



FABIO GIGLIONI*

L'USO DELLA COSTITUZIONE NELL'OPERA DI MARIO NIGRO**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La Costituzione come quadro normativo a detrimento della discrezionalità degli operatori del diritto amministrativo. – 3. La sensibilità costituzionale per la ricostruzione dei temi di studio del diritto amministrativo. – 4. La centralità dell'organizzazione negli studi di diritto amministrativo. – 5. La pluralità dei modelli amministrativi. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Non è difficile cogliere nell'opera di Mario Nigro una profonda sensibilità costituzionale nel trattare temi solitamente riconducibili al diritto amministrativo. Nei suoi saggi e scritti è costante il riferimento alle norme costituzionali per ogni argomento trattato. Ciò indubbiamente riflette il ruolo che i giuristi della sua generazione hanno svolto, quello di partecipare alla costruzione del nuovo ordinamento democratico per il quale la Costituzione repubblicana ha segnato un passaggio di straordinario valore. L'entrata in vigore di un testo così importante ha indotto tutti i giuristi, a prescindere dai temi e dalle prospettive di indagine, a misurarsi con la Costituzione per contribuire a definire le coordinate del nuovo contesto democratico.

Oltre a questo dato - per così dire "generazionale" - però, tale tratto del contributo scientifico di Nigro rivela anche una profonda convinzione dell'unitarietà della scienza del diritto¹ che appare tanto più significativa quanto più si compara tale elemento con le tendenze più recenti, dove invece le partizioni e le separazioni disciplinari sono coltivate, anche in ragione di un sistema di valutazione della ricerca scientifica che, a dispetto di apparenti inviti all'interdisciplinarietà, favorisce chiaramente l'identità disciplinare dei lavori scientifici. Nigro, viceversa, propone un metodo di analisi che non è preoccupato di distinguere, ma che va alla radice dei problemi tenendo ben saldo il valore della Costituzione come punto di origine e ispirazione di un ordinamento che deve essere fondato su solidi valori democratici. L'apporto dato dalla Costituzione ai temi del diritto amministrativo non

* Professore ordinario di Diritto amministrativo – Sapienza Università di Roma.

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

¹ Cfr. A. SANDULLI, *Mario Nigro, giurista dello stato democratico-sociale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2010, 642.

è ricostruito, peraltro, in modo scolastico, quasi didascalico, secondo uno schema classico deduttivo: si parte dalla Costituzione per poi arrivare al quadro disciplinare puntuale del problema affrontato. Al contrario, la Costituzione è parte del contenuto normativo specifico preso in considerazione ed essa stessa è utilizzata per andare anche oltre il dato normativo, fondendo le norme della Costituzione in un impasto in cui è tenuto in considerazione anche il dato politico, storico e sociale.

Nel prosieguo del lavoro sono messi in evidenza i profili che a me paiono costituire il valore aggiunto di questo metodo di studio, prendendo spunto da alcuni suoi scritti.

2. La Costituzione come quadro normativo a detrimento della discrezionalità degli operatori del diritto amministrativo

L'ancoraggio del diritto amministrativo alla Costituzione permette di associare Nigro a quella platea di studiosi che hanno concepito sin da subito in termini prescrittivi il testo fondamentale. Nella nota dialettica dell'immediato dopoguerra tra coloro che consideravano prescrittive le norme costituzionali e coloro che le ritenevano di natura meramente programmatica, Nigro si è schierato chiaramente tra i primi e, in questo, non ha mai tentennato.

