



**DARIA DE PRETIS\***

## **MARIO NIGRO. GIURISTA DELLA COMPLESSITÀ\*\***

SOMMARIO: 1. Mario Nigro e la complessità del diritto. – 2. Complessità, funzione, Costituzione. – 3. Soggetto e oggetto della scienza giuridica: una relazione complessa. – 4. Attività e organizzazione nel diritto amministrativo: continuità e funzione. – 5. La giustizia amministrativa. – 6. Conclusione.

### **1. Mario Nigro e la complessità del diritto**

Qualsiasi porzione del reale fa parte di un sistema più complesso. L'idea di complessità porta nel nostro tempo il principio antico di unità del reale, e la necessità, per questo, di leggere l'intero sistema non solo nelle sue parti ma anche nei collegamenti di ciascuna parte con le altre.

Questo vale naturalmente anche per il sapere. La complessità del sapere consiste prima di tutto nella sua unitarietà e nella reciproca interdipendenza di tutte le sue parti e corrisponde, inoltre, a una concezione del sapere stesso che dà conto, oltre che delle interconnessioni dei suoi oggetti, delle insopprimibili incertezze insite in ogni sua possibile conclusione, nella consapevolezza dei limiti insiti in ogni rigida concettualizzazione, in tutte le pur utili sistematizzazioni.

In questo contesto, per lo studioso di qualsiasi disciplina diventano centrali: uno sguardo che non perda mai di vista lo sfondo unitario dell'insieme del suo oggetto; la disponibilità a cambiare e se necessario addirittura rovesciare le prospettive di indagine; un approccio alla sua materia per problemi prima che per schemi e modelli; l'inevitabile relatività di ogni pur necessario sforzo sistematico; una costante disponibilità alle sfumature e al dubbio, anche nei suoi approdi più convinti.

Ho scelto di intitolare questo intervento a “Mario Nigro, giurista della complessità” perché uno dei caratteri che colpisce, rileggendo oggi la sua opera a più di trent'anni dalla sua morte – e, se mi è permessa una nota personale, a da quando, poco tempo prima, lessi per la prima volta il suo libro sulla funzione organizzatrice, e ne rimasi folgorata – è la sua capacità di indagare il fenomeno giuridico cogliendone sempre e pienamente la complessità,

\* Vicepresidente emerita della Corte costituzionale.

\*\* Relazione presentata al Convegno “Mario Nigro Giurista della complessità”, tenutosi a S. Fili (CS) il 4-5 ottobre 2023.

da tutti i punti di vista che ho descritto: nella definizione del fenomeno; nel dipanarne gli sviluppi interni ed esterni; nel mantenerlo costantemente collocato nella storia e nella realtà concreta; nel leggerlo sempre in relazione con ambiti diversi del sapere – storico, economico, sociologico, politologico, per esempio –; nel dare evidenza alla sua inafferrabile mutevolezza, alla sua irriducibilità a schemi rigidi o definitivi, ai problemi che stanno al centro della sua scena e alla cui soluzione non può che essere orientata ogni ricostruzione teorica; nel non arrestarsi mai alla soluzione raggiunta, sempre provvisoria, sempre punto di partenza per un passo in avanti.

Una capacità di cogliere la complessità, quella di Nigro, che, del resto, rispecchia e restituisce la ricchezza della sua storia personale e della sua esperienza di studioso eclettico e di giurista fecondo, di intellettuale coltissimo, di versatile operatore del diritto, di innovatore al servizio del suo Paese, di uomo di valori umani e civili profondi.<sup>1</sup> Ricchezza che si ritrova anche nella straordinaria varietà e nell'ampiezza dei suoi interessi e dei suoi studi, e dei motivi teorici e ideali che li ispirano.

Al tempo stesso, colpisce il suo impegno – la sua tenacia, si potrebbe dire – nel non rassegnarsi all'entropia del fenomeno giuridico, nel mettere a punto, a dispetto del magma caotico in cui si presenta, schemi razionali (o “ragionevoli”, come precisa riferendosi all'opera di von Gerber<sup>2</sup>) di lettura della complessità, nell'indagarla con metodo rigoroso, nel lavorare sui problemi e nel proporre soluzioni, anch'esse mai definitive, sempre aperte al dubbio e a sviluppi ulteriori.

I suoi studi sul diritto amministrativo – ma forse sarebbe meglio dire sul diritto *tout court* – smascherano stereotipi, assumono angoli visuali nuovi, rovesciano orizzonti, attenuano distinzioni, abbattano confini, rimarcano continuità e connessioni, ma restano pur sempre orientati a un obiettivo, che è quello di individuare, non più un ordine – la cui assenza sembra essere il punto di partenza di ogni sua indagine – ma “ragionevoli coordinate” che consentano di incanalare la complessità verso finalità in linea con il suo impegno civile e sociale.

