Prime riflessioni sulle prospettive giurisdizionali possibili in materia di sussidiarietà dopo il progetto di Costituzione presentato dalla Convenzione europea

di Luigi Carbone

1. La Corte di giustizia nei lavori della Convenzione europea e il principio di sussidiarietà.

Da più parti[1] è stato affermato che la tematica della giurisdizione non ha ricevuto particolare attenzione nei lavori della Convenzione europea conclusasi nei giorni scorsi, quanto meno rispetto al rilievo dato alle altre funzioni e istituzioni dell'Unione ed alla storica importanza acquisita dalla Corte di giustizia nelle vicende dell'integrazione europea[2]. Questo è probabilmente vero, nonostante la creazione di un apposito gruppo di lavoro e l'introduzione di alcune innovazioni in tema di legittimazione.

Ciò nonostante, il progetto di Costituzione europea pone la Corte di giustizia dinanzi a scenari istituzionali nuovi, chiamandola a fronteggiare rilevanti innovazioni che non riguardano direttamente gli articoli ad essa dedicati dal progetto di Costituzione. Ne è un esempio la "costituzionalizzazione" della Carta dei diritti di Nizza, con le sue incerte conseguenze sulla attuale giurisprudenza della Corte in materia [3].

Uno dei profili innovativi a mio avviso più rilevanti è rappresentato dal rilievo assunto, nei lavori della Convenzione, dal principio della sussidiarietà e del suo controllo a livello politico e giurisdizionale.

Questo intervento non si propone di ripercorrere le tappe intepretative già raggiunte in materia. Tappe che hanno condotto da una fase in cui il principio era considerato di natura prevalentemente "politica", subito dopo il Protocollo del 1997, ad un suo progressivo inserimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia come principio generale e "fonte di ispirazione" per specifiche scelte interpretative, fino al generale riconoscimento della giustiziabilità del principio da parte della Corte e alla recente (e sinora unica, a quanto consta) affermazione della illegittimità di un atto comunitario per la (sola) violazione del principio di sussidiarietà[4].

Si cercherà, piuttosto, di individuare la portata innovativa, per la giurisprudenza della Corte di giustizia sul principio di sussidiarietà, che il testo proposto dalla Convenzione potrebbe comportare ove dovesse essere confermato dalla Conferenza intergovernativa. Ciò potrebbe influire anche sull'andamento delle giurisprudenze nazionali che fanno applicazione del medesimo principio nei

---

[1] Cfr., in particolare, M. Chiti.

[2] La ragione di questa limitata considerazione risiederebbe principalmente nelle significative innovazioni che sulla materia ha apportato il recente Trattato di Nizza, anche se si sostiene che le riforme intervenute avrebbero potuto essere il punto di partenza, e non di arrivo, per la redazione del testo costituzionale.

[3] La incorporazione della Carta dei diritti nella parte II del progetto costituzionale, con un preambolo *ad hoc*, ulteriore rispetto a quello generale, è emblematica dei compromessi che hanno pervaso i lavori della Convenzione sul punto, sfociando nella riscrittura dei cd. articoli orizzontali (artt. da II-51 a II-54) e nell'inserimento nel preambolo della clausola del "*due regard*" del commentario alla Carta di Nizza. Il tutto, in un'operazione dai confini giuridici e dalla portata innovativa incerta, poiché com'è noto i principi della Carta erano già entrati nell'ordinamento comunitario grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

[4] È il caso della nota sentenza *Imperial tabacco e a.*: Corte giustizia sentenza 5 ottobre 2000, nelle cause riunite C-376/98 e C-74/99.

rapporti tra normativa statale e normativa regionale o locale o nei confronti della società civile (cd. sussidiarietà orizzontale[5]).

2. La riaffermazione della definizione sostanziale del principio di sussidiarietà da parte della Convenzione europea.

La disciplina sostanziale fornita dall'art. I-9 del progetto di Costituzione non modifica quella dell'attuale art. 5 TCE, secondo cui "*nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente raggiunti dagli Stati membri*" ma possono, "*a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere meglio raggiunti a livello di Unione*".

In assenza di novità sul piano giuridico-concettuale, le conseguenze innovative provengono, indirettamente ma con forza, da due altri profili.

Entrambi attengono alla necessità (imposta esplicitamente dalle conclusioni di Laeken che hanno dato il via al processo costituente) di potenziare il controllo sulla nuova delimitazione delle competenze dell'Unione rispetto a quelle degli Stati.

