

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

diretto da

GIUSEPPE DALLA TORRE
Ord. Lumsa di Roma

MARIO CARAVALE
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

MANLIO MAZZIOTTI
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

ALBERTO ROMANO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

LUCIANO EUSEBI
Ord. Università
Cattolica di Piacenza

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

PAOLO MENGOLZI
Ord. Università
di Bologna

FRANCESCO D'AGOSTINO
Ord. Università
di Roma "Tor Vergata"

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

FERRANDO MANTOVANI
Ord. Università
di Firenze

FRANCESCO MORANDI
Ord. Università
di Sassari

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"



Mucchi Editore

Chiara Favilli

IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La sussidiarietà come principio regolatore dell'esercizio delle competenze. – 3. Il contenuto del principio secondo i Protocolli allegati ai Trattati e la normativa integrativa. – 4. Il controllo *ex ante* da parte dei parlamenti nazionali. – 5. Il controllo *ex post* da parte della Corte di giustizia. – 6. Il principio di sussidiarietà nella *governance* dell'Unione europea. – 7. Il principio di sussidiarietà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

1. Premessa

Nel Trattato sull'Unione europea il principio di sussidiarietà svolge la fondamentale funzione di regolare l'esercizio delle competenze concorrenti e parallele attribuite all'Unione dal sistema dei Trattati. Tali competenze, infatti, risultano appartenere sia all'Unione sia agli Stati, ma l'esercizio di esse è regolato in maniera diversa per l'una e per gli altri. Mentre, infatti, gli Stati possono sempre esercitare la propria potestà normativa, pur nel limite del rispetto di eventuali obblighi derivanti dalle norme adottate dall'UE, l'Unione può farlo solo se rispetta il principio di sussidiarietà. Tale principio, dunque, non determina l'attribuzione di competenze all'Unione ma condiziona l'esercizio di competenze già attribuite e la sua violazione comporta un'illegittimità dell'atto non per incompetenza ma per violazione di un principio generale sancito nel Trattato.

Dal momento del suo inserimento nel sistema dei Trattati il principio ha avuto uno sviluppo notevole grazie sia alla definizione del suo contenuto attraverso una normativa integrativa, sia ad alcune pronunce della Corte di giustizia. Più recentemente, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, esso ha visto formalmente acquisita una nuova dimensione costi-

tuita dal coinvolgimento diretto dei parlamenti nazionali nel suo controllo. Tale *corpus* normativo e giurisprudenziale concorre a definirne il contenuto e, soprattutto, il funzionamento consentendone un'effettiva applicazione. È proprio al funzionamento del principio, nella dimensione cosiddetta verticale, che saranno dedicate le pagine seguenti, nella convinzione che in questo riposa il suo tratto peculiare nell'ordinamento dell'Unione europea¹.

2. La sussidiarietà come principio regolatore dell'esercizio delle competenze

Se un riferimento al principio di sussidiarietà poteva rinvenirsi già nel Trattato sulla Comunità europea relativamente alla politica ambientale, la sua compiuta codificazione avviene attraverso il Trattato istitutivo dell'Unione europea. Esso è richiamato già nel preambolo, laddove viene individuato come il principale strumento per garantire che nel "processo di creazione di un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa, [...] le decisioni siano prese il più possibile vicino ai cittadini". In questo contesto il principio di sussidiarietà assume una funzione strumentale alla realizzazione del più generale principio di prossimità, ribadito anche dall'art. 1, par. 2, TUE, in base al quale nell'adozione degli atti deve essere preferito l'organo di governo più vicino ai cittadini. Si delinea così, sin dall'*incipit* del Trattato, il modello di *governance* multilivello dell'Unione europea. È interessante che tale modello sia stato elaborato quando maggiori sono state le competenze attribuite all'Unione, spostando per alcune politiche il foro decisionale nelle istituzioni europee, necessariamente meno vicine ai cittadini. In altri termini i principi di sussidiarietà e di

¹ Per una trattazione completa e ricca di riferimenti dottrinali, giurisprudenziali e normativi si veda F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Milano, 2007. Si vedano anche gli scritti di A. Rinella, G. Boni e M. Lugato pubblicati in questa rivista.

prossimità tendono a valorizzare il ruolo dei livelli nazionali, regionali e locali, di fronte all'aumento delle competenze attribuite all'Unione europea. Tale funzione è svolta limitando l'azione dell'Unione che può intervenire solo quando è strettamente necessario. Proprio in virtù di tale funzione, il principio di sussidiarietà avrebbe potuto essere considerato come prevalentemente politico e, quindi, di difficile applicazione pratica. Se questo timore poteva essere giustificato all'indomani del suo inserimento nel Trattato UE, gli sviluppi successivi hanno fugato gran parte dei dubbi. Le istituzioni europee si sono adoperate, infatti, per dotarsi di metodi e di procedure volte a garantirne il rispetto, con uno strumentario che è stato raffinato nel corso degli anni, giungendo ad avere una compiuta elaborazione con il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

La collocazione della disciplina del principio di sussidiarietà nel Trattato sull'Unione europea ne conferma la vocazione di regola sull'esercizio delle competenze². Essa si trova infatti all'art. 5, una disposizione interamente dedicata alle competenze dell'Unione, dove è affiancato dal principio di attribuzione e da quello di proporzionalità. Il primo, tipico delle organizzazioni internazionali, stabilisce che le competenze dell'Unione derivano dal Trattato e solo dal Trattato e che sono esercitate in base ai principi di proporzionalità e di sussidiarietà. Tutto quanto non attribuito all'Unione rimane di competenza degli Stati membri che hanno, invece, poteri originari e generali (art. 5, par. 2, TUE). Si conferma che il principio di sussidiarietà non contribuisce a stabilire quali sono le competenze dell'Unione, funzione svolta dal principio di attribuzione, ma stabilisce quando l'Unione può esercitare tali competenze. Per questo la sua applicazione è esclusa nelle materie di competenza esclusiva e richiesta per le competenze concorrenti e parallele (art. 3 TFUE). Sotto questo profilo è da osservare che il Trattato di Lisbona menziona espressamente le politiche nelle quali l'Unione ha competenza esclusiva e parallela, definen-

² R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, pp. 518-554.

do tutte le altre politiche residuali come concorrenti (artt. 3-6 TFUE)³.

L'esclusione dell'applicazione del principio nelle competenze esclusive si comprende considerando la funzione di limite all'azione dell'Unione da esso esercitata in favore dei livelli di governo inferiori. Quando le competenze sono esclusive questi ultimi non hanno alcuna competenza ad agire. Tuttavia si vedrà che il tipo di controllo del rispetto del principio previsto nel Trattato e nelle fonti integrative, tende a configurare un *modus operandi* del legislatore europeo che dovrebbe essere esteso anche alle materie di competenza esclusiva.

Riguarda qualsiasi competenza il terzo principio enunciato dall'art. 5 TUE, il principio di proporzionalità, in base al quale l'azione dell'Unione deve limitarsi "a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati [...]". Si richiede dunque che l'Unione non preveda obblighi laddove non sia strettamente necessario e che privilegi la misura "meno invasiva" per conseguire l'obiettivo previsto. Tale principio era stato ampiamente applicato dalla Corte di giustizia anche prima della sua codificazione quale canone generale dell'azione dell'Unione. In particolare la Corte lo aveva enunciato innanzitutto in relazione alle misure statali restrittive delle libertà di circolazione, consentite solo se indistintamente applicabili e, appunto, proporzionate all'obiettivo perseguito dagli Stati. Con ciò la Corte ha sempre confermato che le restrizioni così prodotte non devono andare al di là di quanto strettamente necessario per conseguire la finalità legittima che lo Stato si prefigge. Tale principio è stato elevato a principio regolatore dell'esercizio di tutte le competenze dell'Unione, comprese anche quelle esclusive a differenza del principio di sussidiarietà.

