



GIACINTO DELLA CANANEA\*

## MARIO NIGRO RIFORMATORE: LA LEGGE SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO \*\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli studi di Nigro sull'organizzazione e sul procedimento. – 3. Il contesto della riforma: la distanza tra la Costituzione e l'amministrazione. – 4. La filosofia della riforma: dall'atto al procedimento. – 5. Le deviazioni della legge n. 241/1990 rispetto all'impostazione iniziale. – 6. La legge del 2005: dal procedimento all'atto. – 7. Gli inadeguati interventi legislativi recenti. – 8. Il lascito culturale di Mario Nigro.

### 1. Introduzione

**M**ario Nigro è stato un giurista teorico e pratico (avvocato, ancor prima che professore). Ebbe una importante base filosofica e si impegnò a lungo nella storia delle idee. Al tempo stesso si impegnò non poco sui problemi di cui fu testimone, e attore, nel primo quarantennio di attuazione della Costituzione. Gli scritti giuridici raccolti nei tre volumi pubblicati quasi trenta anni fa rendono ragione del suo contributo sul versante scientifico. Verrà qui approfondito, invece, il suo contributo sul fronte delle riforme, segnatamente in rapporto alla legge sul procedimento amministrativo. Conviene indicare fin dall'inizio – a fini di chiarezza – che la ricostruzione che verrà prospettata conferma la parziale discontinuità tra il testo predisposto dalla Commissione presieduta da Nigro e la legge n. 241 del 1990 e sottolinea l'assai maggiore discontinuità tra la legge del 1990 e quella del 2005.

### 2. Gli studi di Nigro sull'organizzazione e sul procedimento

Consideriamo, anzitutto, i nessi tra la produzione scientifica di Nigro e la sua opera come riformatore. La prima monografia, del 1953, ha ad oggetto le decisioni amministrative<sup>1</sup>. Com'è stato osservato successivamente, quel libro rifletteva l'interesse del secondo dopoguerra per i procedimenti in parte giurisdizionali, in parte amministrativi, prima della

\* Professore ordinario di Diritto amministrativo – Università Bocconi.

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

<sup>1</sup> M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Milano, 1953.

separazione subentrata in seguito<sup>2</sup>. La seconda monografia, del 1960, che riguarda il doppio grado di giurisdizione, può a giusto titolo considerarsi un presupposto importante in vista della riforma della giurisdizione amministrativa realizzata nel decennio successivo<sup>3</sup>.

La terza monografia, riguardante l'organizzazione amministrativa<sup>4</sup>, assume una specifica importanza in vista dell'adozione della legge sul procedimento: per la disamina del rapporto instaurato dalla Costituzione tra il potere legislativo e il potere normativo dell'esecutivo in rapporto all'organizzazione dei pubblici uffici e per la comprensione che l'organizzazione si riflette nel procedimento. Come scriveva lo stesso Nigro, organizzazione e attività sono «due profili (due modi di essere) dello stesso sistema di istituzione e di regolazione di strumenti e di rapporti idonei a consentire il raggiungimento di determinati fini»<sup>5</sup>.

Vi è poi il libro sulla giustizia amministrativa, che costituisce al tempo stesso un manuale di diritto processuale amministrativo e un'approfondita analisi critica di un sistema che presentava non pochi difetti<sup>6</sup>. Solo apparentemente questo contributo è distante dalla riforma cui Nigro in seguito darà un contributo fondamentale. In realtà, in esso si manifestava l'intuizione di rendere pienamente rivedibile l'esercizio del potere, passando dall'atto al procedimento.

Vi sono, infine, gli studi sul procedimento. Merita di essere ricordato, in particolare, il ragionamento esposto nell'articolo sulla partecipazione, ossia che «la nozione di partecipazione appare essenzialmente, come una nozione, non teorica, ma pratica, o quantomeno come una nozione fortemente influenzata da presupposti ideologici oltre che strettamente legata alle situazioni storiche» e si constata che da noi essa è stata vista prevalentemente in chiave garantista, anziché come strumento per promuovere la partecipazione degli interessi superindividuali nel procedimento<sup>7</sup>.

Ripercorso, in estrema sintesi, il percorso scientifico di Nigro, resta da aggiungere che, non legato ad alcuna "scuola" di diritto amministrativo, egli ebbe in Costantino Mortati, costituzionalista e calabrese come lui, un fondamentale ispiratore e dedicò vari studi ai principi sanciti dalla Costituzione<sup>8</sup>, nonché ad istituti meno sovente approfonditi dai giurispubblicisti, come l'edilizia economica e popolare<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> S. CASSESE, Gli «scritti giuridici» di Mario Nigro, *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 87.

<sup>3</sup> M. NIGRO, *Il doppio grado di giurisdizione*, Milano, 1960.