In questo orizzonte, Mario Nigro non tradisce, dunque, l'aspirazione propria di ogni giurista a ordinare la realtà giuridica, ma assolve a questo compito nella piena consapevolezza dei limiti dell'oggetto del suo studio e della stessa attività ricostruttiva: del diritto si impegna a cogliere quella che lui ritiene essere la consistenza concreta, la realtà storica, sia all'interno del sistema giuridico, sia nelle sue relazioni con altri ambiti della vita e del sapere, sia – e questa è forse la cifra più inconfondibile del suo metodo – nel carattere irriducibilmente problematico di ogni assetto e di ogni possibile soluzione.

---

<sup>1</sup> Profilo di cui danno conto gli scritti, su di lui e sulla sua opera, di A. MENICONI, A. SANDULLI, G. NAPOLITANO, R. CHIEPPA e S. CASSESE pubblicati nel n. 3 della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, 629-690. Si sofferma in particolare sugli aspetti più significativi della sua biografia, A. MENICONI, *Mario Nigro, Un profilo biografico*, ivi, 629 ss. La figura di Nigro è tratteggiata inoltre nel volume AA.VV., *Mario Nigro giurista*, Milano, Giuffrè, 1998, che contiene scritti in suo ricordo di S. CASSESE, P. GROSSI, A. ROMANO, D. SORACE, oltre che uno scritto dello stesso M. NIGRO, *L'avvocato amministrativista*, ivi, 45 ss..

<sup>2</sup> ID., *Il “segreto” di Gerber*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1973, ora in ID., *Scritti giuridici*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 1033.

All'inizio del magnifico saggio *Esperienze e prospettive del processo amministrativo* (1981)<sup>3</sup> – che già nel titolo evoca i caratteri immanenti della sua ricerca: la centralità dell'esperienza nell'indagine giuridica e il fatto di essere per lui il diritto naturalmente orientato a una direzione operativa – Nigro ci offre una dichiarazione illuminante della sua concezione del diritto: «Vorrei cominciare con una constatazione che per me costituisce una guida sicura nell'esame dei problemi del processo amministrativo: una constatazione ovvia, da me ripetuta molte volte ma che viene spessissimo dimenticata, la constatazione dell'ambiguità, storicità e problematicità del processo amministrativo»<sup>4</sup>. Caratteri, questi, che, al di là del processo, possono essere riferiti a qualsiasi ramo del diritto amministrativo, e più in generale del diritto.

Questi caratteri, avverte, «segnano la fisionomia del processo amministrativo e dettano una direttiva indispensabile nel suo studio»<sup>5</sup>. E continua: «confesso di provare un senso di fastidio quando sento riproporre i facili e insieme impossibili dilemmi a proposito del processo amministrativo: giudizio sull'atto-giudizio sul rapporto; giurisdizione soggettiva-giurisdizione oggettiva etc. La realtà è enormemente più complessa di quanto appaia da queste formule, e, soprattutto, è una realtà mutevole, la quale obbliga a reinterrogarsi di continuo [...] sulla concreta e puntuale funzione, anzi sulle *concrete* [si noti la sottolineatura] e puntuali funzioni, di questo processo in relazione al mutare della fisionomia dei pubblici poteri ed al mutare dei rapporti fra essi e i cittadini»<sup>6</sup>

C'è tutto Nigro in questa “constatazione”: c'è il senso della storicità del diritto, quello della necessaria concretezza del fenomeno giuridico, l'idea precisa che, per usare le sue parole, «[l]a scienza giuridica odierna è installata nel cuore del *Sein* amministrativo, il quale, più che un *Sein*, è un *Dasein*, cioè un esistere storico e concreto»<sup>7</sup> C'è tutta la sua consapevolezza della complessità del diritto, dell'arbitrarietà dei facili schemi concettuali che pretendono di risolverne i conflitti, e soprattutto della loro inutilità.

## 2. Complessità, funzione, Costituzione

D'altro canto, il riconoscimento del carattere complesso del diritto non è fine a sè stesso, perché il diritto è e resta comunque sempre orientato a una funzione. Questa è l'altra parola chiave della concezione di Nigro del diritto amministrativo: la *funzione*. Quasi che la funzione – quella funzione di cui, benvenutianamente, il procedimento è forma<sup>8</sup> –, e con essa la funzionalizzazione, divenissero il bandolo della matassa della complessità del fenomeno.

<sup>3</sup> In *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, ora in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, cit., Tomo III, 1451 ss.

<sup>4</sup> *Ivi*, 1453.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Ivi*, 1454.

<sup>7</sup> M. NIGRO, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1968, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit. Tomo III, 802.

<sup>8</sup> F. BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, in Atti del *convivium* regionale di studi giuridici, Trento, 28 giugno 1957, ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2006, vol II, 1509 ss.

Nel passo che ho citato, per esempio, i nodi della effettiva problematicità del processo amministrativo si “sciolgono” nella sua funzione concreta, la quale non può che essere quella di proteggere i cittadini di fronte al potere amministrativo. Alle geometrie della dogmatica e dei suoi epigoni – che peraltro Nigro ha studiato e con le cui tesi si cimenta dottamente, sia in saggi specifici, sia ambientando le tematiche di attualità – Nigro stesso contrappone le forme di vita molteplici del diritto del qui e dell’oggi, all’interno del quale, nella sua reale ed effettiva esistenza, individua le sue coordinate ricostruttive.

