



LA SUSSIDIARIETA' TRA ASIMMETRIE GIUDIZIALI ED ASIMMETRIE SOSTANZIALI DELLA CORTE COSTITUZIONALE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA *

di Francesco Bocchini**

SOMMARIO: 1.- Premessa: metodi ed obiettivi. - 2.- La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea. - 3.- Sul dualismo tra la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea. - 4.- La giurisprudenza della Corte Costituzionale. - 5.- Consonanze e dissonanze tra la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte Costituzionale. - 6.- Riflessione finale.

1.- Premessa: metodi ed obiettivi.

Il lavoro si propone di analizzare il senso e la portata del principio di sussidiarietà nel “diritto vivente” della giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea mettendo a confronto le due giurisprudenze¹.

Il problema è esistano asimmetrie giudiziarie della giurisprudenza relative all'applicazione del principio e, quindi, esistano asimmetrie sostanziali, nell'esperienza giuridica.

Pertanto, dopo aver evidenziato che il principio di sussidiarietà, pur avendo carattere giuridico e non politico, ha natura di clausola generale², onde essa è dotata di un elevato grado di elasticità

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Professore associato Istituzioni di diritto pubblico - Università degli Studi del Molise

¹ Sulle peculiarità attuali della giustizia costituzionale v. B. CARAVITA DI TORITTO, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, 2002, pp. 60 ss.; ID. (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, 2012, pp. 30 ss.; E. CATELANI- S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Profili attuali di diritto costituzionale*, Pisa, 2015; E. CHELLI, *Il giudice delle leggi: la Corte Costituzionale nella dinamiche dei poteri*, Bologna, 1999, pp. 50 ss.; E. MALFATTI- S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2013, pp. 15 ss.; P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte Costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, pp. 50 ss.; A. RUGGERI, *La Corte Costituzionale “equilibrata” tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la corte EDU*, in *Quad. europei*, 36, 2011, pp. 4 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977 pp. 50 ss. Sulla leale collaborazione tra Corte Costituzionale e Corti europee v. A. SPADARO-P. FALZEA-L. VENTURA (a cura di), *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, pp. 70 ss.; P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*⁴, Torino, 2014, pp. 461 ss.

² L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*⁴, Milano, 2010, pp. 414 ss.; S. A. de León, *Regions and Subsidiarity in the European Union: A Look at the Role of the Spanish and other Regional Parliaments in the Monitoring of Compliance with the Principle of Subsidiarity*, in *Eur.*

rimessa al giudizio insindacabile della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione europea, il lavoro esamina il problema se il principio di sussidiarietà di origine sovranazionale sia applicato, in maniera divergente, nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento sovranazionale. Si domanda, allora, se esso non si configuri tendenzialmente come un Giano bifronte nei due ordinamenti.

La ricerca tende, infatti, a porre in evidenza le asimmetrie tra ordinamento sovranazionale e ordinamento italiano in ordine all'applicazione giurisprudenziale concreta del principio di sussidiarietà a fronte dell'astratta unicità della enunciazione teorica. Invero le asimmetrie sono rilevanti nonostante l'ascendenza europea del principio di sussidiarietà nella Costituzione.

La prima asimmetria ha natura politico-istituzionale e concerne la stessa origine storica del principio nei due ordinamenti. In Europa -come apparirà dal lavoro- il principio di sussidiarietà è introdotto per trovare un bilanciamento tra la sovranità storica degli Stati nazionali e la faticosa conquista di uno spazio normativo oltre che politico autonomo dell'Europa. In Italia, invece, il punto di equilibrio è rovesciato, nel senso che, all'opposto, esso si pone tra la sovranità storica dello Stato centralista ed il livello più vicino ai cittadini rappresentato dalle Regioni, che cercano di costruirsi una identità politica e normativa all'interno di uno Stato sovrano.

La seconda asimmetria ha natura giuridico-formale, nel senso che mentre in Europa il principio di sussidiarietà viaggia a senso unico, perché sono solo gli Stati a ricorrere contro gli atti legislativi delle istituzioni europee, posto che l'Unione europea non ha mai proposto ricorso contro gli atti legislativi statali per violazione del principio di sussidiarietà, a danno dell'Unione europea, nell'ordinamento italiano il principio di sussidiarietà non viaggia su un solo binario, ma su due binari, perché anche lo Stato può ricorrere avverso le leggi regionali per violazione del principio di sussidiarietà a danno dello Stato.

La terza asimmetria concerne il fatto che in Europa la Corte di Giustizia è arrivata, dopo un lungo percorso, a controllare le “condizioni sostanziali” che devono ricorrere per l'applicazione del principio di sussidiarietà, laddove la Corte Costituzionale ha controllato, sin dall'inizio, le condizioni “sostanziali” nell'applicazione del principio di sussidiarietà e, di recente, ha richiesto la “concertazione” e, addirittura, l'intesa tra Stato e Regioni, rendendo, così, negoziabile, in concreto, il principio di sussidiarietà, in contrasto con l'orientamento della Corte di Giustizia.

La quarta asimmetria concerne la condotta dello Stato italiano che invoca una applicazione del principio di sussidiarietà innanzi alla Corte di Giustizia a favore del livello più vicino ai cittadini che rispetto all'Europa è rappresentato dagli Stati, laddove davanti alla Corte Costituzionale, al di

Public Law, 2012, pp. 305–321; P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2000; P.A. FERRELLI, *Le principe de subsidiarité: progrès ou statu quo après le traité d'Amsterdam?*, in *Rev. Marché Un. Eur.*, 1998, p. 3; F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto delle Comunità e dell'Unione europea*, Milano, 2007; P. KIIVER, *The early warning system for the principle of subsidiarity: constitutioanlo theory and empirical reality*, London, 2012; R. HOFMANN, *Il principio di sussidiarietà. L'attuale significato nel diritto costituzionale tedesco ed il possibile ruolo nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, p.37; L. FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMINGUEZ, *Il principio di sussidiarietà orizzontale e la formazione delle norme*, in A. PAPA (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea*, Torino, 2016, p. 305.

lità delle enunciazioni astratte, esso tende ad applicare una filosofia regionalista a danno dell'autonomia legislativa delle Regioni.

L'analisi si conclude con una riflessione sul rapporto tra la giurisprudenza in tema di sussidiarietà e la giurisprudenza in tema di controlimiti nazionali ai limiti comunitari posti dall'ordinamento sovranazionale agli ordinamenti nazionali, in applicazione del principio di sussidiarietà.

2. - La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

L'esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea muove da un rilievo di ordine quantitativo concernente il numero delle decisioni. Dal 2001 ad oggi, a fronte di circa duecento sentenze della Corte Costituzionale sul principio di sussidiarietà, si registrano poche decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea che hanno espressamente fatto applicazione del principio. Questo dato è rilevante se si pensa che il principio di sussidiarietà è stato introdotto nel Trattato di Maastricht del 1992 e, cioè, dieci anni prima dell'introduzione dello stesso principio nella Costituzione italiana avvenuta nel 2001.

Per comprendere il senso, la portata e l'evoluzione storica del principio di sussidiarietà nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea a fronte della giurisprudenza della Corte Costituzionale appare opportuno muovere dall'enunciazione del principio di sussidiarietà³.

Esso è enunciato, per la prima volta, nel 1992 nel Trattato di Maastricht all'esito di un lungo dibattito che trova schierati da un lato la dottrina sociale della Chiesa con l'enciclica di Leone XIII dell'anno 1901 (*Rerum Novarum*) e con l'enciclica di Pio XI dell'anno 1941 (*Quadragesimo anno*), dall'altro il pensiero liberale e dall'altro ancora, il pensiero solidarista socialista. Non a caso l'artefice principale della enunciazione del principio di sussidiarietà nel Trattato di Maastricht fu