Un controllo che deve essere, per esplicita scelta dei convenzionali, sia politico che giurisdizionale.

3. I meccanismi di "controllo preventivo" della sussidiarietà ad opera dei Parlamenti nazionali e di "controllo successivo" da parte della Corte di giustizia nel Protocollo allegato al progetto di Costituzione.

In primo luogo, nel progetto della Convenzione assume un rilievo del tutto nuovo la dimensione non giuridica ma politico-istituzionale del principio, considerata spesso prevalente. Il progetto di Costituzione, infatti, chiama in causa, a tutela del principio di sussidiarietà, soggetti "nuovi" nel quadro tradizionale delle Istituzioni europee: i Parlamenti nazionali.

Il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità allegato dalla Convenzione al suo progetto introduce, molto innovativamente rispetto a quello del 1997, un meccanismo di "allarme preventivo" (*early warning*), già noto in alcune esperienze nazionali[6]. Un meccanismo secondo cui i Parlamenti nazionali, cui vengono comunicate le proposte legislative della Commissione europea, possono inviare alle tre istituzioni del "triangolo" normativo comunitario (Parlamento, Consiglio e Commissione) un "parere motivato" contenente le ragioni per le quali ritengono violato il principio di sussidiarietà (par. 5 del Protocollo)[7]. Se i pareri motivati rappresentano almeno un terzo dei Parlamenti nazionali[8], la Commissione è tenuta a riesaminare la sua proposta e, in caso di mantenimento, a rafforzarne la motivazione (par. 6 del Protocollo)[9]. Questo meccanismo è ripreso, con uno specifico "richiamo di attenzione" nella norma (art. I-17) che riproduce nella nuova Costituzione la "clausola di flessibilità" dell'attuale art. 308 TCE[10].

A questo punto, il progetto codifica quello che la Corte ha già affermato in via giurisprudenziale, ovvero la sua competenza "a conoscere dei ricorsi per violazione mediante un atto legislativo del principio di sussidiarietà" secondo le modalità dell'attuale controllo di legittimità degli atti comunitari di cui all'art. 230 TCE (che diviene l'art. III-266 del progetto costituzionale, con la significativa estensione della legittimazione a ricorrere ai singoli privati per gli atti di normazione secondaria). Va salutata, a mio avviso, con favore la scelta di conservare l'intervento

---

[5] Qualche cenno si rinviene, ad esempio, nel parere del Consiglio di Stato sulle fondazioni bancarie n. 1354/02, su cui v. *infra*.

[6] Ad esempio quella danese, ma anche, al di fuori dell'Unione, quella svizzera.

[7] In considerazione dell'incidenza del diritto comunitario su materie che in molti Stati sono di competenza delle Regioni, appare insoddisfacente il limitato riconoscimento dei Parlamenti regionali con poteri legislativi, il cui ruolo è del tutto rimesso alle decisioni dei Parlamenti nazionali (cfr. Protocollo, par. 5).

[8] Il Protocollo prevede sia l'intervento di una Camera che delle due Camere disgiuntamente, a seconda di come sono composti i Parlamenti nazionali, e individua anche un sistema per dare alle decisioni monocamerali adottate nell'ambito dei Parlamenti bicamerali un peso dimezzato rispetto a quello riconosciuto alle decisioni dei Parlamenti monocamerali.

[9] La soglia è ridotta a un quarto nei casi di cooperazione giudiziaria.

[10] Secondo tale clausola, come è noto, "Se un'azione dell'Unione appare necessaria … per realizzare uno degli obiettivi stabiliti dalla presente Costituzione, senza che quest'ultima abbia previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate".

giurisdizionale "classico" della Corte, senza seguire la strada – pure ipotizzata dal Parlamento europeo nel pregevolissimo "Rapporto Lamassoure" – di un controllo giudiziario anch'esso preventivo, secondo il modello di giustizia costituzionale francese, attivato con ricorso diretto della Commissione ovvero di una minoranza significativa del Consiglio o del Parlamento europeo[11]. Il ricorso *a posteriori* appare, infatti, la migliore garanzia per portare in giudizio non la discussione da cui è nata la norma, ma gli argomenti scaturiti e filtrati dalla sua concreta applicazione.

Anche in questo caso, però, c'è una novità "forte", che coinvolge i Parlamenti nazionali: con una previsione processuale del tutto nuova, anche essi possono chiedere l'intervento della Corte di giustizia "per il tramite" dei Governi nazionali (par. 7 del Protocollo)[12].