La funzione, a sua volta, si salda direttamente con la Costituzione e con i suoi valori: in un quadro di acquisita assenza di ordine, la Costituzione diviene infatti vero principio ordinatore del concreto sistema giuridico in cui viviamo.

Il riferimento alla Costituzione, mi offre lo spunto per sottolineare un altro aspetto dell’approccio di Nigro alla complessità dell’esperienza giuridica. Noi lo ricordiamo come profondo conoscitore e grande studioso della giuspubblicistica tedesca, e prima ancora della filosofia del diritto e della teoria generale del diritto in quella tradizione. Lo testimoniano i suoi studi su, fra gli altri, C. Schmitt, Fortshoff, Karl Friedrich von Gerber, il quale ultimo, soprattutto, costituisce per lui un punto di riferimento ideale, come vedremo.

Nel saggio *Costituzione ed effettività costituzionale*,<sup>9</sup> egli si confronta in particolare con uno scritto dallo stesso titolo dello scienziato della politica Wilhelm Hennis<sup>10</sup>. In quello scritto Hennis si cimentava sulla discordanza fra Costituzione scritta ed effettività costituzionale, rifiutandone l’interpretazione, prevalente nella dottrina tedesca, come contrasto fra costituzione scritta e realtà politica, e cimentandosi invece con il problema della riconduzione della prassi alla sfera normativa.

Nigro segue Hennis nella parte in cui afferma che l’ordine costituzionale non può scaturire «dalla sola Costituzione formale come atto di volontà intervenuto una volta per tutte al quale l’intera vita dello Stato debba rigorosamente uniformarsi»<sup>11</sup>. Ciò che invece non condivide, della costruzione del politologo tedesco, è l’idea che vi sia solo «un modello di costituzione formale, valido per tutti i tempi e per tutti i luoghi e che modello di costituzione siano le costituzioni strumentali e meramente organizzative dell’ottocento»<sup>12</sup>. Mentre, afferma Nigro, vi sono «schemi ideali di costituzione», che sono come «servono alle comunità politiche in certi luoghi e in certi tempi».<sup>13</sup>

Nigro va così oltre e si sofferma sul profilo normativo della prassi politica – lasciata in ombra da Hennis<sup>14</sup> – per riprendere «la proposta tenacemente sostenuta dal Mortati, della “costituzione materiale”, considerata però non come una sorta di contratto sociale stipulato *una tantum* fra le forze politiche [...], ma come volontà politica che sempre sottende, nella

<sup>9</sup> Pubblicato in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, ora in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, cit., Tomo II, p. 837 ss.

<sup>10</sup> W. HENNIS, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit (ein deutsches Problem)*, Tübingen, 1968.

<sup>11</sup> M. NIGRO, *Costituzione ed effettività costituzionale*, cit., 852. A sostegno della necessità di superare lo sfasamento fra previsione costituzionale e vita politica, l’A. fa riferimento fra l’altro (p. 853) alla necessità di farsi carico della sorte delle generazioni future, la cui vita sarebbe totalmente vincolata dalla volontà e dai programmi della generazione che si è data la costituzione.

<sup>12</sup> *Ivi*, 848.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> *Ivi*.

sua attualità e consapevolezza, il permanente processo di determinazione dell'assetto fondamentale della comunità». <sup>15</sup> Di quei valori comuni di riferimento che, come dirà nel suo studio del 1988 sui giuristi dello Stato liberale, «nel loro pratico invero», «si staccano dalla loro matrice di parte, si universalizzano e diventano i valori connessi a tutta una civiltà». <sup>16</sup>

La lezione di Mortati, suo riconosciuto e forse unico vero Maestro <sup>17</sup>, viene così calata in una specie di processo costituzionale continuo, e sarebbe interessante approfondire in questo orizzonte la sua idea del ruolo e della funzione della Corte costituzionale e, per usare le sue parole, del «meccanismo d'incidenza nella sua attività delle volontà costituzionali» <sup>18</sup>.

### 3. Soggetto e oggetto della scienza giuridica: una relazione complessa

Nel saggio del 1968 su diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione <sup>19</sup> – che tanto colpì Paolo Grossi, come lo stesso Grossi ricorda <sup>20</sup> – Nigro riordina le relazioni tra i due ambiti del sapere amministrativo, giuridico e sociologico, individua le coordinate specifiche del diritto amministrativo rispetto alla scienza dell'amministrazione, ma poi, sulla trama dell'ordine così tracciato, rovescia i paradigmi concettuali della tradizione giuridica, sia quelli del formalismo della scuola del metodo giuridico, sia quelli di chi prediligeva l'approccio sociologico e politologico, approccio al quale lo stesso formalismo aveva probabilmente inteso reagire.

In cosa consiste il rovesciamento?