<sup>4</sup> M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

<sup>5</sup> M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice*, cit., p. 123. Su questo aspetto, R. CHIEPPA, Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, p. 676.

<sup>6</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976.

<sup>7</sup> M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 229. Si veda anche *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)* (1980), ora in M. NIGRO, *Scritti giuridici*, Milano, 1996, III, p. 1429.

<sup>8</sup> Lo si veda nello scritto che Nigro dedicò alla costituzione in senso materiale: *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale* (1985), ora in *Scritti giuridici*, cit., III, p. 1845.

<sup>9</sup> Aspetto sottolineato da A. SANDULLI, Mario Nigro, giurista dello stato democratico, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, p. 641.

### 3. Il contesto della riforma: la distanza tra la Costituzione e l'amministrazione

Per il lettore del terzo decennio del ventunesimo secolo, abituato all'esistenza della legge sul procedimento amministrativo, può essere difficile comprendere quanto sia stato difficile promuovere questa riforma. Nigro stesso, nel momento in cui l'opera parve sul punto di fallire, sottolineò che una legge siffatta, in fondo, non la volevano i politici, per ignoranza dell'amministrazione e per conservare «la più piena e puntuale libertà di interventi e di ingerenza»; né gli apparati amministrativi, interessati ad avere «la piena libertà di regolare, come par loro meglio, i loro rapporti con i cittadini»; né, infine, i giudici, «che in generale amano stabilire da sé i principi di vita e le regole d'azione dell'Amministrazione e graduare così anch'essi discrezionalmente il loro potere di incidenza in tale azione»<sup>10</sup>.

E la dottrina? Come altri illustri giuristi (Benvenuti, Giannini), Nigro fu molto critico del modo in cui i governanti avevano riaccolto l'amministrazione ai diritti riconosciuti e protetti dalla Costituzione. Ben più di altri giuristi, Nigro si impegnò a fondo nel suggerire il modo più efficace per colmare la distanza tra la Costituzione e l'amministrazione. Per comprendere correttamente la rilevanza del suo contributo, occorre avere presenti due dati, uno normativo e l'altro culturale. Il dato normativo è che la Costituzione, pur avendo profondamente innovato i diritti e le libertà, non è stata altrettanto incisiva nel ridisegnare le pubbliche amministrazioni. Il dato culturale è che, tra gli studiosi del diritto pubblico, prevaleva la tesi contraria – come soleva dirsi – alla codificazione del procedimento amministrativo. Ancora all'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso, studiosi come Massimo Severo Giannini e Aldo M. Sandulli aderivano, con varietà di motivi e di toni, all'opinione prevalente nella cultura giuridica francese, secondo cui la codificazione avrebbe vincolato oltremodo l'esercizio del potere discrezionale (tesi del “*corset paralysant*”)<sup>11</sup>.

Era minoritaria l'opinione di coloro, come Benvenuti e Pastori, che, discostandosi dall'impostazione francese, coglievano quanto vi era di nuovo e di originale nella legge austriaca del 1925, vista come fonte di un ordinamento dell'amministrazione – intesa in senso funzionale – alternativo rispetto a quello incentrato sul controllo giurisdizionale<sup>12</sup>.

L'occasione per intraprendere questo percorso fu fornita dal mutato contesto politico e, come sempre accade nelle vicende umane, da alcune circostanze fortunate. Va sottolineato che, contrariamente alle cronache giornalistiche di quegli anni e alle ricostruzioni successive che hanno censurato gli anni Ottanta del secolo scorso come un'occasione sprecata per le

<sup>10</sup> M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, cit., p. 2040.

<sup>11</sup> L'opinione di Giannini e Sandulli fu espressa in occasione dell'incontro di studio organizzato dal Fornez nel 1980 su “L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza”, in *Problemi di amministrazione pubblica*, 1981. Nell'intervento di Giannini (p. 167 ss.), venne fatto riferimento alla mancanza di una ‘civiltà amministrativa sufficientemente matura’, all'opposizione della burocrazia, all'esigenza di una ‘libertà di azione’. Nelle conclusioni di Sandulli (p. 171 ss.) si constatò l'assenza dei presupposti sociali, prima ancora che giuridici, e si espresse il convincimento che i principi potessero farsi strada nella giurisprudenza. Sulle iniziative adottate nei decenni precedenti, vi è ora un ampio saggio di M.P. Chiti, *Alle origini del procedimento amministrativo. Il periodo 1943-47, Istituzioni del federalismo*, 2020, p. 722. Nella letteratura francese degli anni precedenti alla codificazione tedesca, il lavoro più approfondito è G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, 1968.