4. Il ruolo del principio di sussidiarietà nel nuovo assetto delle competenze non esclusive dell'Unione.

Il secondo profilo di innovazione, che si combina con il primo, attiene alla nuova definizione delle competenze nel Titolo III della I Parte del progetto costituzionale.

Dopo l'enunciazione espressa del "principio di attribuzione"[13] e dopo la riaffermazione del principio di sussidiarietà come "limite di intervento" per tutti i settori di competenza non esclusiva dell'Unione[14] all'art- I-9, l'art. I-11 del progetto, nel definire le categorie di competenze, stabilisce che, nelle materie di competenza concorrente, "*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*" [15].

Il solo limite per l'Unione ad intervenire nelle materie concorrenti sembra quindi essere rappresentato, al di là delle ragioni di ordine politico, dal rispetto del principio di sussidiarietà. Si è infatti abbandonata l'idea, pure inizialmente prospettata[16], di introdurre per le competenze concorrenti, o quantomeno per alcune di esse, il limite dei principi[17]. Questo limite, a differenza dell'attuale sussidiarietà, sarebbe stato pacificamente "giustiziabile", come dimostrano diverse esperienze costituzionali nazionali europee[18].

È quindi vero che, concettualmente, il principio in esame resta quello che è ora: un principio regolatore del "*modo di esercizio*" delle competenze, accanto al principio di proporzionalità. Ma, nello svolgere tale funzione nel nuovo assetto, il principio di sussidiarietà può avere un ruolo potenzialmente incisivo anche sulla "*distribuzione*" delle competenze medesime[20], il che invece non accade per il principio di proporzionalità. Infatti, se si combina la nuova disciplina delle competenze con il meccanismo di *early warning*, il richiamo dei Parlamenti nazionali al rispetto di

---

[11] Hanno prevalso le tesi critiche secondo le quali questa soluzione avrebbe fatto trovare la Corte davanti ad argomenti politici, sconfitti in sede politica e travestiti davanti ad essa da argomenti giuridici (G. Amato).

[12] Sembra opportuno prescindere, in questa sede, dalle perplessità che ha suscitato in molti (F. Pizzetti) la circostanza che l'eventuale ricorso alla Corte di Giustizia sia comunque riservato ai Governi degli Stati, ai quali spetta sollevarlo anche a nome dei Parlamenti nazionali Questa scelta appare poco spiegabile tenendo conto che invece, nei casi in cui il parere sia chiesto al Comitato delle regioni, il ricorso è dato direttamente a questo organo (cfr. Protocollo, par. 7). Né basta, per giustificare questa differenza, il richiamo formalistico al fatto che in questo caso si tratti di una struttura dell'Unione e nell'altro di Parlamenti nazionali, organi interni degli Stati. Va invece vista con favore la espunzione, nella versione finale del testo, del proponimento dell'*early warning* come condizione di ammissibilità del successivo ricorso giurisdizionale.

[13] secondo cui l'Unione agisce solo nei limiti delle competenze che le sono conferite dagli Stati membri nella Costituzione, e solo per realizzare gli obiettivi indicati dalla stessa Costituzione; qualsiasi competenza non attribuita all'Unione resta pertanto nella piena potestà degli Stati membri. È stato correttamente rilevato (F.Pizzetti) che si tratta di "una disposizione molto significativa, che cerca di conciliare la prospettiva, fortemente internazionalistica, degli Stati come soggetti che attribuiscono all'Unione le competenze, con la opposta logica, propria di una impostazione costituzionalistica, secondo la quale le competenze derivano dalla Costituzione. Proprio per questo, il par. 2 dell'art. I-9 può a piena ragione essere indicato, insieme al par. 6 dell'art. I-11, come la chiave di volta di tutto il sistema della organizzazione delle competenze e, più in generale, dei rapporti tra Unione e Stati membri".

[14] Anche in questo il testo riprende senza modifiche l'attuale art. 5 TCE.

[15] Come si vede, si tratta di un assetto molto diverso da quello che vi è, ad esempio, in Italia dopo la riforma del Titolo V della Costituzione.

[16] Cfr., per tutti, G. Amato.

[17] Alcuni avevano addirittura ipotizzato un'interessante riparto in competenze concorrenti e concorrenze condivise: è il caso del *paper* di Astrid del febbraio 2002.

[18] *In primis* quella italiana e quella tedesca.