³ Ciò potrebbe ancora non escludere la possibilità di ritenere una politica come esclusiva anche al di là di quanto stabilito dal Trattato. È quanto è avvenuto in passato in relazione alla politica della pesca, definita esclusiva dalla Corte di giustizia, sentenza del 5 maggio 1981, *Commissione c. Regno Unito*, causa 804/79, in *Raccolta* 1981, p. 1045 ss.

3. Il contenuto del principio secondo il Trattato, i Protocolli e la normativa integrativa

Nell'art. 5 TUE il rispetto del principio di sussidiarietà va verificato attraverso due *tests*, il superamento dei quali comporta la possibilità per l'Unione di adottare l'atto. In base all'art. 5 TUE:

«In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione».

Il primo criterio consiste dunque nell'insufficienza dell'azione degli Stati per conseguire l'obiettivo dell'azione che si vuole adottare. In seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona si trova precisato che l'idoneità statale deve essere verificata considerati anche i diversi livelli di governo, vale a dire quello centrale, regionale e locale. Tale precisazione è molto significativa dato che generalmente gli Stati sono considerati come soggetti "monolitici" nel diritto UE, almeno per ciò che concerne i profili della responsabilità per mancata esecuzione o l'esercizio dei poteri conferiti nei Trattati agli Stati, risultando invece indifferente l'eventuale esistenza di diversi livelli di governo. Il secondo criterio è invece costituito dalla migliore idoneità dell'intervento dell'Unione a conseguire l'obiettivo, da valutarsi sulla base della portata e degli effetti dell'azione che si intende adottare. La versione italiana non è felice sul piano strettamente lessicale. Il termine "portata" è infatti quello usato in italiano nella nuova versione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, mentre nel Trattato sulla Comunità europea era impiegato il termine "dimensione" che è sicuramente preferibile. Tra l'altro nelle versioni inglese e francese il termine corrispondente è "*scale*" e

“*dimension*”, non modificato dal Trattato sul funzionamento dell’Unione europea. In effetti è in ragione della dimensione (sovranaazionale) e degli effetti (nell’ordinamento dell’Unione) dell’intervento normativo dell’Unione, che questa può legittimamente esercitare la propria competenza. Come si vede né l’obiettivo dell’atto né l’intento del legislatore sono rilevanti per verificare il rispetto del principio di sussidiarietà. Questo richiede che il perseguimento dell’obiettivo imponga un’azione dell’Unione, non essendo infatti sufficiente la mera esistenza di un obiettivo legittimo ma occorrendo anche che l’intervento sia giustificato in base ai benefici dell’azione UE rispetto agli “svantaggi” dell’azione statale.

Il contenuto del principio di sussidiarietà è integrato dai Protocolli nn. 1 e 2, allegati ai Trattati. Il Protocollo n. 1 è relativo al ruolo dei parlamenti nazionali; il Protocollo n. 2, denominato “*sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*”, concerne specificamente i principi di sussidiarietà e di proporzionalità e sostituisce un precedente Protocollo allegato al Trattato di Amsterdam, di contenuto radicalmente diverso⁴. Esso individua le condizioni di applicazione dei principi ed istituisce un sistema di controllo sulla loro applicazione. Sono tali procedure, oggi in parte innovate, che hanno consentito di garantire un effettivo rispetto del principio, introducendo strumenti di controllo *ex ante* ed *ex post*, vale a dire prima e dopo che l’atto sia stato adottato⁵.

Le procedure *ex ante* sono applicabili solo per gli atti legislativi, come risulta dall’art. 3 del Protocollo n. 2. In particolare per atti legislativi devono intendersi quelli adottati sulla base di una procedura legislativa, ordinaria o speciale. Sono esclusi dunque tutti gli atti non legislativi, tra i quali rientra-

⁴ Il Protocollo a sua volta costituiva una riformulazione di un accordo interistituzionale, adottato nel 1993 all’indomani dell’entrata in vigore del Trattato di Maastricht, che aveva individuato precise procedure che le istituzioni si impegnavano a seguire per rendere applicabile il principio. Prima ancora nel Consiglio europeo di Edimburgo i capi di Stato e di Governo avevano concordato gli elementi essenziali di tale accordo. Cfr. A. Adinolfi, *Materiali di Diritto dell’Unione europea*, Torino, 2007, pp. 124-126.

⁵ R. BARATTA, *cit.*, p. 534.

no gli atti adottati sulla base degli artt. 290 e 291 TFUE, vale a dire gli atti normativi delegati e quelli di esecuzione, entrambi di competenza della Commissione europea. I primi si caratterizzano per essere basati su un atto derivato legislativo del quale integrano o modificano elementi non essenziali. Ciò che potrà essere considerato tale dipenderà dall'apprezzamento delle istituzioni relativamente al contenuto di ogni atto, ma di certo gli atti in questione devono essere annoverati tra quelli normativi pur non essendo qualificati come legislativi⁶. Quanto agli atti adottati in base all'art. 291 TFUE, essi devono essere adottati dalla Commissione tutte le volte che vi sia l'esigenza di eseguire un atto normativo in maniera uniforme, essendo altrimenti di competenza degli Stati membri. La disposizione prevede l'adozione di un regolamento ai sensi dell'art. 291, par. 3, TFUE, secondo la procedura legislativa ordinaria⁷.

La *ratio* della limitazione del controllo *ex ante* agli atti legislativi, dovrebbe essere quella di escludere quelle misure che non comportano l'esercizio di una politica dell'Unione, ma che riguardano, ad esempio, l'organizzazione delle istituzioni o quelle misure che presuppongono la già avvenuta adozione di atti legislativi. È quanto avviene per gli atti delegati nonché per gli atti di esecuzione, per i quali la competenza è già stata esercitata, dato che gran parte del contenuto è già previsto nella normativa-base e trova fondamento in quest'ultima. Ciò tuttavia non significa che gli atti di esecuzione siano esclusi dal rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, posto che l'art. 5 TUE ne afferma l'applicazione ogniqualvolta l'Unione eserciti competenze non esclusive, a prescindere dal tipo di atto adottato. Come già detto la limitazione dispo-

⁶ La Commissione europea ha pubblicato la comunicazione COM(2009)673 del 9 dicembre 2009, *relativa all'attuazione dell'articolo 290 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, per contribuire a definire il quadro giuridico entro il quale tali atti delegati devono essere adottati.

⁷ La Commissione europea ha presentato la proposta di regolamento *che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione*, COM(2010)83 del 9 marzo 2010.

sta dal Protocollo concerne solo l'applicazione degli strumenti di controllo in esso previsti ed in particolare gli strumenti che possiamo qualificare come *ex ante*, rimanendo invece del tutto operante il controllo *ex post* ad opera della Corte di giustizia.

Il Protocollo n. 2 attribuisce espressamente l'obbligo di vigilare in maniera continua sul rispetto del principio di sussidiarietà a ciascuna istituzione. Il termine istituzione rinvia all'art. 13 TUE nel quale sono appunto elencati gli organi che possono essere qualificati come istituzione: vi sono incluse le istituzioni politiche (Consiglio europeo, Consiglio, Parlamento europeo, Commissione), le istituzioni monetarie (la Banca centrale europea) e anche le istituzioni giudiziarie (Corte di giustizia e Corte dei conti). Quanto a queste ultime, potranno esercitare tale accertamento nei limiti delle loro competenze, vale a dire nell'ambito di un ricorso presentato dinnanzi alla Corte di giustizia, o in relazione alle funzioni tipiche della Corte dei conti, di controllo dei conti e di relazione su di essi (art. 287 TFUE). Rispetto alla Corte di giustizia la norma è ricognitiva delle funzioni della Corte alla quale compete di garantire l'uniforme interpretazione e applicazione delle norme dell'Unione e di decidere sulla legittimità degli atti.

