cattedra ⁽⁷⁾ e più volte destinatario di delibere e comunicazioni della Facoltà che ora ne confermano la libera docenza (maggio 1954) ⁽⁸⁾, ora ne quali-

Rettore che «purtroppo, il secondo atto operatorio ha dovuto ritardare, per ragioni varie, fino ai primi di aprile. Superato felicemente questo, sono stato tormentato da coliche renali, dovute a calcoli e a una pielite. Adesso sembra che tutto ciò vada risolvendosi e non può credere quale sia il mio desiderio di potere, ad ottobre, riprendere la mia attività» (Archivio Storico della Sapienza, Serie personale docente, fascicolo AS4456, Professor Guido Zanobini, posiz. A1680).

⁽⁶⁾ CdF del 13 gennaio 1954 (fascicolo 8, 166): «[Ordine del giorno n° 1] Comunicazione del Preside - d) [...] La supplenza del Diritto amministrativo e del Diritto civile, durante il temporaneo impedimento per ragioni di salute dei professori Zanobini e Vassalli, è tenuta rispettivamente dai professori Codacci-Pisanelli e Santoro-Passarelli. La Facoltà prende atto».

Codacci Pisanelli sostituisce Zanobini già dal '52, come testimonia una lettera che Zanobini scrive al Rettore (18 gennaio 1952): «Compio il dovere di comunicare che, causa la mia recente malattia, sono costretto a un certo periodo di riposo, e per qualche settimana non mi sarà possibile tenere le mie lezioni di Diritto amministrativo. La prego di credere al mio vivo rinascimento per questa forzata sospensione della mia attività accademica. In mia vece, le lezioni potranno esser tenute dal libero docente e assistente di ruolo alla mia Cattedra, Prof. Giuseppe Codacci Pisanelli, il quale da anni conosce il programma del mio Corso e il mio metodo d'insegnamento» (Archivio Storico della Sapienza, Serie personale docente, fascicolo AS4456, Professor Guido Zanobini, posiz. A 1680, prot. 1022).

⁽⁷⁾ Dal 1938 Cataldi cura con Zanobini il *Codice delle leggi amministrative*.

⁽⁸⁾ CdF del 18 maggio 1954 (fascicolo 8, 217-218): «[Ordine del giorno n° 10] Conferma libera docenza in Diritto amministrativo del prof. Giuseppe Cataldi - La Facoltà esaminata l'attività didattica e scientifica svolta dal prof. Giuseppe Cataldi, libero docente per la stessa disciplina dal 19 aprile 1949, esprime parere pienamente favorevole alla conferma definitiva dello stesso Cataldi nella docenza anzidetta. E ciò per le seguenti considerazioni: / a) nel quinquennio successivo al conseguimento della libera docenza, il Cataldi ha tenuto il corso libero nei tre anni accademici 1949-50, 1950-51, 1951-52, impartendo in ognuno di essi un numero di lezioni superiori a venti. / Inoltre, negli stessi anni e nel decorso 1953-54, lo stesso insegnante ha tenuto vari corsi per incarico del Ministero dell'Interno e di altre amministrazioni statali: legislazione

ficano il corso di diritto amministrativo come «pareggiato» ⁽⁹⁾, o ancora lo annoverano tra gli assistenti retribuiti (ottobre 1955) ⁽¹⁰⁾. Significativo è soprattutto il parere favorevole che la Facoltà esprime, nel CdF del dicembre 1955, sulla proposta avanzata da Cataldi intesa a ottenere che la «Scienza dell'amministrazione [...] venga compresa tra le materie per le quali verrà emesso il bando di concorso per l'abilitazione alla libera docenza» ⁽¹¹⁾. Si apre, con questa delibera, la complessa questione della copertura della cattedra di scienza dell'am-

comunale e provinciale per i corsi di preparazione e quelli di perfezionamento dei segretari comunali; Istituzioni di diritto pubblico per dirigenti del lavoro sociale; Diritto amministrativo presso l'Istituto di Statistica; Diritto amministrativo e legislazione sanitaria, presso l'Alto commissariato per l'igiene e la Sanità pubblica, ecc... / b) Altrettanto intensa è stata l'attività scientifica dello stesso insegnante durante lo stesso periodo: / nuovi indirizzi nell'organizzazione delle Amministrazioni centrali; le legge generale sull'azione amministrativa e le altre leggi generali amministrative; aspetti sulla contabilità dello Stato; i problemi dell'amministrazione economica e della politica amministrativa nel recente convegno internazionale di scienze amministrative: lavori tutti pubblicati nella Rivista Trimestrale di Diritto pubblico (1951, '52, '53). Altri scritti sono pubblicati in periodici stranieri quali 'La Revue internationale des Sciences Administratives' ed altre. / A questa operosità si aggiunge la partecipazione del Cataldi a varie Commissioni governative di studio, vari Convegni internazionali; la sua nomina a membro permanente ed a particolari cariche entro Istituti nazionali e stranieri aventi per oggetto lo studio dei problemi del Diritto amministrativo e della Scienza dell'Amministrazione. / Anche da questi incarichi il prof. Cataldi ha tratto occasione per dettare studi e relazioni di particolare interesse nell'attuale momento».

⁽⁹⁾ Si cfr. i Consigli di Facoltà del 31 ottobre 1949, 20 marzo 1952, 28 gennaio 1953, 25 novembre 1954, 2 marzo 1957.

⁽¹⁰⁾ Nel CdF del 13 ottobre 1955 (fascicolo 9, 155) «il Preside comunica che il Rettore, con lettera del 5.VIII.1955, ha trasmesso alla Facoltà» l'elenco di assistenti retribuiti: alla voce «Cattedra di D. amministrativo» risultano un posto di assistente ordinario (coperto appunto da Cataldi) e nessuno di assistente straordinario.

⁽¹¹⁾ CdF del 17 dicembre 1955 (fascicolo 9, 198): «[Ordine del giorno n° 7] Varie - [...] Il preside comunica che il Rettore ha trasmesso alla Facoltà la domanda del Prof. Giuseppe Cataldi intesa ad ottenere che l'insegnamento di "Scienza dell'amministrazione", materia non prevista dall'ordinamento didattico in vigore, venga compresa tra le materie per le quali verrà emesso il bando di concorso per l'abilitazione alla libera docenza. Invita la Facoltà a voler esprimere il proprio parere. La Facoltà, esaminati i titoli scientifici ben noti del dott. Giuseppe Cataldi; considerato che nella sua attività scientifica ha avuto largo sviluppo la scienza dell'amministrazione; tenuto conto dell'importanza della materia stessa; vista la legge n. 357 dell'11.6.1954; esprime parere favorevole sulla domanda del Prof. Giuseppe Cataldi e prega il Rettore a voler inoltrare anche con parere favorevole la domanda stessa al Ministero della P.I. [...]».

ministrazione, che non troverà soluzione nell'arco temporale oggetto di questo approfondimento ⁽¹²⁾.

Oltre queste sporadiche pronunce, tuttavia, e al di là di quelle relative alla richiesta di assistenti volontari in soprannumero per la cattedra di diritto amministrativo ⁽¹³⁾, provvedimenti sulla titolarità della stessa non vengono presi: tecnicamente la vacanza non verrà mai dichiarata.

La Facoltà adotta un approccio diverso: si provvede non già alla successione a Guido Zanobini nell'insegnamento romano del diritto amministrativo, ma alla istituzione di una nuova, seconda cattedra. Il 28 giugno 1957 il Consiglio di Facoltà approva unanime la proposta di «destinare uno dei posti di ruolo a una seconda cattedra di diritto amministrativo e di provvedere a tale cattedra mediante trasferimento»: lo stesso Zanobini, previamente consultato da Carlo Esposito, fa pervenire il proprio parere «pienamente favorevole», precisando che non influenzerà, «sia pure su un piano morale», le scelte della Facoltà ⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ Una breve cronistoria. Nel CdF del 1° aprile 1958 viene deliberato di destinare uno dei posti di ruolo vacanti alla cattedra di scienza dell'amministrazione, con invito alle competenti autorità ad aprire la procedura di chiamata per trasferimento. Nel CdF del 4 luglio 1958 si comunica che hanno presentato domanda i proff. Giannini e Resta, ma la Facoltà rinvia ogni decisione alla prossima seduta. Nel successivo CdF del 15 luglio, ancora una volta, la Facoltà postpone ad altra seduta, con la novità della presentazione, fuori termine, della candidatura di Pietro Gasparri. Un nuovo rinvio si registra nella seduta del 29 ottobre 1958. Ugualmente il 19 dicembre 1958. Nel CdF del 24 maggio 1960 i candidati rimasti (nel frattempo Giannini è stato chiamato per la cattedra di diritto amministrativo) risultano Resta e Gasparri: ma con una lettera fatta pervenire in Consiglio, Guido Zanobini «ritiene che al momento non vi siano candidati» (all'altezza, si suppone) e la deliberazione viene rinviata. Nella seduta del 15 maggio 1961 Giannini propone la revoca della dichiarazione di vacanza di questa cattedra e di assegnare il relativo posto di ruolo a una seconda cattedra di diritto amministrativo (il collocamento fuori ruolo di Zanobini ha infatti riportato l'insegnamento del diritto amministrativo sotto una sola cattedra). Nella seduta del 22 dicembre del 1961 Leone e Santoro-Passarelli esprimono «l'inopportunità di un provvedimento di revoca della dichiarazione di vacanza senza una contemporanea deliberazione sulla istituzione di una seconda cattedra di diritto amministrativo». Il 20 giugno 1962 si rinvia ancora qualsiasi deliberazione in materia.

⁽¹³⁾ Tra queste si ricordano l'assegnazione di un posto di assistente volontario in soprannumero a Antonio De Stefano (CdF del 7 luglio 1955), a Maria Rivalta (CdF del 25 novembre 1955), a Raffaele Juso (CdF del 2 marzo 1957).

⁽¹⁴⁾ CdF del 28 giugno 1957 (fascicolo 10, 45-46): «[Ordine del giorno n° 2] Provvedimenti a cattedre vacanti. – b) Diritto Amministrativo. / Il preside ricorda che nell'ultima seduta di Facoltà era emerso un orientamento favorevole alla destinazione di uno dei posti di ruolo attualmente disponibili ad una seconda cattedra di Diritto

La fenomenologia della deliberazione finale, raggiunta e formalizzata quasi due anni dopo, rivela da subito grande divisione tra i membri del Consiglio: le prime incertezze emergono, nel CdF del 26 novembre 1957, quando, alla presentazione delle domande da parte di Massimo Severo Giannini, Roberto Lucifredi, Giovanni Miele e Raffaele Resta ⁽¹⁵⁾, in Consiglio si propone di procedere previamente a una votazione «d'assaggio», per sondare le preferenze. Ma la proposta è respinta e le (ben) due votazioni regolari, compiute in successione durante la stessa seduta, non esprimono una netta maggioranza: per Miele undici voti, per Giannini prima sette e poi otto voti ⁽¹⁶⁾.

L'ermeticità di questo come dei successivi verbali dei CdF lascerebbe al lettore quasi la libertà di rappresentarsi i confronti tra i professori, le spiegazioni e le argomentazioni, forse anche la confusione. Si presenta dunque estremamente chiarificatrice una missiva inviata da Zanobini a Tullio Ascarelli, con la quale il decano manifesta la sua preferenza per Giovanni Miele, argomentata sulla base di «elementi del tutto oggettivi» ⁽¹⁷⁾, e prega il collega di farsi portavoce di

amministrativo e si era ritenuto di poter pervenire ad una determinazione formale in questa seduta, dopo aver sentito il parere del prof. Zanobini. / Invita pertanto i Colleghi a discutere sul tema. / Prende anzitutto parola il prof. Esposito il quale riferisce che, nel colloquio avuto per desiderio della Facoltà col prof. Zanobini, questi gli ha manifestato il suo parere pienamente favorevole a che la Facoltà destini un posto di ruolo a una seconda cattedra di diritto amministrativo ed ha dichiarato essere suo desiderio che la Facoltà proceda in piena libertà alla scelta del Collega che dovrà ricoprirlo, senza che eventuali designazioni anche da parte dello stesso Zanobini possano creare vincoli di sorta, sia pure su un piano morale. / Dopo alcuni interventi dei professori Jemolo, Santoro Passarelli, Morelli, e dopo una dichiarazione del prof. Arangio Ruiz, il quale riafferma la sua opinione favorevole alla proposta sempre che si dia atto che la libertà di scelta della Facoltà non può in alcun modo ritenersi limitata o condizionata a una pure autorevole designazione dell'attuale titolare della cattedra. / Il preside mette ai voti la proposta di destinare un posto di ruolo a una seconda cattedra di diritto amministrativo e di provvedere a tale cattedra mediante trasferimento. / La Facoltà unanime approva e invita le Autorità competenti a dare inizio alla procedura».

⁽¹⁵⁾ Raffaele Resta (1905-1973) nel 1932 è stato incaricato di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione a Urbino. *La revoca degli atti amministrativi* (Milano, Giuffrè, 1935) è l'opera con la quale vince il concorso per professore straordinario di diritto amministrativo: viene chiamato prima a Sassari, poi a Macerata, ancora a Urbino, e infine a Bari. Dal 1953 si trova a Roma, presso la Facoltà di Economia e commercio. Si veda, *infra*, la relazione di Giannini su Resta in nt. 53.

⁽¹⁶⁾ Si veda appendice, documento 1.

⁽¹⁷⁾ La lettera, conservata da Sabino Cassese, in realtà data al 4 maggio 1957 (prima ancora che venisse deliberata l'istituzione della seconda cattedra): all'indicazione di Zanobini, quindi, non è stato dato seguito già nella prima votazione utile, quella

questa sua istanza: una missiva che, pur rimanendo privata (mal si sarebbe conciliata con la dichiarazione pubblica, consegnata a Carlo Esposito, di volersi astenere da qualsiasi forma di influenza), si rivela risolutiva. La scelta che, nel successivo gennaio 1958, viene argomentata sulla base della «desiderabile conservazione» delle «peculiari tradizioni della cattedra romana»⁽¹⁸⁾ e dell'anzianità dei candidati, cade infatti su Giovanni Miele, l'«allievo prediletto»⁽¹⁹⁾ di Zanobini:

del novembre dello stesso anno, e si può supporre che abbia acquisito maggior credito solo davanti al riscontro della effettiva incertezza che «domina» il collegio.

Si riporta di seguito il testo della lettera inviata da Guido Zanobini a Tullio Ascarelli: «Carissimo Amico e Collega / So che a giorni dovrete provvedere alla nomina di un secondo titolare per il Diritto amministrativo. / Mi consta anche che molti Colleghi sono ancora dominati dalla incertezza nella scelta e credo non Ti dispiaccia se io, impedito per ragioni di salute e per un grave lutto che di recente mi ha colpito a prendere parte alla discussione, Ti esprimo con la presente la mia opinione che non può menomare la Tua libertà, ma solo costituisce l'obiettivo giudizio di un vecchio cultore della materia. / Credo che senza alcun dubbio la preferenza debba essere concessa a Giovanni Miele, sia per l'importanza della produzione, sia per i risultati scientifici raggiunti. Inoltre egli è il più anziano degli aspiranti e di altri che potrebbero aspirare [...] essendo entrato in carriera nel 1932. Infine, le sedi da lui ricoperte (Pisa per 17 anni e Firenze per 6 anni) non trovano riscontro negli altri aspiranti. / Questi elementi del tutto oggettivi, mi sembrano sufficienti per una decisione a lui favorevole. / Confidando nell'opera Tua, Ti saluto cordialmente».

⁽¹⁸⁾ Si veda appendice, documento 2.

⁽¹⁹⁾ Così in A. SANDULLI (voce a cura di), *Zanobini, Guido*, cit., 2083.