[20] In tal senso si esprimono i primi, più attenti autori: cfr. F. Pizzetti.

tale principio si estende necessariamente anche a verificare il fondamento stesso del ricorso alla competenza che si vuole attivare[21].

5. Le possibili conseguenze sul ruolo della Corte di giustizia.

È su questo nuovo assetto che la Corte sarà chiamata a pronunciarsi, con una incisività di controllo che appare destinata ad aumentare sia in ragione del meccanismo di "integrazione della motivazione" delle proposte normative della Commissione, necessario per il superamento dell'*early warning*, sia in ragione della nuova legittimazione a ricorrere dei Parlamenti nazionali, ancorché per il tramite dei loro Governi.

In altri termini, il rilievo del principio di sussidiarietà nel riparto di competenze e l'attivazione di un controllo preventivo di tipo politico, ad opera di soggetti "nuovi" nel panorama istituzionale dell'Unione, con possibilità di successivo ricorso alla Corte, sembra prospettare scenari inediti per lo stesso controllo giurisdizionale del rispetto del principio di sussidiarietà[22].

Un controllo che alcuni hanno ritenuto talmente rilevante da considerarlo, insieme con le nuove competenze che potrebbero sorgere a seguito della costituzionalizzazione della Carta dei diritti, una ragione per dar vita ad una nuova 'Camera' all'interno della Corte, eventualmente da integrare con giudici delle Corti supreme nazionali.

Indipendentemente dai profili organizzativi e di composizione della Corte, quello che in questa sede preme rilevare è che, nel nuovo quadro istituzionale, elementi esogeni potranno indurre, sempre più frequentemente, ad una valutazione "autonoma" del principio di sussidiarietà, conferendo nuove potenzialità al ruolo della Corte come "giudice delle competenze" nell'Unione e dell'Unione. Queste nuove potenzialità potrebbero far emergere l'esigenza di rinvenire nuovi, più concreti, parametri per la "giustiziabilià" del principio di sussidiarietà, pur in assenza di modifiche della sua definizione sostanziale.

6. Prospettive per nuovi, più concreti, parametri di controllo della sussidiarietà.

La definizione[23] della "*realizzabilità degli obiettivi dell'azione prevista*" (per usare le parole del Trattato), della "efficacia del livello di intervento" prescelto o, *rectius*, della "inefficacia" (o della minore efficacia) del livello di intervento statale o regionale rispetto a quello europeo, diventano, a questo punto, elementi cruciali per la verifica, in concreto, del rispetto del principio di sussidiarietà da parte della Corte di giustizia.

Il paragrafo 4 del Protocollo sulla sussidiarietà allegato al progetto di Costituzione fornisce qualche indicazione concreta[24]. Esso riassume e rende più incisive alcune previsioni già presenti nel Protocollo del 1997[25], che si muove su un piano più "politico" e in cui la Corte di giustizia, come è noto, non viene espressamente menzionata. In particolare, le innovazioni proposte dalla

---

[21] E ciò conferma che, laddove sia applicato alla dislocazione delle competenze, questo principio cambia ruolo e assume una rilevanza ben più significativa di quanto attualmente, nel contesto della Costituzione proposta, non svolga.

[22] Scenari, se possibile, ulteriori rispetto a quelli già aperti dalla recente giurisprudenza della Corte. Infatti, si afferma frequentemente, negli ambienti comunitari, che una delle cause della "non pressante" richiesta di tutela giustiziale della sussidiarietà deriva del fatto che gli stessi Stati membri hanno collaborato alla redazione delle norme. Con i Parlamenti nazionali il quadro cambia, poiché essi non sono coinvolti direttamente nella redazione della normativa e, specie in certi Paesi, conservano una forte autonomia politica rispetto ai Governi da essi sostenuti. Pertanto, nonostante il filtro dell'azione proposta tramite i Governi nazionali, appare verosimile una maggiore propensione a ricorrere per invocare il rispetto del principio.

[23] e forse si dovrebbe dire anche la "quantificazione".