<sup>12</sup> G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1965. Nigro non esitò a riconoscere il primato culturale austriaco: *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione*, cit., p. 2049.

riforme, in quel periodo furono gettate le basi per le leggi che avrebbero stabilito il nuovo ordinamento degli enti locali (legge n. 142 del 1990), limitato l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici (legge n. 146 del 1990), protetto la concorrenza (legge n. 287 del 1990) e stabilito la legge sul procedimento amministrativo (legge n. 241 del 1990). Per quest'ultima, Nigro fu chiamato a presiedere una commissione di studio istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, nel quadro della commissione per la delegificazione e la semplificazione dei rapporti tra Stato e cittadini. Con il supporto di altri studiosi, magistrati e avvocati, predispose lo schema del disegno di legge<sup>13</sup>.

#### 4. La filosofia della riforma: dall'atto al procedimento

Nell'impostare l'azione della commissione, Nigro prese le mosse da un semplice schema. Mentre l'amministrazione dell'Ottocento si svolgeva prevalentemente mediante l'adozione di atti individuali, l'amministrazione del Novecento era sempre più impegnata in atti generali, piani e programmi, oltre che nell'instaurazione di molteplici relazioni negoziali con i privati.

Il modello di controllo giurisdizionale incentrato sul provvedimento, concepito come atto unilaterale, non era più adeguato alla mutata realtà. Nelle parole di Nigro, il procedimento adempie la «funzione di mediazione» nella definizione di un «equilibrio» anche tra le esigenze di tutela del cittadino e le necessità della buona amministrazione<sup>14</sup>. Bisognava, quindi, muovere oltre la concezione, per dir così, servente del procedimento rispetto all'atto finale, che nella dottrina italiana era legata al nome di Aldo M. Sandulli<sup>15</sup>. Da tale impostazione discendevano le soluzioni prospettate.

Nel prospettare le soluzioni, la commissione tenne conto dell'esperienza degli altri Paesi che si erano precedentemente dotati di leggi sul procedimento amministrativo. La presenza, tra gli altri, di Giorgio Pastori è significativa a questo riguardo. Vari anni più tardi, proprio Pastori ha chiarito che le altre esperienze giuridiche furono considerate, ma senza dare per scontato che potessero essere trasposte nell'ordinamento italiano<sup>16</sup>. In precedenza, Nigro aveva inequivocabilmente preso le distanze dalla posizione prevalsa in Germania: «l'atto amministrativo non è più il baricentro del diritto amministrativo»<sup>17</sup>.

Il carattere innovativo del testo predisposto dalla Commissione si manifestò in alcune scelte di metodo e in una serie di principi e istituti. Sul piano del metodo, contrariamente

---

<sup>13</sup> Della Commissione fecero parte, oltre a Giorgio Pastori, Giuseppe Pericu, Francesco Paolo Pugliese, Salvatore Giacchetti, Luigi Cossu e Onorato Sepe, gli ultimi tre in rappresentanza del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, rispettivamente. Il disegno di legge presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri Craxi il 9 marzo 1987 (atto Camera n. 4504) presentava diversi scostamenti, recependo diversi suggerimenti contenuti nel parere formulato dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato nella seduta del 19 febbraio 1987, su cui si tornerà più avanti.

<sup>14</sup> M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione* (a proposito di un recente disegno di legge) (1988), ora in *Scritti giuridici*, cit., III, p. 2039.

<sup>15</sup> M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale* (1980), ora in *Scritti giuridici*, cit., III, p. 1431.

<sup>16</sup> G. PASTORI, *The Origins of Law No 241/1990 and Foreign Models*, *It. J. Public L.*, 2010, p. 260.

<sup>17</sup> M. NIGRO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza* (1985), ora in *Scritti giuridici*, cit., III, p. 1820.

all'impostazione che connotava la legge tedesca sul procedimento amministrativo, entrata in vigore nel 1977 e ben presente nel dibattito culturale italiano, si rigettava la «previsione di uno schema rigido e astratto»<sup>18</sup>.

Inoltre, coerentemente con il fermo convincimento di Mario Nigro sulla stretta connessione tra organizzazione e attività, il cuore della legge sul procedimento doveva consistere «nella previsione di una serie di ipotesi di rapporti organizzativi, rapporti colleganti centri ufficiali di azione amministrativa, tra loro e con i “soggetti” di partecipazione»<sup>19</sup>.

Quanto ai principi, si prevedeva innanzitutto che l'attività amministrativa dovesse svolgersi in base al principio di informalità e si disciplinavano vari strumenti di semplificazione, come le conferenze di servizi. In secondo luogo, si stabiliva che l'amministrazione dovesse assicurare il coinvolgimento del cittadino nel procedimento – come precisava la relazione illustrativa allegata al disegno di legge – fin dalla fase dell'impostazione della propria attività.