Giovanni Miele (1907-2000) è incaricato di diritto amministrativo a Sassari già nel 1929, vince nel 1932 il concorso da professore straordinario a Cagliari, e, passando per Messina prima e Pisa poi, approda alla cattedra di diritto amministrativo della Facoltà giuridica di Firenze nel 1950. Sempre alla voce curata da A. SANDULLI (*Miele, Giovanni*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX Secolo)*, II, Bologna, il Mulino, 2013, 1344 ss.) risale la periodizzazione dell'operato scientifico di Miele in due momenti: un quindicennio (dal 1931 al 1944) di intensa produzione e il successivo ventennio (1946-1966) di progressiva ritrazione. Al primo periodo risalgono gli scritti su *Le manifestazioni di volontà dei privati nel diritto amministrativo* (Roma, Anonima Romana Editoriale, 1931), *Pubblica funzione e servizio pubblico* (in *Arch. giur.*, 1933) e *La distinzione tra ente pubblico e privato* (in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, 1), e *L'obbligo di motivazione negli atti amministrativi* (in *Foro amm.*, 1940, I, 126), di cui si ricorda una precisa difesa della dogmatica giuridica, che è «scuola d'idee, educazione al ragionamento giuridico, spinta al sistema, cioè a vedere le singole disposizioni di legge, le singole fattispecie, nelle loro espressioni reciproche e d'insieme». Il quindicennio si chiude con il primo volume di quella che vorrebbe porsi come un'opera manualistica, i *Principi di diritto amministrativo* [I, *Introduzione-Nozioni generali-Le fonti*] (Pisa, Arti Grafiche Tornar, 1945), «un inventario di concetti il più possibile depurato da scorie contingenti», secondo P. GROSSI (*Scienza giuridica italiana-Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, 227). Secondo A. SANDULLI (*op. loc. cit.*), piuttosto,

l'ordine del giorno presentato da Santoro-Passarelli viene approvato, a scrutinio segreto, con tredici voti favorevoli su diciotto votanti.

«[il volume] è certamente il sintomo di un disagio dell'autore, di una necessità di riflessione sul conflitto tra unità del diritto (che avrebbe voluto dire rottura rispetto alla tradizione) e la specialità del diritto (che avrebbe rappresentato, invece, il legame con la stessa), che induceva il giurista toscano a riavviare la riflessione dalle origini, a cercare un punto di riferimento nella teoria generale del diritto. Si tratta di un libro che ha finito per essere considerato l'epitaffio dell'astratto dibattito giuspubblicistico del ventennio fascista, mentre avrebbe voluto costituire, invece, l'atto di avvio di un'epoca nuova. Se ciò non fu, non va tanto ascritto a tale volume (il primo), quanto a quello mancante (il secondo), che lasciò il progetto incompiuto».

Questi primi fotogrammi su Miele sembrano quindi dare spiegazione alla scelta di basare la proposta di trasferimento sulla desiderabile conservazione delle tradizioni della cattedra. Miele infatti si porrebbe in una linea di continuità con il suo maestro.

La complessità dello studioso tuttavia non permette di fermarsi a questa osservazione. Nello stesso anno di pubblicazione dei *Principi*, infatti, Miele cerca di dominare una profonda insoddisfazione, quasi rincrescimento, quando pubblica il saggio *Umanesimo giuridico* (in *Riv. dir. comm.*, 1945, XLIII, 103): «Le scienze sociali, e quelle giuridiche in particolare, dovranno perdere quel carattere astratto e formale che così bene ha favorito le tirannidi [...]. [La] discrepanza fra scienza giuridiche e vita sociale [...] appare nella forma di un'inadeguatezza della prima a rappresentare e comprendere la seconda [:] [una scienza] non tanto al servizio della società, quanto a servizio del "legislatore", e quindi strumento di ogni e qualunque concezione che dai recessi di questo essere immateriale venisse a quando a quando espressa: strumento di bene o di male secondo che così fosse voluto dall'esigente padrone, e indifferente al bene e al male, perché essa non doveva parteggiare — quasi che il bene non sia la stessa vita, vita morale dell'uomo — ma mostrarsi "obiettiva"». Quello di Miele è un «lucido atto di denuncia nei confronti della generazione di studiosi del ventennio fascista che aveva colpevolmente contribuito alla conservazione di uno *status quo* sociale, attraverso un atteggiamento formalista di chiusura e di devozione strenua alla tradizione», commenta ancora A. SANDULLI (*L'amministrazione*, in *Contributo italiano alla storia del Pensiero - Diritto*, Roma, Enciclopedia Treccani, 2012), che continua: «la soluzione da lui suggerita poggiava su tre capisaldi: salvezza della tecnica giuridica, perché il diritto richiede la padronanza di una fine tecnica; associazione alla tecnica dei valori universali che rinvergono la propria origine nella natura umana; conoscenza e utilizzo, da parte del giurista, dell'economia, della politica, della morale, perché, pur conservando la distinzione tra le discipline, esse riflettono tutte una realtà varia e unitaria». Secondo Miele, infatti, «il senso di legalità [...] non ha senso se ad esso non si accompagni il senso di umanità [...] che vuol dire riguardo alle esigenze della persona intesa come essere sociale, sacrificio non inutile di interessi individuali, scelta delle soluzioni più favorevoli per riparare ai mali e promuovere il bene, senza provocare mali peggiori o non necessari» (G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, cit., 454-455). Lo stesso osservatore commenta: «quanto diversa questa interpretazione della legalità rispetto a quella, vent'anni prima, del maestro Zanobini!» A. SANDULLI, *Costruire lo Stato - la scienza del diritto amministrativo in Italia - 1800-1945*, Milano, Giuffrè, 2009, 242.

La delibera però non viene eseguita dal Ministero della pubblica istruzione che, con lettera dell'aprile 1958, esprime alla Facoltà il timore circa l'illegittimità di una richiesta di trasferimento votata a scrutinio segreto, vista la precedente pronuncia del Consiglio di Stato sul trasferimento a Roma di Tullio Ascarelli⁽²⁰⁾: secondo la quale (decisione della VI Sezione n. 499 del 22 giugno 1955⁽²¹⁾), dovendo il voto essere motivato, come prescritto dall'art. 3 del d.l.l. 5 aprile 1945 n. 238⁽²²⁾, «lo scrutinio segreto appare contrastante con la fisionomia, le esigenze e le

Il fondamento della chiamata di Miele inizia quindi a vacillare: verso quelle tradizioni di cui è desiderabile la conservazione, Miele ha già da tempo manifestato qualche insofferenza.

La distanza dal maestro è poi matura, se lo stesso piglio (ma più metodologico e su toni meno politici) traspare dal saluto, commosso ma risoluto, che Miele rivolge alla memoria di Zanobini. Premettendo la ferma convinzione che «i compiti della scienza non sono eguali in tutte le epoche, che ogni epoca ha i suoi problemi, anche nella scienza», Miele afferma che «con Zanobini si è chiuso un periodo di riflessione e sistemazione pacata di un sistema: sistemazione definitiva»; e con la sicurezza di chi si accinge a tracciare la linea di demarcazione conclude: «La fase odierna mostra che è tempo non di ripensamenti del già fatto, quanto di ricerca del modo più congruo di dare voce ed espressione al nuovo che si fa strada nella compagine sociale e statale del nostro Paese, senza soffermarsi al nudo dato normativo, ma arricchendolo con l'analisi e la critica della sua portata sulle manifestazioni della vita associata e individuale, e considerando perciò di questa i presupposti, le conformazioni, le necessità. Per questo gli strumenti di cui ci siamo finora serviti vanno resi più adatti ai compiti che incombono, se non pure sostituiti dov'è necessario» G. MIELE, *Guido Zanobini. In memoriam*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 524.

Tanto distacco però mal si concilia con la generosa attribuzione al maestro, di poche righe precedente, del merito di aver «gettato un ponte fra due epoche, [...] saputo preparare il passaggio [...]» (*ibidem*). Di generosità si tratta, viste staticità e passività della scienza del diritto amministrativo del tempo, e data la consapevole insofferenza verso la tendenza di una generazione, quella della c.d. postpandettistica, che ha percorso, soddisfatta, il cammino tracciato dalla scuola di Orlando, ma che ne ha esteso il tracciato lì dove, negli anni Trenta, non vi era più terreno. Un po' di ordine allora: Zanobini è stato chiaramente uno scienziato del suo tempo (si legga Giannini, *infra*, in nt. 42), e il devoto allievo deve precisarlo: e «se pure egli ha posto le premesse per l'edificazione di un passaggio ideale tra due epoche, quel ponte, tuttavia non ha neppure iniziato a varcarlo» (A. SANDULLI, *op. cit.*, 219). Nel ricordo del maestro, Miele sembra piuttosto immedesimarvisi, scambiando le personalità scientifiche, quasi dando a quella del maestro, che sente affine, un completamento che il prolungato allontanamento dall'Università non ha permesso.

Su figura e opera di Miele si veda ancora, *infra*, nt. 52.

⁽²⁰⁾ Sulla travagliata chiamata di Tullio Ascarelli alla Facoltà di Giurisprudenza di Roma si veda M. STELLA RICHTER jr., *Filippo Vassalli preside*, cit.

⁽²¹⁾ Si veda appendice, documento 4.

⁽²²⁾ Si veda appendice, documento 3.

finalità del procedimento in cui si sostanzia il voto della Facoltà». Ma l'invito a ripetere la deliberazione e, in generale, l'intera comunicazione del Ministero rilevano solo per il monito che esprimono (e che verrà ribadito in futuro), ma non hanno particolare incidenza nel caso della chiamata di Miele, poiché questi, con lettera del 5 giugno 1958 indirizzata al Preside, ha comunicato «che per circostanze sopravvenute [è] costretto a rinunciare all'ambita designazione»⁽²³⁾. La lettera di Giovanni Miele non viene allegata, non se ne riporta il contenuto nei verbali della Facoltà, né vi è modo di annotare un qualsiasi commento: si può supporre che Miele si trovi nel cuore di quella parabola ventennale⁽²⁴⁾ che lo porterà al progressivo ritiro dall'accademia.

Nulla quaestio, insomma, almeno per quel che riguarda la legittimità del procedimento di nomina. Si riaprono le danze.

La coreografia ruota attorno al dibattito sul metodo di votazione, più che sulle qualità dei due maggiori candidati rimasti a competere per coprire la seconda cattedra di diritto amministrativo (Giannini e Lucifredi). Interprete principale di questo momento è inizialmente Arturo Carlo Jemolo che, nel CdF del 15 luglio 1958⁽²⁵⁾, pur esprimendo riserve sulla bontà della tesi affermata dal Consiglio di Stato, afferma la necessità di piegarsi a quanto stabilito dai giudici⁽²⁶⁾: i

⁽²³⁾ Si veda appendice, documento 5.

⁽²⁴⁾ «[I]l ventennio che va dal 1946 al 1966, anno in cui si può dire si chiuda la sua parabola creativa» così in A. SANDULLI (voce a cura di), *Miele, Giovanni*, cit., 1344. Si veda, *supra*, nt. 19 e, *infra*, nt. 52.

⁽²⁵⁾ Si veda appendice, documento 6.

⁽²⁶⁾ Sul delicato tema della motivazione nelle chiamate per trasferimento, che non si può affrontare in queste righe, è interessante il pensiero dello stesso Jemolo, consegnato nel verbale della chiamata di Emilio Betti alla cattedra di diritto civile della Facoltà giuridica di Roma. È il 30 novembre 1946, e Jemolo «ritiene che l'attuale sistema del voto motivato per i trasferimenti a cattedre diversifichi da quello del concorso, nel senso che mentre nel concorso non è concesso considerare altri elementi all'infuori della capacità scientifica e didattica dei candidati ammessi al concorso, nel trasferimento le Facoltà possono tener presenti altri lati personali di chi chiede di essere ammesso nel loro seno. / Ritiene pertanto di restare nel sistema della legge dichiarando che vota contro la chiamata del Prof. Betti non soltanto perché non lo crede il didatta migliore in relazione alle esigenze della nostra studentesca così com'è formata, [ma] anche per il fatto degli articoli da lui scritti sul "Corriere della sera" durante il primo semestre del 1944. / Potrà sbagliare, ma egli pensa che il prendere partito per l'ideologia rappresentata dal nazifascismo contro quella rappresentata dalle nazioni alleate nel febbraio e nel maggio del '44, quando il nazismo aveva mostrato il suo volto più brutale, quando era noto che la sua vittoria avrebbe rappresentato la meditata e crudele distruzione di una razza, non sia cosa ascrivibile alle preferenze politiche, e neppure alla

colleghi non condividono e la Facoltà delibera per schede segrete. È, quindi, lo stesso Jemolo a suggerire che Giannini venga chiamato alla cattedra di scienza dell'amministrazione e a proporre l'ordine del giorno con il quale verrebbe deliberata la chiamata a Roma di Lucifredi, «avuto riguardo alla sua anzianità» (27).

Il consesso è spaccato, ma chiaro: l'o.d.g. non solo non ottiene la maggioranza, viene addirittura respinto: su diciassette votanti, nove sono contrari e otto favorevoli. Ora, se si ricorda che, fino al ritiro di Miele, Lucifredi è il primo degli *outsider* nella competizione per il posto, diventa molto delicato avanzare delle ipotesi sul perché Jemolo abbia rischiato la proposta di trasferimento proprio di Lucifredi, anziché dare corso, per così dire naturale, alla chiamata di Giannini. La fantasia, che spazia ingenua, potrebbe giocare sulla distanza politica tra Giannini (capo di Gabinetto del Ministro per la Costituente, chiamatovi dal so-

scolta tra due governi che si dichiarino entrambi legittimi, ma tocchi il dominio della morale. Che quel prendere partito implicasse, nel più benevolo dei giudici, una cecità morale, che è elemento di cui una Facoltà ha ben diritto di tenere conto» CdF del 30 novembre 1946 (fascicolo 6).