[24] Esso afferma che "*La Commissione motiva la sua proposta con riguardo al principio di sussidiarietà e di proporzionalità. Ogni proposta legislativa dovrebbe essere accompagnata da una scheda contenente elementi circostanziati che consentano di formulare una valutazione riguardo al rispetto del principio di sussidiarietà e di proporzionalità. Tale scheda dovrebbe fornire elementi di valutazione del suo impatto finanziario nonché delle sue conseguenze, quando si tratta di una legge quadro, sulla regolamentazione che sarà attuata dagli Stati membri, ivi compresa, se del caso, la legislazione regionale. Le ragioni che hanno portato a concludere che un obiettivo dell'Unione può essere conseguito meglio a livello di quest'ultima devono essere confortate da indicatori qualitativi e, ove possibile, quantitativi. La Commissione tiene conto della necessità che gli oneri, siano essi finanziari o amministrativi, che ricadono sull'Unione, sui governi nazionali, sugli enti regionali o locali, sugli operatori economici, sui cittadini, siano minimi e commisurati all'obiettivo da conseguire.*".

[25] In particolare ai paragrafi 4 (sulla motivazione della conformità ai principi di sussidiaritetà e proporzionalità), 5 (sui principi-guida della valutazione del rispetto dei principi), 6 (sulla semplicità della forma) e 9 (sull'obbligo di consultazione e di contenimento degli oneri "esterni").

Convenzione fanno riferimento: alla necessità di una vera e propria "*scheda tecnica*", con "*elementi circostanziati*" a sostegno della motivazione sul rispetto della sussidiarietà; alla necessità che in tale scheda contenga anche una "*valutazione dell'impatto finanziario*" e delle conseguenze sulla regolazione nazionale e locale; alla integrazione di queste valutazioni con "*indicatori qualitativi e, ove possibile, quantitativi*". Era, invece, già presente nel 1997 il riferimento agli oneri su cittadini e operatori economici, da ridurre al minimo e da commisurare all'obiettivo da conseguire.

Alla luce di questi elementi, la motivazione della Commissione sul rispetto del principio di sussidiarietà – e, con essa, i conseguenti processi di controllo istituzionale, sia politico che giurisdizionale, in termini ovviamente diversi fra loro – potrebbe doversi ancorare sempre di più, in futuro, a parametri concreti, misurabili, di *valutazione dell'efficacia* dei possibili livelli (comunitario, nazionale o regionale) di intervento normativo.

Le brevi ma significative indicazioni fornite dal citato paragrafo 4 del Protocollo si collocano in un contesto non nuovo, anche se in qualche modo estraneo agli ambiti squisitamente giuridici in cui operano prevalentemente le Corti supreme. In queste indicazioni – nei loro concetti, negli strumenti individuati (la scheda tecnica e gli indicatori), nel linguaggio utilizzato – riecheggiano elementi tipici dell'ampio dibattito, in sede non solo di Unione Europea ma anche dei Paesi dell'OCSE, sulla *Regulatory impact analysis* o *RIA*[26].

Si tratta di uno strumento che opera una valutazione preventiva degli effetti degli atti normativi sui cittadini, sulle imprese e sulle amministrazioni pubbliche, quantificando i costi e i benefici dell'introduzione di una nuova regolamentazione e consentendo quindi di valutare *ex ante*, con ragionevole attendibilità, l'effettiva utilità delle nuove regole per la collettività e la loro fattibilità da parte delle pubbliche amministrazioni che saranno chiamate ad applicarle e l'efficacia delle varie opzioni di intervento possibili.

7. Il controllo della sussidiarietà nel dibattito sull'analisi di impatto della regolazione.

Come si è detto, il dibattito sull'analisi di impatto della regolazione non ha, sinora, direttamente coinvolto le Corti di giustizia (neppure quelle amministrative, spesso chiamate a giudicare della legittimità della regolazione secondaria emessa dai Governi), ma si è svolto prevalentemente tra esperti di sistemi normativi, tra "addetti ai lavori" dei Governi nazionali responsabili della produzione di regole.

Fino a pochi anni fa, l'istituto dell'analisi di impatto della regolazione era pressoché sconosciuto negli ordinamenti continentali[27]. Alla conoscenza di questo strumento tra gli operatori governativi ha contribuito non poco la commendevole opera dell'OCSE[28], che ha dedicato all'AIR e, in generale, alla qualità della regolamentazione un apposito programma, che ha anche condotto alla *review* dei sistemi normativi di molti Paesi membri[29].

Anche a livello europeo il dibattito si sta sviluppando notevolmente, sempre svolgendosi prevalentemente tra responsabili dei Governi nazionali e con la Commissione europea[30].

---

[26] in Italia, Analisi di impatto della regolazione o AIR.