³ Sulla portata del principio di sussidiarietà v. il contributo anticipatore del tema di A. LUCARELLI, *Percorsi del regionalismo italiano*, Milano, 2004, pp. 130 ss. A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, p. 66; V. BOCCHETTI, *The principle of subsidiarity in the European Union, more than five years after the entry into force of the Treaty of Lisbon: outcomes and unresolved questions*, in A. PAPA (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea*, Torino, 2016, pp. 13 ss.; M. C. CICIRIELLO, *La Comunità europea ed i suoi principi giuridici*, Napoli, 2004, pp. 164 ss.; D.Z. CASS, *The World That Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and Divisions of Powers within the European Community*, *CLMR*, 1992, 6, pp. 1107 ss.; L. CHIEFFI (a cura di), *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, Torino, 2003; A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 609; N. EMILIOU, *Subsidiarity: An Effective Barrier Against the "Enterprise of Ambition"?*, *ELR*, 1992, p. 404; J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Vorfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, Berlin, 1986, p. 137; H. RAINER, *Il principio di sussidiarietà. L'attuale significato nel diritto costituzionale tedesco ed il possibile ruolo nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1-2, 1993, pp. 23 ss.; P. DURET, *La sussidiarietà "orizzontale": le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 1, 2000, pp. 96 ss.; P. KIIVER, *The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity, Constitutional Theory and Empirical Reality*, Routledge, 2012, pp. 146 ss.; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003, pp. 55 ss.; G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, pp. 5 ss.; P. RIDOLA, *Forma di Stato e principio di sussidiarietà*, in *Associazione italiana Costituzionalisti* (a cura di), *La riforma costituzionale (Atti del convegno 6-7 novembre 1998)*, Padova, 1999, pp. 177 ss.; A. RINELLA-L. COEN-R. SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999, pp. 44 ss.; S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in www.federalismi.it, 5, 2006, pp. 1 ss.; T. VAN DEN BRINK, *The Substance of Subsidiarity: The Interpretation and Meaning of the Principle after Lisbon*, in M. TRYBUS- L. RUBINI (eds.), *The future of European Law after Lisbon*, Cheltenham, 2011, pp. 169 ss. Sulla problematica dei beni comuni v., inoltre, l'efficace prospettiva di A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Viareggio, 2011, pp. 50 ss.; ID., *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013 pp. 50 ss.

Jacque Delors, cattolico e socialista⁴.

Ma il principio nasce subito come un Giano bifronte perché esso intende creare un ponte tra due obiettivi confliggenti: il rafforzamento dell'Europa nei confronti degli Stati, da un lato, e, dall'altro, la difesa della sovranità degli Stati nei confronti dell'Europa. Non a caso le due principali problematiche delle quali la dottrina si occupa sono la natura del principio di sussidiarietà (politica o giuridica) e la sua funzione.

La dottrina, infatti, appare divisa su entrambe le questioni.

Alcuni autori⁵ ritengono che il principio abbia natura politica e non giuridica, costituendo il risultato e la premessa dell'allargamento dell'intervento dell'Unione europea in tutti i settori strumentali allo sviluppo della stessa Unione, avendo il principio carattere politico e non giuridico senza possibilità di ricorso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Altri autori⁶ ritengono, invece, che il principio dovesse garantire non lo sviluppo dell'Unione europea, ma la sovranità degli Stati nei confronti dell'Europa.

E' importante fissare bene questi caratteri del principio⁷ sia perché l'evoluzione successiva della giurisprudenza si comprende alla luce della natura compromissoria del principio, sia perché il dibattito sulla natura del principio, in sede europea, consente un confronto con l'enunciazione del principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana che avverrà diversi anni dopo, come si vedrà nel seguito della ricerca.

La natura compromissoria del principio emerge dalla sua stessa enunciazione letterale che è espressa non in termini positivi, ma negativi. La lettera del Trattato recita che l'Unione europea non può legiferare in materia di potestà legislativa concorrente con gli Stati, a meno che gli Stati svolgano un'azione "insufficiente" per il raggiungimento di un determinato obiettivo, che "meglio" possa essere raggiunto dalle istituzioni europee. D'altro canto, l'alternativa in ordine alla natura politica o giuridica del principio è stata, poi, nei fatti, superata, perché, al di là dei dibattiti

⁴ Sul contributo di Delors v. L. SICO, voce *Sussidiarietà (principio di) (diritto comunitario)*, in *Enc. dir. Agg.*, vol V, Milano, 2001, pp. 1062 ss.; A. TIZZANO, *Profili generali del Trattato di Amsterdam*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, pp. 268 ss.; ID., *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998, pp. 42 ss.; E. VINCI, *Sussidiarietà, democrazia e trasparenza nel Trattato di Maastricht*, in *Jus*, 1994, pp. 453 ss.

⁵ R. CARANTA, *I rapporti tra Regioni e Comunità europea: verso un nuovo modo di tutela degli interessi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, pp. 1229 ss.

⁶ L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*⁴, cit., pp. 416 ss.

⁷ Sulla natura giuridica o politica del principio di sussidiarietà nell'ordinamento europeo v., per tutti, P. GALLAGHER, *The Treaty of Amsterdam and fundamental rights*, in *Irish Journal of European Law*, 1998, pp. 21 ss.; G.F. MANCINI- V. DI BUCCI, *Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire*, in *Collected courses of the Academy of European Law*, I, 1990, pp. 27 ss.; M.H. MENDELSON, *The European Court of Justice and Human Rights*, in *Yearbook of European Law*, 1981, pp. 125 ss.; G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *Annuario 1999. La Costituzione europea (Atti del XIV Convegno Annuale promosso dall'Associazione italiana dei Costituzionalisti, Perugia, 7-8 ottobre 1999)*, Padova, 2000; D. RECCHIA, *Corte di giustizia delle Comunità europee e tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca. Verso un "catalogo" europeo dei diritti fondamentali?*, in *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario (Atti del Seminario di Roma, 15-16 ottobre 1990)*, Milano, 1991, pp. 123 ss.; A. SPADARO, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, pp. 1041 ss.; G. STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, 1993, pp. 59 ss.; F. ZAMPINI, *La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux dans le cadre du droit européen*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1999, pp. 659 ss.

teorici, le istituzioni europee non si sono lasciate intimorire dalla pesante “atmosfera politica” di Maastricht tesa a rafforzare la sovranità degli Stati ed hanno legiferato, con molta larghezza, in materie di potestà legislativa concorrente, grazie soprattutto al fatto che gli Stati, così prodighi nel denunciare, sul piano politico, ogni invasione alla propria sovranità da parte delle istituzioni europee, sono stati, poi, avari di ricorsi alla Corte di Giustizia dell’Unione europea, per denunciare la violazione del principio di sussidiarietà, come subito apparirà.

Ciò detto in ordine alla natura giuridica del principio, dopo un articolato dibattito la dottrina⁸ chiarisce che la nota più costruttiva del principio è la sua “dinamicità” fatta propria dalla giurisprudenza costante e consolidata della Corte di Giustizia.

La dottrina ha trasformato, cioè, l’originaria “contraddittorietà” del principio, intesa come nota negativa in una sorta di nota positiva, trasformando la “contraddittorietà” in “elasticità del principio”⁹ collegata alla “affermazione più avanzata del nuovo paradigma delle relazioni tra cittadini e istituzioni”¹⁰. E’ stato, così, evidenziato¹¹ che il principio può essere considerato come un “ascensore” con conseguente moto e ascendente degli Stati verso l’Unione e discendente dell’Unione verso gli Stati e, quindi, neutro nei rapporti tra la potestà legislativa degli Stati e la potestà legislativa delle istituzioni europee.

L’immagine dell’ascensore sembra rispondere bene al carattere “dinamico” del principio ben evidenziato dalla dottrina¹², perché la sussidiarietà, come un ascensore, può sia privare gli Stati di competenza, quando una loro azione è insufficiente per raggiungere un obiettivo del Trattato, sia privare le istituzioni europee di competenza quando l’azione degli Stati sia riconosciuta come sufficiente a raggiungere gli obiettivi europei. Ma, sempre sul piano giuridico, la conclamata natura di “clausola generale” del principio, ha portato la dottrina a poggiare, come si vedrà, il medesimo principio sulle ginocchia dei giudici della Corte di Giustizia dell’Unione europea, chiamata a riempire, di fatto, volta a volta, il principio stesso di contenuto concreto, individuando i parametri stessi per la sua applicazione¹³.

Tanto premesso sul piano generale e venendo alle singole esigenze, è possibile dividere l’evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea in due periodi cronologicamente e giuridicamente distinti.

⁸ G. D’AGNOLO, *La sussidiarietà nell’Unione Europea*, Padova, 1998; L. SICO, voce *Sussidiarietà (principio di)* (diritto comunitario), cit., p. 1062; A. TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie*, in *Dir. un. eur.*, 1996, p. 64; ID., *Le competenze dell’Unione e il principio di sussidiarietà*, in *Dir. un. eur.*, 1997, pp. 229 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell’Unione europea*⁴, cit., p. 83.

⁹ L. CARPENTIERI, *La sovranità tributaria alla prova dell’Unione europea e delle spinte federaliste interne*, in A. PAPA (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea*, Torino, 2016, p. 230; P. SYRPIS, *Legitimising European Governance: Taking Subsidiarity Seriously within the Open Method of Coordination*, EU Working Paper, Law, 10, 2002; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell’Unione europea*⁴, cit., pp. 82 ss.

¹⁰ L’immagine è di D. DONATI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella legislazione regionale*, in *www.astrid.it*.

¹¹ R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto Pubblico*, Torino, 2017 p. 91.