Il Protocollo n. 2 offre scarsissime indicazioni circa le procedure che le istituzioni politiche devono seguire onde evitare una violazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, marcando, come si diceva, una notevole differenza con quello precedentemente in vigore. Quest'ultimo, infatti, da una parte articolava in maniera dettagliata che cosa doveva intendersi per inefficacia dell'azione statale e per preferenza dell'azione dell'Unione. Dall'altra conteneva linee guida circa il tipo di atto da adottare: veniva così ad essere indicata una preferenza delle direttive rispetto ai regolamenti e delle direttive quadro rispetto alle direttive dettagliate, nella convinzione che ciò avrebbe maggiormente garantito il rispetto dell'autonomia degli Stati, liberi di scegliere le forme e i modi per conseguire gli obiettivi sanciti nella direttiva. L'attuale Protocollo contiene invece indicazioni molto più scarse, concentrate nel suo art. 5. Ivi è ribadita la necessità di dare conto del rispetto del principio di sussidiarietà nella motivazione degli

atti che, come noto, caratterizza tutti gli atti legislativi dell'Unione europea ai sensi dell'art. 296, par. 2, TFUE. In effetti tutti gli atti dell'Unione contengono, generalmente al termine del Preambolo, un paragrafo dedicato al rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Tuttavia nessuna giustificazione sostanziale si può desumere da tali motivazioni che si presentano piuttosto come una sorta di "autocertificazione" del rispetto dei principi. Si tratta infatti di una riformulazione dell'art. 5 TUE con una formula *standard* in base alla quale "a motivo della dimensione e degli effetti rispetta i principi e non va oltre quanto necessario per conseguire tale risultato"⁸.

La Corte di giustizia in uno dei pochi casi nei quali si è espressa circa il rispetto del principio di sussidiarietà, ha avuto modo di occuparsi della motivazione. Più specificamente la questione che veniva in rilievo era la necessità che le istituzioni formulassero espressamente la motivazione dell'atto in relazione a tale principio, come richiesto dall'allora vigente Protocollo sulla sussidiarietà. La Corte ha affermato che la mancanza di una motivazione espressa del principio non è tale da viziare l'atto se la motivazione possa comunque desumersi implicitamente dall'insieme della motivazione⁹. Invero se si vuole risalire ad una circostanziata motivazione dell'atto, con riferimenti anche al rispetto del principio di sussidiarietà, occorre cercare al di fuori del testo adottato. Nell'art. 5 del Protocollo n. 2 è previsto, infatti, che ogni proposta di atto legislativo sia accompagnata da una scheda nella quale sono contenuti "gli elementi circostanziati che consentano di valutare

⁸ Si veda quanto ad esempio riportato nel considerando n. 28 della direttiva 2000/43/CE che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, in GUUE L 180 del 19 luglio 2000, pp. 22-26: "In base ai principi di sussidiarietà e proporzionalità enunciati all'articolo 5 del trattato CE lo scopo della presente direttiva, volta a garantire un elevato livello di protezione contro la discriminazione in tutti gli Stati membri, non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri e può dunque, a causa delle dimensioni e dell'impatto dell'azione proposta, essere meglio realizzato a livello comunitario. La presente direttiva non va al di là di quanto è necessario per il raggiungimento di tale obiettivo".

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 1997, *Germania c. Consiglio*, C-233/94, in *Raccolta* 1997, p. I-2405.

il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità”. Nel descrivere tale “scheda”, non meglio qualificata, si indica che essa deve contenere dati sia qualitativi sia quantitativi. Il Protocollo dunque non incide in alcun modo sul tenore della motivazione contenuta nell’atto, rinviando l’inserimento della motivazione effettiva in una “scheda” di accompagnamento delle proposte di atti legislativi. In effetti, molte informazioni circa il contesto e gli obiettivi dell’atto si possono rinvenire nelle introduzioni alle proposte o nei documenti preparatori pubblicati dalla Commissione europea. Ciò consente ai soggetti destinatari o ai c.d. *stakeholders* in generale di attivare o sollecitare gli strumenti di controllo oggi disciplinati in maniera dettagliata nel Protocollo. Tuttavia questo metodo può non rendere del tutto agevole la conoscenza della motivazione dell’atto da parte dei non addetti ai lavori, essendo di non immediata evidenza. Per questo sarebbe stato preferibile prescrivere che alcuni di quegli elementi quantitativi e qualitativi relativi al rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, fossero inseriti nella motivazione dell’atto così da consentire un effettivo controllo del loro rispetto successivamente all’adozione dell’atto e da parte di ciascun soggetto potenzialmente interessato.

Nell’art. 5 del Protocollo n. 2 è anche indicato che la scheda di accompagnamento contiene elementi che consentono di valutarne l’impatto finanziario e le conseguenze sulla regolamentazione degli Stati membri. Si tratta di un profilo non del tutto coincidente con il principio di sussidiarietà ma ormai parte della procedura di elaborazione delle proposte normative da parte della Commissione europea. Tutte le proposte sono ormai precedute dai c.d. *impact assessments* (IA), le valutazioni di impatto, dapprima limitate alle proposte più rilevanti ed oggi estese a tutte le nuove proposte. La formulazione delle proposte, infatti, è ormai caratterizzata da un autonomo e complesso procedimento, interno alla Commissione che vede negli IA uno strumento essenziale. Gli IA sono delle valutazioni sulla proposta che si intende presentare e che dovrebbero fornire al legislatore le informazioni necessarie per valutare i vantaggi e gli svantaggi di una proposta, analiticamente

prospettati in relazione ai suoi diversi possibili contenuti. Un accurato *IA* consente alla Commissione di considerare tutti i potenziali scenari connessi con una proposta e sceglierne uno sulla base di un'attenta selezione, con preferenza per la scelta meno onerosa e più vantaggiosa. Tale valutazione non concerne solo gli aspetti finanziari, per i quali già esisteva una c.d. *ex ante evaluation* ai sensi dell'art. 21, par. 1, del regolamento di bilancio, ma tutti i profili sui quali è prevedibile che l'atto possa incidere¹⁰. Inizialmente gli *IA* erano riservati alle iniziative più importanti della Commissione, sulla base di una decisione adottata dal Segretariato generale e dall'*Impact Assessment Board*¹¹. Attualmente è stato deciso di estendere tale valutazione a tutte le proposte di atti normativi. Nelle linee guida in materia di *IA*, vi sono indicazioni anche circa il rispetto del principio di sussidiarietà che è uno dei primi profili che devono essere considerati, non appena sia stato identificato il problema che l'atto viene ad affrontare¹². In particolare è previsto che sia dapprima accertato se la fattispecie oggetto della proposta rientri nelle competenze dell'Unione e, successivamente, se la proposta rispetti il principio di sussidiarietà. Vengono così riformulati i due *tests* contenuti nell'art. 5 TUE con l'articolazione di alcuni passaggi logici che le istituzioni devono soddisfare per osservare il principio¹³. La verifica del rispetto

¹⁰ Regolamento 1995/2006 del 13 dicembre 2006 che modifica il regolamento 1605/2002 sulla regolamentazione finanziaria applicabile al bilancio generale della Comunità europee, in GUUE L 390 del 30 dicembre 2006.

¹¹ Si veda da ultimo la relazione del 29 gennaio 2010, SEC(2009)1728, *Commission staff working Document, Impact Assessment Board Report for 2009*. http://ec.europa.eu/governance/impact/iab/iab_en.htm.

¹² *Impact Assessment Guidelines*, documento della Commissione SEC (2009)92 del 15 gennaio 2009.