In primo luogo, Nigro scarta in maniera radicale l'idea che il diritto amministrativo si risolva in una scienza “normologica” <sup>21</sup>, concentrata sullo studio delle proposizioni normative, e propone invece un sistema concettuale in cui il diritto amministrativo è ricostruito come «scienza dell'esperienza giuridica». <sup>22</sup> Ecco cosa aveva incantato Paolo Grossi – che confessava di non aver saputo prima chi fosse Mario Nigro, del quale sarebbe divenuto poi, ammiratore, collega, amico <sup>23</sup> –: il diritto amministrativo letto come una scienza del concreto vivere dell'amministrazione, «non tanto idonea ad attingere la realtà e la completezza della vita amministrativa (come se fosse qualche cosa di posteriore e di esterno), quanto proprio consistente nella comprensione di essa all'interno e nell'esplicitazione dei suoi motivi più intimi».

<sup>15</sup> *Ivi*, 854.

<sup>16</sup> M. NIGRO, *Il ruolo dei giuristi nello Stato liberale*, in *Scritti in onore di Massimo severo Giannini*, Milano, 1988, ora in ID., *Scritti giuridici*, Tomo III, 1975

<sup>17</sup> E amico, come leggiamo nella dedica allo stesso Mortati della monografia ID., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966.

<sup>18</sup> 855

<sup>19</sup> M. NIGRO, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, cit.

<sup>20</sup> P. GROSSI, *Nobiltà del diritto, Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, 505.

<sup>21</sup> M. NIGRO, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, cit., 788.

<sup>22</sup> *Op. cit.*, 796.

<sup>23</sup> P. GROSSI, *Nobiltà del diritto*, cit., 506.

In secondo luogo, Nigro afferma che «la scienza del diritto amministrativo – come ogni scienza giuridica – non è solo ricognitrice di valori giuridici, ma concorre a crearli: in questo senso è fonte del diritto».<sup>24</sup> La scienza giuridica guarda alla vita amministrativa dal punto di vista dell'individuazione dei valori giuridici che vi vigono e delle qualificazioni che a questi si collegano, valori e qualificazioni di cui essa scienza, operando in funzione pratica, annunzia la vigenza alla società»<sup>25</sup>

In conclusione, la differenza tracciata fra diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione determina il definitivo rovesciamento di orizzonte: se il diritto amministrativo è creazione di valori giuridici, la scienza dell'amministrazione è priva di questo tratto; essa si risolve nella descrizione della realtà che indaga, e questa è la sua funzione: «le regole che la scienza dell'amministrazione enuncia in modo espresso – e talvolta pretenzioso – restano sempre enunciazioni dottrinali e non fanno, da sole, progredire di un ette la realtà alla quale si riferiscono».<sup>26</sup> Mentre così non è per il diritto amministrativo che, come tutta la scienza giuridica, fa emergere dal magma dei materiali propri del suo oggetto nuovi valori.

Tutto questo chiarisce il suo pensiero sul rapporto fra soggetto e oggetto del sapere giuridico, fra il giurista e il diritto, fra lo studioso o l'operatore e il diritto su cui lavora. Il giurista non è semplicemente studioso dell'oggetto del suo sapere, l'operatore chiamato ad applicare passivamente il diritto, ma contribuisce al suo formarsi, ai suoi sviluppi e alla definizione dei valori che lo ispirano.

È in questo processo che entrano in campo i valori costituzionali e la Costituzione, con ciò che vi è al suo centro, ossia l'essere umano nella concretezza della sua esperienza di vita<sup>27</sup>, fin dall'inizio oggetto diretto e immanente dell'interesse di Nigro – nei termini visti – e fulcro della sua indagine giuridica. Fin dai primi scritti e per tutto il percorso del suo itinerario di studio, il diritto amministrativo non è, per Nigro, solo fortemente e necessariamente intrecciato con il diritto costituzionale – in un approccio unitario alla materia giuspubblicistica sicuramente accentuato in lui dalla familiarità con la giuspubblicistica tedesca – ma è più precisamente un tutt'uno con la Costituzione repubblicana, com'è tipico, ancora una volta, della sua concezione storicistica e legata all'esperienza del diritto.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> *Op. cit.*, 807.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, 806.

<sup>26</sup> *Op. cit.*, 807.

<sup>27</sup> Come testimonia quella ricca e significativa parte della sua produzione scientifica dedicata all'attività amministrativa di soddisfazione dei bisogni delle persone, come per esempio il celebre saggio *L'edilizia popolare come servizio pubblico (considerazioni generali)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, p. 154, cui sarebbe seguito M. NIGRO, *L'edilizia popolare ed economica (evoluzione legislativa e problematica)*, in A.M. SANDULLI (a cura di), *I lavori pubblici*, Milano, Neri Pozza, 1967, ora in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, cit., Tomo II, 705 ss.

<sup>28</sup> Come sottolinea A. SANDULLI, in *Mario Nigro, giurista dello Stato democratico-sociale*, cit., 643.

#### 4. Attività e organizzazione nel diritto amministrativo: continuità e funzione

Fare i conti con la complessità significa avere uno sguardo costantemente allargato all'intero sistema, essere consapevoli della relatività delle classificazioni, della perdita di confini certi, della problematicità degli istituti, del sistema e dei suoi snodi. Una traccia esemplare di questo metodo è offerta dalla monografia *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione* del 1966, che resta per me uno dei punti più raffinati del nostro diritto amministrativo.