¹² A. TIZZANO-R. ADAM, *Lineamenti di diritto dell’Unione europea*⁴, Torino, 2016, pp. 326 ss.

¹³ A. D’ATENA, *Modelli federali e sussidiarietà nel riparto delle competenze normative tra l’Unione europea e gli Stati membri*, in *Dir. Un. eur.*, 2005, 1, pp. 59 ss.; C. PINELLI, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Dir. un. eur.*, 1999, pp. 726 ss.; J. SCHWARZE, *The Principle Subsidiarity and the Distribution of Powers*, in U. KARPEN (a cura di), *National Legislation in the European framework*, Baden-Baden, 1995, pp. 132.151.

Il primo periodo (1992-2002) è caratterizzato da tre tratti distintivi: a) rispetto, senza alcun sindacato, da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea, in via di principio, delle motivazioni adottate dalle istituzioni europee per attrarre in sussidiarietà le competenze legislative concorrenti degli Stati; b) assenza tendenziale di controllo da parte della Corte di Giustizia della "sufficienza" o "insufficienza" delle azioni degli Stati, in ordine al raggiungimento degli obiettivi europei; c) riconoscimento della legittimità di tutti gli atti legislativi delle istituzioni europee impugnati dagli Stati per manifesta violazione del principio di sussidiarietà.

Il secondo periodo (dal 2002 ad oggi) è caratterizzato da due tratti distintivi: a) applicazione da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea prima del Protocollo c) del Trattato di Amsterdam del 1997 e, poi, del Protocollo n. 2 del Trattato di Lisbona del 2007 sul controllo delle condizioni sostanziali per l'applicazione del principio di sussidiarietà (art. 5, c.d. procedimentalizzazione del principio); b) controllo, pertanto, del rispetto da parte degli Stati e delle istituzioni europee non solo delle regole del procedimento, ma anche delle condizioni sostanziali per l'applicazione del principio di sussidiarietà (sufficienza o insufficienza dell'azione degli Stati e grado di qualità dell'azione delle istituzioni europee in una sorta di giudizio di comparazione).

L'esame delle singole decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea conferma l'assunto partendo da una riflessione generale.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che applica espressamente il principio di sussidiarietà, si riduce a sette decisioni in venticinque anni di applicazione del principio, su ricorso degli Stati avverso atti legislativi delle istituzioni europee¹⁴. Non vi è, invece, un solo ricorso delle istituzioni europee avverso gli atti legislativi degli Stati per violazione della competenza legislativa europea.

Tanto premesso, nel primo periodo (1992-2002), vi sono solo quattro ricorsi da parte degli Stati e, solo, in un caso, la Corte di Giustizia ha annullato un atto legislativo delle istituzioni europee per violazione del principio di sussidiarietà. Tale osservazione tornerà utile quando si porrà a confronto la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea con la giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁵.

Ciò detto vengo all'esame delle singole decisioni della Corte di Giustizia, anche alla luce della dottrina¹⁶.

¹⁴ Per un'efficiente esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea v. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*⁴, cit., pp. 295 ss.; C. PINELLI, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Il dir. dell'Uni. eur.*, 1999, pp. 727 ss.; A. TIZZANO-R. ADAM, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*⁴, cit., pp. 325 ss.

¹⁵ E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*², Torino, 2015, pp. 45 ss.

¹⁶ Per un commento analitico delle più importanti decisioni della v. P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *AA. VV.. Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, pp. 383-414; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 1, 2001, pp. 14-17; A. TIZZANO, *Le competenze dell'Unione europea e il principio di sussidiarietà*, in *Dir. un. eu.*, 1-2, 1997, pp. 232 ss.; V.G. STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 1993, p. 83; L. P. VANONI, *Fra Stato e Unione europea: il principio di sussidiarietà sotto esame della Corte Costituzionale e della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2004, pp. 1457 ss.; J.H.H. WEILER, *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, in *Quad. cost.*, 1, 2000, p. 14.

Con la sentenza n. 84 del 1996 la Corte di Giustizia dell'Unione europea, nel caso Gran Bretagna contro Comunità Europea, avente ad oggetto l'impugnativa di una direttiva in ordine alla organizzazione dell'orario di lavoro dei dipendenti di un'impresa, rigetta il ricorso con una motivazione che non esamina, nel suo contenuto concreto, il principio di sussidiarietà. Il ricorso, quindi, è deciso e rigettato, prescindendosi dall'esame del contenuto concreto del principio di sussidiarietà, nonostante la violazione del principio fosse stata denunciata dalla Gran Bretagna e, successivamente, dalla Germania. E analogo esito avrà il ricorso deciso con la sentenza n. 233 del 1997.

Tutto ciò avveniva nonostante gli Stati in questi giudizi avevano chiesto, in modo chiaro, che la Corte di Giustizia esercitasse un controllo di sufficienza o insufficienza dell'azione degli Stati per raggiungere gli obiettivi europei, ponendo il problema dell'onere della prova in ordine alla sufficienza o meno dell'azione degli Stati. Invero gli Stati avevano domandato alla Corte di Giustizia che fosse l'Unione europea, che aveva emanato gli atti legislativi europei (direttive) a danno della potestà legislativa statale, a fornire la prova che l'azione degli Stati fosse insufficiente e l'azione delle Istituzioni europee fosse migliore e non viceversa. Ma la Corte di Giustizia non valorizza questo motivo del ricorso, rifugiandosi dietro un altro motivo di ricorso nel quale gli Stati si dovevano che la decisione di adottare l'atto legislativo europeo non fosse motivata. Il solo difetto di motivazione attrae tutta l'attenzione della Corte di Giustizia distolta dall'esame concreto sostanziale del contenuto del principio di sussidiarietà e dal problema dell'onere della prova, forse perché, come appare dalla esplicitazione della motivazione, il ricorso per difetto di motivazione costituiva l'alibi per non sindacare le condizioni sostanziali e materiali del principio di sussidiarietà. Una volta esaurita la propria attenzione sulla motivazione degli atti legislativi europei, la Corte di Giustizia conclude agevolmente che l'atto legislativo è sufficientemente motivato, arrivando ad affermare che la motivazione può essere, anche, "implicita", non potendosi "pretendere che questo principio di sussidiarietà sia menzionato espressamente"! In breve, la prudenza e la cautela nell'annullare un atto legislativo delle istituzioni europee fanno della Corte di Giustizia non il baluardo degli Stati nei confronti di eventuali abusi delle istituzioni europee ma, almeno nei primi anni di vigenza del principio di sussidiarietà, come si è detto, il garante delle istituzioni europee nei confronti degli Stati.

Ma nel 1997 viene emanato il c.d. Protocollo di Amsterdam che detta le prime regole specifiche per l'applicazione del principio di sussidiarietà. E, allora, con tre sentenze n. 376 del 2000, n. 377 del 2001 e n. 491 del 2002, l'una sulle invenzioni biotecnologiche e le altre due sul tabacco, la Corte di Giustizia comincia ad applicare il Protocollo di Amsterdam non solo nella parte nella quale il Protocollo impone la procedimentalizzazione dell'iter legislativo europeo, imponendo alle istituzioni europee, ma, anche, nella parte nella quale indica le condizioni sostanziali per l'applicazione del principio di sussidiarietà, vale a dire la ricorrenza di quelle che ho definito le condizioni negative e positive perché la sussidiarietà possa trovare applicazione¹⁷.

¹⁷ A. TIZZANO-R. ADAM, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*⁴, cit., p. 48.

In realtà, il clima generale cambia dopo l’emanazione del Protocollo di Amsterdam. E, finalmente, arriva la prima sentenza della Corte di Giustizia di annullamento di un atto legislativo europeo, costituito dalla Direttiva n. 43 del 1998 in tema di pubblicità e vendita del tabacco. Questa sentenza n. 376 del 2000, per la verità, non annulla la Direttiva per violazione giuridica del principio di sussidiarietà, ma per la erronea “base giuridica” posta dalle istituzioni europee a fondamento della Direttiva.

La dottrina¹⁸ ha salutato questa sentenza di annullamento come la prima decisione sul principio di sussidiarietà nella quale la Corte di Giustizia comincia a porre un freno alla vera e propria alluvione di atti legislativi europei.

In breve la dottrina guarda il *decisum* (annullamento di una Direttiva europea), più che la motivazione della sentenza.

