

RIVISTA ITALIANA  
PER LE  
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

6  

---

2015



JOVENE EDITORE

PRESENTAZIONI  
E INCONTRI DI STUDIO

SOMMARIO: 1. Le grandi novità: campi inesplorati prima e innovazioni nello studio di vecchi problemi. – 2. Un metodo nuovo. – 3. Una trattazione innovatrice di tematiche tradizionali. – 4. Lo studio di campi inesplorati. – 5. Conclusioni: Giannini realista, sistematico, eretico, costruttivo.

### 1. *Le grandi novità: campi inesplorati prima e innovazioni nello studio di vecchi problemi*

Giannini fu chiamato nella Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza per l'insegnamento del diritto amministrativo nel 1958. La procedura – ben ricostruita da un giovane ricercatore nel n. 3/2015 della Rivista trimestrale di diritto pubblico, interamente dedicato a Giannini nel centenario della nascita<sup>1</sup> – fu lunga e difficile, con non poche opposizioni e con un certo distacco anche da parte di Zanobini, dovuto non solo alle sue assenze dal Consiglio di Facoltà per problemi di salute, ma anche alla preferenza che egli aveva espresso privatamente, in una lettera ad Ascarelli, per la chiamata di Miele, suo allievo prediletto. Alla fine fu proposta la chiamata di Giannini, con motivazione letta da Carlo Esposito: «per qualità e novità dei campi esplorati e per la originale e illuminante analisi di vecchi e nuovi problemi del diritto amministrativo».

Questo è un primo dato certo: la novità del diritto amministrativo di Giannini. Novità fatta di campi prima inesplorati e di rinnovamento nello studio dei problemi antichi. Novità di metodo e di tematiche.

### 2. *Un metodo nuovo*

Le novità nel metodo, problema antico, vengono rese esplicite nella splendida *Prefazione al Diritto amministrativo* uscito nel 1970, là dove Giannini scrive: «La scienza del diritto pubblico già da prima del 1940 si era smarrita nella selva del formalismo, e non aveva tro-

<sup>1</sup> N.G. CEZZI, *Le discusse chiamate alla cattedra romana di diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 3, 1007 ss.

vato chi [...] avesse avvertito che occorreva cominciarne una rilettura; non vi erano testi che ne rendessero trasparenti i problemi, o meglio vi erano testi dissociati, gli uni a contenuto politico e sociologico, gli altri a contenuto giuridico dogmatico. L'autore, anche perché veniva da un'esperienza intensamente vissuta, intese ricucire gli aspetti di sociologia e dogmatica, sì da poter fornire [...] un'interpretazione meno libresca del mondo in cui esistiamo, visto attraverso l'ottica del diritto pubblico»<sup>2</sup>.

Dunque, una «cucitura» tra sociologia e dogmatica, latamente intesa come costruzione concettuale delle categorie. Giannini fu allievo di Santi Romano, che veniva dalla Scuola di Vittorio Emanuele Orlando. È noto che Orlando aveva bandito le scienze sociali dalla sfera della scienza giuridica. Il cultore del diritto amministrativo non doveva essere «sociologista», ma «giureconsulto»<sup>3</sup>. Il metodo giuridico doveva essere puro, incontaminato<sup>4</sup>. Una purezza che avrebbe significato chiusura assoluta.

Di qui la strada era aperta verso una dogmatica rarefatta e formalistica, verso quella «selva del formalismo» di cui scrisse Giannini. Non tanto in Vittorio Emanuele Orlando e in Santi Romano, quanto nella dottrina successiva, almeno fino a metà del Novecento. Giannini, nei suoi *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* del 1940, sottolinea: «Nessuno vorrà negare [...] che noi abbiamo costruito una teoria dell'atto amministrativo la quale è applicabile sì e no a un terzo degli atti amministrativi che il nostro ordinamento conosce»<sup>5</sup>.

E sul metodo va ricordato anche un saggio importante del 1957 intitolato *Sociologia e studi di diritto contemporaneo* (Jus, 1957), in cui Giannini scrive: «La riezione ufficiale degli studi sociologici da parte dei giuristi conteneva in sé il pericolo di conseguenze disastrose per le stesse scienze del diritto, nella specie di riduzione di

<sup>2</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, I, V-VI.

<sup>3</sup> In tal senso V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Arch. giur.*, XLII, fasc. I, 1889; poi in V. E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, Giuffrè, 1954, 3 ss.