(27) Roberto Lucifredi (1909-1981) ha conseguito la libera docenza in diritto amministrativo nel 1935 e copre la relativa cattedra presso la Facoltà di Giurisprudenza di Genova dal 1948, stesso anno in cui viene eletto per la prima volta alla Camera dei deputati tra le fila della Democrazia Cristiana. Si ricordano *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali* (Milano, Giuffrè, 1941), i due volumi de *Le prestazioni obbligatorie in natura dei privati alle pubbliche amministrazioni* (Padova, Cedam, 1934-1935), la pubblicazione, con G. COLETTI, su *L'Assemblea costituente, che cosa è, che cosa dovrà fare* (Milano, Giuffrè, 1945) e la monografia sul *Decentramento amministrativo* (Torino, Utet, 1956). Roberto Lucifredi può essere inquadrato in una linea di sostanziale continuità con la tendenza della postpandettistica. Eloquentemente, in proposito, il pensiero di Lucifredi nel riconoscere a Oreste Ranelletti il merito di aver inaugurato «quel preziosissimo metodo delle teorie parziali, che permise di identificare nel *mare magnum* e disordinato della nostra legislazione positiva le varie figure tipiche di atti amministrativi, di fissarne con esattezza le caratteristiche, e di giungere a poco per volta, grazie ad una serie di astrazioni successive, a far emergere, attraverso le note comuni ai singoli atti, quei concetti di negozio giuridico di diritto pubblico e di atto amministrativo, che erano in precedenza del tutto ignoti» (*O. Ranelletti*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1956, 190). Va poi notato che l'opera di Lucifredi è molto considerata da Giannini, che nel 1942 pubblica (su *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Regia Università di Perugia*, LVI, 1942) una recensione su *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali* molto lusinghiera, ma nella sua chiarezza, anche significativa della distanza dei metodi: «l'adesione ai risultati di questa ricerca è condizionata [...] all'accettazione della premessa. Personalmente non credo di poterla accettare; la nozione di "contenuto" secondo me non ha validità scientifica, ma è una nozione empirica, o [...] che esaurisce la propria efficacia in un ambito meramente logico, senza neppure lasciare alla dogmatica giuridica residui di specie».

cialista Nenni) e Jemolo: ma così si verrebbe a ignorare l'articolazione sensibilissima e problematizzante della posizione politica di quest'ultimo. E poi i due hanno curato congiuntamente un fine e armonioso libretto su *Lo Statuto Albertino* (Firenze, Sansoni, 1946). Si può più verosimilmente ritenere che Jemolo, nel presentare l'o.d.g. considerato, abbia solo prestato la propria qualifica di giuspubblicista a una proposta avanzata da colleghi che con Lucifredi (più volte parlamentare della DC) una qualche affinità politica e di politica accademica potrebbero ben avere: sono quei membri del Consiglio che votano contro e che, nelle prossime sedute, continueranno a ostacolare la chiamata di Giannini: il processualpenalista Giovanni Leone, il processualcivilista Antonio Segni, Francesco Maria Dominedò (diritto commerciale e della navigazione, deputato alla Costituente per la DC) e Alfredo De Marsico (anch'egli processualpenalista, politicamente molto attivo nelle aree della destra). L'estraneità ai conflitti da parte di Jemolo si può poi evincere dall'imbarazzo argomentativo con cui spiega, poco più avanti, il sostegno a Giannini ⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ Rimane in ogni caso densa di significato la proposta di affidare a Giannini la cattedra di scienza dell'amministrazione, insegnamento che è parte della scienza politica e studia la pubblica amministrazione e la sua struttura burocratica in quanto attività di governo. Più precisamente, la scienza dell'amministrazione è insegnamento la cui istituzione risale alla seconda metà del diciannovesimo secolo, affiancandosi a quello del diritto amministrativo: la dottrina italiana, recependo gli insegnamenti di Lorenz von Stein, se da un lato ha accettato «la parola d'ordine dommatica (il cosiddetto metodo giuridico e costruttivo), [dall'altro], convinta per antica consuetudine [...] che oltre alla trattazione dommatica vi fossero altre cose da dire e da sapere sull'amministrazione, si ingegnò a costruire una scienza che le dicesse» (M. NIGRO, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 640). La disciplina acquisisce poi, durante gli anni Trenta del secolo scorso, progressiva autonomia dal diritto amministrativo: le tesi realiste e il metodo giuridico pur avendo avuto «un ceppo comune, quello della Scuola storica di Savigny, che costituiva il suo sistema sul rapporto tra Stato e popolo, [...] [successivamente] si erano andate separando, dando luogo ad un filone dogmatico, formalista, pandettista (quello del metodo giuridico) e ad uno realista, culla della moderna sociologia e della scienza dell'amministrazione» così A. SANDULLI (*Costruire lo Stato*, cit., 125). Denunciava, infatti, Orlando: «I cultori del diritto pubblico sono troppo filosofi, troppo politici, troppo storici, troppo sociologisti e troppo poco giureconsulti» (*I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, Modena, Università degli Studi, 1925, 4). Riassumerà così GIANNINI (*Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, 60): «Da principio prevalse — con molte varianti — l'indirizzo Romagnosi-Stein, che vedeva nella scienza dell'amministrazione una disciplina di analisi degli istituti amministrativi positivi sotto il profilo,

È dunque Carlo Esposito che prende la parola e che, nel corso della stessa seduta, presenta l'ordine del giorno con cui viene proposto il trasferimento di Giannini, «per qualità e novità dei campi esplorati e per la originale e illuminante analisi di vecchi e nuovi problemi del diritto amministrativo» ⁽²⁹⁾: con dodici voti favorevoli e cinque con-

diremmo oggi, giuridico-politico ed economico insieme. Poi invece prevalse chi volle separare nettamente la parte giuridica, e la scienza dell'amministrazione divenne la disciplina che studiava l'aspetto politico-sociologico-tecnico delle amministrazioni pubbliche, ossia il "non diritto". La maturazione di questa separazione evidentemente non è condivisa da Giannini, se questi, insieme alla domanda di trasferimento alla cattedra di diritto amministrativo di Roma, ha proposto, nel luglio del 1958, anche quella di trasferimento alla cattedra di scienza dell'amministrazione (per la quale rinuncerà a concorrere una volta ottenuto l'incarico per la prima — si cfr. nt. 12); ma è anche vero che più tardi (si veda il verbale riportato in nt. 48) si leggerà lo stesso Giannini — nel proporre che il posto riservato a scienza dell'amministrazione venga destinato a un'altra cattedra di diritto amministrativo — dichiarare che la scienza dell'amministrazione «non è che una *tecnica applicativa* riducibile ad un massimo di trenta lezioni e tale che può essere svolta» nel corso di diritto amministrativo (corsivo aggiunto).

Indipendentemente dalla vicenda relativa a questa disciplina, per quel che ora interessa, rileva il fatto che proporre un docente, alla fine degli anni Cinquanta, per la cattedra di scienza dell'amministrazione significa non considerarlo un giurista «vero e proprio». Significativo, in proposito, è un ritratto di Giannini, condiviso all'indomani della sua scomparsa: egli «era rimasto un isolato, criticato dai più per l'atteggiamento novatore. Aveva avuto difficoltà nella "carriera" accademica, prima quando voleva lasciare Perugia per Napoli dove, nel 1948, per l'insegnamento di Istituzioni di diritto pubblico alla Facoltà di economia e commercio gli venne preferito Mortati; l'anno successivo, per l'insegnamento di diritto amministrativo alla stessa Facoltà, quando gli venne preferito Sandulli e quando voleva lasciare Pisa (nel 1956 fece qualche tentativo per trasferirsi alla cattedra di Diritto amministrativo della Facoltà di scienze politiche di Roma; poco più tardi, per passare a Diritto amministrativo nella Facoltà giuridica milanese). [...] Ritenuto solo un teorico, lui che dell'osservazione minuta del diritto positivo aveva fatto una religione [...]» S. CASSESE, *Giannini, l'uomo e il lascito scientifico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 961.

⁽²⁹⁾ Un cambio dunque, e radicale, nella rotta scientifica (e politica) che si intende ora seguire. La posizione di Massimo Severo Giannini (1915-2000) infatti è poco o solo pretestuosamente comparabile con quella dei colleghi con cui compete (Lucifredi e Resta), i quali sono comprensibilmente annoverati tra quei giovani giuristi che, «pur fornendo un sicuro apporto alla scienza del diritto amministrativo, rimasero, tuttavia, tra il periodo fascista ed il secondo dopoguerra, esecutori di un disegno tracciato in altra epoca dai maestri e non più adeguato ai tempi», così A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, cit., 219-220. E ancorché si ribadisca che non è questa la sede per accennarvi, la figura del Giannini scavatore, misuratore e (de-)costruttore è già intuibile da alcuni fotogrammi. L'opera è iniziata negli anni Trenta: la «tendenza» postpandettistica, chiusa nella sistemazione della scienza, ha dimenticato la sistemazione del diritto e questo, sempre più storicizzato nelle sue manifestazioni positive, si è allontanato dalla

trari, la Facoltà delibera di proporre al Ministero della pubblica istruzione il trasferimento di Massimo Severo Giannini. Ha particolare rilievo la provenienza della proposta di trasferimento di Giannini a

neutralità e purezza della prima. «Allievo di Santi Romano, non segue i consigli del maestro [...] culturalmente insoddisfatto e [bisognoso] di capire i motivi e le radici della sua insoddisfazione, e anche gli strumenti per tentar di colmarla» (P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 228), Giannini si presenta «come Minerva armata dalla testa di Giove» (S. CASSESE, *Giannini e la rinascita del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 580) e si accinge a liberare nel mare i ghiacci di quell'«Antartide giuridica» (P. GROSSI, *op. cit.*, 225) che la postpandettistica ha consegnato alla sua generazione: il disgelo inizia con le pubblicazioni de *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione* (Milano, Giuffrè, 1939), «dove si fa gran conto di innovative e coraggiose teorizzazioni (per esempio, Gény) e si opera una decisa rivalutazione del ruolo dell'interprete e del momento applicativo nel processo di produzione della regola giuridica» (ID., *op. cit.*, 229-230), de *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione, concetto e problemi* (Milano, Giuffrè, 1939), opera questa che è «una vera e propria teoria dello stato» (S. CASSESE, *op. cit.*, 584), dotata di «un potenziale sovversivo rispetto alle tesi invalse sino ad allora, nonché rispetto al periodo politico del tempo» (A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, cit., 255); e con *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (in *Studi sassaresi*, XVIII, 1940), in cui utilizza «il copioso materiale raccolto per il volume sulla interpretazione e che stanno lì a provare la sua sete di radici storiche, la dignità metodologica in lui assolutamente costante che il diritto è figlio del tempo e di tempo si impasta e al tempo deve fedeltà» (P. GROSSI, *op. loc. cit.*), un vero e proprio programma metodologico che, «al contrario di quello di Miele, non rimase inattuato, ma che assorbì totalmente le energie del giovane studioso romano» (A. SANDULLI, *op. loc. cit.*); e ancora *Sulla consuetudine* (in *Riv. int. fil. dir.*, 1947, 89 ss.), *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi* (in *Riv. dir. sport.*, 1949, 10 ss.), *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici* (in *Atti del XIV Congresso internazionale di sociologia*, 1951, Roma, Tipografia Failli, IV, 455 ss.), *Autonomia (saggio sui concetti di autonomia)* (in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 851 ss.). Al 1950 risale la prima edizione delle *Lezioni di diritto amministrativo* (Milano, Giuffrè), nella cui intelaiatura «si fa i conti con la nozione di “ordinamento giuridico” [...] e vi circolano liberamente le liberanti nozioni di “indirizzo politico” e di “costituzione materiale”» (P. GROSSI, *op. cit.*, 300): è un'opera che incentra (l'oggetto dello studio de) il diritto amministrativo sul conflitto tra libertà e autorità — un'impostazione che più tardi (nel *Corso di diritto amministrativo* del 1965) Giannini stesso inquadra nel più appropriato contesto dello Stato liberale — ma dalla quale già si può riconoscere l'impianto del metodo realista, nello sviluppo del quale «parecchi simulacri venerabili vengono precipitati giù dai vecchi altari, per esempio il dogma indiscutibile della divisione dei poteri»; «l'impianto del diritto amministrativo è costantemente colto immerso nella sua positività. Giannini non è mai scrittore di prologhi in cielo, è — al contrario — un giurista che ha sempre ben presente il suo ruolo di interprete del diritto positivo. Solo che questo non è sentito come un dato assoluto, immobile perché immobilizzato in una scrittura, bensì come un dato storico sottoposto a un continuo divenire e a una continua trasformazione» (P. GROSSI, *op. cit.*, 300, 301).

Roma: Carlo Esposito, infatti, proprio insieme a Giannini e Mortati, ha fondato due anni prima (1956) la rivista *Giurisprudenza costituzionale*. Nel Preambolo alla prima edizione si esprimono le idee di un programma di studio del diritto costituzionale come «realtà vivente, che deve essere colta nell'immediatezza delle molteplici manifestazioni nelle quali si spiega», secondo il quale la dottrina ha «il dovere [...] di porsi quale fattore operante della vita del diritto», nel proposito, «con il richiamo ai canoni più corretti della interpretazione della sistemazione, di far sì che non passino senza rilievo le deviazioni dai principi» (Preambolo). Pensieri, questi, che possono costituire il principio di un'argomentazione sulle affini sensibilità di Esposito e Giannini.

La decisione sostanziale sembra quindi essere maturata: ma si tratta, appunto, di un'apparenza. La procedura di votazione è infatti rimasta quella a scrutinio segreto: il Ministero quindi, con comunicazione del 20 ottobre 1958, ne censura il contrasto «con il principio più volte affermato dal Consiglio di Stato» in applicazione dell'art. 3, d.l.l. n. 238/1945.

La Facoltà si riunisce due giorni dopo, il 22 ottobre ⁽³⁰⁾ e il dibattito si infiamma: all'invito alla ragionevolezza avanzato da Asquini — che propone di rivolgere alle autorità competenti una modifica della norma citata «in maniera che la Facoltà sia libera di votare per schede segrete», ma di adeguarsi nel frattempo alle decisioni del Consiglio di Stato — corrisponde la minacciata astensione di Santoro-Passarelli (che preferisce non intervenire «per non rendere più difficili le decisioni della Facoltà») ma soprattutto la contrarietà di Leone alla rinnovazione della deliberazione di chiamata (non in quella seduta almeno — prima bisognerebbe deliberare su un nuovo procedimento) condivisa da Dominedò, De Marsico e Volterra. «L'importanza della cattedra», «i superiori interessi della Scuola» e la «imminente riapertura del nuovo anno accademico» portano però la maggioranza del consesso a concordare un'immediata rinnovazione della deliberazione. È ancora Jemolo a presentare l'ordine del giorno, ma questa volta senza dare all'anzianità «un valore rilevante», e propone conseguentemente di deliberare il trasferimento di Giannini alla seconda cattedra di diritto amministrativo. Ma su una base di ventidue votanti, con

⁽³⁰⁾ Si veda appendice, documento 7.

solli undici voti favorevoli ⁽³¹⁾, due contrari (Leone e Segni che si dichiarano «favorevoli alla chiamata di Lucifredi») e tre astensioni (De Marsico, Dominedò e Volterra — quest'ultimo «per ragioni di principio relative alla forma di votazione»), la maggioranza non viene raggiunta ⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ Ovvero con i voti di Branca, Esposito, Nicolò, Morelli, Cesarini Sforza, Papi, De Francisci, Del Giudice, Asquini, Jemolo, Calasso.

⁽³²⁾ A margine è da notare che, nel frattempo, ha presentato domanda, ma fuori termine, anche Pietro Gasparri: la sua candidatura però non sembra mai venire in considerazione, così come, d'altronde, quella di Raffaele Resta.