Sia come sia, la Corte di Giustizia, pur non accogliendo letteralmente il punto del ricorso relativo alla violazione del principio di sussidiarietà, di fatto, arriva allo stesso risultato per altra via, annullando, per la prima volta, una direttiva proposta dalla Commissione e approvata dal Consiglio e dal Parlamento europeo. La dottrina parla, a ragione, di “*de facto subsidiarity analysis*” per significare, qui, che la Corte di Giustizia sembra avvisare le istituzioni europee che è inaugurata l’era dell’annullamento degli atti legislativi europei, vuoi per violazione del principio di attribuzione (teoria della cd. base giuridica della competenza), vuoi per violazione del principio di sussidiarietà. È un passo in avanti rispetto alla giurisprudenza precedente, perché l’annullamento degli atti legislativi europei, per violazione del principio di sussidiarietà, diventa ora, dopo la sentenza del 2000, possibile, anche se negli anni successivi la Corte di Giustizia – come si dirà – non annullerà alcun atto legislativo europeo per violazione del principio di sussidiarietà.

Infatti con la sentenza n. 377 del 2001 la Corte di Giustizia afferma che il principio di sussidiarietà non è violato quando a) la motivazione della Direttiva 98/44 CE impugnata è sufficiente, ancorché implicita, perché nei Considerando della Direttiva n. 44 del 1998 si chiarisce che, in mancanza di un intervento sovranazionale, lo sviluppo delle legislazioni e delle prassi nazionali avrebbe ostato al buon funzionamento del mercato interno delle invenzioni biotecnologiche; b) l’azione degli Stati non consente di perseguire l’obiettivo consistente nel garantire il buon funzionamento del mercato interno delle invenzioni biotecnologiche a causa delle divergenze tra le normative e prassi nazionali, che la sentenza elenca, onde il risultato non sarebbe raggiungibile con la variegata legislazione dei singoli Stati membri.

A sua volta, con la sentenza n. 491 del 2002, occupandosi ancora della materia del tabacco, la Corte di Giustizia assolve la Direttiva comunitaria 2001/37/CE relativa alla lavorazione, alla presentazione ed alla vendita dei prodotti del tabacco, laddove, con la prima sentenza 376 del

¹⁸ P. LARGHEZZA, *Sul divieto di pubblicità dei prodotti da fumo*, in *Il Foro it.*, 4, 2000, pp. 505 ss.; A. ODDENINO, *La tutela della salute è e resta ancillare rispetto alle altre politiche della comunità*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 1, 2001, pp. 380 ss.; L. P. VANONI, *Fra Stato e Unione europea: il principio di sussidiarietà sotto esame della Corte Costituzionale e della Corte di giustizia*, cit., pp. 1465 ss.; G.E. VIGEVANI, *La Corte di giustizia e la pubblicità del fumo*, in *Quad. cost.*, 1, 2001, pp. 237 ss.

2000, sempre in tema di tabacco, la Corte di Giustizia aveva annullato la Direttiva, per violazione, anche se solo implicita, del principio di sussidiarietà¹⁹.

La sentenza n. 491 del 2002 ha esaminato la Direttiva, anche se l'esame ha avuto esito positivo, sotto il profilo della violazione o meno del principio di sussidiarietà, perché, essendo stati rigettati tutti gli altri motivi di ricorso, la Corte di Giustizia ha dovuto esaminare, ai fini della decisione (punti 177-185), anche il motivo relativo alla presunta violazione del principio di sussidiarietà. La trattazione alquanto approfondita del principio di sussidiarietà dimostra quanta strada è stata percorsa dalla Corte di Giustizia rispetto al primo periodo di applicazione del principio.

In tale prospettiva, la Corte di Giustizia non esita ad affermare che: a) la sussidiarietà attiene all'esercizio delle competenze e non alla loro attribuzione; b) la Direttiva correttamente individua la base giuridica della sua emanazione nell'art. 95 TUE che non attribuisce alle istituzioni europee una competenza esclusiva, in presenza della quale l'utilizzazione del principio di sussidiarietà sarebbe stata impossibile, ma solo una competenza concorrente con quella degli Stati "per migliorare le condizioni di realizzazione e di perseguimento del mercato interno", attraverso l'eliminazione di ostacoli alla libera circolazione delle merci e alla libera prestazione dei servizi, nonché attraverso l'eliminazione di distorsioni della concorrenza, a causa delle differenze delle legislazioni e prassi nazionali relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco. E l'indicazione dell'art. 133 del Trattato, in aggiunta all'art. 95, come secondo fondamento normativo della Direttiva, secondo la Corte di Giustizia, non ha leso la sostanza della procedura di consultazione seguita nel caso di specie"; c) l'obiettivo del legislatore europeo non poteva essere realizzato in modo soddisfacente mediante una azione intrapresa a livello dei singoli Stati membri per la ricordata diversità di legislazione e prassi tra i diversi Stati; d) l'azione comunitaria, rappresentata dall'emanazione della Direttiva, non ha sorpassato la misura necessaria per realizzare l'obiettivo cui tale azione era diretta²⁰.

In questa sentenza n. 491 è possibile ravvisare, in relazione alla disciplina del principio di sussidiarietà, due "occasioni mancate": a) la prima occasione mancata è non aver preso posizione in ordine al problema dell'onere della prova delle condizioni che legittimano la legislazione europea in sussidiarietà, per chiarire se la prova dovesse essere fornita dallo Stato ricorrente che impugna l'atto legislativo europeo per qualche suo vizio, sulla base del principio processuale generale sull'onere della prova (*actore non probante reus absolvitur*) o dall'autore dell'atto legislativo impugnato, per l'eventuale sua maggiore vicinanza alla prova; b) la seconda occasione mancata concerne il mancato chiarimento di cosa significhi "insufficienza dell'azione degli Stati" e "azione migliore delle istituzioni europee".

Le occasioni mancate risulteranno, come si dirà, evidenti quando, nel secondo periodo, il

¹⁹ F. IPPOLITO, *Sussidiarietà e armonizzazione: il caso British American Tobacco*, in *Il Dir. dell'un. eur.*, 2004, pp. 633 ss.

²⁰ A. ALEMANNI, *In margine alla sentenza Critish American Tobacco continua la saga "Union de Pequeños Agricultores – Jago-Quère?*, in *Dir. un. eur.*, 2004, p. 183; ID., *Contentieux: Arrêt Directive tabac II*, in *Rev. Droit Unioe europ.*, 2002, pp. 852 ss.; F. MARIATTE, *Recevabilité ed compétences du Juge national, commentaire n. 48*, in *Europe*, 2003, pp. 13 ss. D. SLATER, *The scope of EC harmonising powers: the ECJ'S Tobacco Case (C-491/01) in Perspective*, in *German Law Journal*, vol. 4, 2, 2003.

Protocollo c) di Amsterdam del 1997 verrà sostituito dal Protocollo n. 2 del Trattato di Lisbona del 2007 che non detterà solo regole di procedure di consultazione ma, anche, cinque precetti di sostanza: a) l'obbligo di motivazione della sussidiarietà negli atti legislativi europei, tenuto conto che, come è noto, i Parlamenti nazionali emanano atti legislativi nazionali senza alcun obbligo di motivazione; b) l'obbligo di redazione *di scheda* (ma per la verità il Protocollo non usa l'indicativo per indicare l'obbligo, ma il condizionale “ogni progetto di atti legislativi *dovrebbe* essere accompagnato da una *scheda*”); c) l'obbligo di indicazione dell'impatto finanziario del progetto legislativo; d) l'obbligo di indicazione degli “indicatori qualitativi” e, ove possibile, quantitativi “che confortano” la preferenza per l'atto legislativo europeo come migliore rispetto agli atti legislativi statali; e) l'obbligo di contenimento degli oneri per l'attuazione degli atti legislativi.

Si è richiamata l'attenzione sull'articolo 5 del Protocollo n. 2, perché trattasi di requisiti di contenuto o sostanziali della sussidiarietà e non di mera procedura²¹. La Corte di Giustizia che, nel primo decennio, è stata quasi abbagliata dalla luce europeista, ora sarà chiamata dal Protocollo n. 2 nel secondo periodo a controllare le condizioni e procedurali e sostanziali della legislazione europea in sussidiarietà. Ma va subito rilevato che la Corte di Giustizia, come era stata molto prudente nell'applicazione dell'articolo 5 del Trattato, così appare prudente nell'applicazione del contenuto del Protocollo ponendo l'accento sempre sul profilo procedimentale, preferendo controllare solo eventuali *errores in procedendo* delle istituzioni europee.

Il primo periodo lascia, quindi, in eredità al secondo periodo “l'inizio dei lavori” per l'individuazione del contenuto concreto della disciplina del principio di sussidiarietà.

Nel secondo periodo il potere politico, di fronte alla reticenza o prudenza della Corte di Giustizia, nel riempire di contenuto concreto la “clausola generale” della sussidiarietà, modifica nel 2007, con il Trattato di Lisbona Protocollo n. 2, il Protocollo c) del Trattato di Amsterdam del 1997.