<sup>4</sup> Sul metodo in Orlando, Romano e Giannini si veda S. CASSESE, *Tre maestri del diritto pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

<sup>5</sup> Così M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII, 1940; poi in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, 2, 179 ss.: la frase citata nel testo è a 258.

queste – nelle ipotesi migliori – a calligrafie formali dei fatti della realtà»<sup>6</sup>.

Giannini, quindi, apre alle scienze sociali, ma senza scivolare in esse e nel descrittivismo che sovente ha caratterizzato gli studi sociologici. Vi deve essere una «autonomia dei due ordini scientifici»<sup>7</sup>. Egli, infatti, ha sempre conservato l'impegno nella costruzione concettuale. La combinazione, la «cucitura», tra sociologia e dogmatica ha garantito il superamento della concettuologia formalistica. E un'apertura al realismo.

Ma il metodo gianniniano non è solo una combinazione tra sociologia e dogmatica giuridica. È anche la considerazione della storia e del nesso indissolubile tra diritto amministrativo e diritto costituzionale. Dunque, un metodo ancor più ricco. La prima parte del *Diritto amministrativo* del 1970 è significativamente intitolata: «Premesse sociologiche, storiche e profili costituzionali». E l'attenzione per la storia e per il diritto costituzionale la si ritrova non solo nella parte introduttiva, ma nella trattazione di ogni istituto e di ogni problema.

Solo un simile metodo, così multiforme, può condurre a «precise analisi giuridiche del mondo reale delle pubbliche amministrazioni»<sup>8</sup>. Solo un simile metodo può consentire di vedere il diritto amministrativo in continuo movimento. Nei passaggi essenziali dallo Stato borghese allo Stato pluriclasse a fine Ottocento; nell'avvento dello Stato dirigista negli anni Trenta del Novecento; nelle maggiori aperture al dialogo tra amministrazione e amministrati nella seconda metà del XX secolo. Tutte trasformazioni magistralmente ricostruite da Giannini.

### 3. *Una trattazione innovatrice di tematiche tradizionali*

Le tematiche del diritto amministrativo erano rimaste, secondo Giannini, incomplete e non al passo con i tempi. Molta attenzione era stata dedicata allo studio della «posizione dei pubblici poteri, e del modo onde la loro attività assume giuridico rilievo nei confronti degli amministrati»<sup>9</sup>. In particolare, erano stati esaminati gli atti am-

<sup>6</sup> M.S. GIANNINI, *Sociologia e studi di diritto contemporaneo*, in *Jus*, 1957; poi in M.S. GIANNINI, *Scritti*, vol. IV, 1955-1962, Milano, Giuffrè, 2004, 118.

<sup>7</sup> M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 127.

<sup>8</sup> M.S. GIANNINI, *Postilla 1973 ai Profili*, cit., 270.

<sup>9</sup> M.S. GIANNINI, *Profili*, cit., 256.

ministrativi esternamente rilevanti (che gradualmente sono stati qualificati provvedimenti); le potestà attribuite alla pubblica amministrazione in nome di un interesse pubblico visto in modo unitario e indistinto; le garanzie offerte dalla giustizia amministrativa.

Occorreva innovare: nello studio dei vecchi problemi e con l'analisi di campi inesplorati.

Innanzitutto, si deve a Giannini una convinta declinazione del pluralismo, che ha condotto ad affrontare in modo nuovo tematiche tradizionali, come quella della potestà discrezionale della pubblica amministrazione. Il punto di partenza è che l'interesse pubblico al singolare non esiste. Esiste una pluralità di interessi pubblici, collettivi, diffusi, privati, messa in luce già negli studi giovanili. Particolarmente efficace, sul tema, quel che Giannini scrive nella *Prefazione* al suo *Diritto pubblico dell'economia* del 1977: «la giurisprudenza [...] è dominata da una concezione numinosa dell'interesse pubblico. Quando un giudice, specie civile, s'imbatte in un interesse pubblico, non dico che arretri spaventato, ma certo si ferma; mentre se andasse avanti, spesso si accorgerebbe che un interesse pubblico corrispondente a quel che immagina, un Giove signore dei fulmini e delle aquile, non c'è, non c'è mai stato. Ci sono invece tanti interessi pubblici [...] formano una sorta di Olimpo, e ciò che manca sono – almeno da noi – proprio gli dèi maggiori, come Giove, atti a tenere un po' d'ordine tra gli dèi di categoria, per natura tra loro rissosi. Appunto su questo Olimpo fatto di dèi talora prevaricatori, ma anche bonari, agresti, e finanche crepuscolari, si è voluta portare questa indagine»<sup>10</sup>.