[27] e noto nei soli sistemi anglosassoni, soprattutto al di fuori dell'Europa: USA, Australia, Canada, Nuova Zelanda, grazie agli sviluppi dell'insegnamento delle scuole americane di Poster e di Calabresi sulla *economic analysis of law*. La sempre più ampia diffusione dell'AIR deriva dalla crescente esigenza dei regolatori (dei Parlamenti e, soprattutto, dei Governi) di dotarsi di sistemi efficaci di misurazione dell'impatto delle norme non più solo sulla finanza pubblica, ma anche su cittadini e imprese.

[28] l'Organizzazione internazionale per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico.

[29] Si tratta del programma denominato *Regulatory Reform*, avviato nel 1998, che ha condotto alla pubblicazione di un Report generale nel 2002 e alla review di oltre la metà degli Stati dell'OCSE. Quella dell'Italia è stata pubblicata nel marzo del 2001.

[30] In particolare, dopo una prima menzione nelle conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona del marzo 2000 (par. 14), l'approfondimento del tema ha portato alla pubblicazione del Rapporto Mandelkern del novembre 2001, presentato al Consiglio di Laeken del dicembre dello stesso anno ed espressamente menzionato nelle sue conclusioni (par. 4), oltre che in quelle di Barcellona del 2002: in tali sedi si raccomanda fortemente l'adozione di un sistema di analisi di impatto della regolazione per la normativa comunitaria e per quelle nazionali. Su tali basi è in via di approvazione – a livello comunitario – un accordo interistituzionale sulla qualità della regolazione che prevede, tra l'altro, che già con i vigenti Trattati le iniziative più significative della Commissione siano dotate di una congrua analisi di impatto della regolazione, preceduta da idonea consultazione dei possibili destinatari delle norme da introdurre. Di particolare rilievo è anche l'attività dei Ministri della funzione pubblica degli Stati membri dell'UE, che nelle loro riunioni (Strasburgo 2000, La Rioja 2002, Atene 2003) hanno sempre segnalato, tra gli altri strumenti di qualità della regolazione, la necessità di sviluppare un sistema coerente di AIR a livello comunitario.

Durante i lavori della Convenzione, la necessità della consultazione e dell'analisi di impatto sono anche state messe in evidenza dalle conclusioni dell'apposito gruppo di lavoro della Convenzione europea sulla semplificazione e delle procedure. Si tratta del gruppo IX, presieduto dal Vicepresidente Amato[31].

Dalla esperienza europea e internazionale emerge chiaramente che un sistema credibile di analisi di impatto normativo non si può costruire in tempi brevi[32] e richiede, necessariamente, una ampia fase di sperimentazione e di formazione dei responsabili della regolazione[33].

Ma, a mio avviso, è altrettanto chiaro che, se esiste un processo per rinvenire parametri concreti di verifica del rispetto del principio di sussidiarietà, se esiste un meccanismo che porti alla luce, e possibilmente sostenga con indicatori qualitativi e quantitativi, le ragioni della "*realizzabilità degli obiettivi dell'azione prevista*", della "inefficacia" (o della minore efficacia) del livello di intervento statale o regionale rispetto a quello europeo, questo meccanismo non è dissimile (e, anzi, ne costituisce una parte) da quello che si sta progressivamente costruendo, in tutto il mondo, per l'analisi di impatto della regolazione.

A conferma di quanto affermato, è significativo che, in tutte le sedi e in tutti i rapporti in cui si parli di AIR per la normativa comunitaria, si specifichi sempre che l'analisi di impatto deve coprire anche il profilo della efficacia del livello (europeo, statale o regionale) di intervento, operando una comparazione tra le varie opzioni possibili. E, quindi, in termini più familiari a noi giuristi, deve "motivare congruamente" anche sul rispetto del principio di sussidiarietà.

8. È ipotizzabile un'evoluzione dell'analisi di impatto della regolazione da una fase interna del processo di decision-making *ad un elemento di controllo giurisdizionale?*

Resta da vedere come possa un istituto nuovo ancorché in rapida evoluzione, un meccanismo non ancora codificato e in molti casi ancora in fase di sperimentazione, un modello sinora confinato al dibattito tra esperti governativi di tenore non strettamente giuridico, avere a che fare con il collaudato sistema di controllo giurisdizionale europeo.

Molto dipenderà dal funzionamento in concreto della dinamica del controllo della sussidiarietà[34].