Aveva una speciale importanza, a questo riguardo, l'istruttoria pubblica che il testo originario prevedeva per l'adozione di strumenti urbanistici, di piani commerciali e di piani paesistici, la localizzazione di centrali energetiche e l'esecuzione di opere pubbliche, che incidano in modo rilevante sull'economia e sull'assetto del territorio. In terzo luogo, si dava uno spazio notevole al principio di consensualità: prevedendo in via generale la possibilità di stipulare accordi tra le amministrazioni e i privati («le amministrazioni pubbliche, nei limiti delle proprie attribuzioni, possono concludere accordi nell'ambito del procedimento con i destinatari del provvedimento per sostituire quest'ultimo o per determinarne il contenuto») e, a guisa di correttivo o di garanzia per gli interessi di cui le prime assumono la cura, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In quarto luogo, si prefigurava un ampio intervento di semplificazione dell'attività amministrativa, con quelli che poi sarebbero diventati gli articoli 19 e 20 della legge («in tutti i casi in cui l'esercizio di un'attività privata sia subordinato ad autorizzazione, licenza, nulla osta, permesso od altro atto di consenso comunque determinato, il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei presupposti e dei requisiti di legge, senza l'esperimento di prove a ciò destinate, ... l'atto di consenso ... si intende sostituito dalla denuncia di inizio attività da parte dell'interessato all'amministrazione competente»).

In quinto luogo, si invertiva il rapporto che fino a quel momento intercorreva tra segretezza e pubblicità, nel senso che quest'ultima diventava la regola, onde assicurare sia lo svolgimento imparziale dell'attività amministrativa, sia il diritto di accesso ai documenti amministrativi spettante a tutti i cittadini.

Da ultimo, va sottolineato quanto non era previsto nel resto della Commissione. Non vi era, segnatamente, uno statuto del provvedimento amministrativo, proprio perché la nuova disciplina era incentrata sul procedimento<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale*, cit., p. 1450.

<sup>19</sup> M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale*, cit., p. 1450.

<sup>20</sup> M. RAMAIOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/1990, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 460.

Considerato nel suo complesso, il testo elaborato dalla Commissione era suscettibile di mutare radicalmente i rapporti tra cittadini e amministrazioni. Si può distinguere tra obiettivi immediati, ossia l'adozione di misure organizzative e l'ampliamento degli spazi di partecipazione, obiettivi mediati, ossia una trasformazione profonda dello statuto giuridico dell'amministrazione.

Lo sottolineò il Consiglio di Stato, constatando che «l'obiettivo di fondo è, infatti, quello di realizzare un nuovo tipo di rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino assicurando – insieme alla trasparenza, alla speditezza, alla economicità dell'azione amministrativa – il coinvolgimento del cittadino nella procedura»<sup>21</sup>.

## 5. Le deviazioni della legge n. 241/1990 rispetto all'impostazione iniziale

Il Governo Craxi fece proprio il testo, non senza alcune modifiche, segnatamente la soppressione del principio della “libertà delle forme”, sicché rimase solo la statuizione che richiedeva lo svolgimento dell'attività amministrativa in «in modo sollecito, semplice ed economico» (22). Si optò anche per una formulazione meno impegnativa delle disposizioni riguardanti gli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni.

Il Consiglio di Stato ebbe un ruolo quanto mai determinante. Nel parere dell'Adunanza generale, si riconosceva il carattere innovativo di quel testo anche rispetto alle iniziative precedenti, ossia «il particolare “taglio” che lo caratterizza: la ricerca di un assetto procedura (e organizzativo) in condizione di corrispondere alle esigenze di una società nuova che concepisce in termini diversi dal passato le relazioni tra collettività e pubblico potere»<sup>23</sup>. Si esprimeva apprezzamento per molte soluzioni, come l'obbligo di motivazione e quello di individuazione del responsabile del procedimento<sup>24</sup>.

Si ritenevano, però, superflue varie disposizioni, tra cui l'enunciazione del principio di pubblicità come disciplinato dalla legge stessa e dalle disposizioni riguardanti singoli procedimenti (articolo 2) e il divieto di ingiustificato aggravio del procedimento, se non per specifiche e motivate esigenze (articolo 3)<sup>25</sup>. Si riteneva inappropriata l'apertura del procedimento agli interessi diffusi e ai soggetti che ne siano portatori, considerando che la questione era irrisolta a livello legislativo<sup>26</sup>. Si riteneva preferibile, altresì, che fossero le norme di specie a legittimare l'adozione degli accordi sostitutivi dei provvedimenti amministrativi, anziché disporlo in via generale<sup>27</sup>. Questi suggerimenti non furono peraltro accolti in sede governativa. Lo furono, invece, i suggerimenti concernenti la disciplina degli

<sup>21</sup> Consiglio di Stato, Adunanza generale, parere 19 febbraio 1987, n. 7, § 3. Nigro stesso ritenne che il Consiglio di Stato avesse perfettamente colto la ratio del disegno di legge: Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazione dell'Amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge), cit., p. 2045.

<sup>22</sup> M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, cit., p. 2042.