Di tutti questi interessi la pubblica amministrazione deve tener conto quando è chiamata a decidere. La teoria gianniniana della discrezionalità è basata su questa premessa. La dottrina classica – sia in Germania che in Italia – aveva sostenuto che la discrezionalità amministrativa consisteva in una scelta sul se adottare o meno un provvedimento in nome del pubblico interesse e in attuazione della legge. Al contrario, Giannini – nella sua monografia del 1939 – sottolineò che il potere discrezionale consiste nel bilanciare i diversi interessi che stanno di fronte alla pubblica amministrazione, che li deve considerare tutti adeguatamente<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, 9-10.

<sup>11</sup> M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939.

Questa concezione pluralistica della discrezionalità è radicalmente innovativa. Da un lato, viene ad attribuire alla pubblica amministrazione un ruolo ben più rilevante di quello di mera esecutrice della legge: l'amministrazione diviene un potere tendenzialmente autonomo, che pondera interessi diversi e potenzialmente confliggenti. D'altro lato, l'amministrazione è tenuta a effettuare questa ponderazione non trascurando nulla, altrimenti il giudice amministrativo può ravvisare il vizio dell'eccesso di potere. È significativo che la teoria della discrezionalità amministrativa di Giannini sia nata proprio sulla base della giurisprudenza del Consiglio di Stato, soprattutto degli anni Trenta, sull'eccesso di potere.

Altre problematiche tradizionali sono state trattate in modo innovativo grazie alla concezione pluralistica. Una è quella della contrattualità amministrativa. Poiché le amministrazioni trovano dinanzi a sé una pluralità di interessi, esse non possono sempre agire con atti amministrativi unilaterali e imperativi, ma devono venire a patti con i portatori di quegli interessi. Di qui l'importanza fondamentale che Giannini riconosce ai contratti delle pubbliche amministrazioni e a misure negoziate di vario tipo, come accordi o convenzioni.

La dottrina tradizionale, abbagliata dal protagonismo che aveva voluto conferire all'atto amministrativo unilaterale, aveva relegato la contrattualità amministrativa dietro le quinte, riconoscendo spazio quasi soltanto agli appalti pubblici. Giannini, invece, considera la contrattualità un modo di amministrare che assume nella realtà crescente rilevanza. E sottolinea che i contratti, gli accordi, le convenzioni delle amministrazioni pubbliche sono retti ampiamente da norme di diritto comune, non di diritto amministrativo speciale. In ciò Giannini è vicinissimo alla tradizione del *common law*; e molto distante dalla dottrina francese, tedesca e spagnola, secondo cui i contratti pubblici sono dominati dal diritto amministrativo.

Altra problematica trattata da Giannini in modo innovativo è quella dei procedimenti amministrativi. Tematica che era nella tradizione legislativa – dalla legge sull'espropriazione in avanti – e giurisprudenziale ed era entrata nell'orbita di attenzione della dottrina abbastanza tardi, prima con Forti e poi con la fondamentale monografia di Sandulli del 1940<sup>12</sup>. Giannini, partendo dalle radici garantistiche della legislazione austriaca, pone in risalto i nessi tra procedi-

<sup>12</sup> A.M. SANDULLI, *IL procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940.

mento e pluralismo. L'amministrazione, nel decidere, deve tenere in adeguata considerazione tutti gli interessi in gioco, che sono portati in seno al procedimento amministrativo che precede l'adozione della decisione. Il nucleo essenziale del procedimento sta, dunque, nella partecipazione degli interessati al processo decisionale. Sotto questo profilo, emerge un collegamento forte con la contrattualità: negoziazione e partecipazione sono aspetti entrambi importanti del dialogo tra amministrazioni e amministrati.

Infine, può dirsi dei beni pubblici, altra tematica che affonda le sue radici nella tradizione più risalente. Giannini – anche in tal caso – offre una lettura nuova, realista e sostanzialista degli istituti giuridici. Non si appassiona alle categorizzazioni formali contenute nel codice civile del 1942 e guarda soprattutto all'*utilitas* e alla fruizione dei beni<sup>13</sup>. In particolare, alla fruizione collettiva. Quel che conta è che di alcuni beni di particolare rilievo sia assicurata una fruizione collettiva, indipendentemente dall'appartenenza formale del bene, sia esso di pubblici poteri o di privati. Il discorso può valere tanto per le spiagge, beni demaniali, quanto per i beni culturali o paesaggistici, che possono anche appartenere a privati. C'è un importante anticipo di quella che sarà la costruzione del concetto di beni comuni.