Con questo Protocollo n. 2, oltre a dettare sempre più precise condizioni sostanziali per l'applicazione del principio di sussidiarietà, viene creato, in tema di rapporti tra Parlamenti nazionali ed istituzioni europee, quello che, nel linguaggio della sussidiarietà, è chiamato il cartellino arancione che si aggiunge al cartellino giallo già previsto dal Protocollo c) del Trattato di Amsterdam²². In sostanza, anche il Protocollo n. 2 non prevede cartellini rossi perché non è previsto, in nessun caso, l'obbligo delle istituzioni europee di ritirare la proposta legislativa europea inviata ai Parlamenti nazionali, in caso di motivato dissenso dei Parlamenti, posto che il c.d. cartellino giallo, ai sensi dell'art. 7, comma 2, del Protocollo n. 2 implica che “qualora i Parlamenti nazionali abbiano rilevato il mancato rispetto del principio di sussidiarietà almeno con un terzo dei voti attribuiti ai Parlamenti stessi il progetto di atto legislativo europeo deve essere

²¹ P. DE PASQUALE, *La sussidiarietà nell'ordinamento comunitario: i meccanismi di controllo del principio di sussidiarietà e diritti*, in V. BALDINI (a cura di), Napoli, 2007, pp. 205 ss.

²² C. CATTABRIGA, *Il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Dir. un. eur.*, 1996, 2-3, p. 361; A.G. TOTH, *The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty*, in *Common Market Law Rev.*, 1992, pp. 1079 ss.

riesaminato²³. Il Protocollo n. 2 prevede il c.d. cartellino arancione che, a sua volta, non prevede solo l'obbligo del riesame, già previsto dal c.d. cartellino giallo, ma obbliga la Commissione e il legislatore europeo a rispettare una determinata procedura, nel riesame della proposta di atto legislativo europeo, espressamente disciplinata nel dettaglio dal Protocollo.

Venendo all'esame dettagliato di questo secondo periodo della giurisprudenza (dal 2002 ad oggi) è possibile individuare due sottoperiodi: il primo caratterizzato dalla prevalente attenzione alla violazione delle regole di procedura da parte delle istituzioni europee (*errores in procedendo*) e il secondo caratterizzato dalla attenzione della Corte di Giustizia alle condizioni sostanziali per l'applicazione del principio di sussidiarietà.

Venendo all'esame del primo sottoperiodo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia sembra peccare per eccesso e per difetto. Per eccesso perché la procedimentalizzazione eccede il contenuto del principio di sussidiarietà, posto che le istituzioni europee potrebbero, nei singoli casi concreti, realizzare miglior degli Stati gli obiettivi del Trattato, essendo l'azione di questi ultimi insufficiente, nonostante i Parlamenti nazionali non siano stati consultati regolarmente prima dell'emanazione dell'atto legislativo con conseguente violazione delle regole del procedimento.

Orbene in questi casi la violazione della regola di procedura potrebbe portare all'annullamento dell'atto legislativo europeo, nonostante la mancata violazione sostanziale del principio di sussidiarietà in sé.

La giurisprudenza stessa pecca, poi, per difetto, perché nonostante il rispetto delle regole di procedura con la consultazione dei Parlamenti nazionali, l'atto legislativo europeo dovrebbe essere, egualmente, annullato per violazione del principio sostanziale di sussidiarietà, tutte le volte che l'azione degli Stati sia stata più che sufficiente a raggiungere l'obiettivo europeo.

La dottrina²⁴ quasi unanime ha esaltato la c.d. procedimentalizzazione del principio di sussidiarietà come se si trattasse del "riempimento del contenuto" evanescente della clausola generale della sussidiarietà. Ma, a ben vedere, il riempimento sostanziale della clausola generale avrebbe dovuto attenersi non al procedimento, ma al contenuto sostanziale della clausola che avrebbe dovuto arricchirsi di regole tese a specificare quando l'azione degli Stati è "insufficiente" e quando l'atto legislativo europeo è "migliore" per raggiungere l'obiettivo europeo. In breve, nonostante l'emanazione del Protocollo n. 2 di Lisbona, rimangono i seguenti interrogativi: a) che tipo di insufficienza legislativa rileva giuridicamente, di tipo quantitativo o qualitativo o

²³ Infatti l'art. 7, comma 3, del Protocollo n. 2, prevede che "qualora la Commissione scelga di mantenere la proposta anzitutto deve spiegare in un parere motivato perché ritiene la proposta conforme al principio di sussidiarietà. Tale parere motivato ed i pareri motivati devono essere sottoposti al legislatore dell'Unione affinché ne tenga conto nella procedura nelle forme previste dalle lett. a) e b) del comma 3 dell'art. 7".

²⁴ A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2782; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Reg.*, 2, 2004, p. 578; R. DICKMAN, *La Corte Costituzionale attua (ed integra) il Titolo V*, in *www.federalismi.it*, 12, 2003; A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V*, in *Quad. cost.*, 4, 2003, pp. 818 ss.; A. RUGGERI, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare ...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia*, in *Forum Quad. cost.*, 2, 29 ottobre 2003; L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa concorrente, leale collaborazione e strict scrutiny*, in *Le Reg.*, 1, 2004, pp. 7 ss.

entrambi? b) qual è il parametro di giudizio per giudicare il raggiungimento o meno dell'obiettivo europeo? c) quando l'azione delle istituzioni europee è migliore di quella degli Stati? d) come si ripartisce l'onere della prova nei giudizi aventi ad oggetto la violazione del principio di sussidiarietà?

Questi problemi sono lasciati in eredità alle ultime sentenze, che vengono, ora, all'esame.

Con le sentenze n. 176 del 2011 e n. 288 del 2012, la Corte di Giustizia finalmente controlla le condizioni sostanziali perché la sussidiarietà possa essere esercitata. Tale esame ha ad oggetto l'analisi sia della condizione negativa relativa alla non sufficienza dell'azione legislativa degli Stati sia della condizione positiva della migliore azione dell'azione legislativa europea.

La questione oggetto del giudizio decisa con la sentenza n. 176 era se la Direttiva 2009/12 (sul funzionamento degli aeroporti, con un volume di traffico annuale superiore ai cinque milioni di passeggeri in ciascun Stato membro), che prevedeva taluni obblighi a carico dei gestori degli aeroporti a tutela dei viaggiatori, violasse o meno il principio di sussidiarietà. In concreto i ricorrenti lamentavano il fatto che il legislatore europeo avesse con la Direttiva n. 12 attratto nella disciplina europea anche gli aeroporti con un numero di passeggeri inferiore a cinque milioni, solo perché questi ultimi erano gli "aeroporti principali" del Paese²⁵.

La Corte di Giustizia sembra farsi più "ardita", perché svolge una motivazione quasi di merito. Se la Direttiva n. 12 -dice la Corte di Giustizia- ha dettato regole non solo per gli aeroporti con un numero di passeggeri superiore a cinque milioni, ma anche per i "maggiori aeroporti del Paese" con un numero di passeggeri inferiore a cinque milioni "ciò vuol dire –sono parole della Corte di Giustizia - che il legislatore dell'Unione ha, ritenuto legittimamente, che anche gli aeroporti che costituiscono l'aeroporto principale dello Stato membro, indipendentemente dal numero concreto annuale di passeggeri, si presume dispongano di una posizione privilegiata e, quindi, da disciplinare".

La motivazione della Corte di Giustizia sembra forse un po' sbilanciata a favore delle istituzioni europee, ma la strada percorsa dalla sentenza sembra essere quella giusta. E questa tendenza della Corte di Giustizia a non concentrare più la propria attenzione sul difetto di motivazione dell'atto legislativo o sul procedimento seguito dalle istituzioni europee per la sua emanazione, ma sulle condizioni sostanziali della sussidiarietà tende a rafforzarsi negli ultimi anni, anche perché dopo il Protocollo n. 2 le istituzioni europee, ormai, rispettano le regole procedurali, sia relative al procedimento interno di approvazione dell'atto legislativo, sia relative alle consultazioni esterne dei Parlamenti nazionali. In breve, la procedimentalizzazione da condizione forte per l'applicazione del principio di sussidiarietà, come nel passato, è ridotta come è stato detto²⁶, a livello di mero "indice semantico" della stessa sussidiarietà.

²⁵ S. M. CARBONE, *Principio di sussidiarietà e disciplina comunitaria di porti, aeroporti ed infrastrutture del trasporto 1*, in *Dir. Un. eur.*, 3, 2002, pp. 425 ss.; S. M. CARBONE-F. MUNARI, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva sul libero accesso al mercato dei servizi aeroportuali*, in *Dir. Comm. Int.*, 2000, pp. 95-131.