<sup>23</sup> Consiglio di Stato, Adunanza generale, parere 19 febbraio 1987, n. 7, § 2.

<sup>24</sup> Consiglio di Stato, Adunanza generale, parere 19 febbraio 1987, n. 7, § 11.

<sup>25</sup> Consiglio di Stato, Adunanza generale, parere 19 febbraio 1987, n. 7, § 5 e 6.

<sup>26</sup> Consiglio di Stato, Adunanza generale, parere 19 febbraio 1987, n. 7, § 18, lett. B).

<sup>27</sup> Consiglio di Stato, Adunanza generale, parere 19 febbraio 1987, n. 7, § 11.

accordi e le misure di semplificazione previste dagli articoli 19 e 20, segnatamente il silenzio assenso.

Con la fine della nona legislatura, il disegno di legge decadde. Un apposito disegno di legge fu, peraltro, presentato in Parlamento dal Governo Gorla all'inizio della decima legislatura. Nei suoi ultimi anni, Nigro non mancò di partecipare al dibattito in atto nella cultura giuridica italiana. Non esitò a muovere critiche ragionate ad alcune, indebite limitazioni dei diritti spettanti ai cittadini.

Almeno due aspetti della sua appassionata critica meritano di essere richiamati. Innanzitutto, Nigro rivolse i rilievi più aspri alla eliminazione dell'istruttoria pubblica. Vi ravvisava un vulnus al paradigma del procedimento diretto all'acquisizione e alla mediazione tra gli interessi in gioco. Non valsero per lui le ragioni addotte in sede governativa.

Nelle parole di Nigro, «considero l'eliminazione di questo precetto molto grave e priva di valide ragioni. Molto grave perché si tratta di un istituto che tende a realizzare finalità istruttorie con un metodo accentuatamente e originalmente partecipativo. Perché allora abolire l'istruttoria pubblica, tanto più che l'art. 7 del testo originario è estremamente cauto nel consentire il ricorso ad essa? È probabilmente l'attaccamento ad un'amministrazione segreta o aperta solo a soggetti individualmente selezionati che fa vedere male l'idea di una pubblicità così ampia quale è quella che assicura siffatta istruttoria. L'eliminazione è grave anche perché il venir meno di questa forma di istruttoria-contraddittorio rende più largo l'ambito di esenzione di applicabilità delle disposizioni del testo»<sup>28</sup>.

Nigro criticò anche la revisione delle disposizioni in materia di accordi: per il venir meno del principio di contrattualità e per l'ancoraggio degli accordi sostitutivi alle leggi di là da venire<sup>29</sup>; osservò che in ciò manifestava la sua perdurante influenza la «concezione tradizionale che l'amministrazione opera soprattutto con atti unilaterali e autoritativi», in contrasto con la filosofia di fondo e gli obiettivi delle proposte della Commissione<sup>30</sup>.

I fatti gli diedero ragione, negli anni successivi. Vi furono ulteriori scostamenti rispetto alla filosofia di fondo del disegno di legge iniziale proprio per la persistenza di quella concezione.

Nigro, mancato il 28 febbraio 1989, non fece in tempo a vedere approvata la legge di cui tutti gli riconoscevano il merito. Ciò avvenne sotto il VI Governo Andreotti: fu il Ministro della funzione pubblica Remo Gaspari a seguire il testo nella discussione parlamentare, prima alla Camera e poi al Senato.

Nell'insieme, i parlamentari intervenuti nei dibattiti che si svolsero nelle commissioni affari costituzionali e in aula mostrarono adeguata consapevolezza dell'importanza della riforma, si sforzarono di fornire apporti migliorativi ma ritennero più importante che la

---

<sup>28</sup> M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazione dell'Amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, cit., p. 2043.

<sup>29</sup> M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazione dell'Amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, cit., p. 2044.

<sup>30</sup> M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazione dell'Amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, cit., p. 2045.

legge fosse adottata, piuttosto che rivederne alcuni aspetti. Alcuni esempi, riguardanti la discussione che si svolse nella commissione affari costituzionali del Senato sotto la presidenza di Leopoldo Elia, valgono a chiarirlo<sup>31</sup>.

In tema di accordi, pur riconoscendo che erano ben più “coraggiose le elaborazioni della Commissione”, ritenne di aderire alla soluzione accolta dalla Camera, che ebbe anche il sostegno governativo. Per quanto concerne la denuncia di inizio attività, pur nutrendo dubbi sull’adeguatezza delle soluzioni adottate rispetto alla “norma, chiara, limpida e anche coraggiosa”<sup>32</sup> predisposta dalla Commissione Nigro, si preferì tenere fermo il testo approvato dalla Camera. La legge fu approvata il 7 agosto 1990, fu pubblicata il 18 ed entrò in vigore il 2 settembre.