Pietro Gasparri (1910-1970) ha ottenuto la libera docenza di diritto corporativo nel 1937, con incarico a Parma prima e a Pisa poi. Tra le opere, si ricordano *L'invalidità successiva degli atti amministrativi* (Pisa, 1939), *Studi sugli atti giuridici complessi* (Pisa, Nischi-Listri, 1939), *L'amministrazione consultiva* (Pisa, Nistri-Lischi, 1942), *La causa degli atti amministrativi* (Pisa, Arti grafiche Pacini Mariotti, 1942). Si veda ancora, *infra*, la relazione di Giannini (nt. 54) sul Gasparri candidato, pochi anni dopo, a una nuova cattedra di diritto amministrativo: una relazione, come si noterà, molto obiettiva e da cui non si può rilevare la probabile inimicizia intercorrente tra i due, che viene invece documentata nell'epistolario dello stesso Gasparri: «Francamente ciò che io riconosco nel confronto fra me e l'amico Massimo Severo è il dato storico della sua maggiore anzianità accademica, anche se di età sono più anziano io. / Sfido io: non sono mica figlio di un senatore del regime! / Sono un povero provinciale che è arrivato senza guida e senza maestri e senza appoggi, non so come; forse perché al tempo delle grandi ingiustizie c'era più giustizia di ora. Ma anzianità a parte, sul piano scientifico credo di aver diritto almeno a un giudizio di parità; e sul piano umano spero che tutto militi a mio favore», C. LANZA (a cura di), *Pietro Gasparri. Corrispondenza accademica 1948-1968*, (Perugia, Margiacchi-Galeno, 2009), 73. Sul piano scientifico, invece, il distacco tra Giannini e Gasparri può essere colto dalla lettura di alcuni estratti della recensione di GIANNINI (in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 653 ss.) al *Corso di diritto amministrativo* di Gasparri (Bologna-Padova, Zuffi-Cedam, 1953-1956): un'opera connotata da un «estremo dogmatismo» e il cui oggetto «si direbbe sia non il diritto amministrativo positivo italiano, ma un diritto amministrativo di un ordinamento indefinito, che [...] si potrebbe pensare anche appartenere a questo mondo, se l'implausibilità delle stesse nozioni usate per indicare i suoi difetti non ci rispingesse subito verso l'inconosciuto»; «la costruzione e la contemplazione di un ordinamento amministrativo puro, fuori del tempo e dello spazio, sono ammissibili. Solo che non sono il diritto amministrativo della Repubblica italiana. Se l'opera di Gasparri fosse stata offerta alla nostra meditazione come nuovo saggio di una teoria pura della pubblica amministrazione, sarebbe stata perfettamente accettabile. Ciò che non mi par giusto è che lo studente debba sapere che nell'ordinamento sublunare vi sono venti vizi di incompetenza, sei vizi dell'oggetto, undici vizi relativi all'evento, nove relativi agli elementi estrinseci, e così via [...], ma non abbia chiaro perché il Consiglio di Stato [...] ritiene invece che nell'ordinamento italiano il vizio di legittimità dell'atto amministrativo sia uno solo»; avverte, però, Giannini: «si può dissentire da quello che in essa si dice, così come se ne può respingere totalmente il metodo e l'impostazione; ciò che non

Una settimana dopo, il 29 ottobre, si registra una nuova agitata riunione ⁽³³⁾. Secondo Dominedò la cattedra di diritto amministrativo andrebbe assegnata a Lucifredi, e quella di scienza dell'amministrazione a Giannini. Leone (a cui si associa Segni) dichiara di rinunciare al suo sostegno a Lucifredi «al fine di concorrere alla formazione della maggioranza ed anche in considerazione del modificato giudizio del prof. Jemolo». Questi, infatti, nel presentare l'ordine del giorno della seduta precedente, ha sì abiurato al criterio dell'anzianità (sul quale pure ha fondato l'infelice ordine del giorno del 15 luglio e la coerenza al quale porterebbe — si inferisce — alla preferenza per Lucifredi) ma non ha argomentato questo cambio di posizione: ciò che si accinge a fare in questa seduta, nel presentare ancora una volta l'ordine del giorno, facendo verbalizzare quanto segue: «[O]ra come in passato, astrarrà sempre dal fattore anzianità nelle chiamate a cattedra. Questo in quanto in tutte le nostre leggi l'elemento dell'anzianità è preso in considerazione per impieghi che non sono quelli di rango più elevato mentre in tutte le nomine ad alte cariche dello Stato o ad impieghi di un rango elevato, se ne prescinde. Riterrebbe che possa perciò umiliare le cattedre romane dare un valore per le chiamate ad esse all'anzianità». E precisa: «[L']apparente contraddittorietà del suo contegno deve essere intesa come applicazione del principio democratico in omaggio al quale ci si deve piegare all'opinione della maggioranza, che in definitiva si era già manifestata nella seduta del 15 luglio scorso».

Si può procedere finalmente alla votazione (palese) e con il solo voto contrario di Dominedò, l'ordine del giorno Jemolo viene approvato e la richiesta di trasferimento di Giannini inoltrata al Ministero.

A margine, in quella stessa seduta, Francesco Calasso viene confermato Preside, con voto unanime ⁽³⁴⁾.

La tarda notificazione della delibera a Lucifredi, però, e i trenta giorni che, *ex art. 3 del d.l.l. n. 238/1945*, devono decorrere da quel momento prima di darvi esecuzione, non permettono di disporre il trasferimento di Giannini entro i termini di cui alla legge 29 gennaio

si può fare è ignorarla, e volerla sommariamente accantonare, come deviazione bizzarra da una non ben definibile ortodossia».

⁽³³⁾ Si veda appendice, documento 8.

⁽³⁴⁾ Francesco Calasso ha ottenuto il primo mandato il 14 novembre 1955, avvicinandosi a Filippo Vassalli.

1951, n. 22 ⁽³⁵⁾: è questo il contenuto del telegramma firmato dal Ministro Moro e presentato alla Facoltà riunita in Consiglio il 19 dicembre 1958. Per fare ricorso all'art. 1-*bis* della citata legge, la Facoltà deve deliberare nuovamente «prospettando circostanze eccezionali che giustifichino [l'] adozione [del] provvedimento [di] trasferimento [del] prof. Giannini posteriormente [al] termine normale ultimo [del] 15 dicembre e non oltre [il] 1° febbraio 1959» ⁽³⁶⁾. La Facoltà provvede così a inoltrare al Ministero la richiesta di trasferimento di Giannini, «per circostanze eccezionali».

Il 19 febbraio 1959, il Preside Francesco Calasso saluta il Professor Massimo Severo Giannini «che per la prima volta [partecipa] al Consiglio di Facoltà» ⁽³⁷⁾.

2. È finalmente conclusa la procedura di chiamata per trasferimento alla seconda cattedra di diritto amministrativo, aperta nel giugno del 1957.

Come detto, la cattedra di Massimo Severo Giannini, dunque, si affianca a quella di Guido Zanobini, che è rimasta nel frattempo in amministrazione controllata ma tacita. Quando Giannini, in altre parole, avvia i lavori della «sua» cattedra ⁽³⁸⁾, il titolare della prima

⁽³⁵⁾ Legge 29 gennaio 1951, n. 22, ratifica del decreto legislativo 2 marzo 1948, n. 161: «art. 1-*bis* – Le nomine e i trasferimenti di professori universitari hanno decorrenza non anteriore al 1° novembre e non posteriore al 15 dicembre. Il Ministro per la pubblica istruzione può tuttavia, su proposta delle Facoltà o scuole interessate, disporre, per circostanze eccezionali, i provvedimenti stessi entro il 1° febbraio».

[La legge viene abrogata dall'art. 24 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133].

⁽³⁶⁾ Il telegramma è riportato nel verbale del CdF del 19 dicembre 1958 (fascicolo 10, 193-194).

⁽³⁷⁾ CdF del 19 febbraio 1959 (fascicolo 10, 212).

⁽³⁸⁾ Con la nomina di Raffaele Jusò a «assistente straordinario» (12 giugno 1959 e 5 marzo 1960), di Aldo Piras a «assistente ordinario» (7 ottobre 1960) e di numerosi «assistenti volontari in soprannumero»: si ricordano, nel periodo considerato, Nicola Melito e Parolo Maniglio (22 aprile 1959), Francesco Maria Zappalà, Sabino Cassese e Federico Spantigati (8 aprile 1960), Giovanni De Cesare e Paolo Stella Richter (18 ottobre 1961), Franco Modugno, Renzo Necci e Maria Adelaide Venchi (20 giugno 1962), Francesco Pugliese (28 settembre 1968), Stelio Valentini e Maria Rita Perez (24 novembre 1962), Giuseppe Minieiri (19 gennaio 1963), Francesco Zaccari, Filippo Satta e Mario Sanino (25 maggio 1963), Gaetano Lepore, Giancarlo Coraggio, Paola Marconi, Valeria Mazzareli, Loreta Santucci (23 marzo 1964), Giuseppe De Fina, Nicola Carnavale, Giorgio Frasca, Giovanni Verbari (12 aprile 1965).

rimane Zanobini: le due cattedre si affiancano e convivono. Ma per poco.

Circa un anno dopo (l'8 aprile 1960), in apertura di CdF, il Preside comunica «che il Collega Guido Zanobini — ordinario della 1a cattedra di Diritto amministrativo — è collocato fuori ruolo dal 1° novembre 1960 al 31 ottobre 1965»⁽³⁹⁾. La comunicazione è priva di qualsiasi argomentazione o commento: la Facoltà prende atto. L'ingenuo lettore del verbale deve attendere due anni per vederne illuminati significato e implicazioni: nella seduta del 17 febbraio 1962 il Preside attribuisce al collocamento fuori ruolo la venuta meno della prima cattedra di diritto amministrativo e invita la Facoltà a voler confermare il carattere unico della materia: e la Facoltà conferma⁽⁴⁰⁾.

L'insegnamento viene così riassunto in un'unica cattedra: quella di Massimo Severo Giannini.

«Il lento esaurirsi delle forze vitali»⁽⁴¹⁾ di Guido Zanobini trova quiete il 7 agosto 1964, a Fregene. «Quasi nessuno sapeva dell'approssimarsi della fine, e non pochi la appresero più tardi, tornando alle

⁽³⁹⁾ CdF dell'8 aprile 1960 (fascicolo 10, 366).

⁽⁴⁰⁾ CdF del 17 febbraio 1962 (fascicolo 11, 257-259): «[Ordine del giorno n° 12] Varie - a) [...] b) Insegnamento di Diritto amministrativo, Diritto Civile, Diritto processuale civile. / Il Preside ricorda che, per gli insegnamenti di Diritto amministrativo, Diritto civile, Diritto processuale civile, già impartiti ciascuno con due corsi, è venuta a mancare la prima cattedra a seguito del collocamento fuori ruolo dei proff. Zanobini e Galgano e del decesso del prof. Vassalli; invita la Facoltà a voler confermare o meno il carattere unico di tali materie. / La Facoltà riconosce il carattere unico delle suddette materie e propone che il posto di assistente ordinario assegnato ad ognuna delle ex prime cattedre delle tre materie indicate venga riunito all'unico insegnamento che viene ora impartito. c) [...]».

La comunicazione va coordinata — e l'interpretazione è ardua — con la constatazione che il nome di Guido Zanobini continuerà a essere annoverato tra gli «assenti giustificati» ai successivi CdF e con le seguenti comunicazioni:

— CdF del 15 luglio 1961 (fascicolo 11,168-169): «[Ordine del giorno n° 6] Varie - Il Preside dà lettura della Rettorale in data 27 giugno 1961, che trasmette l'invito del Ministero a deliberare intorno all'attività didattica e scientifica che ai sensi delle vigenti disposizioni il prof. Guido Zanobini è tenuto a svolgere nella sua qualità di professore fuori ruolo. La Facoltà conferma che il prof. Zanobini continuerà a svolgere opera di guida nella preparazione delle dissertazioni di laurea da parte dei laureandi, nonché a curare la rielaborazione delle sue opere scientifiche».

— CdF del 14 ottobre 1963 (fascicolo 12, 109-110): «[Ordine del giorno n° 9] Varie - a) [...] Il prof. Guido Zanobini comunica che, per tutto il periodo in cui rimarrà nella posizione di fuori ruolo, parteciperà agli esami di profitto ed assisterà i candidati alla laurea nella preparazione delle tesi. La Facoltà approva [...]».

⁽⁴¹⁾ G. MIELE, *Guido Zanobini*, cit., 525.

proprie occupazioni dopo un improvviso divampare di calura che li aveva costretti a lasciare la città»⁽⁴²⁾. Ricorderà Miele: «Se n'è andato [...] in punta di piedi, come Gli veniva di fare in tutti i casi della Sua esistenza, schivo com'era del "mondan rumore", alieno dalle pose di ispirato, da ogni minima tentazione di vanagloria. Un uomo, che anche per questo ha fatto onore alla casta degli studiosi, dove così raramente il carattere, l'onestà e la modestia si alleano all'ingegno e alla dottrina»⁽⁴³⁾. Testimonianze queste che sembrano confermare quanto già l'osservatore si è potuto rappresentare da tempo: il problematico e imprevedibile involversi delle condizioni di salute di Zanobini, il riserbo e la lontananza della persona, hanno abituato la comunità della Facoltà alla assenza del maestro⁽⁴⁴⁾, e l'accordo dell'insegnamento del diritto amministrativo, con vacanze di cattedra più o meno dichiarate, è stato nel tempo arrangiato da allievi e colleghi.

3. Nel marzo del 1961 si è aperto intanto un complesso dibattito, in seno al Consiglio, sullo «sdoppiamento di quelle cattedre di materie

⁽⁴²⁾ M.S. GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini*, cit., 13, 16. Questo ricordo di Giannini, raccolto nell'articolo citato, apre l'edizione della *Riv. trim. dir. pubbl.* del 1965. L'edizione inaugura il nuovo frontespizio interno della Rivista, che così recita: «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico - Fondata da Guido Zanobini - Diretta da Giovanni Miele [/] Massimo Severo Giannini».

Nel ricordare il maestro, Giannini è severo nel registrare l'ormai matura archiviazione dell'indirizzo scientifico in cui Zanobini è vissuto: la (tendenza) postpandettistica, infatti, ha finito per incagliarsi nella secca di ideologie universalizzanti di fondo, in «concetti generali e universali; gli "istituti" sono invece dei diritti positivi. Ma basta conoscere i primi, per esser padroni dei secondi; anzi talora non val neppure la pena di star dietro ai secondi, perché tanto il diritto positivo varia!»; la scienza giuridica è stata così ridotta alla «elaborazione di un corpo di cifre astratte sulle quali vi è peraltro sempre un'ampia possibilità di ipotesi; per il resto è applicazione positivo del potente blocco di cifre». Ma è anche pacificatore e rassicurante nel ricordare — come ha fatto l'anno prima Miele (si veda, *supra*, nt. 19) — l'importanza di contestualizzare l'uomo e l'opera «nel suo ambiente storico giudico, solo così la si può valutare nella sua autenticità e nella sua interezza, e misurarne la grandezza: la riduzione a sistema armonico di un campo smisurato quale era quello della legislazione amministrativa, che essa è riuscita a dare, la colloca tra le massime produzioni giuridiche del suo tempo».

⁽⁴³⁾ G. MIELE, *Guido Zanobini*, cit., 523.

⁽⁴⁴⁾ Non sono pochi i casi in cui, nei verbali consultati, il nome di Guido Zanobini non compare né tra i presenti né tra gli assenti alla seduta considerata. Per una traccia dei travagli di Guido Zanobini si vedano le nt. 5 e 6.

fondamentali»⁽⁴⁵⁾. Disorganizzazione e affollamento dei corsi sono gli annosi problemi che la Facoltà vorrebbe affrontare: tra i corsi che contano più iscritti risaltano quelli di storia del diritto italiano, diritto civile e diritto penale (con 2505 studenti iscritti ciascuno) e diritto amministrativo (che ne conta 2250)⁽⁴⁶⁾. La posizione di Giannini sul tema è da subito chiara e determinata: si revochi la dichiarazione di vacanza della cattedra di scienza dell'amministrazione⁽⁴⁷⁾ e si rifletta sull'assegnazione di un posto di ruolo a una seconda cattedra di diritto amministrativo⁽⁴⁸⁾.

La riflessione così sollecitata tiene impegnato il Consiglio per le successive sedute, durante le quali si discute anche animatamente⁽⁴⁹⁾

⁽⁴⁵⁾ CdF del 7 marzo 1961 (fascicolo 11, 128-129), nel quale si sottolinea che la questione «ha carattere di assoluta urgenza».

⁽⁴⁶⁾ I dati vengono riportati in una comunicazione che la Facoltà rivolge al Ministero della pubblica istruzione, di cui si da atto nel CdF del 19 gennaio 1963 (fascicolo 11, 273).

⁽⁴⁷⁾ Il procedimento di nomina di un professore per quella cattedra è rimasto quiescente: sulla cronistoria delle relative delibere, nell'arco di tempo considerato da questo studio, si veda, *supra*, nt. 12.