²⁶ A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. Cost.*, 1 2001; ID., *La sussidiarietà tra valori e regole* in *Dir. e giur. Agr. e amb.*, 2. 2004, pp. 69 ss; ID., *Modelli federali e sussidiarietà nel riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri* in *Dir. un. eur.*, 1, 2005 pp. 20 ss.

Non basta. La Corte con la ricordata sentenza affronta, finalmente, anche il tema della ripartizione dell'onere della prova dei requisiti sostanziali della sussidiarietà. Questo onere è addossato agli attori e, cioè, agli Stati ricorrenti. Dice la Corte di Giustizia: “Nella fattispecie, il Granducato di Lussemburgo non ha chiarito (ma qui “chiarito” sta per “provato”) dettagliatamente la misura in cui una normativa nazionale potrebbe realizzare sufficientemente l'obiettivo perseguito dalla Direttiva 2009/12 in modo da consentire un sindacato giurisdizionale sulla relativa questione da parte della Corte di Giustizia”.

Questa presa di posizione della Corte di Giustizia sull'onere della prova impone una sola osservazione. Se da un lato il ricorrente, che impugna un atto legislativo europeo, davanti alla Corte di Giustizia deve provare la violazione dell'articolo 5 TUE e, quindi, l'assenza delle condizioni negative e positive previste dalla norma ricordata sulla base del principio processuale di ascendenza romanistica *actore non probante reus absolvitur*, va anche detto che l'istituzione europea chiamata in causa, se vuole evitare veramente l'annullamento dell'atto legislativo, ha tutto l'interesse essa a provare che, all'opposto, ricorrono tutte le condizioni poste dall'articolo 5 cit. per l'esercizio del potere legislativo in sussidiarietà.

Un'ultima riflessione in ordine alla sentenza n. 176. La motivazione della sentenza n. 176, addossando l'onere della prova agli Stati ricorrenti, tende ad applicare l'art. 5 del Protocollo in modo un po' astratto, laddove l'art. 5 cit. avrebbe dovuto comportare il riscontro materiale degli indici quantitativi e qualitativi dell'azione legislativa europea²⁷.

E veniamo all'esame dell'ultima sentenza, la n. 288 del 2012. La Corte di Giustizia, qui, esamina una questione a monte della problematica dell'applicazione del principio di sussidiarietà. Come è noto, l'articolo 5, comma 3, TUE prevede che il principio di sussidiarietà opera solo “nei settori che non sono di competenza esclusiva” delle istituzioni europee.

Nel caso in esame la Corte di Giustizia, avendo acclarato che il finanziamento pubblico di un aeroporto (Lipsia) rientrava non nella materia della “pianificazione territoriale”, ma nella materia degli “aiuti di Stato” di competenza esclusiva dell'Unione, esclude, conseguentemente, l'applicazione del principio di sussidiarietà, senza entrare nel merito dello stesso.

La sentenza appare interessante perché dimostra che, accanto all'area decisionale propria relativa al controllo del principio di sussidiarietà, esiste un'altra area decisionale anch'essa molto ampia, in concreto, se non in astratto, avente ad oggetto la qualificazione della competenza dell'Unione europea come esclusiva o meno, posto che l'attribuzione della competenza esclusiva dell'Unione europea comporta l'esclusione della stessa dall'area dell'esercizio della competenza in sussidiarietà.

3. - Sul dualismo tra Corte Costituzionale e Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

²⁷ J. ZILLER, *La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 2006, pp. 285 ss.

L'esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha evidenziato l'"elasticità" del principio di sussidiarietà. Tale elasticità è stata rappresentata con l'immagine dell'"ascensore" perché essa è caratterizzata da un moto ascendente degli Stati nazionali nei confronti dell'Unione europea e da un moto discendente dell'Unione europea nei confronti degli Stati nazionali. Tale moto, del resto, caratterizza la natura di clausola generale e, quindi, neutra del principio di sussidiarietà ogni qualvolta si pone a confronto la potestà legislativa degli Stati e la potestà legislativa delle istituzioni europee.

La conclamata natura di clausola generale del principio di sussidiarietà ha, come esposto sin qui, condotto, sia pure con molta difficoltà, la giurisprudenza della Corte di Giustizia all'individuazione del contenuto concreto del medesimo principio per consentirne una concreta applicazione nel diritto vivente²⁸.

L'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia ha posto in evidenza: a) nel primo periodo (1992-2002) una tendenziale tutela del principio della sovranità europea nei confronti degli Stati nazionali che avevano impugnato gli atti legislativi delle istituzioni europee; b) nel secondo periodo (2002-2017) l'applicazione delle condizioni procedurali statuite dal Protocollo n. 2 sull'esercizio della sussidiarietà (c.d. proceduralizzazione del principio); c) nel terzo ed ultimo periodo, il controllo da parte della Corte di Giustizia del rispetto delle condizioni sostanziali (sufficienza o meno dell'azione degli Stati e delle Istituzioni europee) per l'applicazione del principio di sussidiarietà.

L'orientamento della Corte di Giustizia sull'applicazione del principio di sussidiarietà previsto dall'articolo 5 del Trattato dell'Unione europea, in buona sintesi, ha posto in risalto a) l'obbligo di motivazione degli atti legislativi europei ancorché implicito; b) l'obbligo del rispetto del procedimento previsto dalla normativa; c) il rispetto delle condizioni sostanziali per l'emanazione degli atti legislativi.

A questo punto della ricerca appare opportuno mettere a confronto con la giurisprudenza europea la giurisprudenza della Corte Costituzionale sul c.d. principio di sussidiarietà verticale previsto dall'articolo 118, comma 1, Cost.

4. - La giurisprudenza della Corte Costituzionale.

L'esame della giurisprudenza della Corte Costituzionale, in ordine all'applicazione del c.d. principio di sussidiarietà verticale, previsto dall'art. 118 Cost., muove dall'esame della sentenza n. 303 del 2003 con la quale la Corte Costituzionale ha applicato il principio di sussidiarietà nella potestà legislativa.

Il tema è noto. L'art. 118 Cost. recita: "Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane,

²⁸ M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, pp. 40 ss.

Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza”.

Con la sentenza n. 303 del 2003²⁹ la Consulta ha affermato che l’art. 118, comma 1, Cost. che testualmente si riferisce alle sole funzioni amministrative, per il rispetto del principio di legalità deve riferirsi alle corrispondenti funzioni legislative. La sentenza n. 303 introduce, in realtà, l’esigenza di un meccanismo dinamico nell’esercizio delle funzioni legislative e amministrative, in forza del quale, per rendere meno rigida la distribuzione delle funzioni legislative ed amministrative, è possibile per lo Stato attrarre, in sussidiarietà, anche la funzione legislativa, per esigenze unitarie, insieme alle correlate funzioni amministrative³⁰. Per la Consulta, invero, “attrazione in sussidiarietà” ed “esercizio unitario” della funzione legislativa in sussidiarietà sono due facce della stessa medaglia. E la Consulta è stata chiamata dalle Regioni a verificare se l’attrazione in sussidiarietà della competenza legislativa regionale alla potestà legislativa dello Stato fosse giustificata dalla necessità di “assicurare l’esercizio unitario della funzione legislativa”³¹.

Il controllo dell’*esercizio unitario* delle competenze legislative, implicitamente previsto dall’art. 118 Cost., porta la Corte Costituzionale ad esaminare, almeno in numerose decisioni, solo il merito dei conflitti tra Stato e Regioni per verificare se il ricorso da parte dello Stato ad una mera clausola di stile (“assicurare l’esercizio unitario della funzione legislativa”) non nasconda un eccesso di potestà legislativa dello Stato a danno delle Regioni³².

²⁹ FR. BOCCHINI, *La trasversalità delle competenze legislative regionali nella Costituzione*, Roma, 2015, pp. 68 ss.

³⁰ A. RUGGIERI, *Il parallelismo redivivo e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare) in una storica pronuncia. Nota Corte costituzionale, n. 303 del 2003*, in “*Forum a Quaderni costituzionali del 29 ottobre 2003*”, 2, 2003, pp. 11 ss.