## 6. La legge del 2005: dal procedimento all’atto

I principali dati fattuali e normativi successivi possono essere rapidamente richiamati. Gli anni Novanta del secolo scorso furono, per l’Italia, assai difficili sul versante sociale, politico ed economico, a causa della crisi di legittimazione delle istituzioni pubbliche. Pure, come si è ricordato in precedenza, il decennio si aprì con una serie di leggi innovative, attese da gran tempo. Negli anni successivi, non mancarono iniziative all’altezza del difficile contesto.

Gli anni fra il 1991 e il 1992 videro un primo progresso. Una nuova commissione di studio, presieduta da Sabino Cassese, elaborò una serie di misure volte ad attuare le innovazioni introdotte dalla legge n. 241 del 1990, dal regolamento sul termine di conclusione dei procedimenti a quello sulla denuncia di inizio attività. Più tardi, sotto il Governo Ciampi, la legge n. 537 del 1993 attribuì al potere normativo dell’esecutivo una delega amplissima, senza precedenti, per la semplificazione di un centinaio di procedimenti amministrativi. Ulteriori misure di semplificazione furono adottate dal Governo Prodi, nel 1997.

Un mutamento di ciò che – mutuando l’espressione introdotta da Albert Venn Dicey – può essere detto la “*legislative public opinion*” intervenne però all’inizio del nuovo secolo.

Furono rinviati o abbandonati i progetti di ampio respiro volti alla semplificazione dei procedimenti amministrativi: per esempio, il dibattito pubblico fu regolato soltanto alla fine del secondo decennio del secolo. Nel frattempo, fu consolidata la controversa riforma della dirigenza pubblica, assoggettata viepiù all’ingerenza di politici e sindacalisti<sup>33</sup>.

All’incapacità dei governi nel rimuovere i fattori di complicazione dell’azione amministrativa e nell’ampliare gli spazi di effettiva partecipazione si è accompagnata la revisione dell’indirizzo sotteso alla legge sul procedimento amministrativo, cioè mettere in

<sup>31</sup> Senato della Repubblica, X legislatura, commissione affari costituzionali, resoconto stenografico della seduta del 24 luglio 1990.

<sup>32</sup> Intervento del relatore, il senatore Acone.

<sup>33</sup> S. CASSESE, *Il nuovo ruolo dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 1342.

primo piano quest'ultimo, anziché l'atto finale. Il nuovo indirizzo si è concretizzato in due direzioni.

Da un lato, è stata accentuata la partecipazione al procedimento in chiave di garanzia, anziché di partecipazione, com'è attestato, segnatamente, dall'introduzione dell'articolo 10-bis nel corpo della legge n. 241 del 1990. Nel giudizio di Luciano Vandelli, appartenente alla generazione successiva a quella di Nigro, «l'impianto della legge n. 241 – discostandosi in questo nettamente dall'impostazione della “Commissione Nigro” che ne aveva elaborato le basi – ha finito per connotare la partecipazione al procedimento in funzione di garanzia piuttosto che in funzione di collaborazione, quale strumento rivolto più a scopi di prevenzione dei contenziosi che non di democrazia amministrativa; lasciando ai margini delle innovazioni che andavano introducendosi la prospettiva di processi decisionali inclusivi che potessero avvalersi dei contributi e degli apporti di un ambito ben più ampio di cittadini, singoli e (soprattutto) associati»<sup>34</sup>.

Dall'altro lato, il tratto distintivo del disegno di legge predisposto dalla Commissione Nigro era il rifiuto dell'impostazione tedesca, cioè una codificazione compiuta del procedimento. Nelle parole di Nigro, «questa disciplina mostra di non voler essere una codificazione compiuta del procedimento, così come voleva essere ed è – con tutti i difetti connessi – la citata legge tedesca sul procedimento del 1976... Dell'atto amministrativo, ... se ne parla poco o nulla... mentre la legge tedesca gli dedica un'intera parte»<sup>35</sup>.

All'opposto, la legge n. 15 del 2005 ha introdotto un intero capo contenente la disciplina dei provvedimenti di secondo grado e dei vizi di annullabilità e di nullità dei provvedimenti; ha escluso l'annullabilità di atti persino in caso d'inadempimento di prescrizioni stabilite dalla legge stessa, i cosiddetti vizi di forma. La valutazione non è rimessa al giudice, bensì è stabilita dalla legge stessa, non senza aspetti problematici.

Al di là dell'intrinseca adeguatezza delle specifiche soluzioni caldeggiate da una parte della dottrina e approvate in sede parlamentare<sup>36</sup>, quel che va sottolineato è il ritorno all'impostazione tradizionale secondo cui il procedimento è al servizio dell'atto.