⁽⁴⁸⁾ CdF del 15 maggio 1961 (fascicolo 11, 152 s.): «[Ordine del giorno n° 2] Modifiche di statuto - [...] Il prof. Giannini osserva che le proposte di sdoppiamento da lui avanzate sono condizionate alla situazione attuale dell'Università romana, dove talora gli studenti migliori e più diligenti sciupano le loro possibilità. / Su 1.600 studenti che sostengono l'esame di diritto amministrativo, ve ne sono 150 che vogliono uscire dall'Università sapendo il più possibile e chiedono pertanto maggior somma di insegnamenti nelle materie fondamentali. È di questa minoranza che bisogna occuparsi e non della maggioranza che non interessa scelga il corso più facile. / Per il diritto amministrativo in particolare occorre realizzare la possibilità di svolgere almeno tre programmi in due anni: uno comune a tutti sulla organizzazione e i procedimenti, uno di contenuto processualistico ed uno dedicato all'azione amministrativa. Gli studenti migliori li seguiranno tutti. Propone, pertanto, l'istituzione di una seconda cattedra di diritto amministrativo, che servirà anche ad alleggerire il peso degli esami. / In questo nuovo quadro sembra inutile destinare un posto di ruolo alla Scienza dell'amministrazione, la quale non è che una tecnica applicativa riducibile ad un massimo di trenta lezioni e tale che può essere svolta da uno dei due titolari di Diritto amministrativo».

⁽⁴⁹⁾ Si ricordano le perplessità tecnico-procedurali sollevate da Santoro-Passarelli (revoca della vacanza della cattedra di scienza dell'amministrazione e istituzione di una seconda cattedra di diritto amministrativo dovrebbero avvenire contemporaneamente) e l'invito all'adozione di un metodo nell'attuare gli sdoppiamenti da parte di Cosciani, di cui si riporta la posizione, messa a verbale nel CdF del 15 maggio 1961 (fascicolo 11, 152 s.): «La distribuzione dei posti di ruolo disponibili deve venire effettuata in modo da contribuire a risolvere il problema tipico della nostra Facoltà, che è dato dal numero eccessivo di studenti. A tal fine è necessario ridurre il quoziente del numero degli studenti rapportati ai docenti. Riduzione non formale ma sostanziale.

ma deliberazioni (tra l'altro non risolutive) non vengono adottate prima di due anni: è il 14 ottobre del 1963 quando la Facoltà, su proposta di Giannini, delibera di chiedere un posto di ruolo per lo sdoppiamento della cattedra di diritto amministrativo ⁽⁵⁰⁾.

Il 21 novembre 1964, circa tre mesi dopo la morte di Guido Zanobini, il Consiglio di Facoltà propone la dichiarazione di vacanza della seconda cattedra di diritto amministrativo e l'apertura del procedimento per la relativa copertura. Presenta domanda soltanto Gio-

Perciò si dovrebbe seguire i seguenti criteri: / 1° Priorità assoluta nell'assegnazione dei posti di ruolo alle materie fondamentali oggi prive di titolari; / 2° I posti ulteriormente disponibili andrebbero assegnati ai corsi biennali (tutti indistintamente, sia pure con la necessaria gradualità) che dovrebbero venire sdoppiati, assegnando ai due docenti due corsi d'iscrizione diversi da seguire da ciascuno di essi per l'intero biennio; / 3° Soddisfatte le due esigenze precedenti dovrebbero venire soddisfatte le materie annuali fissando un criterio di priorità preventivo (carattere d'insegnamento, anno di corso, ecc...) ma sempre in modo da dimezzare obiettivamente (ordine alfabetico del cognome) gli allievi tra i due docenti. / È nettamente sconsigliabile la seconda alternativa proposta: raddoppiare i docenti per ciascun insegnamento, dividendo il programma tra i due docenti. Se attuata, tale riforma pur assicurando indubbi benefici per i professori, per gli allievi si verrebbero a verificare i più gravi inconvenienti. / 1° Ciò significherebbe rendere più gravoso l'insegnamento, specie per materie già oggi pesanti. / 2° Renderebbe più difficile la frequenza destinata fatalmente a ridursi per l'incrociarsi nelle stesse ore di più insegnamenti. / 3° Creerebbe un problema insolubile per molti anni di aule insufficienti. / 4° Implicherebbe per gli studenti una perdita di tempo nella frequenza eccessiva scoraggiando ulteriormente la loro presenza. / Tale soluzione, che del resto può venire attuata oggi aumentando il numero di ore di insegnamento da parte dei docenti, senza chiamare nuovi titolari, creerebbe uno stato di confusione e di disagio, inevitabile, che solo da un punto di vista astratto e polemico, si può considerare superabile».

Cosciani tornerà a far presente la mancata definizione dei criteri guida per lo sdoppiamento delle cattedre vari anni dopo, in occasione del dibattito sullo sdoppiamento della cattedra di diritto internazionale e dichiarerà, evidentemente irritato, «che fino a quando non vi sarà un piano organico di sdoppiamento delle cattedre, voterà sempre contro ogni eventuale deliberazione del genere, contro ogni vacanza e contro qualsiasi chiamata a cattedre sdoppiate», CdF del 24 gennaio 1967 (fascicolo 13, 269-270-271).

⁽⁵⁰⁾ CdF del 14 ottobre 1963 (fascicolo 12, 97): «[Ordine del giorno n° 1] Comunicazioni del Preside - [...] Il Preside Comunica [...] che la Facoltà è stata invitata a far conoscere al superiore Ministero le proprie richieste relative ai posti di ruolo vincolati al raddoppiamento e a quelli di libera assegnazione disponibili per il prossimo anno accademico. La Facoltà delibera di richiedere un nuovo posto di ruolo per lo sdoppiamento della cattedra di Diritto amministrativo e un secondo posto di ruolo per nuova cattedra di libera assegnazione. La prima delle due suddette deliberazioni, concernente lo sdoppiamento del Diritto amministrativo è adottata su proposta del prof. Giannini e con la astensione del prof. Volterra».

vanni Miele del quale, nel CdF del 12 aprile 1965, dopo l'ordine del giorno presentato da Giannini, viene unanimemente chiesto il trasferimento alla Facoltà di Roma ⁽⁵¹⁾. Il conseguente provvedimento di trasferimento adottato dal Ministero il 12 ottobre 1965 viene però revocato: Giovanni Miele ha rinunciato alla chiamata, ancora una volta. I verbali dei CdF sulla questione sono sempre austeri: ancora una volta nessun allegato, nessuna spiegazione ⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ CdF del 12 aprile 1965 (fascicolo 12, 322-323): «[Ordine del giorno n° 3] Provvedimenti a cattedre. - [Situazione della 2a cattedra di diritto amministrativo e deliberazioni relative] Il Preside riferisce che ha presentato domanda soltanto il prof. Giovanni Miele. Il prof. Giannini presenta il seguente o.d.g.: / "Il prof. Giovanni Miele costituisce in questo momento una delle più sofisticate personalità di studiosi nell'ambito del diritto pubblico europeo. Muovendosi nell'ordine di concetti elaborati da Santi Romano e da Guido Zanobini, egli ha proceduto ad una molto originale rilettura del pensiero della scienza del diritto pubblico, in particolare del diritto amministrativo, apportando, su tutti i temi che hanno formato oggetto di suo studio, delle soluzioni di grandissimo interesse, che sono quelle alle quali di massima si attiene la giurisprudenza più recente: così in materia di funzione e di servizio pubblico, così in materia di successione tra enti pubblici, e così via. Per la varietà degli argomenti trattati e per la profondità dei suoi contributi, confermati dal noto volume generale 'Principi di diritto amministrativo', egli è da considerare persona sulla quale la Facoltà può riporre il più ampio affidamento come studioso e come docente." / La Facoltà, preso atto di tale o.d.g., astenuti i Proff. Santoro-Passarelli e Nicolò, delibera all'unanimità dei votanti di chiamare alla 2a cattedra di diritto amministrativo il Prof. Giovanni Miele. / I proff. Santoro-Passarelli e Nicolò dichiarano di essersi astenuti pure essendo favorevolissimi all'ingresso in Facoltà del Prof. Miele, perché in passato egli, dopo esser stato chiamato, non accettò il trasferimento».

⁽⁵²⁾ La complessità dell'uomo a questo punto può essere solo intuita, e in proposito di qualche ausilio può essere la comparazione tra la semplice lettura degli slanci programmatici che Miele ha condiviso nel saluto alla memoria di Guido Zanobini, e nel manifesto metodologico elaborato in *Umanesimo giuridico* (si veda, *supra*, nt. 19), e l'altrettanto basilica constatazione del successivo esaurimento delle forze creative: l'animosità dei primi avrebbe richiesto di far seguire le applicazioni. Giovanni Miele invece non darà attuazione al programma consegnato in quelle pagine, perché, come già accennato, si ritirerà progressivamente dallo studio del diritto amministrativo prima (dedicandosi a opere di diritto costituzionale — tra i primi contributi, *La regione nella Costituzione italiana*, Firenze, G. Barbèra, 1949) e dall'accademia in generale poi. Al diritto pubblico dell'economia Miele dedica tre scritti, «tra i primi contributi della scienza giuridica in questo settore» (A. SANDULLI, *Costruire lo stato*, cit., 243): si ricordano i *Problemi costituzionali ed amministrativi della pianificazione economica* (in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 782 ss.), un saggio che rappresenta «quasi un *unicum*, una felice parentesi, nella produzione di Miele, che non si [ripeterà] a quei livelli nelle ulteriori applicazioni degli intenti esposti nel 1945» (A. SANDULLI, *op. cit.*, 244). Miele tornerà con sicurezza a trattare temi «tradizionali» (fra gli altri, la risarcibilità degli interessi legittimi nel 1963, la giustizia amministrativa nel 1966). Nonostante quindi la

Il 12 dicembre 1966 ⁽⁵³⁾ si riunisce nuovamente il Consiglio: agli

chiamata per il rinnovamento della scienza giurispubblicistica, pare che il nuovo approccio «non collimasse pienamente con le sue naturali inclinazioni di studioso, più a suo agio sui terreni che consentivano uno svolgimento teorico-giuridico. Si determinò, dunque, uno scollamento tra i programmi e le conseguenti applicazioni, nel senso che queste ultime non furono all'altezza dei primi» (A. SANDULLI, *op. cit.*, 245). Conclude, lapidario, lo stesso autore: «Non si può dire che [Miele] sia stato considerato al medesimo livello dei grandi studiosi di fine Ottocento e primi del Novecento o di alcuni suoi contemporanei (ad esempio, di Giannini e di Benvenuti). Si può forse ritenere che egli sia venuto a mancare, sul piano scientifico, proprio nel momento più significativo del percorso accademico, quello in cui un grande maestro, in età di piena maturazione, volge lo sguardo indietro al fine di realizzare un'opera che possa indirizzare i posteri verso nuove prospettive e nuovi orizzonti. Si può rilevare che [Miele] quelle prospettive le abbia intuite e prefigurate, ma non ne abbia poi seguito in fondo le tracce. Sulle ragioni per cui ciò non si sia verificato possono farsi soltanto delle ipotesi. Da un lato, si può forse pensare che egli fosse comunque rimasto più legato, rispetto a Giannini o a Benvenuti, alla tradizione ed al metodo giuridico e, così, pur spingendo in modo significativo per l'innovazione degli studi, abbia finito per essere travolto dalla stessa. Dall'altro, però, più plausibilmente, si può forse azzardare che [Miele] [...] abbia semplicemente perso gradualmente entusiasmo per lo studio e la ricerca giuridica, fino al sostanziale silenzio dell'ultimo quarto di secolo» A. SANDULLI (voce a cura di), *Miele, Giovanni*, cit., 1346.

Si può ora comprendere l'ultimo fotogramma, espresso nelle parole S. CASSESE: «La verità, probabilmente, è che il ventennio di questo secondo dopoguerra, per un verso, si svolge nel segno della continuità: ideologie, metodi, tecniche, impostazioni, disegno delle opere non si allontanano molto dal periodo precedente. Per un altro verso, prepara un'epoca nuova della scienza: basti pensare che il ventennio si apre con una serie di opere che utilizzano fino in fondo le tecniche e le ideologie dell'epoca precedente, portandole ad un grado di raffinatezza mai raggiunto, e si chiude in un momento di crisi grave che induce taluni a tacere, altri ad un operoso lavoro di distruzione» (*Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1971, 58-59).

⁽⁵³⁾ Il 2 maggio di quell'anno, su invito di Jemolo, la Facoltà si è riunita in seduta straordinaria per mandare «un commosso pensiero al ricordo della giovinezza di Paolo Rossi, stroncato durante i disordini dei giorni scorsi in questo recinto, destinato a far conoscere ai giovani le più alte ragioni di vita», per deplorare «che l'Università sia stato teatro di ripetute scene di violenza», e per condannare «ogni tentativo di sopraffazione ed ogni manifestazione di intolleranza». Si rileva che «l'occupazione della Facoltà, pur determinata dall'emozione del momento, resta tuttavia un comportamento illegale e rischia di trasferire nella vita universitaria metodi di lotta e di pressione che non le sono consoni. [...] [L'] Università deve poter assolvere liberamente la sua funzione educatrice nei confronti di tutti i giovani, quali che siano le convinzioni.» Pur riconoscendo «che vi sono esigenze ed aspirazioni degli studenti meritevoli di comprensione e appoggio», si afferma che «la loro attuazione deve essere conseguita con metodi democratici nel rispetto della libertà, dell'indipendenza e della funzione dell'Università» e si ricorda «il principio costituzionale dell'autonomia dell'Università che deve esplicarsi su un piano di piena coerenza con i suoi fini e senza essere utilizzata da forze o da interessi esterni

atti ci sono le domande di Gasparri e Resta. In filigrana, le carte denunciano quasi perplessità: Giannini, riferendo sui due candidati, non esprime convinte preferenze né per l'uno né per l'altro e solo incalzato dichiara che «per ragioni di sola propensione scientifica» preferirebbe Gasparri. Risultato della votazione: Resta otto voti, Gasparri sette. Una maggioranza netta non è raggiunta e la Facoltà «dichiara chiuso il procedimento relativo alla chiamata per la seconda cattedra di diritto amministrativo»⁽⁵⁴⁾.

Il Consiglio è ormai provato dall'inconcludenza delle riflessioni su di una proposta avanzata ormai cinque anni addietro e, riunitosi nuovamente, approva (con i soli voti contrari di Cosciani e Satta) la richiesta di destinazione del posto, originariamente assegnato a una seconda cattedra di diritto amministrativo, a una seconda cattedra di diritto internazionale così istituita. E ciò alla luce del fatto che, «in ordine all'assegnazione della seconda cattedra di diritto amministrativo»

per fini che le sono estranei». Si auspica infine che «le dolorose vicende di questi giorni suonino ammonimento a quanti vivono e seguono la vita dell'Università e valgano a rinsaldare, nel comune lavoro, i rapporti fra tutte le categorie universitarie e non a dividere». «Firmato: prof. Arturo Carlo Jemolo, Rosario Nicolò, Guido Astuti, Gino Gorla, Michele Giorgianni, Giovanni Pugliese, Cesare Cosciani, Giovanni Antonio Micheli, Giovanni Leone, Vezio Crisafulli, Riccardo Orestano, Pietro Agostino D'Avack, Giuliano Vassalli, Edoardo Volterra, Francesco Santoro-Passarelli, Giorgio Oppo, Giuseppe Ferri, Antonio Lefebvre d'Ovidio, Massimo Severo Giannini, Giuseppe di Nardi, Pietro Gismondi, Sergio Cotta».