In essa, la stessa tradizionale partizione del diritto amministrativo in organizzazione e attività è messa in discussione, il confine fra l'una e l'altra è abbattuto e la reciproca relazione è ricomposta in termini di *integrazione e continuità*.

L'attività di organizzazione – anzi la funzione organizzatrice, con formula mutuata dalla *Organisationsgewalt* della giuspubblicistica tedesca<sup>29</sup> – non è altro che l'inizio dell'attività amministrativa: i due profili non possono essere disgiunti, né lo sono nella realtà.

«L'organizzazione non è un corpo estraneo e sovrapposto rispetto al territorio delle relazioni e delle ragioni di vita di una comunità, ma è lo sviluppo logico di esse e si pone nei loro confronti quale elemento integratore e potenziatore».<sup>30</sup>

L'organizzazione è «partecipazione attiva, cooperazione al movimento, avvio del movimento nella direzione scelta: la decisione organizzativa si rivela, quindi, necessariamente come decisione d'indirizzo dell'attività».<sup>31</sup>

Essa accompagna l'attività in tutto il suo percorso, e lo fa non passivamente, giacché «fornisce la misura della realtà sostanziale», e così «incanala l'attività, la costringe a quella misura, ne costituisce la guida immanente».<sup>32</sup>

Caduto il diaframma della tralozia – e fin troppo comoda – distinzione fra momento organizzativo e momento dell'attività sostanziale, il fenomeno amministrativo si manifesta in tutta la complessità delle relazioni, strettissime e di continuità, fra i due momenti, sulle quali si innesta anche tutta la teoria nigriana del procedimento amministrativo.

Il fulcro della ricostruzione è la *funzione d'organizzazione*, e segnatamente la funzionalizzazione dell'intera vicenda amministrativa (frutto della ricongiunzione della diade organizzazione/attività) alla cura degli interessi collettivi: perché «l'attività amministrativa è gestione concreta di interessi [...], non previsione astratta e generale o mero disegno di tale gestione», sicché «[c]'è in questo settore un processo continuo organizzazione-attività-interessi nel quale maggiormente risalta la strumentalità [...] dell'organizzazione».<sup>33</sup>

Di nuovo, nella vicenda entra in gioco la Costituzione: è alla cornice delle previsioni costituzionali sull'amministrazione, a partire dall'art. 97, che tutto viene ricondotto e è in

<sup>29</sup> Nigro “forza” la traduzione tedesca letterale di potere organizzativo, usando l'espressione “funzione di auto-organizzazione” e sottolineandone così il profilo di necessaria funzionalizzazione.

<sup>30</sup> M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 117.

<sup>31</sup> *Ivi.*, 118.

<sup>32</sup> *Ivi.*, 119.

<sup>33</sup> *Ivi.*, 121.

essa che tutto è riordinato, in una visione nuova, straordinariamente originale, del ruolo e della disciplina costituzionale dell'amministrazione.

## 5. L'amministrazione nella Costituzione

La disamina della norma costituzionale sull'attività amministrativa inizia con una dichiarazione, una sorta di preliminare *disclaimer*: «Non si può sicuramente considerare usuale il collegamento, che qui si tenta di stabilire, fra le esigenze di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione, affermate dall'art. 97 e la funzione di autoorganizzazione della medesima». <sup>34</sup>

Nigro affronta così l'art. 97 della Costituzione, secondo un metodo, quello che gli è proprio, che ne coglie per intero la complessità.

Rileva che «è mancata una lettura per così dire globale del primo comma dell'art. 97, la quale assumesse, anzitutto, il buon andamento e l'imparzialità in funzione della struttura organizzativa per ordinare la quale il comma è scritto e ponesse, in secondo luogo, in questo quadro, il buon andamento e l'imparzialità in rapporto fra di loro per cogliere l'esatto e corrispettivo significato delle due espressioni». <sup>35</sup>

E continua: «Invece, il primo comma dell'art. 97 è stato normalmente inteso come se stabilisse, da una parte, una regola d'organizzazione (riserva di legge), dall'altra due regole sostanziali: imposizione all'amministrazione del dovere d'imparzialità e del dovere di buon andamento (buona amministrazione), senza alcun rapporto fra le due parti della norma». <sup>36</sup>

Proseguendo, Nigro si sofferma sul dovere di buon andamento e su quello di imparzialità e sul senso che, nella Costituzione, tali doveri in sé considerati *non* hanno. Giacché essi, afferma, in sé non esistono: non esiste un dovere di buon andamento, non esiste un dovere di imparzialità. In tanto e solo in tanto doveri di questo tipo possono avere un senso – e lo hanno – in quanto vengano assunti come principi di organizzazione della pubblica amministrazione.