¹³ A questo livello delle linee guida si ritrovano alcuni di quei contenuti che erano prima propri del Protocollo sulla sussidiarietà. Sono così ribaditi espressamente i due *tests*: quello sull'insufficienza dell'azione statale e quello sulla migliore idoneità dell'Unione. Sono anche indicate le domande che possono facilitare l'accertamento del loro superamento: aspetti transnazionali della questione che non possono essere affrontati dagli Stati da soli; rischio di violazione del diritto UE da parte dell'azione autonoma degli Stati ad esempio per le discriminazioni che si potrebbero produrre o rischio di danno per gli altri Stati; benefici dell'azione dell'UE in ragione della sua dimensio-

dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità diviene dunque un elemento centrale nella decisione di avvio di una procedura legislativa, insieme ad altri aspetti altrettanto rilevanti. La formulazione delle linee guida è tale da riecheggiare in parte quanto era previsto nel precedente Protocollo sulla sussidiarietà. Ciò conferma che il Protocollo oggi allegato ai Trattati, depurato dalle norme contenenti indicazioni alle istituzioni su come rispettare il principio, è oggi piuttosto dedicato ad individuare gli strumenti di controllo, rinviando per le indicazioni procedurali dirette alle istituzioni, alle linee guida prima citate nonché ad altri documenti di lavoro delle istituzioni, di carattere non vincolante o comunque non desinati ad avere effetti verso i terzi.

4. *Il controllo ex ante da parte dei parlamenti nazionali*

Il coinvolgimento diretto dei parlamenti nazionali nell'ambito delle procedure per l'adozione degli atti dell'Unione europea è una delle principali novità introdotte dal Trattato di Lisbona. Come noto i parlamenti nazionali hanno potuto esercitare forme di controllo sulla funzione legislativa dell'Unione ma solo in modo indiretto ed in particolare attraverso il controllo politico nei confronti dei propri governi, componenti il Consiglio europeo e il Consiglio. Ciascun Parlamento nazionale ha interpretato diversamente tale ruolo, andando da uno scrutinio sistematico delle proposte normative, con approfondite indagini e conseguenti risoluzioni adottate nei confronti dell'esecutivo, alla sostanziale indifferenza. In Italia i regolamenti di entrambe le camere consentono ad esse di intervenire sulle proposte o su altri atti rilevanti dell'Unione europea, ma un'attività di controllo sistematico è iniziata solo recentemente¹⁴.

ne; maggiori benefici dell'azione dell'UE rispetto a quella degli Stati in ragione della sua efficacia.

¹⁴ Si veda A. ADINOLFI, G. GAJA, *Introduzione al Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, p. 31.

L'attribuzione ai parlamenti nazionali del controllo del principio di sussidiarietà è condivisibile, proprio perché limitata a tale profilo di illegittimità. Per tutti gli altri profili, relativi ad esempio al contenuto dell'atto, i parlamenti dovranno, se credono, adottare atti di indirizzo diretti nei confronti del proprio Governo o agire sul Parlamento europeo attraverso la possibilità, pure riconosciuta dai nostri Regolamenti di Camera e Senato, di tenere audizioni dei membri del Parlamento europeo. La *ratio* della limitazione del parere motivato dei parlamenti nazionali al solo profilo della compatibilità dell'atto con il principio di sussidiarietà deve essere rinvenuta nella peculiarità di tale principio. Esso infatti tutela gli Stati nel loro complesso e non può dipendere soltanto dall'azione dei Governi in seno al Consiglio. È stato giustamente notato che "anche se tutti gli Stati all'interno del Consiglio fossero favorevoli all'adozione di un atto, questo non sarebbe di per sé sufficiente a giustificare l'esercizio di una competenza UE"¹⁵. In effetti, quando l'adozione di un atto non sia giustificata in relazione al principio di sussidiarietà, l'esercizio di quella competenza può continuare ad essere svolto a livello nazionale (centrale, regionale o locale a seconda delle articolazioni dei poteri di governo all'interno del territorio). In tale contesto la funzione legislativa è attribuita in via astratta al Parlamento, che, anche quando non la eserciti direttamente, ha tuttavia ampi poteri di controllo e di indirizzo sul proprio Governo. L'esercizio delle competenze normative a livello di Unione europea ha l'effetto di diminuire le prerogative dei parlamenti nazionali che, a differenza dei Governi, non sono rappresentati nelle istituzioni UE. Anche i singoli Governi hanno ovviamente un ruolo minore e diverso all'interno del Consiglio rispetto a quello che hanno a livello nazionale, soprattutto ora che è stata generalizzata la procedura legislativa ordinaria. Sulla base di questa procedura, infatti, il Consiglio delibera di regola a maggioranza qualificata e condivide la funzione legislativa con il Parlamento europeo. Tuttavia la prassi dimostra che

¹⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Poirares Maduro presentate il 1° ottobre 2009 nel caso *Vodafone*, causa C-58/08.

il Consiglio tende a privilegiare al suo interno le soluzioni di sintesi all'unanimità, inevitabilmente tenendo conto delle diverse posizioni espresse dai singoli Governi¹⁶. Ciò a dimostrare che la violazione del principio di sussidiarietà tende a ledere soprattutto le prerogative dei parlamenti nazionali, piuttosto che i singoli Governi. La procedura per il controllo da parte dei parlamenti nazionali è data dal combinato disposto dei Protocolli nn. 1 e 2, che risultano così strettamente connessi l'uno all'altro. Il primo, sui parlamenti nazionali, consente loro di esprimersi sulla proposta di atto normativo relativamente al rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità (art. 5); il secondo, sui principi di sussidiarietà e di proporzionalità, ne attribuisce il controllo, tra gli altri, ai parlamenti nazionali, ai quali sono dedicate gran parte delle sue disposizioni (artt. 6-7). In altre parole il primo individua nel controllo della sussidiarietà la principale attività dei parlamenti nazionali, mentre il secondo attribuisce soprattutto ai parlamenti nazionali la funzione di controllo del rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Non mancano duplicazioni di disposizioni tra un Protocollo e l'altro.

Ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 2, l'istituzione che propone l'atto (solitamente la Commissione europea) deve inviare ai parlamenti nazionali tutte le proposte di atti legislativi. La disposizione deve essere integrata con gli artt. 69 e 352, par. 3, TFUE. In base all'art. 69 TFUE i parlamenti "vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà" ai sensi di quanto disposto dal Protocollo. La norma pare ricognitiva dei poteri già attribuiti ai parlamenti nazionali, salvo voler sottolineare che quando viene trasmesso un atto basato su tale disposizione, la Commissione è tenuta a richiamare l'attenzione dei parlamenti nazionali su di esso¹⁷. A partire da questo momento decorre un periodo di otto settimane entro il quale ogni

¹⁶ Così il dott. P. PONZANO, Relazione presentata nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Firenze il 24 aprile 2010.

¹⁷ L'art. 352 TFUE può costituire base giuridica di una proposta di atto normativo laddove non sia necessario adottare un atto per realizzare uno degli obiettivi previsti dal Trattato senza che sia previsto il potere di azione richiesto per conseguirlo.

camera può trasmettere alle istituzioni politiche (Commissione, Parlamento europeo e Consiglio) un parere motivato avente ad oggetto il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Prima che sia scaduto tale termine la proposta è “congelata” e nessuna delle due istituzioni, Consiglio e Parlamento, può iniziarne ufficialmente l'esame. Ad ogni camera è assegnato un voto potendo dunque ogni Parlamento bicamerale disporre di due voti. Ciò è rilevante allorché la contestazione della violazione del principio di sussidiarietà sia sostenuta da almeno un terzo del numero complessivo di voti. In questo caso il progetto deve essere riesaminato dalla Commissione che può tuttavia presentarlo tale e quale: non ha dunque un obbligo di modifica o di ritiro ma solo di riesame, al termine del quale se decide di mantenerlo dovrà solo motivarne le ragioni. Tale soglia di un terzo scende ad un quarto dei voti per le proposte di atti normativi relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Nel caso in cui si deliberi secondo la procedura legislativa ordinaria e i voti delle camere costituiscano la maggioranza semplice del totale delle camere dei Paesi membri, allora sarà necessaria una sorta di “pregiudiziale di sussidiarietà”. Consiglio e Parlamento, infatti, dovranno, prima di iniziare l'esame dell'atto, effettuare un controllo sul rispetto del principio con una delibera che, se approvata dal cinquantacinque per cento dei membri del Consiglio e dalla maggioranza dei voti espressi dal Parlamento europeo, interrompe la procedura con il conseguente necessario ritiro della proposta.