Si ricorda, ad esempio, tra i suoi primissimi scritti² in cui dal contenuto delle norme costituzionali ha ricavato immediate prescrizioni, una nota a sentenza nella quale Nigro sottolinea l'impossibilità per il giudice amministrativo di sottrarsi alla verifica di legittimità di un provvedimento in nome della chiara indicazione costituzionale, stabilita nell'art. 113, che vieta limitazioni di sindacato nei confronti degli atti delle pubbliche amministrazioni. Un'indicazione che, secondo Nigro, preclude ogni margine di valutazione del giudice amministrativo, restituendo quella piena funzionalità al controllo giurisdizionale che, durante il regime fascista, era stata indebolita. Analogamente di lì a poco di tenore simile assumerà l'analisi dell'art. 51 cost. con riferimento all'accesso ai pubblici uffici³, dove - ancora una volta - Nigro interpreta come immediatamente prescrittivo il riferimento a tutti senza limite alcuno il diritto di accesso al pubblico impiego, sia pure attraverso lo strumento del pubblico concorso. In questo vedrà espresso un contenuto dispositivo chiaro e immediatamente applicabile, senza concedere spazi di filtro discrezionale alle pubbliche amministrazioni.

Due temi molto diversi, affrontati a pochi anni di distanza, che rivelano chiaramente l'intento costruttivo di Nigro verso la democrazia italiana: le pubbliche amministrazioni e il giudice amministrativo devono considerare le norme costituzionali come norme ordinarie cui dare applicazione diretta laddove chiaramente dispongano obblighi e diritti senza la mediazione legislativa.

² Ci si riferisce allo scritto di M. NIGRO, *L'art. 113 della Costituzione e alcuni problemi della giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1949, ripubblicato in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, I, 1996, 29 ss.

³ ID., *Le norme-principio della costituzione e la discrezionalità amministrativa*, in *Foro amm.*, 1951, ripubblicato in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, I, 1996, 109 ss.

In questo senso appare ancora più significativo un altro scritto di Nigro⁴ che deduce dall'obbligo di tutela a carico della Repubblica la necessità di costituire il servizio sanitario nazionale in adempimento della Costituzione repubblicana. Si cita questo scritto di Nigro perché, a differenza dei due precedenti esempi, attribuisce valore giuridico alle norme costituzionali anche quando di carattere programmatico. Per Nigro tutte le norme costituzionali presentano contenuti giuridici puntuali e prescrittivi, anche quando, come nel caso dell'art. 32 cost., l'attuazione dipende dall'intervento del legislatore. La disponibilità a offrire un'interpretazione forte e sistematica della Costituzione lo portano dunque ad anticipare di qualche anno l'istituzione del servizio sanitario nazionale, come effetto diretto di un disegno costituzionale necessario.

In altri casi questa capacità di leggere le norme costituzionali in termini prescrittivi lo porteranno anche ad avanzare tesi originali, come quella sostenuta a proposito dell'università. Pur scarni nei loro riferimenti normativi, Nigro, ad esempio, deduce dagli articoli 33 e 34 una precisa distinzione tra servizio e funzione di istruzione che spiega l'accezione più restrittiva che la Costituzione riserverebbe per le università private rispetto alle scuole. Si tratta di un'impostazione che oggi risuona in modo decisamente distonica rispetto alle tendenze seguite dal nostro ordinamento di recente, la cui confusione, però, consente tanto più di valorizzare la nitidezza di quelle posizioni⁵.

Più in generale, è di un certo rilievo osservare come per Nigro la Costituzione si disponga come un testo normativo che le pubbliche amministrazioni sono chiamate a osservare direttamente.

3. La sensibilità costituzionale per la ricostruzione dei temi di studio del diritto amministrativo

La valorizzazione della Costituzione negli studi del diritto amministrativo si apprezza anche sotto un profilo diverso, meno legato all'applicazione diretta delle norme costituzionali. Ci si riferisce a tutte quelle circostanze in cui i temi tipici del diritto amministrativo sono passati al vaglio dei riferimenti costituzionali ma con una proiezione più ampia di tipo storico e sistematico. L'operazione in cui questo metodo di analisi trova la sua più compiuta espressione è quella svolta nell'opera monografica del 1966 sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione⁶.