Si tratta di pagine attraverso le quali si snoda una riflessione esemplare sul fenomeno amministrativo, che Nigro intende interamente permeato dal processo del “decidere”. Un processo «incanalato ma non irrigidito, dalle norme che prefissano i tipi di interesse da soddisfare o da considerare, come è solo condizionato ma non pregiudicato dalle influenze della tradizione, della prassi, delle esigenze tecniche ecc.». <sup>37</sup> Un processo decisionale i cui sviluppi appartengono, nondimeno, al diritto «ed esprimono fenomeni giuridici di grande interesse anche se di difficile e controversa interpretazione». <sup>38</sup> Su tutto aleggia il riconoscimento giuridico nella Costituzione del principio di elasticità – il principio dell'aderenza e dell'adeguatezza allo scopo, che si desume dall'art. 97 – in relazione al quale

<sup>34</sup> *Ivi*, 70.

<sup>35</sup> *Ivi*, 71.

<sup>36</sup> *Ivi*, 72.

<sup>37</sup> *Ivi*, 87.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

risulta decisivo «l'apporto creativo (creativo giuridicamente) dell'amministrazione nel processo di decisione».<sup>39</sup>

Il passaggio finale è una lettura originale dell'art. 97 – a sua volta integrato nel contesto di tutte le previsioni costituzionali (particolarmente gli articoli 5, 33, 39, 114, 128 ecc.) – in base alla quale la previsione costituzionale «ha fatto propria sia l'idea dell'amministrazione come potenza morale, viva e reale (efficiente ed elastica) sia il suo corollario che è la naturale disposizione di un potere d'organizzazione».

Ciò che conduce Nigro a rinvenire nello stesso art. 97 un canone di ripartizione della funzione d'organizzazione fra potere legislativo e potere esecutivo che preserva uno spazio proprio dell'amministrazione, di fronte alla disciplina legislativa, funzionale alla garanzia dell'efficienza della sua azione. Una ripartizione che si ricollega così «all'intero equilibrio delle relazioni costituzionali proprie del nostro regime»<sup>40</sup>.

## 6. La giustizia amministrativa

Il tema della giustizia amministrativa accompagna notoriamente tutta la produzione nigriana e ne rappresenta probabilmente la parte quantitativamente più grande. Ho già ricordato il saggio sul processo amministrativo del 1981, perché in esso, pur muovendosi sul terreno specifico del processo, Nigro dà conto della sua generale idea del diritto e del ruolo del giurista.

Scorrendo la raccolta dei suoi scritti è comunque facile avvedersi, già dai titoli, come quelli dedicati direttamente a questo tema siano preponderanti. Ma si può dire tranquillamente che, l'attenzione al profilo della tutela giurisdizionale è presente in pressoché tutti i suoi lavori. Così, per esempio, il problema dei confini fra attività del giudice e attività dell'amministrazione, da un lato, e fra funzione giurisdizionale e legislatore, dall'altro, si affaccia in maniera già alquanto precisa, fin dagli anni '50, in due saggi di altro contenuto, dedicati rispettivamente alle decisioni amministrative<sup>41</sup> e agli istituti autonomi delle case popolari.<sup>42</sup>

Nel corso degli stessi anni '50 viene a maturazione anche la monografia *L'appello nel processo amministrativo* pubblicata nel 1960<sup>43</sup>, quando l'istituzione dei TAR, e con essa l'effettiva possibilità di un vero processo di secondo grado, era ancora lontana dal profilarsi in concreto. Il libro testimonia ad un tempo il valore dell'interdisciplinarietà nella sua ricerca giuridica – il lavoro si muove necessariamente sul filo di un confronto continuo con il processo civile – e la forza anticipatrice della sua visione dei temi, dei problemi e delle soluzioni.

<sup>39</sup> *Ivi*, 88

<sup>40</sup> *Ivi*, 104.

<sup>41</sup> M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953,

<sup>42</sup> ID., *Sugli istituti autonomi per le case popolari*, nota a Cass., Sez. Un., 22 aprile 1954, n. 1198, in *Acque bonifiche costruzioni*, 1954, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., Tomo, I, 246 ss.

<sup>43</sup> ID., *L'appello nel processo amministrativo* (Vol. I), Milano, 1960.

Al centro della sua produzione in materia di giustizia sta certamente il notissimo manuale sulla giustizia amministrativa<sup>44</sup>, pubblicato per la prima volta nel 1976 – e aggiornato più volte, da ultimo a cura di Enzo Cardi e Alessandro Nigro – di cui mi limito a ricordare la limpidezza del disegno della giustizia amministrativa italiana, la profondità della riflessione critica, la centralità dei problemi – nel senso che l’approccio ai grandi temi della giustizia nell’amministrazione è piuttosto per problemi che per modelli o paradigmi –, le soluzioni ricostruttive offerte sempre in funzione, non di un’architettura astratta della sistema della giustizia amministrativa, ma dell’effettività della tutela dei cittadini nei confronti dell’amministrazione, nell’ambito del complicato, e per molti versi insoddisfacente, concreto sistema italiano.