Norme analoghe erano previste nel Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, mai entrato in vigore. Nelle more delle procedure di ratifica da parte dei parlamenti nazionali di tale Trattato, la Commissione europea aveva deciso sin dal 2006 di anticipare nella prassi una parte dei suoi contenuti ed in particolare la trasmissione di tutte le proposte di atti normativi. Ciò ha consentito una sorta di sperimentazione di quanto oggi previsto dal Trattato di Lisbona ed in vigore dal 1° dicembre 2009. Sono stati così avviati dei “progetti pilota” nell'ambito della COSAC, del Comitato delle Regioni e nel sistema delle relazioni tra parlamenti nazionali e Parlamento

europeo¹⁸. La prassi in questo contesto è molto interessante e mostra come da una prima timida reazione delle camere nazionali si sia adesso arrivati ad una loro più attiva partecipazione con l'invio sistematico di pareri. Dai documenti di sintesi si evince l'evoluzione che caratterizza alcuni Paesi tra i quali anche l'Italia¹⁹.

Potrebbe accadere che nel corso della procedura legislativa la proposta venga radicalmente modificata rendendo inidonea la motivazione iniziale a giustificare anche il contenuto finale dell'atto. Quando ciò accada occorrerà procedere ad una nuova valutazione, sostenuta da rinnovati elementi quantitativi e qualitativi.

Quanto ai livelli di governo, centrali e locali, che pur sono espressamente menzionati come abbiamo visto, anche nell'art. 5, par. 3, TUE, non è attribuito ad essi un potere analogo a quello proprio dei parlamenti nazionali. Tuttavia si deve ricordare come nell'ambito degli organi dell'Unione vi sia anche il Comitato delle regioni, costituito da rappresentanti diretti delle regioni degli stati membri. Attraverso di esso potranno essere approvati pareri sulle proposte, obbligatori o di iniziativa che considerino anche il profilo del rispetto del principio di sussidiarietà. Esso rappresenta direttamente le regioni degli Stati dell'Unione europea e viene dunque ad essere l'organo più adatto per svolgere il controllo sul principio di sussidiarietà quando l'atto possa interferire con una competenza propria delle regioni. È ovvio che l'interesse delle singole regioni potrebbe essere diverso le une dalle altre, essendo la ripartizione delle competenze all'interno dello Stato materia di esclusiva competenza nazionale. Tuttavia le procedure all'in-

¹⁸ Si vedano le relazioni biennali della COSAC, *Conference of Community and European Affairs Committee of Parliaments of the European Union*, in www.cosac.eu. Si vedano i rapporti redatti dal *Directorate for relations with National Parliaments*, in www.europarl.eu. Di rilievo anche i rapporti annuali della Commissione europea sulle relazioni tra la Commissione europea e i parlamenti nazionali: da ultimo COM(2009)343 del 7 luglio 2009.

¹⁹ C. FASONE, *Il Senato approva il primo parere negativo sul rispetto del principio di sussidiarietà*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/temi_attualita/parlamento/0012_fasone.pdf.

terno del Comitato consentono di poter tenere conto delle specificità delle singole regioni; l'esercizio del potere consultivo, obbligatorio o di iniziativa, costituisce la modalità più adatta per effettuare il controllo del rispetto del principio di sussidiarietà.

A tal riguardo anche il Comitato delle regioni ha avviato a partire dal 2006 un progetto pilota relativo alla consultazione dei soggetti interessati che si è strutturato nella rete di controllo sulla sussidiarietà, che conduce sistematici esercizi di controllo sulle proposte di atti adottate dalla Commissione²⁰. Inoltre le regioni, così come gli enti locali, potranno agire indirizzando il proprio Governo, secondo quanto disposto dagli ordinamenti nazionali e non in virtù di procedure previste dai Trattati. Nel nostro ordinamento, in mancanza di procedure *ad hoc* relative al controllo sul principio di sussidiarietà, sono rilevanti le norme della L. 2005 n. 11 che disciplinano la partecipazione delle regioni nella fase c.d. ascendente del diritto UE²¹.

5. Il controllo ex post da parte della Corte di giustizia

La violazione del principio di sussidiarietà determina l'illegittimità dell'atto, sanzionabile dalla Corte di giustizia attraverso un ricorso per annullamento disciplinato dall'art. 263 TFUE. Tale circostanza, desumibile già dal sistema delle fonti nonché dalle competenze della Corte di giustizia, è adesso espressamente menzionata all'art. 8 del Protocollo n. 2, che amplia il novero dei soggetti legittimati ad impugnare. È infatti espressamente previsto che lo Stato possa impugnare l'atto sotto il profilo della violazione del principio di sussidiarietà

²⁰ Il Comitato delle Regioni ha istituito il *Subsidiarity Monitoring Network*, che ha preparato un modello di scheda di valutazione in modo da agevolare il compito degli organi partecipanti agli esercizi di verifica del rispetto del principio di sussidiarietà, periodicamente lanciati dal Comitato; www.subsidiarity.cor.europa.eu.

²¹ R. ADAM, A. Tizzano, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea*, 2ª ed., Torino, 2010, pp. 394-397.

per conto del proprio Parlamento o anche di una sola Camera. Si deve ritenere che lo Stato sia obbligato a presentare il ricorso, altrimenti la norma non avrebbe aggiunto nulla a quanto già gli ordinamenti interni possono disporre. Configurando invece la richiesta di impugnazione per tramite dello Stato come un obbligo, la previsione potrebbe divenire particolarmente rilevante. Nell'ipotesi in cui una camera si sia espressa con un parere negativo circa il rispetto del principio di sussidiarietà da parte di una proposta di atto legislativo, essa potrebbe poi chiedere l'impugnazione dell'atto finale approvato. Si tratta di una previsione che dovrebbe consentire di tenere in maggiore considerazione i pareri delle singole camere, anche quando non sia stato raggiunto il *quorum* previsto per un riesame della proposta²². È evidente che anche allorquando le camere siano due, ogni Stato potrà presentare un solo ricorso²³. Tale disposizione consente di instaurare dinamiche diverse rispetto a quelle che sinora hanno caratterizzato i rapporti tra parlamenti e Governi, almeno nei Paesi, come l'Italia, che ancora non prevedevano una tale possibilità²⁴.

²² Analogamente a quanto è accaduto per i pareri del Parlamento europeo dopo che esso ha acquisito lo *status* di ricorrente privilegiato. Prima, infatti, il Parlamento europeo poteva impugnare solo gli atti che violassero le proprie prerogative; successivamente invece il Parlamento ha potuto impugnare qualsiasi atto a prescindere dal vizio rilevato. Si veda il caso dell'impugnazione della direttiva in materia di ricongiungimento familiare: nella procedura per la sua adozione il Parlamento esercitava un potere meramente consultivo; aveva dunque emesso un parere con il quale chiedeva la modifica di alcune norme per supposta violazione dei diritti fondamentali. In seguito all'approvazione dell'atto da parte del Consiglio ignorando totalmente il parere del Parlamento, questo ha impugnato l'atto di fronte alla Corte di giustizia. È stato il primo ricorso del Parlamento in qualità di ricorrente privilegiato, vale a dire impugnando un atto facendo valere un vizio di legittimità che non riguardava una limitazione delle proprie prerogative. Sentenza del 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, C-540/93, in *Raccolta*, 2006, p. I-5769.

²³ Analogamente a quanto la Corte ha affermato escludendo che le regioni siano soggetti legittimati ad impugnare gli atti al pari degli Stati di appartenenza. Sentenza del 21 marzo 1997, *Région wallonne c. Commissione*, C-95/97, in *Raccolta*, 1997, p. I-1787.