Non mancano conseguenze per il controllo giurisdizionale, dal momento che – com'è stato puntualmente osservato – il testo della Commissione muoveva da una critica «a un modello di tutela giurisdizionale il quale, essendo incentrato esclusivamente sull'atto

<sup>34</sup> L. VANDELLI, *Appunti in tema di pluralismo sociale e ruolo dei corpi intermedi*, in F. BASSANINI, F. CERNIGLIA, F. PIZZOLATO, A. QUADRIO CURZIO, L. VANDELLI (a cura di), *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 218.

<sup>35</sup> M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazione dell'Amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, cit., p. 2045.

<sup>36</sup> Per una disamina dei vizi formali prima della legge del 2005, F.G. SCOCA, *I vizi formali, nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, p. 55. Il disegno di legge fu presentato dal II Governo Berlusconi, riprendendo una proposta di legge predisposta da Vincenzo Cerulli Irelli nella precedente legislatura: V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa (2005)*, in [https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/CERU/CERULLI\\_L-241\\_1990-per-Rassegna.pdf](https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/CERU/CERULLI_L-241_1990-per-Rassegna.pdf).

formalisticamente inteso, impedisce al sindacato giurisdizionale di attingere la sostanza dell'assetto di interessi posto in essere dall'amministrazione»<sup>37</sup>.

Insomma, se il tratto distintivo del disegno di legge di cui Nigro fu il principale artefice fu il passaggio dall'atto al procedimento, la disciplina legislativa successiva è contraddistinta dal ritorno al provvedimento, visto come momento centrale dell'attività amministrativa<sup>38</sup>.

## 7. Gli inadeguati interventi legislativi recenti

Gli anni successivi al Duemila non hanno visto il recupero della filosofia su cui il disegno di legge era basato. Non è questa la sede per un'analisi ad ampio raggio. Essa non viene nemmeno tentata. Può essere utile, per completare il ragionamento fin qui svolto, segnalare due criticità.

Esse riguardano il valore costituzionale della legge sul procedimento e l'istruttoria pubblica relativamente alla realizzazione di nuove infrastrutture.

La legge sul procedimento ha avuto, fin dalla sua formulazione, un rilievo costituzionale, dal momento che si proponeva di variare l'assetto complessivo dei rapporti tra i cittadini e le pubbliche amministrazioni. Ma la stessa cornice costituzionale è risultata in qualche modo inadeguata, a seguito dell'inversione dei rapporti tra la legislazione statale e la legislazione regionale, derivante dalla legge costituzionale n. 1 del 2001. Nel precedente assetto costituzionale, la legislazione regionale era ammessa nelle materie enumerate dall'articolo 117 della Costituzione. Non vi era un ostacolo, quindi, all'adozione di una cornice legislativa nazionale, *a fortiori* sotto forma di legge di principi.

Ma agli improvvisati riformatori costituzionali che hanno riscritto l'articolo 117 è sfuggita la necessità di fare riferimento al procedimento amministrativo, oltre che all'organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali (secondo comma, lettera g), al sistema contabile dello Stato (secondo comma, lettera e) e alla giustizia amministrativa (secondo comma, lettera l).

Probabilmente non a caso, è stato un componente della Commissione Nigro, Giorgio Pastori, a proporre un rimedio, forse l'unico possibile, ossia includere i principi sul procedimento amministrativo tra i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, il cui rispetto dev'essere garantito sull'intero territorio nazionale (ai sensi del secondo comma, lettera m)<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> L. VANDELLI, *Appunti in tema di pluralismo sociale e ruolo dei corpi intermedi*, in F. Bassanini, F. Cerniglia, F. Pizzolato, A. Quadrio Curzio, L. Vandelli (a cura di), *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 218.

<sup>38</sup> Così M. RAMAIOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/1990, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, cit., p. 450, mentre F.G. Scoca, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Milano, 2007, p. 7 ha rilevato lo spostamento dell'attenzione dal procedimento all'attività amministrativa.

<sup>39</sup> G. PASTORI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa (2002)*, in <https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Past/Pastori---Discipl.-gen.-azione-ammin.pdf>.

La soluzione è stata ampiamente condivisa nelle sedi scientifiche e in quelle istituzionali. E' stata iscritta nell'articolo 29 della legge n. 241 del 1990, in base al quale rientrano tra i livelli essenziali delle prestazioni le disposizioni volte a garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento e l'accesso ai documenti, nonché le disposizioni sul termine e sul responsabile del procedimento<sup>40</sup>.

L'istruttoria, si è visto, aveva un'importanza speciale nella proposta iniziale. L'obiettivo di Nigro e degli altri riformisti era di allineare la disciplina legislativa a un'amministrazione – intesa come funzione – in cui contavano sempre di più gli atti generali e di programmazione, rispetto agli atti individuali. Proprio per questa ragione, Nigro reputava eccessivo lo spazio delle dispense stabilite dall'articolo 13 della legge n. 241 del 1990. Passi per la dispensa riguardante i procedimenti amministrativi tributari, che anche in altri ordinamenti liberaldemocratici sono retti da norme di specie e che oltre tutto nel nostro risentono inevitabilmente della qualità del controllo giurisdizionale reso, in ultimo grado, dalla Corte di Cassazione<sup>41</sup>.