⁽⁵⁴⁾ CdF del 12 dicembre 1966 (fascicolo 13, 248-249-250). Si riporta l'estratto della relazione di Giannini sui due candidati: «[Il Prof. Giannini] rileva che trattasi di personalità di studiosi ambedue di indubbio rilievo, ma tra loro molto diverse per cui non è semplice una comparazione. Riferisce che Resta esordì subito con degli apporti scientifici, che all'epoca in cui apparvero, furono apprezzati e accolti con favore; che ha peraltro rallentato via via la sua laboriosità scientifica e didattica, anche perché per un certo tempo preso da altre attività; che per il suo carattere affabile e amichevole sarebbe certo un attivo collega». Resta infatti, dal 1948 è stato molto impegnato nell'agone politico: da deputato della DC ricoprì vari incarichi e sottosegretariati. Quanto a Gasparri, su cui si veda *supra* nt. 32, Giannini «mette in rilievo come, diversamente dal Resta, la di lui produzione iniziale suscitò molte perplessità per un suo pronunciato logicismo; ma che col procedere del tempo il di lui pensiero si è decantato, tanto che oggi egli occupa una posizione personale nella giuspubblicistica contemporanea, per originalità e anche per laboriosità: per oggettività deve anche avvertire che, forse per la sua viva personalità, ha talora ingenerato dei malintesi con dei colleghi; reputa peraltro che anch'egli sarebbe da considerare un notevole acquisto per la Facoltà. Dopo aver risposto a domande di chiarimenti rivoltegli da vari colleghi, il Prof. Giannini conclude dicendo che, per ragioni di sola propensione scientifica, preferirebbe il Gasparri [...]».

vo si era potuta costituire l'unanimità sulla persona del prof. Miele, ma che la chiamata non ha avuto esito per la rinuncia di questi; che la successiva votazione ha visto una dispersione di voti; [e] che al momento attuale non vi sono condizioni oggettive che facciano ritenere possibile la formazione di una maggioranza su una qualche persona»⁽⁵⁵⁾. È il 24 gennaio 1967, il Preside è Rosario Nicolò.

APPENDICE

DOCUMENTO 1 – dal verbale del CdF del 26 novembre 1957 (fascicolo n. 10, pp. 66-67-68)

«[Ordine del giorno n° 2] Deliberazioni sulle domande di trasferimento alla cattedra di Diritto amministrativo.

[...] [H]anno presentato domanda i professori Massimo Severo Giannini – ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Pisa; Roberto Lucifredi – ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Genova; Giovanni Miele – ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Firenze; Raffaele Resta – ordinario di diritto amministrativo della Facoltà di economia e commercio dell'Università di Roma.

I professori d'Avack ed Esposito, tenuto presente il numero e la qualità dei concorrenti e la delicatezza di una deliberazione, propongono che si proceda preliminarmente ad una votazione d'assaggio.

Il prof. Santoro-Passarelli chiede che si proceda ad una regolare votazione.

Il prof. Asquini propone che, prima di procedere a questa votazione, la Facoltà si pronunci sulla opportunità di coprire la scienza dell'amministrazione.

Segue una discussione sulle diverse proposte, in seguito alla quale il prof. Branca chiede che si metta ai voti la proposta di addivenire alla votazione regolare. La proposta viene approvata a maggioranza per alzata di mano.

Si procede quindi alla votazione regolare, che la Facoltà ritiene, su proposta del prof. Santoro-Passarelli, debba essere fatta a voti segreti.

Si nominano scrutatori i proff. Nicolò e d'Avack.

La votazione dà il seguente risultato:

Votanti	n. 20
Miele	“ 11
Giannini	“ 7
Lucifredi	“ 1
Schede Bianche	“ 1

Non essendo stata raggiunta la maggioranza richiesta, la seduta è stata sospesa per alcuni minuti. Ripresa la discussione, il prof. Santoro-Passarelli propone che si proceda immediatamente alla seconda votazione. Si associa il prof. Arangio Ruiz. Il prof. Esposito propone che la votazione sia preceduta da una discussione che illumini la Facoltà. Si associano i proff. De Marsico e Calasso, il

⁽⁵⁵⁾ CdF del 24 gennaio 1967 (fascicolo 13, 269-270-271).

quale, dopo una replica del prof. Santoro-Passarelli, invita i professori di materie pubblicistiche, Jemolo ed Esposito, ad esprimere il loro giudizio sui due candidati in lizza che hanno avuto il maggior numero di voti. Aderisce il prof. Jemolo, che con concisa parola, descrive le caratteristiche dei due concorrenti.

Si passa quindi alla seconda votazione, con gli stessi scrutatori.

La votazione ha dato i seguenti risultati:

Votanti	n. 20
Miele	“ 11
Giannini	“ 8
Lucifredi	“ 1

Il Preside constata che la maggioranza non è stata raggiunta».

DOCUMENTO 2 – dal verbale del CdF del 28 gennaio 1958 (fascicolo 10, pp. 82-83-84)

«[Ordine del giorno n° 4] Deliberazioni sulle domande di trasferimento alla cattedra di Diritto amministrativo — Il Preside conferma l'esistenza delle quattro domande presentate dai professori Massimo Severo Giannini — ordinario di diritto amministrativo all'Università di Pisa; Roberto Lucifredi — ordinario di diritto amministrativo all'Università di Genova; Giovanni Miele — ordinario di diritto amministrativo all'Università di Firenze; Raffaele Resta — ordinario di diritto amministrativo della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Roma; ed apre la discussione.

Il professor Francesco Santoro Passarelli presenta il seguente ordine del giorno:

“La Facoltà, viste le domande di chiamata alla cattedra di diritto amministrativo presentate dai professori (in ordine alfabetico) M.S. Giannini, dell'Università di Pisa, R. Lucifredi dell'Università di Genova, G. Miele dell'Università di Firenze, R. Resta dell'Università di Roma; constata che trattasi di insegnanti tutti di provato valore, la cui posizione scientifica ed accademica è di prim' ordine; che dovendo effettuare una scelta, richiamato ogni elemento e così da un lato la varietà dei tre trattati, volta a garantire il dominio di ogni ramo della disciplina, e la persistente attività scientifica dei docenti, specie negli ultimi anni, da un altro le peculiari tradizioni della cattedra romana di cui è desiderabile sia conservato l'indirizzo, ed infine l'anzianità dei vari concorrenti, ritiene che la scelta debba cadere sul prof. Miele, e delibera pertanto di proporre il suo trasferimento alla cattedra vacante”.

La Facoltà è unanime nel ritenere che si debba procedere con votazione segreta trattandosi di valutazione comparativa, non essendo pertanto tale sistema di votazione in contrasto con la giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Sull'ordine del giorno prendono la parola tutti i presenti. Il prof. Segni si allontana per impegni improrogabili. Si passa quindi alla votazione per scheda segreta dell'ordine del giorno.

Vengono nominati scrutatori i proff. Branca ed Esposito.

Il Preside constata i seguenti risultati:

Votanti	n. 18
Favorevoli	n. 13
Non favorevoli	n. 2
Schede bianche	n. 3

Pertanto l'ordine del giorno è approvato a maggioranza e la Facoltà delibera di proporre all'On. Ministero della Pubblica Istruzione il trasferimento del prof. Giovanni Miele — ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Firenze — alla cattedra di diritto amministrativo presso questa Facoltà».

DOCUMENTO 3 – art. 3 del Decreto legislativo luogotenenziale 5 aprile 1945 n. 238, *Provvedimenti sull'istruzione superiore*

I voti delle Facoltà contenenti proposte di trasferimento a cattedre di ruolo debbono essere motivati, e di essi le Facoltà debbono dare comunicazione, oltre che al professore proposto per il trasferimento, anche agli altri professori che l'avessero richiesto con regolare domanda. Entro trenta giorni dalla ricevuta comunicazione questi ultimi possono presentare ricorso al Ministro il quale decide, sentito il Consiglio superiore.

In caso di motivazione contraddittoria o insufficiente o quando dai ricorsi presentati la deliberazione della Facoltà risulti manifestamente ingiusta o in contrasto con l'interesse degli studi, il Ministro della pubblica istruzione può, su parere conforme del Consiglio superiore, non dar corso al trasferimento ed eventualmente bandire il concorso per la cattedra vacante.

Sulle proposte di trasferimento il Ministro provvederà, quando vi siano terzi interessati, dopo che sia decorso il termine di trenta giorni indicato nel primo comma del presente articolo e nessun ricorso sia presentato o, in caso di presentazione di ricorsi, dopo la decisione sugli stessi.

DOCUMENTO 4 – Consiglio di Stato, sez. VI, 22 giugno 1955, n. 499 — De Marco (pres.); Rizzatti (est.) — *Rotondi c. Ministero della pubblica istruzione, Università di Roma e Ascarelli* (*)

«*Omissis*. — FATTO./ La Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma deliberava nella seduta del 16 luglio 1952 di chiamare il prof. Tullio ASCARELLI a coprire per trasferimento la cattedra di diritto industriale./ Il verbale con la motivazione allegata era approvato nella seduta del 24 ottobre successivo./ Il prof. Mario ROTONDI, che aveva anch'egli chiesto il trasferimento e che aveva riportato nove voti contro i tredici attribuiti all'ASCARELLI, presentò al Ministro contro la deliberazione di trasferimento un primo ricorso prodotto ai sensi dell'art. 3 del D. Legislativo 5 aprile 1945, n. 238; indi un secondo ricorso quando ebbe copia del verbale relativo alla seduta del 24 ottobre, da lui considerata come tentativo per integrare o rinnovare la deliberazione del luglio precedente./ Con nota 31 gennaio 1953 il Ministro comunicava al prof. ROTONDI che il Consiglio Superiore della P.I. aveva espresso parere negativo (cui il Ministro si uniformava), sulla considerazione che il ricorso previsto dalla menzionata disposizione andava limitato alle quattro ipotesi previste in via tassativa dalla Legge e che nella specie non sussisteva insufficienza o contraddittorietà di motivazione del voto della

(*) Estratto da M. STELLA RICHTER jr., *Filippo Vassalli preside*, cit. in nt. 1.

Facoltà./ Avverso il rigetto del primo ricorso e avverso il trasferimento del prof. ASCARELLI, il prof. ROTONDI ricorre, deducendo:

1°) Violazione e falsa applicazione dell'articolo 3 predetto; dei principi generali sul controllo di legittimità conseguenti al ricorso gerarchico; eccesso di potere./ Il ricorrente col suo ricorso aveva invocato il potere decidente del Ministro, potere che è esteso a tutti i vizi di legittimità e che è previsto dal I° comma dell'art. 3./ Nella fattispecie si è invece usata la più ristretta potestà di controllo *ex officio* attribuita dal secondo comma. Conseguentemente si è omesso di decidere sui primi tre motivi del reclamo e si è disposto il trasferimento in base a proposta della quale non è stata verificata la regolarità.

2°) Violazione dell'art. 18 del Regolamento Generale universitario, dei principi generali sulla incompatibilità e sulla astensione, incompetenza, eccesso di potere./ Date le necessarie interferenze per le deliberazioni, adottate nella stessa seduta, di conferimento delle cattedre di diritto della navigazione e di diritto industriale, il prof. de MARSICO, che aveva ragioni di astenersi per quanto concerneva la prima cattedra e che di fatto si astenne, avrebbe dovuto ritenersi incompatibile anche per quanto riguardava la deliberazione avente per oggetto la seconda cattedra.

3°) Violazione dello stesso art. 18, dell'art. 93 del T.U. sull'Istruzione Superiore, dell'art. 3 del D. Legislativo n. 238 del 1945; dei principi generali sulle deliberazioni collegiali e sulle condizioni del bando per la provvista della cattedra di diritto industriale, eccesso di potere./ Contrariamente al preannuncio dato, fu deliberata prima la assegnazione della cattedra di diritto industriale, indi della cattedra di diritto della navigazione. Lo spostamento importò sostanziali conseguenze, né la ragione addotta appare legittima./ Inoltre la domanda di partecipare alla scelta per la provvista di una cattedra non consente condizioni e riserve, quali la manifestazione di una preferenza.

4°) Violazione dell'art. 3 citato e dei principi generali sulla proposta e sulla sanatoria degli atti amministrativi; eccesso di potere./ L'obbligo di motivazione, richiesto esplicitamente dalla Legge, importa che la deliberazione debba dar atto dei titoli, dell'esame compiuto e soprattutto, delle ragioni di preferenza. Nella specie, invece, la motivazione si ritrova in un corpo aggiunto e posteriore e non è quindi motivazione, ma giustificazione. Il vizio non è causato dalle postume dichiarazioni emesse nella seduta del 24 ottobre, quando già il potere di proposta della facoltà era esaurito con l'avvenuto suo inoltro al Ministro./ Lo stesso difetto di motivazione è contenuto nel parere del Consiglio Superiore e nella decisione del Ministro./ Inoltre la votazione deve essere palese e non a scrutinio segreto.

5°) Ed eventuale. Violazione dell'art. 3 citato; eccesso di potere./ Se anche potesse costituire motivazione la giustificazione del voto stesa successivamente, essa sarebbe insufficiente e contraddittoria, come quella che riconosce che il ROTONDI ha dedicato larga e cospicua parte della sua attività al diritto industriale, ma preferisce altro candidato che non attesta essersi mai occupato di tale disciplina. Né vale sostenere che questo altro candidato si è più largamente occupato di diritto commerciale che comprende il diritto industriale, perché anche il ROTONDI si era largamente occupato di diritto civile, di teoria generale delle obbligazioni, ecc.

6°) Eccesso di potere per falsità della causa in relazione all'art. 3 ed all'interesse degli studi./ La ragione della preferenza accordata all'ASCARELLI, cioè la

sua preminente figura di cultore del diritto commerciale di cui quello industriale può considerarsi come un ramo, contrasta con la determinazione che ha condotto al distacco del diritto industriale ed al suo riconoscimento come insegnamento autonomo, con istituzione di apposita cattedra. E contrasta con l'interesse degli studi che, in quella occasione, era quello di assegnare il posto a chi più aveva contribuito allo sviluppo della nuova materia.

Con ampia memoria il prof. ROTONDI illustra e ribadisce le censure del ricorso.

Ad esso resistono il prof. Tullio ASCARELLI e il Ministero della Pubblica Istruzione che con memorie anch'esse diffuse e dettagliate controdeducono:

Sul primo motivo: -/ Il potere del Ministero non ha la sua radice nel controllo di legittimità, ma è un controllo di merito che non può essere eccitato, o meno, da ricorsi degli interessati che non sono ricorsi gerarchici. Però questo apprezzamento di merito, per rispetto alle autonomie, alle Università è limitato al campo delle quattro ipotesi contemplate dalla Legge e, nel caso che conduca a negare corso alla proposta, deve avere il conforme parere del Consiglio Superiore./ Osserva inoltre l'Avvocatura in linea di fatto che nella specie l'azione del Ministro è stata rivolta ad accertare che non sussistessero vizi di legittimità nella proposta.

Sul secondo motivo: -/ Il prof. DE MARSICO si astenne dal votare sulla proposta concernente la precedenza da darsi alle decisioni circa la cattedra di diritto industriale, unica votazione che potesse avere una qualche connessione con le deliberazioni relative alla cattedra di diritto della navigazione./ E comunque, dato l'esito della votazione, la sua partecipazione sarebbe stata irrilevante./ Inoltre l'obbligo dell'astensione ricorre solo quando il membro del Collegio abbia un interesse diretto ed immediato.

Sul terzo motivo: -/ Il Consiglio di Facoltà ha proceduto solo allo spostamento dell'ordine di trattazione di due argomenti che costituivano lo stesso punto dell'ordine del giorno; non ha effettuato una inversione dello ordine stesso, che pur sarebbe stata legittima. La deliberazione fu adeguatamente motivata. Comunque il prof. ASCARELLI avrebbe ugualmente conseguito la maggioranza necessaria per ambedue le cattedre./ Infine un candidato a due posti, legittimamente può esprimere la sua preferenza e la sua intenzione di optare per uno di essi.