²⁴ Si veda la sentenza del 9 ottobre 2001, *Paesi Bassi c. Consiglio*, C-377/98, nella quale i Paesi Bassi affermano che il ricorso è stato presentato su richiesta del proprio Parlamento, punto 4.

Invero nel nostro ordinamento un sistema analogo è previsto all'art. 5 della Legge 2003 n. 131, ma relativo ai rapporti tra Regioni e Governo²⁵. In base a tale articolo lo Stato può presentare un ricorso anche su richiesta di una Regione o Provincia autonoma. Tale possibilità si trasforma in un obbligo qualora sia richiesto dalla Conferenza Stato-Regioni a maggioranza assoluta delle Regioni e delle Province autonome. Considerando che l'art. 5 TUE espressamente prevede che il *test* per verificare il rispetto del principio di sussidiarietà debba tener conto della inidoneità dell'azione statale a conseguire gli obiettivi previsti nel Trattato a livello sia centrale, sia regionale e locale, la norma acquista ancora maggiore rilevanza, potendo essere annoverata come un ampliamento delle possibilità di controllo del rispetto del principio di sussidiarietà, anche se l'art. 5 della L. 131/2003 non limita le possibilità di ricorso da parte delle Regioni al controllo di tale principio, potendosi estendere a qualsiasi altro profilo di illegittimità.

Nonostante i dubbi circa l'effettiva capacità della Corte di effettuare tale sindacato, essa non si è sottratta ed ha esaminato il rispetto del principio non solo sul piano formale e procedurale ma anche valutando nel merito le scelte operate dal legislatore²⁶. Nel valutare tale profilo di illegittimità dell'atto, è stato notato che la Corte "non si sostituisce al legislatore comunitario ma gli impone di prendere sul serio il principio di sussidiarietà"²⁷. Così la Corte procede ad esaminare l'oggetto dell'atto e l'obiettivo che si propone in modo da valutare se effettivamente i due *tests* previsti nell'art. 5 TUE sono rispettati. La Corte, dunque, a partire dalla motivazione dell'atto e, quindi, da quanto indicato dalle istituzioni per giustificare la sua adozione, compie un giudizio di ragionevolezza della scel-

²⁵ Legge 5 giugno 2003, n. 131, *Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*, in Gazzetta Ufficiale n. 132 del 10 Giugno 2003.

²⁶ Sentenza del 9 ottobre 2001, *Paesi Bassi c. Parlamento*, C-377/98, in *Raccolta*, 2001, p. I-7079; sentenza del 10 dicembre 2002, *British American Tobacco*, C-491/01, in *Raccolta*, 2002, p. I-11453; sentenza del 12 luglio 2005, *Alliance for Natural Health*, C-154/04, in *Raccolta*, 2005, p. I-6451.

²⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Maduro presentate il 1° ottobre 2009 nel caso *Vodafone*, cit..

ta compiuta dal legislatore comunitario nel decidere di approvare un certo atto con un determinato contenuto²⁸. Essa non ha mai sino ad ora accolto il ricorso per violazione del principio. Ciò corrisponde ad un tradizionale orientamento teso a valorizzare e rafforzare il processo di integrazione europea, laddove il quadro giuridico lo consenta, ad esempio interpretando in maniera estensiva le norme del Trattato relative alle libertà di circolazione che tanto hanno condizionato gli ordinamenti degli Stati membri ben al di là dei confini del diritto dell'Unione europea²⁹.

6. Il principio di sussidiarietà nella governance dell'UE

Il principio di sussidiarietà con tutti gli strumenti volti a garantirne il rispetto, è incluso nel più ampio concetto di *governance* dell'UE che, infatti, ha come elemento centrale l'interazione dei diversi livelli di governo, tra i quali privilegia quello più vicino al cittadino³⁰. Lo strumento attraver-

²⁸ Nel sentenza del giugno 2010, *Vodafone*, C-58/08, la Corte afferma: "Come emerge dal quattordicesimo 'considerando' di detto regolamento, l'interdipendenza tra i prezzi al dettaglio e i prezzi all'ingrosso dei servizi di *roaming* riveste un'importanza significativa, di modo che qualsiasi misura volta unicamente a ridurre i prezzi al dettaglio senza influire sul livello dei costi di fornitura all'ingrosso dei servizi di *roaming* intracomunitario sarebbe stata tale da perturbare il corretto funzionamento del mercato del *roaming* intracomunitario. Il legislatore comunitario ne ha tratto la conclusione che la sua azione necessitava di un approccio comune al livello tanto dei prezzi all'ingrosso quanto dei prezzi al dettaglio, al fine di contribuire al funzionamento armonizzato del mercato interno di tali servizi. Da tale interdipendenza deriva che il legislatore comunitario poteva legittimamente ritenere che la sua azione dovesse parimenti implicare un intervento al livello dei prezzi al dettaglio. Così, in considerazione degli effetti e dell'approccio comune istituito dal regolamento n. 717/2007, l'obiettivo da questo perseguito poteva essere meglio realizzato al livello comunitario. Pertanto, le disposizioni degli artt. 4 e 6, n. 3, del regolamento n. 717/2007 non sono invalide per violazione del principio di sussidiarietà", punti 77-79.

²⁹ Si esprimono in questo senso G. GAJA, A. ADINOLFI, *cit.*, Bari, 2010, pp. 128-130.

³⁰ *La Governance europea. Un Libro Bianco*, COM(2001)428 del 5 agosto 2001.

so il quale la *governance* europea prende corpo è quello della “strategia della migliore legislazione”, concordata nell’accordo interistituzionale del 2003³¹: nel concetto di migliore legislazione è compresa sia l’individuazione del più idoneo, perché più efficace ed efficiente, livello di governo, sia l’individuazione del più idoneo atto normativo. Tale idoneità può concernere sia il tipo di atto da adottare tra la direttiva, il regolamento e la decisione, sia il contenuto dell’atto. La strategia della migliore legislazione ha consentito in questi anni una sintesi degli aspetti sia formali sia sostanziali della funzione legislativa europea, con ciò divenendo uno strumento che ha consentito di dare un contenuto concreto ai concetti di *governance*, ma anche agli stessi principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Tant’è che la relazione annuale sull’attuazione di questi principi, richiesta dall’art. 9 del protocollo del 1997 e ribadita anche all’art. 9 del protocollo n. 2, è stata pubblicata fino al 2007 con la denominazione “*legiferare meglio [2006] ai sensi dell’articolo 9 del protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*”³². Più correttamente dal 2008 la relazione è denominata “*relazione della commissione sulla sussidiarietà e proporzionalità. [...] rapporto sulla migliore legislazione [...]*”³³. Con tali relazioni annuali la Commissione svolge un esame molto ampio dello stato della regolamentazione nell’UE e delle possibili strade da percorrere per risolvere le criticità individuate. Tale strategia è stata affiancata dall’obbiettivo della semplificazione del contesto normativo contemplato dal programma di Lisbona per la crescita economica dell’UE. In tale ambito la Commissione svolge una sistematica attività di semplificazione sintetizzata nello *slogan*

³¹ Accordo interistituzionale *Legiferare meglio*, in GUUE C 321 del 31.12.2003.

³² Si veda il documento COM(2007)286 del 6 giugno 2007, “*Better Law Making 2006*” pursuant to Article 9 of the Protocol on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality.

³³ Si vedano i documenti COM(2009)505 del 25 settembre 2009 e COM(2010)547 dell’8 ottobre 2010, *Relazione della Commissione sulla sussidiarietà e la proporzionalità. 17a relazione “Legiferare meglio” relativa al 2009*.

