



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 9-10/2017

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, AndryMatilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

Dal carattere statale del diritto amministrativo al diritto amministrativo europeo: un'armonizzazione circolare

di Massimiano Sciascia¹

L'affermazione dei principi del diritto europeo, al di là della consolidazione giurisprudenziale, rinvenibile nell'art. 1 nel codice del processo amministrativo, rappresenta un chiaro ed inequivocabile riferimento a quanto statuito sia dall'U.E., che all'interno della CEDU. Orbene, tale riferimento si concreta in un'operazione volta a conferire un'ulteriore crisma di legittimità a quella tendenza dell'ordinamento protesa a strutturarsi come un sistema connotato da tribunali nazionali e sovranazionali, che interagiscono come giurisdizioni appartenenti a sistemi differenti, ma tra loro collegati.

L'evoluzione sottesa a tale riferimento normativo spinge lo scrivente osservatore a ricercare all'interno di essa nuovi spunti di riflessione anche al fine di germinare tendenze volte all'edificazione di un sistema di diritto realmente armonizzante.

L'approdo del codice amministrativo in un meno recente passato era a dir poco inimmaginabile. Invero il diritto amministrativo

era concepito quale figlio dello Stato². Infatti una conseguenza del carattere essenzialmente statale del diritto amministrativo è stata per anni l'assenza di un diritto amministrativo internazionale e di una disciplina globale dei diritti amministrativi nazionali. Solo all'interno degli Stati, pertanto, si erano realizzate le condizioni per l'affermarsi di un apparato con il monopolio del potere e dotato di imperatività³.

La dottrina al riguardo ha fruttato digressioni di non poco momento. Essa ha edificato i suoi incipit di pensiero rinvenendo in essi la fine sostanza del diritto amministrativo. In particolare ha affermato che alla posizione di potere della P.A. si contrappone una situazione di libertà del privato - non più suddito e, quindi, non più in posizione di soggezione (come nello Stato assoluto) - che si connota come interesse legittimo. In nome di questa dicotomia se l'autorità può far degradare la situazione soggettiva, si è in presenza di un interesse legittimo. Altrimenti, se la situazione non è degradabile dall'autorità, si tratta di un diritto soggettivo.

Orbene, l'irruzione del diritto dell'Unione Europea ha conculcato fortemente tali certezze dogmatiche, tanto da porre le basi per la creazione di un diritto amministrativo europeo. La dottrina ha evidenziato al riguardo la lenta, ma costante formazione di un diritto comune amministrativo, che riceve un particolare stimolo dallo scambio re-

¹ Avvocato, docente di Diritto amministrativo presso l'Università telematica Pegaso.

² S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteristiche originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1, p. 55.

³ M.S. GIANNINI, *I proventi degli enti pubblici minori e la riserva di legge*, in *Riv. fin. sc. Fin.*, 1957, pp. 26 ss..

ciproco tra diritto comunitario e diritti nazionali e che si contrappone al lungo periodo di chiusura degli assetti nazionali stabilizzati, caratterizzati dalla contrapposizione tra la tradizione inglese e il diritto amministrativo francese. Invero, l'ideale liberale, pur caratterizzando il diritto francese e quello inglese, ha condotto ad esiti diversi con l'affermazione del *Conseild'Etat* nel primo caso e della sottoposizione dell'amministrazione ai giudici ordinari nel secondo.

L'emersione dello *iuscommuneadministrativum* rileva, pertanto, sotto un duplice profilo: da un lato, il diritto comunitario influenza i diritti amministrativi nazionali, sia in via diretta, attraverso la sostituzione di proprie regole e istituti a quelli di diritto interno, sia indirettamente, favorendo la convergenza fra i diritti amministrativi nazionali. Sotto il versante opposto, i diritti nazionali contribuiscono a creare principi e regole comunitarie, innescando un processo di armonizzazione circolare, definito anche di *crossfertilisation*, in cui il confronto tra i diversi istituti di diritto amministrativo, vigenti negli stati membri, contribuisce a creare la regola comunitaria, che, a sua volta, influisce sull'interpretazione delle norme interne (un processo prima induttivo e poi deduttivo). Tale processo, ormai consolidato nel diritto dell'U.E., si è progressivamente esteso ai principi del diritto europeo derivanti dalla CEDU, che oggi, anche in forza del richiamo di cui all'art.1 c.p.a. cit., divengono direttamente applicabili dal giudice interno.