Sul quarto motivo: -/ La materia della votazione è regolata non dall'articolo 18 del Regolamento, bensì dall'articolo 93 T.U. del 1933. Essendo prescritta la maggioranza assoluta dei professori di ruolo, è da escludersi la prevalenza del voto del Preside in caso di parità./ Sicché legittimamente la votazione si è effettuata per scrutinio segreto, trattandosi di questione riguardante persone./ Né sussiste il difetto di motivazione. Invero, in linea di fatto, va rilevato che la discussione si protrasse per almeno quattro sedute nelle quali le posizioni furono chiaramente individuate ed ampiamente motivate anche se le singole dichiarazioni dei componenti non furono verbalizzate. Il prof. de GREGORIO ebbe il compito non di formulare la motivazione, ma solo di stendere in termini tecnici le ragioni già formulate e manifestate dalla maggioranza nel corso della discussione, e la sua relazione formò parte integrante del verbale./ D'altronde, e in linea di diritto, le decisioni delle Facoltà presentano sostanzialmente più i caratteri della elezione che quelli della deliberazione in senso stretto. È quindi impossibile un esame e una comparazione analitica, né sussiste l'obbligo di elencare e valutare tutti i titoli./ Infine i resistenti sostengono che la motivazione non è contraddittoria e che la

proposta è conforme all'interesse degli studi. Invero la produzione scientifica del prof. ASCARELLI, che la Facoltà ha dichiarato a lei ben nota, contiene organiche trattazioni di diritto industriale. D'altronde è legittimo il convincimento che, malgrado l'autonomia didattica, quella scientifica della materia non debba essere accentuata./ Concludono i resistenti per il rigetto del ricorso.

DIRITTO/Ai motivi che attengono alla prima fase del procedimento amministrativo ("voto" e "proposta" della Facoltà), il ricorso premette una censura che colpisce la seconda fase del procedimento e cioè la deliberazione ministeriale di trasferimento. Senonché la Sezione, seguendo quello che appare essere l'ordine logico della discussione, prende direttamente in esame il motivo centrale attinente alla discussione e votazione del nome del proposto, e precisamente la questione sulla pubblicità o segretezza della votazione. Questione, questa, che è stata già in altra occasione proposta in ricorsi giurisdizionali e che, destinata a ripresentarsi ogni qual volta le Facoltà universitarie votano un trasferimento a cattedre di ruolo, abbisogna di un esplicito indirizzo da parte del Giudice Amministrativo. Al qual riguardo, e poiché è stata menzionata nel corso del giudizio la decisione 16 marzo 1954, n. 147, di questa Sezione su ricorso Università Trieste-GIACON, giova rilevare che la questione fu allora appena sfiorata, non essendo stata proposta specifica censura circa la forma della votazione. Lamenta ora il ricorrente nel n. 1 del quarto mezzo di ricorso che la votazione sia stata adottata a scrutinio segreto, anziché palese. La censura, sia pure per ragioni alquanto diverse da quelle prospettate nel ricorso, è fondata. Giova premettere che non vi sono specifiche disposizioni di legge che regolino la forma del voto nel campo che interessa la presente vertenza e cioè per quanto attiene alle deliberazioni per la scelta della persona destinata a coprire la cattedra universitaria. Già prima della discussione orale, infatti, il ricorrente nella sua memoria aveva riconosciuto che l'art. 18 del Regolamento universitario costituisce norma generale riguardante il funzionamento dei vari Organi collegiali dell'Università e non può trovare applicazione per quanto attiene alle proposte delle Facoltà per la copertura delle cattedre a mezzo di trasferimenti. Occorre pertanto risalire ai principi generali ed applicarli alla specie in base ad approfondito esame della norma portata dall'art. 3 del D.L.L. 5 aprile 1945, n. 238 che, insieme all'art. 93 del T.U. 31 agosto 1933, n. 1592, sull'Istruzione Superiore, regola la materia in esame. Un principio generalissimo disciplina la formazione della volontà degli organi collegiali amministrativi ed è quello della votazione palese. Esso è inteso a valorizzare il senso di lealtà e, più ancora, di responsabilità dei membri dell'organo collegiale, perché la somma delle volontà individuali può riflettere la astratta volontà dell'organo solo quando la volizione del singolo sia espressa in intima concordanza col suo giudizio interiore e con la piena coscienza di concorrere a formare una volizione superiore. Principio pur esso generale, ma gradato rispetto al primo, è quello del voto segreto. È superfluo a questo proposito menzionare il complesso delle norme positive (art. 298 L. com. e prov. del 1915; art. 276 stessa Legge del 1934, ecc.) che rende obbligatoria la segretezza per tutte le questioni riguardanti le persone. Questa forma di votazione, al contrario della prima, intende assicurare i fini di libertà e sincerità del voto attraverso la sminuzione della responsabilità individuale, come mezzo più atto ad assicurare la rispondenza del voto alla intima volontà del votante. È chiaro che la Facoltà in quella deliberazione doveva risolvere una questione di persone: una volta deliberato di coprire la cattedra vacante mediante

trasferimento, si trattava di scegliere la persona che dava maggiori affidamenti per lo interesse degli studi. E non vi è dubbio che il voto avrebbe dovuto essere segreto, se la particolare fisionomia data dalla Legge e dalla giurisprudenza alla proposta della Facoltà non imponesse implicitamente, ma inequivocabilmente la pubblicità nella votazione. Invero, il menzionato art. 3 del D.L. 5 aprile 1945, n. 238, prescrive che il voto debba essere motivato. Anzi il secondo comma dell'articolo stesso insiste sulla congruità e sufficienza della motivazione, concedendo radicali rimedi quando questa sia contraddittoria o insufficiente e quando risulti l'ingiustizia e l'inopportunità della proposta. Non dunque una motivazione generica, ma una motivazione specifica ed esauriente deve reggere la proposta dell'Organo universitario. Sulla base di questa e di altre statuizioni dello stesso art. 3, il Consiglio di Stato in sede di Adunanza plenaria (dec. n. 21 del 10 dic. 1953) ha anche riconosciuto che la posizione di tutti coloro che hanno chiesto il trasferimento va preventivamente vagliata e discussa e confrontata, in modo che la Facoltà, nel corso della discussione e prima di determinarsi in un senso o nell'altro, acquisti ogni elemento di giudizio e lo valuti e lo soppesi, sia singolarmente, sia in unione con ogni altro, di guisa che la formale votazione verta su un oggetto dai lineamenti ormai ben definiti e il voto dei singoli si eserciti su elementi ben chiariti e su proposte ragionate, si siano o meno così tradotte in precisi ordini del giorno. Una formale motivazione potrà, in ipotesi, essere stesa successivamente all'esito della votazione, ma è certo che essa non deve costituire una semplice e tardiva giustificazione di un voto, ma deve riflettere quelle ragioni della scelta che furono espresse prima del voto; che, anzi, lo determinarono. È nota la differenza fra Collegio perfetto e Collegio imperfetto. Ma nella specie i consultori di collegio perfetto, vengono accentuati e, si direbbe, esasperati, poiché, e per l'eminente personalità non solo dei componenti il Collegio, ma anche degli eligendi, e per l'alto livello delle questioni da trattare e degli apprezzamenti da fare la discussione della materia, l'accertamento e lo acclaramento preventivo delle ragioni della scelta prevalgono sul successivo voto formale. In questa situazione e malgrado le acute osservazioni fatte in udienza dal valoroso patrocinio del resistente, lo scrutinio segreto appare contrastante con la fisionomia, le esigenze, le finalità del procedimento in che si sostanzia il "voto" della Facoltà. Si può intanto osservare che in un ambiente ristretto, quale quello universitario, una volta espresse le opinioni e svolta la discussione, il voto è ben conosciuto ed individuabile, anche se lo scrutinio formalmente sia segreto. Ma è decisiva comunque l'osservazione che lo scrutinio segreto può indicare la persona che è prescelta fra le varie concorrenti, ma non può dar conto dei motivi — come si è visto, richiesti dalla legge — per cui la Facoltà propone una persona, anziché un'altra. Se si vuole che la proposta della Facoltà esprima essa stessa le ragioni di una preferenza senza che tali ragioni siano ricercate in un momento successivo a mo' di giustificazione postuma, occorre che nel momento della votazione si accerti non solo la volontà dell'Organo di scegliere la persona, ma anche il giudizio su quella persona; di guisa che il voto individuale, contenente insieme una manifestazione di volontà ed una di giudizio, non può non essere manifesto. La Legge nel pretendere una specifica motivazione avverte che il "voto" della Facoltà è sostanzialmente un giudizio; e non è proprio dei giudizi collegiali l'essersi formati con votazioni segrete. Soccorre poi un'ultima osservazione. Può accadere, come è accaduto nella specie, che la stesura della motivazione sia affidata ad uno o più membri del Collegio dopo l'esito della votazione. Il che,

come si è visto più sopra, può apparire legittimo quando risulti che viene estesa una motivazione che è già stata valutata ed approvata dal Collegio in sede di votazione (ché altrimenti i motivi sarebbero personali all'unico o ai più estensori e non propri del Collegio). Ma se la votazione fosse effettuata a scrutinio segreto, non si potrebbe, almeno in teoria, conoscere il voto dei singoli membri; talché potrebbe avvenire che la stesura della motivazione venga affidata a chi, dissentendo dalla maggioranza, potrebbe meno degli altri sentire ed esporre le ragioni della scelta. A questo proposito è superfluo rammentare che è stata proprio una simile esigenza che ha ispirato l'articolo 118 delle disposizioni di attuazione del Codice di procedura Civile, per cui la scelta dell'estensore della sentenza è fatta fra i componenti il Collegio che hanno espresso voto conforme alla decisione. Queste ragioni inducono ad accogliere il ricorso, rimanendo assorbito l'esame delle altre censure. È fatto salvo ogni ulteriore provvedimento dell'Amministrazione./ Ricorrono giusti motivi per compensare le spese. *Omissis*».

DOCUMENTO 5 – CdF del 4 luglio 1958 (fascicolo 10, pp. 152-153-154)

«[Ordine del giorno n° 1] Comunicazioni del Preside.

[...] Provvedimenti relativi alla copertura della cattedra di Diritto amministrativo e di Diritto fallimentare.

Il Preside comunica che i provvedimenti adottati dalla Facoltà nella seduta del 28.1.58 relativi alla copertura della cattedra di Diritto amministrativo e di diritto fallimentare non hanno avuto corso da parte del Ministero della P.I. che con lettera del 15 aprile 1958, prot. 3034, rileva:

“che la Facoltà ha proceduto all'adozione di tale deliberazione mediante votazione segreta ritenendo che ‘tale sistema di votazione’ non sia in contrasto con la giurisprudenza del Consiglio di Stato. Al riguardo si deve fare presente che il Consiglio di Stato ha avuto modo — accogliendo il ricorso prodotto dal prof. Mario Rotondi avverso il trasferimento del prof. Tullio Ascarelli alla cattedra di Diritto industriale presso codesta Facoltà di Giurisprudenza — di pronunciarsi sulla funzione delle votazioni relative alle proposte di trasferimento dei professori universitari ed ha affermato il principio che, dovendo il voto essere motivato, come prescritto dall'art. 3 del d.l.l. 5 aprile 1945, n. 238, ‘lo scrutinio segreto appare contrastante con la fisionomia, le esigenze e le finalità del procedimento in cui si sostanzia il voto della Facoltà’ (decisione 499 — 31 maggio 1955 — 22 giugno 1955). Tale principio è stato anche recentemente confermato dal predetto Consesso nella decisione (n. 764 — Sezione VI — in data 11 luglio — 30 ottobre 1957) emessa sul ricorso proposto dal prof. Vittorio Pettinari avverso il trasferimento del prof. Oscar Armando Trivellini alla cattedra di ‘Patologia speciale chirurgica e propedeutica clinica’ nell'Università di Milano. Ciò premesso e tenuto conto di ogni opportuno elemento, [questa Direzione] ravvisa la necessità che codesta Facoltà di Giurisprudenza, in una prossima seduta, proceda ad una nuova votazione — in modo palese — sulla proposta di trasferimento del prof. Giovanni Miele alla Cattedra di diritto amministrativo”.

In relazione a tale principio, la Facoltà anzidetta dovrà procedere, per uniformarsi al criterio, alla rinnovazione anche della votazione effettuata — nella stessa seduta del 29 gennaio u.s. — per la copertura della cattedra di diritto fallimentare, quantunque, nella fattispecie, sia da escludere qualsiasi carattere di segretezza attesoché la proposta di trasferimento del prof. Giovanni Salvatore

Satta alla cattedra anzidetta, riportava 19 voti favorevoli su 19 professori presenti alla seduta stessa e votanti.

Il Preside comunica che aveva preparato una lettera di risposta al Ministero nella quale faceva rilevare che la Facoltà, per l'una e per l'altra deliberazione, ha provveduto alla votazione, sia pure con schede segrete, su ordine del giorno motivato e precedentemente discusso; che per l'una e per l'altra deliberazione è esclusa ogni possibilità di ricorso, non essendoci per il diritto fallimentare alcun controinteressato ed essendo, per il diritto amministrativo, decorsi i termini per il ricorso. Ma tale risposta non fu inoltrata in quanto il prof. Miele, con lettera del 5 giugno 1958, ha comunicato che per circostanze sopravvenute era costretto a rinunciare all'ambita designazione.

A seguito di tale lettera la risposta del Ministero è stata così modificata:

“In risposta alla ministeriale 3034 del 15 aprile u.s., che richiede alla mia Facoltà la rinnovazione delle deliberazioni di chiamata alle cattedre di Diritto amministrativo e di Diritto fallimentare da farsi con votazione palese in conformità alle recenti decisioni del Consiglio di Stato, mi permetto di fare osservare che, avendo il prof. Giovanni Miele rinunciato alla chiamata, risulterebbe solo da rinnovare la deliberazione per la cattedra di Diritto fallimentare: deliberazione fatta all'unanimità, in base a una sola domanda, su ordine del giorno motivato, presentato dal prof. Segni.

Io mi permetto perciò di rivolgere a codesta onorevole Direzione Generale, in nome della mia Facoltà, la viva preghiera di voler ritenere valida tale deliberazione e dar corso al trasferimento del prof. Satta, non ricorrendo nella sostanza dei fatti nessuna delle circostanze che hanno motivato la decisione del Consiglio di Stato.

Fiducioso nella comprensione piena di codesta on. Direzione Generale, invio i miei più deferenti saluti”.

La Facoltà approva e, su proposta del prof. Morelli, invita il Preside a volerne inviare al Ministero regolare estratto.

Il Preside invita la facoltà a volersi riunire nuovamente per rinnovare, a seguito della rinuncia del prof. Miele, la deliberazione di chiamata alla cattedra di diritto amministrativo.

La Facoltà delibera di riunirsi nuovamente il giorno 15 luglio alle ore 11».

DOCUMENTO 6 – dal verbale del CdF del 15 luglio 1958 (fascicolo 10, pp. 160-161-162-163)

«[Ordine del giorno n° 1] Comunicazione del Preside

Il preside legge la lettera di risposta al prof. Miele:

“Nella seduta di Facoltà del 4 luglio u.s. ho portato a conoscenza dei colleghi la sua lettera a me indirizzata in data 5 giugno u.s., nella quale dichiara di rinunciare alla chiamata per la seconda cattedra di Diritto amministrativo, deliberata da questa Facoltà nella sede del 28 gennaio c.a.

La Facoltà ne ha preso atto.”

La Facoltà approva».

«[Ordine del giorno n° 2] Deliberazione sulle domande di trasferimento alla cattedra di diritto amministrativo.

Hanno presentato domanda i proff.: Massimo Severo Giannini – ordinario di Diritto amministrativo dell’Università di Pisa; Roberto Lucifredi – ordinario di Diritto amministrativo dell’Università di Genova; Raffaele Resta – ordinario di Diritto amministrativo della Facoltà di Economia e Commercio dell’Università di Roma; e, fuori termine, Pietro Gasparri – ordinario di Diritto amministrativo dell’Università di Perugia.