#### 4. *Lo studio di campi inesplorati*

Molti sono i campi nuovi arati da Giannini. Ci si limita qui solo ad alcuni esempi. Innanzitutto, le tematiche del diritto amministrativo dell'economia. Giannini scrive, nella sua *Postilla* del 1973 ai *Profili* del 1940, che gli amministrativisti – e non solo loro – avevano sostanzialmente ignorato le innovazioni che l'ordinamento aveva introdotto negli anni Trenta del Novecento e che riguardavano essenzialmente la regolazione dell'economia: la normativa sull'agricoltura; l'ordinamento bancario; la stabilizzazione dell'IRI; le autorizzazioni ai nuovi impianti industriali; le leggi sul commercio con l'estero; la disciplina valutaria.

Erano tematiche da tenere in massima considerazione, perché stavano cambiando il diritto amministrativo. Giannini si è costantemente occupato di amministrazione dell'economia. Può ricordarsi

<sup>13</sup> M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni, 1963.



che la sua prolusione nella Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza – una Facoltà sempre molto attenta, soprattutto allora (alla fine degli anni Cinquanta), alla dogmatica tradizionale – è dedicata proprio all'intervento pubblico nell'economia<sup>14</sup>.

Tematiche come quelle dell'ambiente o dei beni culturali sono state costruite *ex novo* da Giannini. Se ne potrebbero aggiungere tante altre. Ma su una è indispensabile soffermarsi: sulla problematica delle disfunzioni. Quasi nessun autore se ne era occupato. Giannini è stato attentissimo a individuare disfunzioni nell'organizzazione e nell'attività delle amministrazioni pubbliche. Si potrebbero ricordare: le insidie sempre presenti della turbativa politica sull'azione amministrativa; l'inefficacia di molti controlli amministrativi sulle attività private; i frequenti stalli decisionali. E anche una giustizia amministrativa che ha raggiunto altissime vette, ad esempio con la giurisprudenza sull'eccesso di potere come baluardo di libertà, ma ha sofferto anche di disfunzioni, soprattutto per un sistema di riparto delle giurisdizioni basato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, che Giannini definì «un autentico nonsenso»<sup>15</sup>. Gli aggiustamenti del criterio di riparto introdotti recentemente sono importanti, ma non hanno risolto del tutto le incertezze.

Giannini fu durissimo nel criticare le disfunzioni. Mai si è però limitato ad una critica distruttiva e ha sempre cercato di individuare soluzioni e rimedi.

##### 5. *Conclusioni: Giannini realista, sistematico, eretico, costruttivo*

Giannini, dunque, ci ha lasciato un diritto amministrativo nuovo, perché esteso a campi prima inesplorati e fondato su ricostruzioni innovative dei problemi della tradizione. Un diritto amministrativo in continuo movimento. Un diritto che deve sapersi modificare affinché si superino le disfunzioni cui è soggetto.

Dello studioso resta un'immagine di una ricchezza assai rara nel panorama giuridico: realista nel metodo; sistematico nella costruzione concettuale; eretico nella critica del sistema; costruttivo nell'indicazione dei rimedi.

<sup>14</sup> M.S. GIANNINI, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Rivista del diritto commerciale*, LVII, 1959; poi in M.S. GIANNINI, *Scritti*, vol. IV, 1955-1962, 581 ss.

Si sono volutamente tralasciati i ricordi personali, perché è bene che restino all'interno di ciascuno di noi e dei tanti studiosi e operatori del diritto, non solo amministrativisti, che si sono formati con lui. Si vuole soltanto dire quanto Giannini sia sempre stato vicino agli studenti e ai giovani studiosi. Quando, da studenti e da assistenti, avevamo difficoltà ad ottenere un'aula nella Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza per discutere di temi che andavano oltre lo studio dei manuali – come il divorzio, o l'aborto, o le legislazioni speciali proposte negli anni di piombo – era sempre lui che ci faceva aprire le porte e restava con noi, fino alla fine.

<sup>15</sup> M.S. GIANNINI, *Amministrazione pubblica*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Treccani, 1991; poi in M.S. GIANNINI, *Scritti*, vol. IX, 1991-1996, 62.