La dialettica inedita tra Commissione e Parlamenti nazionali sul rispetto del principio di sussidiarietà potrebbe trasformarsi in un vero e proprio controllo sulla competenza (questa, almeno, è stata l'intenzione dei convenzionali). Questo controllo potrebbe far emergere, ma anche "mettere alla prova", i criteri di valutazione della efficacia del livello di intervento prescelto, la ragionevolezza dei meccanismi di quantificazione, la coerenza dei loro risultati.

Questo potrebbe verosimilmente indurre la Commissione a sviluppare, in tempi rapidi, un sistema di "analisi di impatto" credibile (che oggi non c'è), il quale potrebbe riempire di contenuti la "relazione tecnica" alle sue proposte e corroborare la sua preferenza per il livello comunitario. E potrebbe anche fornire quella integrazione di motivazione necessaria per superare l'*early warning* e per resistere al successivo, eventuale controllo della Corte di giustizia.

Nella migliore delle ipotesi, si potrebbe anche innescare un meccanismo virtuoso che conduca i soggetti istituzionali coinvolti ad approfondire progressivamente i metodi di analisi e, corrispettivamente, il controllo su di essi[35].

---

[31] nelle cui conclusioni si afferma, tra l'altro, "*the need to intensify consultation with interested circles, throughout the legislative process, including regional and local authorities, and the importance of the role of associations and organisations representing those circles as an "interface" between citizens and political players*" e che "*legislative proposals should be accompanied by an impact assessment sheet, mentioning,* inter alia, *consultation with the sectors affected*".

[32] e probabilmente non deve coprire, indistintamente, tutte le nuove normative ma soltanto quelle davvero rilevanti.

[33] Peraltro, oggi un sistema "a regime" di analisi di impatto esiste soltanto in pochi Paesi (tendenzialmente anglosassoni), anche se è in via di inserimento in numero sempre crescente di Stati (anche l'Italia ha introdotto l'AIR, in via sperimentale, all'articolo 5 della legge n. 50 dell'8 marzo 1999, e sta lentamente progredendo in vista di una completa messa a regime). E a livello comunitario è ancora di là da venire.

[34] Anche se la CIG dovesse confermare il Procedimento del Protocollo allegato – su cui peraltro si era creato, in Convenzione, un solido consenso, a differenza che su altri profili del testo proposto a Salonicco – potrebbe pure accadere che il ruolo dei Parlamenti nazionali si mantenga su un livello prevalentemente politico. In tal caso, la Corte non sarebbe chiamata ad intervenire sul principio di sussidiarietà molto più di quanto non lo sia adesso (e probabilmente tutto il discorso fatto sinora risulterebbe un semplice esercizio teorico).

È su tale dinamica – e solo ove essa si attivasse effettivamente, il che è possibile ma non scontato – che interverrebbe, *a posteriori*, anche la Corte di giustizia. L'"analisi di impatto" che motiva la collocazione dell'intervento normativo al livello comunitario potrebbe, allora, costituire oggetto del suo controllo giurisdizionale.

Certo, è vero che, come si è detto, l'AIR non si pone su un piano esclusivamente giuridico e richiede – almeno nella fase di redazione dell'analisi – un approccio multidisciplinare e il supporto di economisti e statistici. Ma questo fenomeno appare, ormai, comune a ormai molti campi del diritto, soprattutto comunitario, come la regolazione nei settori dei servizi pubblici o delle autorità indipendenti. E la questione è stata posta anche a livello nazionale – proprio in sede di controllo della funzione normativa e non amministrativa del Governo – da questo Consiglio di Stato, che lo ha sollevato per la cd. "sussidiarietà orizzontale" ora introdotta all'art. 118, ultimo comma, Cost.[36], in termini di metodo non dissimili da quelli della sussidiarietà comunitaria[37].

Certo, è vero che il controllo giurisdizionale sembra richiedere criteri di valutazione nuovi, che travalicano quelli del (pur penetrante) giudizio sulla motivazione e sull'eccesso di potere, tipico delle magistrature amministrative continentali e anche di quella comunitaria. Ma proprio perché sinora non controllabile secondo i classici criteri di valutazione, proprio perché scarsamente verificabile con parametri concreti e non solo politici, il rispetto del principio di sussidiarietà risultava sinora "sfuggente", a differenza del principio di proporzionalità. E quello prospettato sembra l'unico modo per fornire un appiglio concreto al giudice per la sua valutazione e quindi per consentire un sindacato giurisdizionale "effettivo".

Che è proprio quello che potrebbe richiedere la nuova Costituzione europea.