“*better regulation*”³⁴. Attraverso le relazioni annuali la Commissione valuta i progressi compiuti in termini di semplificazione. In particolare vengono indicate alcune tecniche che oggi caratterizzano il *modus procedendi* delle istituzioni UE: codificazione, rifusione, autoregolamentazione, coregolamentazione, analisi di impatto, consultazione, abrogazione, nonché stimolo della semplificazione a livello nazionale. In tale contesto si inserisce nuovamente anche il principio di sussidiarietà, inteso come un principio dinamico, potendo incidere anche sugli atti in vigore. Questi potrebbero infatti non essere più giustificabili sulla base dell’applicazione del principio, rendendoli obsoleti, nonostante che, al momento dell’adozione, risultassero con esso conformi, con una sorta di illegittimità sopravvenuta. È proprio nell’ambito della strategia della migliore regolazione che atti in vigore potrebbero essere modificati o abrogati alla luce del mancato rispetto del principio di sussidiarietà. Tale ipotesi è espressamente prevista dalla dichiarazione n. 18 in base alla quale:

«[...] Quando i Trattati attribuiscono all’Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l’Unione non ha esercitato la propria o ha deciso di cessare di esercitarla. Quest’ultimo caso si verifica quando le competenti istituzioni dell’Unione decidono di abrogare un atto legislativo, in particolare per assicurare meglio il rispetto costante dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità [...]».

“*Better Lawmaking*” e “*better Regulation*” sono dunque due strategie che ispirano l’attività del legislatore dell’Unione. In quest’ottica esse forniscono il quadro giuridico ed operativo

³⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 25 ottobre 2005, COM(2005)535, *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: una strategia per la semplificazione del contesto normativo. Si veda anche la comunicazione della Commissione, COM(2006)689 del 14 novembre 2006, A strategic review of Better Regulation in the European Union.*

entro il quale viene data garanzia del rispetto anche dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. La combinazione di tali strategie ha portato di fatto alla modifica di alcuni aspetti del precedente Protocollo sulla sussidiarietà. Come si è accennato, esso prevedeva che le direttive dovessero essere preferite ai regolamenti e le direttive quadro a quelle dettagliate. L'applicazione dei documenti prima qui menzionati richiede, invece, prima di tutto un uso appropriato dei diversi atti normativi, ciascuno in base alle caratteristiche proprie come definite dai Trattati: il che significa, ad esempio, non snaturare la tipicità delle direttive come invece accade quando si adottano delle direttive c.d. dettagliate. Essa ha inoltre comportato l'abbandono della preferenza per la direttiva rispetto al regolamento, prevedendo esattamente il contrario. Nell'ottica della semplificazione normativa, infatti, si ritiene che il regolamento sia da preferire alla direttiva: il primo, infatti, consente di sostituirsi alla legislazione nazionale e di essere applicato in egual modo in tutti gli Stati membri, a differenza della seconda che invece impone l'adozione di norme statali di attuazione. È interessante notare che, attraverso l'attuazione di tali strategie, inserite in quelli che si suole definire come documenti di lavoro della Commissione europea, si sia avuto una modifica di un aspetto essenziale dell'applicazione del principio di sussidiarietà che, infatti, come già sopra segnalato, non è stato riprodotto nel Protocollo n. 2 attualmente in vigore. Così anche l'art. 296 TFUE afferma che "qualora i Trattati non prevedano il tipo di atto da adottare, le istituzioni decidono di volta in volta, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di sussidiarietà"; non è stabilita dunque alcuna connessione tra il tipo di atto da adottare e il rispetto del principio di sussidiarietà, diversamente da quanto previsto nel previgente Protocollo sulla sussidiarietà. Semmai una connessione può esservi tra norma minima e direttiva, come espressamente risulta dagli artt. 82 e 83 del TFUE, relativamente alla cooperazione giudiziaria in materia penale. Se dunque in precedenza era il Protocollo ad indicare gli strumenti operativi ai fini di una corretta attuazione del principio di sussidiarietà, oggi tali indicazioni si trovano nei documenti

strategici sulla “migliore legislazione” e sulla “migliore regolamentazione”, mentre il Protocollo contiene gli strumenti per il controllo del rispetto del principio da parte di soggetti diversi dalle istituzioni politiche dell’UE ed in particolare da parte dei parlamenti nazionali e della Corte di giustizia.

7. Il principio di sussidiarietà nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea

Una menzione espressa del principio di sussidiarietà si trova anche nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, recentemente elevata al rango primario delle fonti dell’Unione europea, grazie al rinvio ad essa effettuato dall’art. 6 TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona³⁵. In base all’art. 51 della Carta le istituzioni, gli organi e organismi dell’Unione applicano la Carta “nel rispetto del principio di sussidiarietà”. L’invocazione del principio nell’ambito dei diritti umani non è sorprendente, essendo proprio quello dei diritti umani uno dei settori di tipica applicazione della sussidiarietà nell’ambito del diritto internazionale³⁶. Più complesso è individuare il significato della norma nel contesto del diritto dell’Unione europea.

La complessità deriva dal fatto che nell’ordinamento UE i diritti umani sono considerati prevalentemente come una sorta di limite all’azione dell’Unione, legittimata da altre specifiche disposizioni, piuttosto che come un’autonoma competenza. Tuttavia nello stesso Trattato sul funzionamento dell’Unione europea si trovano disposizioni attributive di competenza in materia di diritti fondamentali, come nel caso degli artt. 17, 18 e 151 TFUE sulla non discriminazione. In questo caso l’Unione può senz’altro adottare atti nel rispetto del princi-

³⁵ Sulla rilevanza giuridica della Carta prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona si v. M. Lugato, *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, pp. 1009-1025.

³⁶ Si veda l’intervento di M. LUGATO, in *Arch. Giur.*, 2011, 2, pp. 129-157.

pio di sussidiarietà secondo quanto esposto nelle pagine precedenti. La stessa Carta dei diritti fondamentali, all'art. 51 contempla la possibilità che l'Unione adotti atti per promuovere la Carta pur nell'ambito delle proprie competenze. Ancora più esplicito è l'art. 52, par. 5:

«Le disposizioni della presente Carta che contengono principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze».

In effetti molte sono le disposizioni inserite all'interno dei singoli atti normativi volte a dare specifica attuazione a diritti fondamentali, già prima che questa possibilità fosse espressamente prevista nella Carta. Anche l'istituzione dell'Agenzia europea dei diritti fondamentali, istituita con il regolamento del Consiglio n. 168/2007, è un'azione dell'Unione volta a promuovere l'efficace tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea³⁷. La sua base giuridica è infatti individuata nell'art. 352 TFUE (già art. 308 TCE), norma idonea a fondare un'azione dell'Unione quando vi sia già la competenza ma non siano espressamente previsti i poteri per esercitarla. Si può dunque affermare che quando siano adottati atti in attuazione dei diritti umani, nell'ambito delle competenze dell'Unione, desumibili dal principio di attribuzione, si possa, anzi si debba applicare il principio di sussidiarietà secondo quanto previsto dall'art. 5 TUE. Nello stesso regolamento n. 168/2007, al considerando n. 30, si trova l'espressa motivazione relativa al rispetto del principio di sussidiarietà *ex art.* 5 TCE, ora 5 TUE. Ciò che non è possibile è ampliare le competenze attraverso la leva dei diritti umani, estendendo il loro

³⁷ Regolamento 168/2007 del 15 febbraio 2007 *che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali*, in GUUE L 53 del 22 febbraio 2007, pp. 1-14.

ambito di applicazione al di là delle materie ricavabili attraverso il principio di attribuzione³⁸.

Si potrebbe rinvenire anche un'altra dimensione del principio di sussidiarietà, alla luce delle funzioni tipiche dei diritti umani nell'ordinamento dell'Unione europea; tali funzioni sono le medesime dei principi generali, vale a dire di interpretazione e di integrazione del contenuto delle norme UE nonché di loro parametro di legittimità³⁹. In questo contesto vi potrebbe essere spazio per un'applicazione del principio di sussidiarietà secondo il contenuto ad esso attribuibile in materia di diritti umani nel diritto internazionale e non solo come limite all'esercizio delle competenze. Esso dovrebbe inoltre trovare applicazione generalizzata e non limitata all'ambito delle competenze di natura concorrente. Si consideri che l'art. 53 dispone che:

«Le disposizioni della Carta non possono essere interpretate come limitative o lesive dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo campo di applicazione, dal diritto UE, dal diritto internazionale e dalle Costituzioni degli Stati membri».