Il tema è affrontato dalla prospettiva della verifica dell'autonoma funzione di organizzazione del governo e degli apparati esecutivi, che Nigro svolge con un'attenta e meticolosa ricostruzione storica e con un metodo comparato di analisi. Una ricostruzione che porta Nigro ad avanzare una tesi estremamente originale e in dissonanza rispetto agli

⁴ ID., *L'istituzione ospedaliera nell'ordinamento italiano*, in *L'assistenza ospedaliera*, 1967, ripubblicato in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, II, 1996, 721 ss.

⁵ ID., *Libertà della scuola e «università» private*, in *Foro amm.*, 1958, ripubblicato in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, I, 1996, 421 ss..

⁶ Il riferimento è chiaramente al volume: ID., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966.

orientamenti prevalenti, configurando in termini innovativi l'art. 97 cost. Sancendo, infatti, il carattere intrinsecamente legato alle esigenze di autorganizzazione del potere normativo delle pubbliche amministrazioni sulla base delle menzionate prospettive di analisi, arriverà a dire che nell'art. 97 cost. sia espressa una mera preferenza di legge per l'organizzazione della pubblica amministrazione⁷, che non esclude una capacità autonoma in tal senso degli apparati esecutivi e del governo, in modo particolare. Assai significativamente tale impostazione lo porterà a rintracciare nella Costituzione la presenza di una vera riserva di amministrazione, tema - come è noto - molto controverso, ma rispetto al quale la Corte costituzionale negli anni più recenti⁸, pur senza riconoscerlo espressamente, ha concesso ampio spazio. Il problema dell'ingerenza eccessiva del legislatore negli spazi di azione delle pubbliche amministrazioni è sollevato con grande frequenza oggi da molti studiosi. Nigro aveva preconizzato molti di questi problemi, attraverso una rilettura della Costituzione che è immersa nel dato storico e nella comparazione.

Così come con grande originalità proprio questo approccio dinamico dello studio della Costituzione lo porta a ricavare una sorta di principio di «elasticità», prodotto dall'imparzialità e dall'efficienza, che è il modo con cui Nigro traduceva il buon andamento, in base al quale vede un rapporto tra governo e legge che è dinamico e più funzionale a un sistema complesso di governo come un ordinamento giuridico democratico inevitabilmente richiede. In altre parole, il legame con la Costituzione diventa l'occasione per adottare negli studi amministrativi anche un metodo di studio diverso da quello normalmente adottato fin lì, fatta eccezione per qualche altro autore⁹.

Più in generale la centralità della Costituzione negli studi del diritto amministrativo gli consente di apportare nelle analisi anche i profili di studio delle altre scienze, proprio perché vede la Costituzione, come tutto il diritto, il frutto più evidente dei processi storici che sono alla base del dato normativo. In una nota polemica che svilupperà con i politologi¹⁰, ribadirà la sua visione che rifiuta nettamente di rappresentare il diritto come un scienza «normologica», sostenendo in particolare che il fatto amministrativo è innanzitutto un fatto storico, che vive di giurisprudenza, prassi, rapporti e spazi ridisegnati continuamente nel fluire del tempo¹¹.

4. La centralità dell'organizzazione negli studi di diritto amministrativo

Un altro indice dell'importanza della sensibilità costituzionale nello studio del diritto amministrativo è dato dal rilievo che Nigro ha posto al momento organizzativo della pubblica amministrazione. Nigro è stato tra i pochi autori, specie di quelli della sua

⁷ Si veda ancora ID., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 178-187.

⁸ È sufficiente menzionare in questo senso le sentenze 182 de 2017, 181 del 2019 e 116 del 2020.

⁹ La comparazione e l'uso della storia erano frequenti anche in altri studiosi, naturalmente; basti ricordare Massimo Severo Giannini.

¹⁰ Si veda M. NIGRO, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, ripubblicato in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, II, 1996, 763 ss.