³¹ Nella giurisprudenza successiva la Corte Costituzionale nelle sentenze nn. 6 del 2004, 383 del 2005 e 231 del 2005, 213 del 2006, 133 del 2006, 278 del 2010, 179 del 2012, 261 del 2015, 198 del 2017 conferma l’orientamento espresso nella sentenza n. 303 del 2003 affermando che allorché sia ravvisabile un’esigenza di esercizio unitario a livello statale di determinate funzioni amministrative, lo Stato è abilitato, oltre che ad accentrare siffatto esercizio ai sensi dell’art. 118 Cost., anche a disciplinarlo per legge, e ciò anche quando quelle stesse funzioni siano riconducibili a materie di legislazione concorrente o residuale. Lo sviluppo della dottrina e della giurisprudenza successive alla sentenza n. 303 del 2003 meritano attenzione proprio nella prospettiva di una corretta comparazione tra le due giurisprudenze perché emergono due profili di indubbio interesse. Il primo profilo concerne taluni tentennamenti della Consulta rispetto alla sentenza n. 303 sui quali la dottrina (v. M. LARICCIA, *Un nuovo criterio per interpretare il rapporto tra funzioni legislative e amministrative: la Corte trorna sui propri passi rispetto alla “chiamata in sussidiarietà”*, in *Riv. giur. edilizia*, 1, 2009, p. 64, in commento alla sentenza della Consulta n. 350 del 2008) ha richiamato l’attenzione. Il secondo profilo riguarda il dibattito più recente nel quale la dottrina (C. CORSI-M. ROSINI, *Le fonti degli enti locali attraverso la lente della giurisprudenza (2007-2012)*, in *Oss. sulle fonti*, 3, 2012, pp. 9 ss.) esalta la filosofia del regionalismo concorrente e non duale, affermando, in vario modo, il principio di leale collaborazione che valorizza tutte le competenze non più destinate a restare separate, ma ad intersecarsi (sentenze n. 213/2006, n. 133/2006, n. 231/2005). D’altra parte -si osserva- tale collaborazione è necessaria nell’ottica del principio di un regionalismo concorrente e non puramente duale, da “separati in casa”, quale si addice ad una società veramente pluralista nella quale i settori secondario e terziario hanno assunto un’indiscutibile prevalenza sulla produzione agricola caratterizzata da un assetto sociale più stabile, quindi, più scomponibile atomisticamente. Questa giurisprudenza ha dato un vestito giuridico, come è stato bene osservato dalla dottrina (C. CORSI-M. ROSINI, *Le fonti degli enti locali attraverso la lente della giurisprudenza (2007-2012)*, in *Oss. sulle fonti*, 3, 2012, pp. 9 ss.), alla gestione delle politiche pubbliche di livello nazionale consentendo un effettivo concorso e una reale cooperazione ordinata che supera, così, il principio duale della separazione tra le competenze. Con il richiamo alle “politiche pubbliche” e ai “patti politici” di collaborazione tra Stato e Regioni la dottrina (V. ONIDA, *Applicazione flessibile e interpretazione correttiva del riparto di competenze in due sentenze “storiche”*, in *Le Reg.*, 4-5, 2008, p. 777) comincia a rendersi conto che il vero vuoto nella nostra Costituzione sia l’assenza di meccanismi di collaborazione tra la potestà legislativa dello Stato e la potestà legislativa delle Regioni che avrebbero dovuto fornire al sistema italiano un quadro istituzionale entro il quale identificare lo Stato come tutto e le Regioni come parti (A. CERRI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sui rapporti fra Stato e Regioni dal luglio 1981 al luglio 1986: linea di tendenza e problemi aperti* in *Le Reg.*, 1-2, 1987, p. 29).

³² Corte Costituzionale, 22 luglio 2011, n. 232.

Questo esame del merito non è frequente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale perché quest'ultima, quando può, allontana da sé il sindacato di merito, evocando il solo vizio procedimentale di mancata “consultazione” o “intesa” con le Regioni da parte dello Stato. Ciò non toglie che, in una serie di decisioni³³, esista questo controllo di merito in ordine alla ricorrenza o meno della necessità di un esercizio unitario della funzione legislativa³⁴ nella materia specifica sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale.

In buona sintesi, la Corte Costituzionale ha reiteratamente affermato il principio che, allorquando sia ravvisabile un'esigenza di esercizio unitario a livello statale di determinate funzioni amministrative e, quindi, legislative, lo Stato è abilitato, oltre che ad accentrare amministrativamente siffatto esercizio ai sensi dell'art. 118 Cost., anche a disciplinarlo per legge e ciò anche quando quelle stesse funzioni siano riconducibili a materie di legislazione concorrente o persino residuale. Affinché tuttavia la c.d. chiamata in sussidiarietà possa ritenersi legittima, la Corte Costituzionale ha chiarito che è necessario che la valutazione dell'interesse unitario sottostante all'assunzione di funzioni legislative regionali da parte dello Stato risulti proporzionata e rispondente a ragionevolezza e che siano, altresì, previste adeguate forme di coinvolgimento delle Regioni interessate nello svolgimento delle funzioni allocate in capo agli organi centrali, in modo da contemperare le reciproche esigenze di Stati e Regioni, nell'esercizio unitario di date competenze da parte dello Stato e delle Regioni.

In particolare, la legislazione statale di questo tipo -afferma la Consulta- può “aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumono il *dovuto risalto* le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà”³⁵. E la dottrina³⁶ ha osservato

³³ Corte Costituzionale, 11 dicembre 2015, n. 261; Corte Costituzionale, 28 maggio 2014, n. 144; Corte Costituzionale, 19 dicembre 2012, n. 293; Corte Costituzionale, 27 giugno 2012, n. 163; Corte Costituzionale, 5 aprile 2012, n. 80; Corte Costituzionale, 22 luglio 2011, n. 232; Corte Costituzionale, 22 luglio 2010, n. 278.

³⁴ La Corte Costituzionale ha osservato in molte sentenze che l'esame del merito (“l'esercizio unitario della funzione legislativa”) è sufficiente per giudicare sulla legittimità dell'avocazione in sussidiarietà v., *ex multis*, Corte Costituzionale nn. 7/2016, 144/2014, 228/2013, 101/2013, 50/2013, 293/2012, 163/2012, 120/2012, 80/2012, 232/2011, 278/2010, 215/2010, 121/2010, 16/2010, 254/2009, 251/2009, 247/2009, 232/2009, 88/2007, 214/2006, 31/2005, 424/2004, 6/2004, 303/2003), laddove in altre sentenze accompagna l'esame del merito relativo all'esercizio unitario della funzione legislativa alla verifica in ordine al coinvolgimento o meno da parte dello Stato delle Regioni nel procedimento di emanazione dell'atto legislativo (v. *ex multis*, Corte Costituzionale nn. 110/2016, 7/2016, 189/2015, 261/2015, 171/2015, 163/2012, 232/2009, 148/2012, 168/2009, 76/2009, 133/2008, 63/2008, 328/2006, 383/2005).

³⁵ Sul punto, v., *ex pluris*, le sentenze della Corte Costituzionale 11 dicembre 2015 n. 261, Corte Costituzionale 11 luglio 2012, n. 179, Corte Costituzionale 22 luglio 2010 n. 278, Corte Costituzionale 14 ottobre 2005 n. 383, Corte Costituzionale 13 gennaio 2004 n. 6, Corte Costituzionale 1 ottobre 2003 n. 303. Sull'ascesa della funzione normativa dal livello regionale al livello statale e sul coinvolgimento delle Regioni interessate nello svolgimento delle funzioni allocate in capo agli organi centrali v., *ex multis*, le sentenze della Corte Costituzionale 11 luglio 2012, n. 179, Corte Costituzionale, 27 giugno 2012, n. 163, Corte Costituzionale, 22 luglio 2011, n. 232, Corte Costituzionale 9 novembre 2007, n. 374, Corte Costituzionale 16 marzo 2007 n. 88, Corte Costituzionale 1 ottobre 2003 n. 303. Sulla legislazione statale in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumano risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, v. *ex multis* le sentenze della Corte costituzionale 22 luglio 2010, n. 278, Corte Costituzionale 14 ottobre 2005 n. 383 e Corte Costituzionale 13 gennaio 2004 n. 6.

³⁶ V., da ultimo, M. MENGOZZI, *Chiamata in sussidiarietà ed “esplicitazione” dei relativi presupposti*, cit. pp. 4706 ss.; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*⁴, cit., pp. 314 ss.; N. LUPO, *Alla ricerca della motivazione delle leggi: le relazioni ai progetti di legge in Parlamento*, in *Oss. sulle fonti*, 2000, p. 80; A. MANZELLA, *La ripartizione delle competenze tra Unione europea e Stati membri*, in *Quad. cost.*, 3, 2000, pp. 531 ss.

che con l'espressione "dovuto risalto" la Corte Costituzionale sembra sfuggire da una motivazione più rigorosa, essendo di tutta evidenza la differenza sostanziale tra la "consultazione" obbligatoria, ma non vincolante delle Regioni nel procedimento di avocazione allo Stato di una funzione legislativa regionale e "l'intesa" con le Regioni che comporterebbe un vero e proprio diritto di "veto" da parte di una Regione, che rifiuti l'accordo con lo Stato su un qualsiasi testo legislativo emanato dallo Stato in sussidiarietà.