Al di là di tali digressioni dogmatiche è nella stratificazione evolutiva dei rapporti tra il diritto comunitario, avente efficacia diretta, e il diritto nazionale configgente, che emergono profili di particolare interesse.

In un primo tempo, per vero, la Corte Costituzionale ha ritenuto che le norme interne e quelle comunitarie fossero equiordinate, con la possibilità del sindacato costituzionale sulla norma comunitaria per il tramite della norma interna di esecuzione del Trattato⁴. Tale impostazione collide, tuttavia, con l'orientamento espresso nella sentenza della Corte di Giustizia n.6/64, nella quale si afferma che gli Stati avrebbero trasferito dei poteri sovrani alla Comunità, sicché la Comunità andrebbe costruita come un ente superiore, le cui regole si impongono per forza propria.

La seconda fase è segnata da un ulteriore provvedimento della Corte Costituzionale⁵, nel cui impianto motivazionale si evince il primato del diritto comunitario e la conseguente incostituzionalità delle norme nazionali difformi, ai sensi dell'art.11 Cost. ponendo, tuttavia, un limite, costituito dalla non applicazione della norma comunitaria, che non sia rispettosa dei diritti fondamentali stabiliti da norme costituzionali. Nella stessa scia si pone un'ulteriore pronuncia del medesimo Organo Giudiziario del '75⁶, che riafferma il primato del diritto comunitario e l'incostituzionalità della norma nazionale difforme *ex art.11 Cost.* - .

⁴ Corte Costituzionale 7/03/1964, n. 14.

⁵ Corte Costituzionale 27/12/1973, n. 183.

⁶ Corte Costituzionale 30/10/1975, n. 232.

Queste ultime due sentenze vengono sferzate, staffilate fortemente dalla sentenza "Simmenthal" della Corte di Giustizia del 9/03/1978, che parte dal presupposto dell'immediata applicazione della normativa comunitaria, che rende *ipso iure* inapplicabile qualsiasi disposizione contrastante della legge nazionale preesistente alle norme comunitarie, ma impedisce, altresì, la formazione di atti legislativi successivi collidenti con le stesse (terza fase).

Infine, la sentenza emessa dalla Consulta del 1984⁷ sostiene la disapplicazione della norma interna contrastante con la comunitaria, che dà luogo a quiescenza e non nullità (e neanche inefficacia) della norma interna, con la possibilità di sindacare la legge interna di adesione al Trattato, se la norma comunitaria contrasta con i diritti fondamentali costituzionali.

In seguito furono emessi altri provvedimenti decisorii protesi ad argomentare in ordine ad una ritrazione dell'ordinamento interno, in quanto alle norme comunitarie sarebbe riservato uno spazio proprio nel cui ambito la legge nazionale non potrebbe entrare⁸ (quarta fase).

La completezza dell'iter evolutivo sin qui esposto può dirsi arricchita poi con il nuovo dettato dell'art.117 Cost. nella formulazione introdotta dalla legge costituzionale n.3/2001, secondo cui la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, è esercitata nel rispetto della Costituzione, nonché dei vin-

coli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

L'avvenuta costituzionalizzazione degli obblighi internazionali e comunitari comporta, quindi, sicuramente l'incostituzionalità delle leggi nazionali e regionali contrastanti, il che non toglie che la norma di legge configgente sia, oltre che incostituzionale, anche anticomunitaria, ossia affetta da un vizio ancora più radicale che ne comporta la disapplicazione, e non un ritorno al sistema della declaratoria di incostituzionalità. Anche perché, la volontà costituzionale di rendere più solenne il vincolo comunitario non può produrre l'effetto opposto di renderlo meno intenso, con il riconoscimento dell'efficacia della legge nazionale in pendenza del giudizio di costituzionalità.⁹In effetti la giurisprudenza costituzionale più recente ha continuato ad affermare che spetta al giudice disapplicare la norma interna contrastante col diritto comunitario e non alla Corte Costituzionale accertare l'incompatibilità comunitaria della norma interna¹⁰.

Ciò non di meno emergono dal tessuto esperienziale delle Corti delle eccezioni alla regola della disapplicazione del diritto nazionale configgente col comunitario. Un esempio potrebbe concretarsi nel ricorso governativo di costituzionalità in via principale *ex art.127 Cost.* in relazione alle leggi regionali che violano il diritto comunitario, in ordine al quale ricorso, la Corte Costituzionale ha fatto riferimento espresso

⁷ Corte Costituzionale 8/06/1984, n. 170.