¹¹ Si veda il ricordo di P. GROSSI, *Mario Nigro, giurista*, Milano, Giuffrè, 1998, 5.

generazione, che ha messo al centro delle sue riflessioni l'organizzazione dei pubblici poteri. Si trattava di un approccio estremamente innovativo, rispetto a una tendenza che rifletteva il diritto principalmente, se non esclusivamente, nei rapporti intersoggettivi, assegnando alla dimensione politica e sociologica tutti i profili interni alle amministrazioni. Al contrario, Nigro ritiene invece che l'organizzazione è l'avvio dell'azione pubblica e che il modo in cui l'amministrazione si disegna influisce sul modo di agire. Questa sensibilità era estranea alla tradizione degli studi del diritto amministrativo e, ancora una volta, rifletteva una visione più complessiva del ruolo dell'amministrazione che gli derivava innanzitutto dalla valorizzazione della collocazione costituzionale dei pubblici poteri¹².

Condividendo almeno parzialmente la visione schmittiana, Nigro concepisce l'amministrazione come immersa nella società e non qualcosa di separato dalla società e, proprio per questo, soggetta come quella all'ordine costituzionale. Prima ancora che tema di ordine formale che attiene alle strutture e alle competenze, l'organizzazione è per Nigro il processo di coagulo di potere che riguarda l'amministrazione come anche gli altri enti di natura privata. In questo senso, proprio in quanto soggetto dotato di potere e quindi capace di organizzazione, l'amministrazione si staglia dalla società, pur rimanendone parte. L'organizzazione, dunque, non è un apriori, né un tema estraneo al diritto amministrativo, ma ne è parte proprio perché anch'essa processo sociale articolato chiamato a soddisfare in modo necessario gli interessi pubblici in un quadro ordinamentale divenuto estremamente complesso.

In altre parole, l'originalità dell'attenzione ai temi dell'organizzazione proviene ancora dalla prospettiva ampia con cui Nigro approfondisce i temi del diritto amministrativo, non restando ancorato al solo dato normativo.

Nel momento in cui, però, l'organizzazione evidenzia il concentrato di potere che accompagna le pubbliche amministrazioni con la sua forza discriminante della scelta, tra interessi protetti e interessi esclusi, Nigro, sempre mosso da una sensibilità costituzionale che gli deriva dal suo tratto pluralistico, definisce anche l'antidoto legittimo, individuandolo nella partecipazione. Per Nigro la partecipazione costituisce il modo attraverso cui il potere e l'organizzazione si fanno responsabili, permettendo ai terzi di influire sui processi decisionali o quanto meno di giudicare nella piena consapevolezza¹³. La partecipazione è un tratto identificativo dell'ordinamento democratico che si rintraccia nel pluralismo costituzionale¹⁴.

La stessa partecipazione è vista come parte dell'organizzazione: è così che Nigro, ad esempio, definisce il coordinamento amministrativo. Nella sua visione nel coordinamento l'elemento centrale non è situato nel centro da dove parte l'impulso di indirizzo, ma è semmai nel destinatario dell'indirizzo, che appunto non resta passivo ma partecipa al

¹² M. NIGRO, *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, cit., 806-807.

¹³ ID., *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, ripubblicato in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, II, 1996, 1129 ss.

¹⁴ Si veda ID., *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, ripubblicato in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, II, 1996, 1411 ss.

contenuto di indirizzo¹⁵. In un sistema complesso di poteri il coordinamento è la prima figura di organizzazione necessaria e, rispetto a questa, la Costituzione pone le condizioni per la sua piena espressione.

5. La pluralità dei modelli amministrativi

Un ultimo elemento di valorizzazione negli studi del diritto amministrativo proveniente dalla Costituzione riflette la dialettica, tipica degli studi costituzionali, tra formalità e materialità. In ragione della sua vicinanza personale a Costantino Mortati¹⁶, Nigro propende decisamente per una ricostruzione materiale della Costituzione, vedendolo come un testo in continua tensione tra forze contrapposte vive nella storia. Si tratta di una visione che lo porterà a prendere le distanze da quanti lamentano l'eccessiva distanza tra realtà materiale e forma costituzionale, credendo che invece la dialettica storica tra forma e forze materiali costituisce un naturale dato di qualunque ordinamento giuridico¹⁷.