Come esempio della straordinaria efficacia, anche pratica, oltre che della brillantezza teorica delle sue ricostruzioni, sempre dominate dalla preoccupazione di protezione del privato, mi limito a ricordare la classificazione degli effetti della sentenza di annullamento e il rilievo assegnato all’efficacia conformativa (desunta fra l’altro dalla ricostruzione a monte del giudizio di ottemperanza come giudizio a valenza anche di cognizione): la valorizzazione della portata conformativa della pronuncia è uno degli elementi che più ha contribuito a innovare, anche a ordinamento immutato, la risposta della giustizia amministrativa alle istanze di tutela sostanziale dei privati nei confronti della pubblica amministrazione che non potevano trovare soddisfazione in una tutela di tipo puramente costitutivo.

Nella prospettiva di analisi dell’opera di Nigro che ho scelto, vorrei mettere in evidenza innanzitutto, in linea generale, come egli consideri la tutela giurisdizionale sempre strettamente intrecciata al diritto sostanziale e come l’indagine del momento processuale non sia per lui che un modo per guardare, da una particolare angolo visuale, a tutto il diritto amministrativo e in particolare al diritto sostanziale.

Mi soffermo poi, in particolare, su due aspetti.

In primo luogo, ancora una volta, sul rifiuto di una distinzione rigida fra altri due momenti che egli coglie invece in continuità: il procedimento e il processo.<sup>45</sup>

Così come non ha senso riformare il procedimento se non nella prospettiva di una revisione del processo, alla stessa maniera, per Nigro, il momento giurisdizionale del processo acquista la forza necessaria per assolvere alla sua funzione di luogo di piena tutela delle aspettative di giustizia del cittadino nei confronti dell’amministrazione, solo se prima di esso il percorso di formazione della volontà amministrativa ha trovato evidenza nel procedimento.

Il procedimento come luogo della partecipazione, corrisponde esso stesso (anche) a una funzione di protezione anticipata delle posizioni degli interessati, ma è il procedimento come luogo del dispiegarsi della formazione della volontà dell’amministrazione ciò che soprattutto rende possibile il pieno controllo da parte del giudice amministrativo, che

<sup>44</sup> ID., *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1976.

<sup>45</sup> ID., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1980, ora in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, cit., Tomo, III, 1427 ss.

attraverso esso può ripercorrere il processo decisionale, verificare l'effettivo ingresso in esso degli interessi rilevanti, apprezzarne la considerazione, cogliere le reali motivazioni della decisione. Tutti elementi necessari al pieno dispiegarsi della funzione giurisdizionale di controllo del corretto esercizio del potere.

Questa saldatura fra procedimento e processo sta alla base, non solo della ricostruzione teorica degli istituti centrali del diritto amministrativo, processuale e sostanziale, ma anche delle aspirazioni e dei propositi innovatori di Nigro, che non a caso si concentrano proprio su questi due momenti, con gli esiti che sappiamo quanto al primo, culminati nell'entrata in vigore della legge 241 del 1990, purtroppo poco dopo la sua scomparsa, e con quelli solo predicati, ma certamente da lui individuati con precisione e lucidità quanto al secondo.

E passo con questo al secondo profilo, che riguarda il modo con cui Nigro fa convivere, nei suoi studi in materia, due approcci apparentemente contrapposti alla questione della giustizia amministrativa italiana.

Per un verso troviamo infatti, in particolare nel manuale, il grande affresco ricostruttivo del sistema vigente – con i suoi fondamenti e i suoi vincoli costituzionali –, la riflessione e l'analisi critica su molti suoi aspetti, la denuncia impietosa dei limiti, delle incoerenze, delle disfunzioni, la ricerca e la proposta di riforme che si innestino sul sistema, riforme estreme talvolta, che abbracciano l'idea della giurisdizione unica, ma anche puntuali, operabili in via interpretativa, razionalizzate lucidamente dallo studioso e spesso dettate o prodotte dalla sua esperienza di grande avvocato amministrativista.<sup>46</sup>

Dall'altro lato c'è, quasi in contrapposizione con questa postura riformatrice, un interrogarsi radicale sulla stessa ragion d'essere di una giustizia amministrativa nella nostra epoca. Mi riferisco a quanto scrive nel saggio *È ancora attuale la giustizia amministrativa?*<sup>47</sup>, che ricostruisce il testo della sua ultima lezione alla Sapienza, in chiusura dell'insegnamento universitario. Lo studioso che ha dedicato una parte importantissima della sua ricerca al sistema della giustizia amministrativa, e dunque in qualche misura anche alla sua specialità, si interroga sul senso dell'oggetto dei suoi studi di giustizia, e in poche pagine ci offre le ragioni per le quali la stessa giustizia amministrativa potrebbe non avere senso.

Ma anche qui, nella provocazione finale, interviene di nuovo il dubbio, il costume dell'approfondire, del distinguere, del negare semplificazioni, dell'accettare la complessità, farsene carico e offrire soluzioni che di tale stessa complessità tengano conto. E, così, il dilemma fra riforma della giustizia amministrativa e radicale superamento della specialità definitivo non è risolto una volta per tutte, né dal punto di vista della maturità dei tempi perché ciò possa avvenire, né da quello delle soluzioni sostanziali preferibili.