Prima di aprire la discussione, il Preside invita la Facoltà a pronunciarsi sul sistema di votazione, richiamandosi ai precedenti della Facoltà e alle decisioni del Consiglio di Stato. Il prof. Jemolo esaminata la decisione della VI Sezione del Consiglio di Stato 22/VI/55 n. 499, la ritiene inequivoca nel senso di esigere il voto palese. Non è personalmente convinto della bontà della tesi affermata in detta decisione [...]. Ma ritiene che nella struttura dello Stato moderno anche gli organi che hanno alta competenza e prestigio (ed è fuori contestazione la competenza della nostra Facoltà ad interpretare una norma di legge) possano e debbano piegarsi a quanto hanno stabilito i giudici competenti.

Esprimono parere contrario i professori Santoro Passarelli, Volterra e Leone. Dopo ampia discussione, alla quale partecipano tutti i presenti, su richiesta dei professori Santoro Passarelli e Volterra, la Facoltà delibera di procedere alla votazione per schede segrete.

Il preside apre quindi la discussione sul provvedimento alla cattedra di Diritto amministrativo.

Il prof. Jemolo presenta un ordine del giorno, illustrandolo con un ampio giudizio comparativo su tutti gli aspiranti, e sottolineando in particolare l’opportunità che il prof. Giannini sia chiamato alla cattedra di Scienza dell’amministrazione per i suoi particolari titoli rispetto a questa cattedra.

L’ordine del giorno è del seguente tenore:

“Ritenuto che pur essendo degnissimi tutti i colleghi che hanno fatto domanda per la cattedra di Diritto amministrativo, emerge, in relazione alle caratteristiche tradizionali di questa disciplina ed alle sue strette connessioni con le altre branche del diritto pubblico, il prof. Roberto Lucifredi della Università di Genova, avuto riguardo alla sua anzianità;] [la Facoltà] delibera la sua chiamata alla cattedra”.

Segue la discussione sull’ordine del giorno, in seguito si procede a votazione a schede segrete. Vengono nominati scrutatori i professori Branca e d’Avack.

Aperte le schede il preside legge il seguente risultato:

Votanti	n. 17
Favorevoli	n. 8
Contrari	n. 9

Il preside constata che l’ordine del giorno è stato respinto. Il prof. Esposito, tenuto conto di questo risultato, presenta il seguente ordine del giorno:

“La Facoltà, preso atto che hanno chiesto di venire trasferiti alla cattedra destinata al Diritto amministrativo i professori Massimo Severo Giannini, dell’Università di Pisa, Roberto Lucifredi di quella di Genova e Raffaele Resta di quella di Roma; constatato che trattasi di insegnanti tutti di provato valore;

che dovendo tuttavia provvedere ad una scelta, sembra, dopo matura valutazione comparativa, preminente la posizione del prof. Massimo Severo Giannini

per qualità e novità dei campi esplorati e per la originale e illuminante analisi di vecchi e nuovi problemi del Diritto amministrativo:

Delibera di proporre il trasferimento del prof. Massimo Severo Giannini alla cattedra disponibile di Diritto amministrativo”.

Segue ampia discussione: dopo di che si passa alla votazione per schede segrete. Sono nominati scrutatori i professori Branca e d'Avack.

Il Preside constata che la votazione ha dato il seguente risultato:

Votanti	n. 17
Favorevoli	n. 12
Contrari	n. 5

La Facoltà delibera, pertanto, di proporre al Ministero della Pubblica Istruzione il trasferimento del prof. Massimo Severo Giannini dalla cattedra di Diritto amministrativo di Pisa alla cattedra di Diritto amministrativo presso la Facoltà giuridica romana.

Letto ed approvato seduta stante».

DOCUMENTO 7 – dal verbale del CdF del 22 ottobre 1958 (fascicolo 10, pp. 169-170-171)

«[Ordine del giorno n° 2] Rinnovazione della deliberazione di chiamata alla II cattedra di Diritto amministrativo su richiesta del Ministero della Pubblica Istruzione - Direzione Generale.

Il Preside legge la Ministeriale del 20.10.58 con la quale la Facoltà viene invitata a rinnovare la proposta della copertura della II cattedra di diritto amministrativo.

Il Ministero fa presente che la deliberazione, adottata nella seduta del 15.7.58 mediante voto segreto con la quale la Facoltà ha proposto il trasferimento alla seconda cattedra di Diritto amministrativo del Prof. Massimo Severo Giannini, è in contrasto con il principio più volte affermato dal Consiglio di Stato in merito alla procedura da seguire dalla Facoltà per il trasferimento di professori universitari.

Infatti il Consiglio di Stato ha riaffermato che l'art. 3 del D.L.L. 5.4.1945 n. 238 prescrive che il voto della Facoltà sia motivato per dar conto dell'iter logico seguito e della conclusione; la quale deve rilevarsi e dimostrarsi logica conseguenza delle operazioni effettuate.

Il Preside dichiara aperta la discussione e nell'occasione da lettura di una lettera del Prof. Santoro Passarelli, il quale, nella previsione che la Facoltà si adegui al disposto del Consiglio di Stato, ritenendo tale disposto contrario alla legge, dichiara di non intervenire alla seduta per non rendere più difficili le decisioni della Facoltà.

Il Prof. Asquini chiede che si faccia alle Autorità competenti una proposta di modifica dell'art. 3 del D.L.L. 5.4.1945 n. 238 in maniera che la Facoltà sia libera di votare per schede segrete e propone ai Collegi di volersi adeguare nel frattempo alle decisioni del Consiglio di Stato. Il Preside si associa.

Il Prof. Leone si dichiara contrario a che la Facoltà rinnovi oggi la deliberazione di chiamata alla II cattedra di Diritto amministrativo.

Il Prof. Nicolò dichiara che dato l'o.d.g. la Facoltà può e deve rinnovare la deliberazione di chiamata.

Il Prof. Esposito si associa proponendo che la Facoltà rinnovi la deliberazione adottando il sistema del voto palese.

Il Prof. Leone, sia in riferimento alla formulazione dell'o.d.g. sia in riferimento alla svolgimento del procedimento per la chiamata alla cattedra di Diritto amministrativo, ritiene che nella seduta odierna la Facoltà abbia il solo il potere di deliberare il nuovo procedimento di chiamata con votazione a scheda aperta oppure di insistere nella precedente deliberazione di chiamata del Prof. Giannini.

Poiché la prima ipotesi importa l'apertura di un procedimento del tutto nuovo, con influenza su tutto lo svolgimento del procedimento anche in relazione alla presentazione delle domande ed alla partecipazione del voto di membri della Facoltà, il Prof. Leone ritiene che se la Facoltà decidesse di non doversi procedere a un nuovo ruolo di votazione non potrebbe procedere nella seduta odierna e dovrebbe rimettere all'o.d.g. di una prossima seduta la votazione per scheda aperta.

Il Preside mette ai voti la proposta Leone.

Esprimono parere favorevole i Proff.: Dominedò, De Marsico, Volterra.

Il Preside dichiara non approvata la proposta del Prof. Leone, quindi, riaffermata la necessità non più deferibile che il Ministero provochi con provvedimento legislativo la modifica dell'art. 3 del D.L.L. 5.4.1945 n. 238 nel senso proposto dal Prof. Asquini, e riconfermando ancora una volta le riserve proprie e della Facoltà sulla decisione del Consiglio di Stato: in considerazione dei superiori interessi della Scuola mentre è imminente la riapertura del nuovo anno accademico, invita i Colleghi a voler rinnovare la votazione per la chiamata alla II cattedra di Diritto amministrativo. Ricorda che hanno presentato domanda i Proff.: Massimo Severo Giannini, Roberto Lucifredi, Raffaele Resta, fuori termine, Pietro Gasparri.

Il prof. Jemolo presenta il seguente ordine del giorno:

“Ritenuto che di fronte all'importanza della cattedra e tenuto conto che tutti gli aspiranti hanno una apprezzabile anzianità di cattedra, non si può dare all'anzianità un valore rilevante;

che possono aversi presenti invece anche le particolari esigenze della cattedra romana, che forma numerosi funzionari destinati a coprire uffici direttivi nelle amministrazioni statali: senza tuttavia dare valore decisivo a tali esigenze; che va considerata la varietà dei temi trattati dai vari aspiranti e la loro attività di produzione scientifica negli ultimi anni;

tenuto conto di tutti questi fattori, dopo matura valutazione comparativa, la Facoltà ritiene preminente la posizione del prof. Massimo Severo Giannini, la cui produzione illumina vecchi e nuovi problemi del Diritto amministrativo; e delibera di proporre al Ministero della Pubblica Istruzione il trasferimento del Prof. Massimo Severo Giannini dalla cattedra di Diritto amministrativo dell'Università di Pisa, alla II cattedra di Diritto amministrativo della Facoltà Giuridica romana”.

L'ordine del giorno viene messo a votazione.

Votano a favore i Proff.: Branca, Esposito, Nicolò, Morelli, Cesarini Sforza, Papi, De Francisci, Del Giudice, Asquini, Jemolo, Calasso.

Votano contro i Proff.: Leone e Segni dichiarandosi favorevoli alla chiamata del prof. Roberto Lucifredi.

Si astengono i Proff.: De Marsico e Dominedò. Il Prof. Volterra pur dichiarandosi pienamente favorevole alla chiamata del Prof. Giannini, si astiene per ragioni di principio relative alla forma di votazione.

Il Preside constata che l'o.d.g. non ha ottenuto la maggioranza richiesta (12 su 22).

La Facoltà delibera di riunirsi il giorno 29 ottobre alle ore 12 per deliberare nuovamente sulla chiamata alla II cattedra di Diritto amministrativo».

DOCUMENTO 8 – dal verbale del CdF del 29 ottobre 1958 (fascicolo 10, pp. 183-184-185-186)

«[Ordine del giorno n° 2] Rinnovazione della deliberazione di chiamata alla II cattedra di Diritto amministrativo.

[...] Il Preside riassume il contenuto della Ministeriale del 20 ottobre u.s., che invita la Facoltà a rinnovare la deliberazione con votazione palese, non avendo il Consiglio di Stato con ripetute decisioni ritenuto regolare la votazione per chiamata a cattedra fatta a schede segrete: e fa presente che in detta seduta la Facoltà, prendendone atto, aveva aderito con le più ampie riserve alla richiesta ministeriale, pur sulla questione di massima e solo per le superiori esigenze della scuola nell'imminente inizio del nuovo anno accademico.

Il Preside ricorda che, non essendo stato allora raggiunta la maggioranza richiesta per nessuno dei concorrenti, la Facoltà con deliberazione unanime aveva deciso di rinnovare la votazione nella seduta odierna.

Il Preside apre quindi la discussione ricordando che hanno presentato domanda i Proff.: Massimo Severo Giannini, Roberto Lucifredi, Raffaele Resta e, fuori termine, Pietro Gasparri.

Il Preside ricorda alla Facoltà che nella seduta del 15 luglio u.s. si procedette ad una approfondita discussione e votazione comparativa sui quattro concorrenti. Prende atto che la Facoltà ritiene acquisiti i risultati di tale discussione e votazione comparativa e che non ritiene necessaria una ulteriore discussione di merito.

Invita quindi i Colleghi a deliberare.

Il Prof. Santoro Passarelli dichiara che voterà per appello nominale lo stesso nome che votò a scheda segreta nella seduta del 15 luglio.

Il Prof. Dominedò ritiene che, dato il rapporto intercorrente fra il Prof. Lucifredi e il Prof. Giannini nella valutazione della rispettiva attività scientifica e didattica dei due valorosi studiosi, la cattedra di Diritto amministrativo debba essere assegnata al Prof. Lucifredi, salvo assegnare al Prof. Giannini la cattedra di Scienza dell'amministrazione.

Il Prof. Jemolo dichiara che ora come in passato, astrarrà sempre dal fattore anzianità nelle chiamate a cattedra. Questo in quanto in tutte le nostre leggi l'elemento dell'anzianità è preso in considerazione per impieghi che non sono quelli di rango più elevato mentre in tutte le nomine ad alte cariche dello Stato o ad impieghi di un rango elevato, se ne prescinde. Riterrebbe che possa perciò umiliare le cattedre romane dare un valore per le chiamate ad esse all'anzianità.

Il Prof. Leone dichiara che nelle precedenti occasioni ha votato per la chiamata di Lucifredi, ma adesso, al fine di concorrere alla formazione della maggioranza ed anche in considerazione del modificato giudizio del Prof. Jemolo dichiara di votare a favore del Prof. Giannini.

Si associa il Prof. Segni.

Il Prof. Jemolo chiarisce che l'apparente contraddittorietà del suo contegno deve essere intesa come applicazione del principio democratico in omaggio al quale ci si deve piegare all'opinione della maggioranza, che in definitiva si era già manifestata nella seduta del 15 luglio scorso. Presenta quindi il seguente ordine del giorno:

“Ritenuto che di fronte all'importanza della cattedra e tenuto conto che tutti gli aspiranti hanno apprezzabile anzianità di cattedra, non si può dare all'anzianità un valore rilevante; che possono aversi presenti anche le particolari esigenze della cattedra romana, che forma numerosi funzionari destinati a coprire uffici direttivi nelle amministrazioni statali: senza tuttavia dare valore decisivo a tali esigenze;

che la considerata varietà dei temi trattati dai vari aspiranti e la loro attività di produzione scientifica negli ultimi anni; tenuto conto di tutti questi fattori, dopo matura valutazione comparativa, la Facoltà ritiene preminente la posizione del Prof. Massimo Severo Giannini, la cui produzione illumina vecchie e nuovi problemi del Diritto amministrativo;

e delibera di proporre al Ministero della Pubblica Istruzione il trasferimento del Prof. Massimo Severo Giannini dalla cattedra di Diritto amministrativo dell'Università di Pisa, alla seconda cattedra di Diritto amministrativo della Facoltà Giuridica romana”.

Il Preside invita quindi i Colleghi a procedere alla votazione palese dell'o.d.g. presentata dal Prof. Jemolo.

Il Prof. Volterra protesta vibratamente contro la rinnovazione della votazione compiuta a schede segrete nello scorso luglio, votazione che aveva già dato esito favorevole al Prof. Giannini. Ritiene che tale rinnovazione sia contraria alla libertà del voto universitario e, nel caso particolare, alla dignità della Facoltà. Non di meno al solo ed esclusivo scopo di non prolungare uno stato increscioso alla scuola e per assicurare, sin dall'inizio di questo anno scolastico, alla Facoltà un collega che altamente stima, dichiara che darà il suo voto a favore del Prof. Massimo Severo Giannini, dichiarando però che con tale voto non intende assolutamente impegnarsi a che la procedura della votazione palese per le chiamate sia definita anche per l'avvenire.

Tutti i colleghi si associano a quanto ha detto il Prof. Volterra per quanto riguarda la procedura di votazione.

Si procede alla votazione per appello nominale.

Esprimono voto favorevole all'ordine del giorno presentato dal prof. Jemolo per la chiamata del Prof. Massimo Severo Giannini i Proff.: Del Giudice, Arangio Ruiz, Cesarini Sforza, De Francisci, Asquini, Jemolo, Ascarelli, Branca, Nicolò, Leone, Esposito, D'Arack, Morelli, Volterra, Santoro Passarelli, Del Vecchio, Segni, Papi, Calasso.

Esprime voto contrario il Prof. Dominedò che si dichiara favorevole alla chiamata del Prof. Lucifredi.

Il Preside constata che l'ordine del giorno Jemolo ha ottenuto la maggioranza richiesta (Presenti 20, favorevoli 19, contrario 1).

Letto ed approvato seduta stante».