9. Un sindacato "pieno" sulla sussidiarietà come tappa evolutiva naturale per la giurisprudenza della Corte di giustizia.

In questo contesto, un sindacato giurisdizionale "pieno" sui criteri di scelta del livello comunitario di intervento – o semplicemente la verifica della assenza o della insufficienza di questi criteri – costituirebbe allora, semplicemente, un ulteriore passo avanti (certamente al passo anche con i tempi) nel lungo cammino di evoluzione che le Corti amministrative prima e la Corte di giustizia poi hanno intrapreso, da decenni, per valutare le scelte pubbliche e che in Italia ha condotto, in tempi recenti, anche alla sindacabilità della cd. discrezionalità tecnica".

Certo, non bisogna dimenticare che qui il controllo non si svolge su un'attività amministrativa ma su un'attività normativa, soprattutto di rango primario. Ma tale controllo è finalizzato, in ultima analisi, alla verifica della competenza oltre che al modo di esercizio della stessa. In tale ottica il giudice comunitario, pur senza effettuare una nuova indagine, sostitutiva di quella effettuata dalla Commissione – che può essere anche molto complessa – potrebbe comunque spingersi a verificare la coerenza e la attendibilità dell'analisi effettuata, con un controllo in ogni modo più incisivo di quello oggi consentito dal quadro ordinamentale.

---

[35] Un caso non troppo dissimile è avvenuto in Italia nella dialettica Parlamento-Governo relativa all'obbligo di quantificazione degli oneri di bilancio delle leggi di spesa. Fino all'inizio degli anni '90, questo controllo era poco incisivo, ma successivamente – nell'ambito del processo di risanamento della finanza pubblica iniziato a proprio a partire da quegli anni e che ha poi condotto l'Italia ad far parte dei primi Paesi dell'Eurogruppo – il controllo parlamentare si è fatto sempre più pregnante, grazie anche alla costituzione, nel 1990, di appositi servizi tecnici di controllo del bilancio in entrambe le Camere. Questo ha comportato un progressivo, considerevole miglioramento della qualità delle "relazioni tecniche" di copertura della spesa da parte del Governo, a tutto vantaggio del sistema nazionale di finanza pubblica.

[36] secondo cui "*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*".

[37] È il caso del citato parere "fondazioni bancarie" n. 1354/02 del 1° luglio 2002. In quella sede, si è segnalato il problema della individuazione del "grado di compressione" che il legislatore può imprimere all'autonomia privata per la protezione di esigenze collettive che tali soggetti perseguono, senza che ciò si traduca in uno stravolgimento della sua stessa nozione e del suo nucleo essenziale, che la Carta Costituzionale ha inteso preservare soprattutto con le modifiche introdotte agli articoli 117 e 118 Cost. . Segnalando la necessità di valutare la "misura" dell'intervento pubblico, si è affermato che essa deve rispondere a criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, raffrontando i benefici dell'attività di vigilanza e controllo con i possibili costi economico-sociali che possono derivare, ad esempio, dal ritardo o dal rallentamento che tali funzioni di vigilanza possono provocare sulle attività operative degli organismi privati vigilati. Lo strumento indicato per tale valutazione, in futuro, è stato indicato proprio nella piena messa a regime dell'Analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR), introdotta in Italia dalla legge n. 50 del 1999.

La Corte di giustizia ha sempre dimostrato, nella sua storia, di sapere assorbire positivamente gli stimoli esterni, trasformandoli in elementi di crescita dell'ordinamento comunitario. Ha sempre dimostrato di saper cogliere gli spunti innovativi della frammentaria regolazione comunitaria per "ricondurli a sistema", per ricavarne solidi principi generali, sulla cui base portare ancora più avanti il processo di costruzione europea.

La Costituzione europea fornirà certamente altri stimoli per la evoluzione della giurisprudenza della Corte e, con essa, del diritto dell'Unione – se, come tutti ci auguriamo, dovesse davvero divenire realtà[38].

Lo spirito innovativo e creativo della Corte di giustizia europea e il suo continuo dialogo con le Corti nazionali consentiranno di avventurarsi anche in questi mondi nuovi con il necessario coraggio e con la necessaria intraprendenza di cui non può fare a meno chi lavora per rendere Giustizia.

Luigi Carbone

[38] una realtà resasi ormai indispensabile a seguito dell'allargamento e della impossibilità del sistema di continuare con modifiche incrementali, come ha dimostrato Nizza.