Ma per gli atti amministrativi generali e per quelli di pianificazione, secondo Nigro, si sarebbe dovuto circoscrivere maggiormente lo spazio della dispensa, perché «le ipotesi escluse dal precetto sono quelle in cui più tipicamente e decisamente si manifesta l'attività di regolazione di interessi e più precisamente di determinazione di assetti di interessi»<sup>42</sup>.

Non lo si è fatto. Solo nel 2018 è stata emanata, con atto di normazione secondaria, una cornice giuridica per il dibattito pubblico in rapporto alla realizzazione delle infrastrutture materiali di cui il Paese soffre la carenza; per di più essa è entrata in vigore due anni più tardi, a causa del ritardo nella costituzione della commissione incaricata di curare lo svolgimento del dibattito pubblico<sup>43</sup>.

## 8. Il lascito culturale di Mario Nigro

Riguardata alla luce delle opinioni all'epoca prevalenti nelle sedi accademiche e in quelle istituzionali, l'adozione della legge sul procedimento amministrativo è un risultato inaspettato, straordinario agli occhi degli analisti contemporanei.

Questo risultato può spiegarsi in parte, come si è già suggerito in precedenza, considerando che dopo il 1989 le istituzioni politiche cercarono di configurare un vero e proprio mutamento nelle riforme amministrative, nello sforzo di ristabilire la fiducia dei cittadini e di consentire all'Italia di colmare il ritardo accumulato rispetto agli altri principali Paesi europei. In parte, il successo ha cause specifiche, rinvenibili in un lavoro ad ampio

<sup>40</sup> Le disposizioni introdotte nel 2005 sono state poi modificate nel 2009 e nel 2010.

<sup>41</sup> M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazione dell'Amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, cit., p. 2055.

<sup>42</sup> M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazione dell'Amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, cit., p. 2055.

<sup>43</sup> Il regolamento è stato adottato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 maggio 2018, n. 76, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 145 del 2018. Per un'analisi, rinvio a quanto osservato altrove: G. della Cananea, *Exit or Voice? Débat Public Goes to Italy*, *European Public Law* (25), 2019, p. 157.

raggio, assai accurato nella parte conoscitiva e molto ben congegnato sul piano tecnico, come attestato dal Consiglio di Stato. L'apporto di Nigro è stato senza dubbio fondamentale. Lo è stato per la solida base scientifica. Lo è stato, altresì, per l'impegno. Lo è stato anche per la capacità di utilizzare diversi registri discorsivi.

Vi è una differenza, ad esempio, fra la prosa del *Rapporto* e quella dei commenti scritti durante l'iter legislativo, segnatamente la relazione messinese. Lo stile è pacato allorché si disserta dei presupposti per l'adozione della legge generale sul procedimento. Lo stile si carica di tensione allorché, sebbene la proposta sia stata presentata e recepita in sede governativa, decade con la fine della legislatura e dev'essere non solo ripresa in quella successiva, ma anche adottata.

È evidente il timore che la funzione d'indirizzo politico possa essere adempiuta solo in parte e con modi imperfetti o addirittura non essere adempiuta. Si spiega, così, che il tono dalla proposta, dall'auspicio e dalla sollecitazione si spinga fino alla critica e alla denuncia («perché il Parlamento non si affretti a dar veste di legge a regole che sono unanimemente ritenute necessarie non solo dai dotti, ma da tutta la pubblica opinione?»)<sup>44</sup>.

Si spiega bene perché in Italia la lotta per la modernizzazione delle istituzioni è dura, è più difficile che altrove, perché non può contare su *grands corps*, come quelli francesi, né sul sostegno dell'associazionismo privato, come accadde quando l'*American Bar Association* si fece promotrice della legge federale sul procedimento, per porre argine ai poteri amministrativi del *New Deal*.

A questa lotta – la parola non sembri eccessiva – non pochi studiosi di diritto amministrativo e pubblico hanno preso parte nel corso degli anni. Al di là della diversità di tono e di stile e del diverso favore della sorte, a ben guardare, essi si sono a lungo e in prevalenza impegnati, non solo nella ricerca, ma sul piano della proposta concreta, nel migliorare la cura degli interessi individuali e di quelli appartenenti alla società tutta. Il tema, affrontato con passione, con partecipe impegno civile, lega diversi momenti e orientamenti della nostra scienza del diritto pubblico, persone provenienti da varie esperienze e aderenti a differenti ideologie, ed è ancor oggi di impressionante, urgente attualità.

---

<sup>44</sup> M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazione dell'Amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, cit., p. 2039.