⁸ Corte Costituzionale 7/02/2000, n. 41; Corte Costituzionale 11/07/1989, n. 389.

⁹ F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Torino, 2011, p.75.

¹⁰ Corte Costituzionale n. 421/2010.

all'art.117, comma 1, cioè alla necessità di passare per il giudizio di costituzionalità¹¹. Orbene, tale orientamento giurisprudenziale ha escluso il giudizio di costituzionalità in caso di giudizio incidentale proposto a iniziativa del giudice ordinario, ribadendo la necessità della disapplicazione.

Ad ogni modo, per converso, il ricorso alla Corte Costituzionale ex artt.11 e 117, comma 1 Cost., è obbligatorio laddove sia impossibile risolvere il contrasto tra normativa interna e diritto comunitario in via interpretativa e non sia possibile attivare il rimedio della disapplicazione, poiché si tratta di norma della Unione Europea priva di efficacia diretta, come una decisione quadro del Consiglio¹². Alla stessa conclusione la Corte Costituzionale è pervenuta, per quanto concerne il contrasto tra norme interne e una disposizione CEDU, non superabile in via interpretativa, per la formazione di un diritto vivente sospetto di incostituzionalità¹³.

Ad ogni buon conto, tuttavia, l'art.117 Cost. non sancisce anche una prevalenza del diritto comunitario sulla Costituzione, sicché si pone il problema afferente a un controllo di costituzionalità sulle norme comunitarie. Al riguardo deve escludersi qualsivoglia violazione di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti da parte dell'art.7 del Trattato di Maastricht, modificato dal Trattato di Amsterdam, che ha introdotto una procedura sanzionatoria per lo stato mem-

bro che violi sistematicamente i diritti umani e le libertà fondamentali. Sono sindacabili, per contro, le leggi di esecuzione dei Trattati e delle norme comunitarie, se contrastanti con i principi fondamentali del nostro ordinamento.

Il problema si complica se, abbandonata la tesi della separazione dei due ordinamenti, in passato seguita dalla Consulta, si ritiene l'ordinamento comunitario in un rapporto di integrazione con quello nazionale, sicché entrambi confluiscono nell'ambito di un ordinamento unitario. Di tale integrazione non dubita la Corte di Giustizia, che ha affermato la rilevanza degli effetti diretti della norma comunitaria anche per la P.A.¹⁴.

Orbene, vi sono una serie di elementi che depongono nel senso dell'integrazione in un ordinamento unitario: in particolare la costituzionalizzazione all'art.117 Cost. del diritto comunitario; il meccanismo della disapplicazione, per cui, se una norma comunitaria può paralizzare una norma interna, lasciandola formalmente in vita, riesce difficile negare l'integrazione; la diretta applicabilità delle norme comunitarie da cui nascono diritti e obblighi, ad eccezioni delle direttive non auto-esecutive; l'ammissione del sindacato di legittimità della legge regionale contrastante con la norma comunitaria, difficilmente conciliabile con l'estraneità di quest'ultima all'ordinamento interno in cui opera la Corte Costituzionale. La tesi dell'integrazione è, inoltre, sostenuta da alcune pronunce della Corte Costi-

¹¹ Corte Costituzionale 15/04/2008, n. 103; Corte Costituzionale 28/03/2006, n. 129; Corte Costituzionale 3/11/2005, n. 406.

¹² Corte Costituzionale 21/06/2010, n. 227; Corte Costituzionale n. 28/2010.

¹³ Corte Costituzionale n. 196/2010;

¹⁴ Corte di Giustizia 22/04/1999, Ciola; Corte di Giustizia 22/06/1989, Fratelli Costanzo S.p.a..

tuzionale¹⁵, secondo cui le norme comunitarie vincolano il legislatore interno con il solo limite dell'intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Costituzione.

In definitiva la prospettiva dell'integrazione si pone quale itinerario dogmatico da preferire anche al fine di salvaguardare i diritti fondamentali e tutto quello che nel nostro ordinamento non può essere scalfito, nè giammai posto in retrocessione anche a fronte dei vincoli comunitari ed internazionali più rigorosi.

¹⁵Corte Costituzionale 15/04/2008, n. 102.