In questo quadro ricostruisce anche i modelli di amministrazione presenti in Costituzione, notando che tra l'amministrazione servente, quella autocefala e quella comunitaria o autonoma il costituente non ha fatto una scelta netta di prevalenza. Il modello amministrativo prevalente non è disposto in modo fisso e autoritario, ma è quello che si afferma nella materialità dei rapporti di forza e delle relazioni sociali, di volta in volta diversi¹⁸. Anche i modelli amministrativi risentono dunque di questa concezione aperta della Costituzione. Tra questi modelli per Nigro si sviluppa una tensione continua che tuttavia è da considerare fisiologica, tesa a delineare l'equilibrio migliore per fronteggiare le dinamiche ordinali. Gli andamenti ondivaghi nei decenni repubblicani tra pulsioni autonomiste e centraliste mostrano con evidenza la capacità di cogliere questo elemento di grande verità.

6. Conclusioni

Negli studi di diritto amministrativo di Mario Nigro i riferimenti costituzionali hanno rappresentato un costante riferimento di confronto e di metodo di studio. La circostanza non è dovuta solamente al compito storico che ha coinvolto i giuristi della sua generazione, impegnati ad accompagnare l'attuazione del primo testo costituzionale in senso proprio del nostro ordinamento, ma a una più profonda convinzione del rapporto tra diritto e storia, tra diritto e società. Nigro, pur rimanendo un raffinato tecnico del diritto capace di

¹⁵ ID., *Il coordinamento come mistificazione e il coordinamento come partecipazione*, in *Tar*, 1981, ripubblicato in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, III, 1996, 1465 ss.

¹⁶ Si veda su questo stesso numero di *Nomos* F. LANCHESTER, *Due giuspubblicisti calabresi*, 2024.

¹⁷ Si possono vedere in questo senso M. NIGRO, *Il segreto di Gerber*, in *Quad. fior.*, 1973, ripubblicato in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, II, 1996, 1001 ss. e ID., *Costituzione ed effettività costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, ripubblicato in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, II, 1996, 837 ss.

¹⁸ ID., *La pubblica amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. proc. e civ.*, 1985, ripubblicato in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, III, 1996, 1843 ss.

analizzare i problemi con il rigore di metodi riconducibili al diritto, ha immerso il diritto amministrativo nelle dinamiche sociali e storiche per trarne poi considerazioni ampiamente feconde.

La forza dirompente di alcune sue letture, capaci di anticipare le trasformazioni dell'ordinamento stanno a dimostrare la bontà di questo metodo di analisi. La circostanza che alcuni temi siano visti con cautela, ma allo stesso tempo sempre con un'apertura assai maggiore rispetto al passato, come è il caso della riserva di amministrazione, lo dimostra. Il legame profondo con la Costituzione, intesa non solo in senso formale, ha dato prova di una fervida vivacità intellettuale che gli ha consentito di interpretare i suoi tempi, lanciando però un ponte anche con il futuro degli studi del diritto amministrativo. Oggi una parte consistente degli studi del diritto amministrativo non prescinde anche dall'ancoraggio all'ordinamento europeo, costituendo questo un dato meno afferrabile ai tempi in cui scriveva Nigro; ma, se questo è vero, è altrettanto sicuro che proprio tale legame con l'ordinamento sovranazionale ha spesso rischiato di marginalizzare l'altrettanto fertile associazione con la Costituzione, che proprio gli studi di Nigro dimostrano essere ancora capaci di offrire chiavi di letture essenziali per gli studi del diritto amministrativo.