La clausola tende ad assicurare che la Carta non possa mai determinare un'interpretazione restrittiva dei diritti garantiti nei diversi ordinamenti che, nel sistema cosiddetto multilivello di tutela, sono contemporaneamente applicabili. Mentre, tuttavia, l'art. 51 può determinare un'interpretazione del contenuto delle singole disposizioni che tiene conto degli ordina-

³⁸ A questo riguardo con le direttive in materia di discriminazione adottate in attuazione dell'art. 13 TCE, ora 18 TFUE, si è compiuto un passaggio fondamentale: le direttive si applicano ai settori contemplati nell'art. 3 senza che sia in rilievo anche un altro atto normativo avente una diversa base giuridica. A questo riguardo si v. C. Favilli, S. Giubboni, *Divieto di discriminazione in ragione dell'età ed efficacia diretta orizzontale dei principi generali dell'ordinamento europeo*, 2010, n. 6, p. 435-449.

³⁹ Per un esempio di applicazione di un diritto fondamentale della Carta in funzione interpretativa degli atti dell'Unione si veda la sentenza della Corte di Giustizia del 2 ottobre 2010, *McB*, C-400/10, non ancora pubblicata.

menti dei singoli Stati membri, come tipico della nozione del principio di sussidiarietà nel diritto internazionale, l'art. 53 consente di privilegiare il contenuto più elevato dei diritti fondamentali laddove essi siano disciplinati in più fonti. In effetti un tipico principio interpretativo in materia di diritti umani previsti in diverse fonti è quello della prevalenza di quella che conferisce una tutela più ampia. In base al richiamo al principio della sussidiarietà effettuato dall'art. 51, invece, potrebbe essere valorizzata un'applicazione restrittiva di un certo diritto, in considerazione della prassi di un ordinamento o dell'applicazione più estensiva di altri diritti. A ciò si giunge anche l'applicando art. 52, par. 1, in base al quale gli Stati possono apportare limiti al contenuto dei diritti se stabiliti con legge e se rispettosi del principio di proporzionalità, nonché l'art. 52, par. 4:

«Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli ordinamenti degli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni»

Queste disposizioni, introdotte in seguito al riadattamento della Carta effettuato in vista dell'acquisizione dell'efficacia vincolante, tendono a salvaguardare gli Stati membri da possibili interpretazioni divergenti dei diritti fondamentali negli ordinamenti nazionali ed in quello dell'Unione europea. L'effettiva applicazione di queste norme dipenderà dall'interpretazione che di esse sarà data dalla Corte di giustizia, che potrebbe valorizzare a questo fine l'applicazione del principio di sussidiarietà nell'apprezzamento del contenuto del diritto fondamentale⁴⁰.

⁴⁰ Un maldestro tentativo di invocarle era stato effettuato anche in sede di Parlamento europeo, senza alcun esito formale, con la presentazione dell'interrogazione parlamentare O-0152/2009 *Difesa del principio di sussidiarietà – Esposizione di simboli religiosi e culturali in luoghi pubblici*. Un certo numero di parlamentari, prevalentemente italiani, chiedeva alla Commissione europea di impugnare l'attuazione della sentenza della Corte di Strasburgo contro la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche. La Commissione ha re-

Più efficace è stata la posizione di quegli Stati che hanno voluto arginare l'efficacia pervasiva dei diritti fondamentali dell'Unione europea come interpretati dalla Corte di giustizia. Il Protocollo n. 30 stabilisce così una sorta di applicazione differenziata della Carta nei confronti di Regno Unito e Polonia. In base ad esso nessuna disposizione della Carta può consentire alla Corte di sindacare norme statali, né può attribuire ai singoli diritti sociali azionabili dinanzi ad un organo giurisdizionale. Disposizioni analoghe sono state concordate anche per l'Irlanda e la Repubblica ceca, onde facilitare la conclusione del loro processo di ratifica, particolarmente complesso e, per molto tempo, incerto nell'esito⁴¹.

plicato sostenendo che la questione concerneva i rapporti tra ordinamenti statali e obblighi derivanti dalla Convenzione europea, sui quali la Commissione europea non ha alcuna competenza. L'interrogazione non è poi stata votata ma è interessante notare come i deputati che sono intervenuti abbiano attribuito significati diversi al principio di sussidiarietà, tutti però tendenti ad invocare l'intervento dell'Unione europea per tutelare l'autonomia dell'ordinamento italiano rispetto alle sentenze della Corte europea dei diritti umani!

⁴¹ Tali "concessioni" sono state concordate in ambito di Consiglio europeo e dovranno essere inserite in uno dei prossimi trattati di revisione. A tal fine potrebbe essere sufficiente anche un Trattato di adesione di un nuovo Stato membro; non invece una modifica semplificata di revisione dei trattati, dato che tali procedure possono essere utilizzate solo laddove espressamente previsto dai Trattati. In dottrina si veda A. BIONDI, *Quali conseguenze dopo l'opting out del Regno Unito della carta?*, in www.europeanrights.org.

Abstract

The principle of subsidiarity in the European Union Legal Order

Subsidiarity is the key principle concerning the exercise of concurring competences of the European Union. It deals with the exercise of a competence already assigned to the European Union and not with the conferral that is ruled upon by Art. 5, par. 2, EUT and by the whole system of the EU Treaties.

In the last years there has been an effort to make the principle effective. The European Commission makes a thorough check of the respect of the principle within the impact assessment analyses which come before the proposal of legislative acts. Moreover the Lisbon Treaty has introduced new tools in order to control the respect of the principle, mainly giving the national Parliaments the task to express opinions on the proposals of legislative acts issued by the European Commission. According to Protocol no. 1, the major task of national parliaments is to exercise control on the principle of subsidiarity, while its respect, provided for by Protocol no. 2, is secured mainly by the national Parliaments.

Besides that, the Court of Justice will keep on playing its traditional *ex post* control on the legislative acts enacted, when they are referred to the Court by the legitimate actors. The Court of Justice may also apply the subsidiarity principle to the fundamental rights as enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union which names it in Art. 51; within this field the principle may pave the way to give relevance to the national traditions, which the Court shall take into account when it will deal with acts of Member States according to Art. 52 of the Charter.

ARCHIVIO GIURIDICO “*Filippo Serafini*”

Periodico Fondato nel 1868

Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell'*Archivio Giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso. Si è aggiunta di recente la rubrica *Fondamenti di diritto europeo* che fornisce una ulteriore e nuova ragione del carattere interdisciplinare della Rivista.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato .doc) a: rettorato@lumsa.it. Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Titoli accademici, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Non sono ammesse variazioni agli articoli dopo l'accettazione, riservata all'insindacabile giudizio della Direzione scientifica. Ogni articolo dovrà essere corredato di un riassunto in lingua italiana di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendonsi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori. La pubblicazione di articoli proposti alla Rivista è subordinata alla valutazione positiva espressa su di essi (rispettando l'anonimato dell'autore e in forma anonima) da due lettori scelti dal Direttore. Ciò in adesione al comune indirizzo delle Riviste romanistiche italiane (AG, BIDR, SDHI, Iura, Index, Roma e America, Diritto@storia, TSDP), in seguito alle indicazioni del gruppo di lavoro promosso dal Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert e a conseguenti delibere CUN e del CNR.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, 'estratto' degli articoli in formato elettronico .pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: g.vaccari@mucchieditore.it.

Recensioni segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'Archivio Giuridico. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Redazione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.