Quanto ai tempi, non esiste ricetta che non debba tener conto della realtà concreta in cui si interviene, e la realtà in cui Nigro opera(va) impone di occuparsi, prima che di passaggi definitivi, dei limiti concreti della giurisdizione amministrativa in quel preciso momento storico: e dunque di impegnarsi sui temi della forza della sentenza, come ricordavo, della

<sup>46</sup> Come segnala A. ROMANO, in *Mario Nigro giurista*, cit., 29.

<sup>47</sup> M. NIGRO, *È ancora attuale la giustizia amministrativa?*, in *Foro amm.*, 1983, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., Tomo III, 1569.

conoscenza dei fatti e dei poteri istruttori del giudice, dei caratteri del suo sindacato sul potere, della tutela contro il silenzio, della pienezza del contraddittorio anche per i terzi. Noi sappiamo quanto per questi aspetti la giustizia amministrativa sia cambiata, da allora, anche grazie alla straordinaria lezione di Mario Nigro.

Quanto alla sostanza, ugualmente non esistono soluzioni che valgano sempre. La complessità dell'azione amministrativa impone di distinguere fra i vari modelli di azione e di pensare, in relazione a essi, a possibili diversi tipi di tutela. Le attività di servizio danno luogo a rapporti che non vi è ragione di sottrarre al sindacato ordinario del giudice ordinario, mentre così può non essere per l'attività autoritativa. La giustizia deve conformarsi all'attività, non in nome di simmetrie astratte, ma per garantire quell'efficacia che solo l'adeguatezza degli strumenti, l'elasticità delle soluzioni possono garantire.

Ancora una volta, le contraddizioni si dissipano nella complessità della realtà, le contrapposizioni si compongono nell'accettazione della complessità e nella ricerca di soluzioni di compromesso, nella mediazione, nell'opera paziente del giurista.<sup>48</sup> Anche questa è una grande parte della lezione di Mario Nigro.

## 7. Conclusione

«Flaubert scriveva che “la stupidità consiste nel voler trarre delle conclusioni”. Ho commesso questa stupidità; ma non voglio commettere quella peggiore di fare addirittura delle profezie». <sup>49</sup> Sono le parole con cui Nigro chiude il saggio, che ho appena citato, in cui si interroga sulla perdurante attualità della giustizia.

Un avvertimento che non posso non prendere tanto più sul serio trattando di uno studioso che ha messo incessantemente in discussione ogni sua propria conclusione.

Termino quindi, non tracciando conclusioni, ma riprendendo le parole con cui Nigro, in chiusura del suo saggio su Karl Frieddrich von Gerber, pensa di averne colto il “segreto”: «Forse è proprio questo – scrive – “il segreto” di Gerber: nell’aver interpretato nel modo più lucido le certezze e le incertezze di una simile posizione»<sup>50</sup>.

Quale posizione?

La posizione del giurista che si propone di passare da «giurista di *una* società» a «giurista di *ogni* società da venire», mettendo così insieme la posizione di «ideologo partigiano» e la «indifferente (ma sicuramente non priva di un proprio valore etico) disponibilità del tecnico di professione».<sup>51</sup>

<sup>48</sup> La ricerca del compromesso come compito del giurista è un tema ricorrente nell'opera di Nigro, richiamato fra l'altro significativamente in ID., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Studi in onore di Antonino Papardo*, Milano, 1975, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., Tomo II, 911.

<sup>49</sup> ID., *È ancora attuale la giustizia amministrativa?*, cit., 1585.

<sup>50</sup> ID., *Il “segreto” di Gerber*, cit., 1032.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

«Nessuno – continua – ha sentito più di Gerber e reso meglio di lui “i momenti” di questa vicenda dell’asprezza del compito, la suggestione degli sperati risultati ma anche la tentazione dell’abbandono, la vittoriosa resistenza a tale tentazione»<sup>52</sup>.

Nigro è partecipe del senso di smarrimento che deriva dalla frantumazione del sistema normativo e dalla crisi della legge – che già Gerber percepiva, e che era tanto più forte nel tempo di Nigro, e ancora più lo è oggi, nel nostro tempo – e, nella ricerca di qualcosa che ne possa assumere la funzione, immagina varie possibilità. Pensa «al diritto naturale, alla costituzione (materiale o formale), al giudice, ad una legislazione di principio, a ciascuna di queste cose da sola o variamente commista con le altre». Su di esse, ancora una volta la sua posizione è aperta: «Sono tutte proposte interessanti e da vagliare», scrive.<sup>53</sup>

Non rinuncia però, proprio alla fine, a invitarci a riflettere sull’insegnamento di Gerber: «Per parte sua, Gerber ci suggerisce di non dimenticare la giurisprudenza teorica, la funzione unificatrice e razionalizzatrice di questa giurisprudenza».

E termina, di nuovo, con una domanda: «La necessità, anche oggi, di reagire alla municipalizzazione del diritto e alla sua degradazione ad ordine di regolamenti amministrativi [...] ripropone la funzione di un “diritto pubblico generale”?».

Su questa domanda si limita ad osservare: «Anche questo, probabilmente, è un tema da meditare».<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> *Ivi*, 1034.

<sup>53</sup> *Ivi*, 1035.

<sup>54</sup> *Ibidem*.