A mio avviso, delle due l'una: o si applica il principio di sussidiarietà e, allora, è indispensabile il sindacato sull'esercizio unitario della funzione legislativa da parte dello Stato, sempre che si tenga fermo il principio del carattere giuridico e non politico del medesimo principio o si richiede l'intesa dello Stato con le Regioni, ma, in tal caso, si nega il carattere giuridico inderogabile del principio di sussidiarietà, che presuppone l'attrazione della potestà legislativa in sussidiarietà, per definizione senza intesa, con le Regioni, non essendo la materia della avocazione in sussidiarietà "disponibile" dalle stesse Regioni³⁷ e, perciò, "negoziabile".

³⁷ Le motivazioni delle sentenze della Consulta sono eloquenti, come risulta, *ex plurimis* dalle sentenze che si esaminano in questa sede. Con la sentenza n. 261 del 11 dicembre 2015 la Corte Costituzionale, nell'esaminare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 29, comma 1, decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133 in materia di porti e aeroporti civili di potestà legislativa concorrente ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost. convertito dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, ha esaminato il merito della predisposizione del piano strategico nazionale, volto ad accrescere la competitività del sistema portuale e logistico marittimo italiano e ad agevolare "la crescita dei traffici, delle merci e delle persone e la promozione dell'intermodalità nel traffico merci, anche in relazione alla razionalizzazione, al riassetto e all'accorpamento delle Autorità portuali esistenti". In questo caso la Regione si doleva della circostanza di non essere stata coinvolta nelle procedure di azione del piano: aspetto sul quale, osserva la Corte, la norma censurata rimane completamente silente. Pertanto, la norma impugnata è stata dichiarata illegittima costituzionalmente nella parte in cui non prevede che il piano strategico nazionale della portualità e della logistica sia adottato in sede di Conferenza Stato-Regioni. Con la sentenza n. 144 del 28 maggio 2014 la Corte Costituzionale, nell'esaminare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 commi da 1 a 6 della legge 12 novembre 2011 n. 183 nella parte in cui si applicava anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l'ambito delle materie di competenza primaria e integrativa/attuativa della Regione autonoma Valle d'Aosta in materia di organizzazione amministrativa, ha analizzato il merito dell'art. 14 legge n. 183 del 2011, che estende espressamente fino al 31 dicembre 2013 all'intero territorio nazionale la medesima disciplina prevista dall'art. 43 decreto legge n. 78 del 2010, che ha previsto la possibilità di istituzione e la relativa regolamentazione delle zone a burocrazia zero nel meridione in Italia e che è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo "nella parte in cui è destinato ad applicarsi anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l'ambito delle materie di competenza regionale concorrente o residuale". La Consulta ha concluso che nelle materie di competenza della Regione autonoma ricorrente, una legge statale può attribuire funzioni amministrative a livello centrale e regolarne l'esercizio se detti una disciplina logicamente pertinente (dunque, idonea) alla regolazione delle suddette funzioni che risulti limitata a quanto strettamente indispensabile a tali fini e che sia adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali. Pertanto l'intera normativa censurata è incostituzionale perché non assicura l'esercizio unitario e perché le funzioni amministrative de quibus non possono essere rivolte adeguatamente agli ordinari livelli inferiori. Con la sentenza n. 293 del 19 dicembre 2012 la Corte Costituzionale, nell'esaminare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 bis, comma 4 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 convertito dalla legge 22 dicembre 2011 n. 214 in materia di lavori pubblici, ha esaminato il merito della norma impugnata che prevede l'istituzione, a livello regionale, dell'elenco-anagrafe presso l'assessorato competente per le opere pubbliche. La Consulta ha osservato che questa prescrizione eccede le finalità del coordinamento dei dati ledendo l'autonomia organizzativa della Regione. In particolare la Corte ha ritenuto illegittime le norme statali che indicavano l'organo regionale titolare della funzione amministrativa, trattandosi di "normativa di dettaglio attinente all'organizzazione interna della Regione". Nel caso in esame non si ravvisano le ragioni che possano consentire al legislatore statale, non solo di porre a carico della Regione un obbligo collaborativo di raccolta dati, ma anche di selezionare il soggetto regionale deputato a svolgerlo. Pertanto l'art 44-bis, comma 4, del decreto legge 201/2011, deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo limitatamente alle parole "presso gli assessorati regionali competenti per le opere pubbliche". Con la sentenza n. 163 del 27 giugno 2012 la Corte Costituzionale, nell'esaminare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, commi 1 e 3, decreto legge 6 luglio 2011 n. 98 convertito con modificazioni dalla legge

Vero è che un'autorevole dottrina³⁸ ritiene che la visione integralmente procedimentale della sussidiarietà è intimamente connessa con la natura stessa delle “istanze unitarie” menzionate dalla Costituzione nel primo comma dell'articolo 118. Secondo questa prospettiva le “istanze unitarie” di cui all'articolo 118, comma 1, Cost. non esisterebbero al di fuori del procedimento attraverso il quale si arrivi a determinarle e, principalmente, non esisterebbero senza l'accordo dei soggetti interessati. E ciò perché la dimensione imperativa o inderogabile degli interessi non sarebbe data ontologicamente, ma sarebbe determinata convenzionalmente. In questa prospettiva la conclusione della tesi è che il principio di sussidiarietà sarebbe disponibile e, quindi, convenzionalmente negoziabile.

La Corte Costituzionale, quando ha esteso il principio di sussidiarietà dall'area amministrativa all'area legislativa, ha emanato una sentenza additiva, posto che nel testo costituzionale il principio di sussidiarietà non trova applicazione testuale ai procedimenti legislativi, sia statali sia regionali³⁹.

E la Corte Costituzionale, quando ha emanato la sentenza n. 303 del 2003, non ha tenuto conto della giurisprudenza consolidata secondo la quale le “procedure collaborative” tra Stato e Regioni non trovano applicazione nell'attività legislativa dello Stato, salvo che l'osservanza delle stesse sia imposta direttamente o indirettamente da norme costituzionali (sentenze nn. 196 del 2004, 297 del 2012, 273 del 2013 e 13 del 2015).

E, francamente, ritenere che la procedura collaborativa tra Stato e Regioni nell'attività legislativa sia imposta dall'articolo 118 Cost. sul principio di sussidiarietà appare eccessivo per il fatto che l'articolo 118 Cost. disciplina solo direttamente l'esercizio dell'attività amministrativa e non quella legislativa. La Corte Costituzionale se ha trasferito il principio di sussidiarietà dall'attività amministrativa all'attività legislativa non può, poi, arrivare a “retrocedere” la materia, trasferita dalla amministrazione alla legislazione, qualificandola addirittura, “disponibile” e, quindi, “negoziabile” attraverso “intese convenzionali”. Perché con ciò la Consulta finirebbe con l'attribuire un sostanziale “diritto di veto” alle Regioni, condizionando la competenza legislativa in sussidiarietà al “consenso” delle Regioni, su ogni singola legge statale. L'intesa sempre

15 luglio 2011, n. 111 in materia di sviluppo delle reti nazionali di trasporto dell'energia elettrica e di gas naturale, ha esaminato il merito della determinazione degli indirizzi da parte dello Stato dello sviluppo delle reti nazionali di trasporto dell'energia elettrica e di gas naturale. In questo caso la Regione si duole della circostanza che le disposizioni statali, incidendo su una materia di competenza regionale concorrente, non prevedano alcuna forma di coinvolgimento delle Regioni, né in relazione all'adozione del progetto strategico, né con riguardo alla realizzazione concreta sul territorio regionale degli interventi previsti in esso. La Corte osserva che la “rilevanza del potere di emanazione di tali indirizzi sulla materia energetica della sua sicura indiretta incidenza sul territorio e, quindi, sui relativi poteri regionali, rende costituzionalmente obbligata la previsione di un'intesa in senso forte tra gli organi statali ed il sistema delle autonomie territoriali, rappresentato in sede di Conferenza unificata” (sentenza n. 383 del 2005). Di qui la dichiarazione di illegittimità costituzionale del l comma 1 dell'art 30 del d.l. 98/2011 nella parte nella quale prevede che il Ministero dello sviluppo economico predisponga un progetto strategico, senza una previa intesa con la Conferenza unificata, violando il principio di leale collaborazione (v., in tal senso, anche Corte Costituzionale 14 ottobre 2005 n. 383; Corte Costituzionale 29 gennaio 2005 n. 62; Corte Costituzionale 13 gennaio 2004 n. 66; Corte Costituzionale 1 ottobre 2003 n. 303).

³⁸ O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Reg.*, 4, 2004, pp. 941 ss.; R. DICKMAN, *La Corte Costituzionale attua (ed integra) il Titolo V*, cit.; F. BENELLI, *I criteri di allocazione delle competenze nella giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del Titolo V Cost.*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2007, pp. 11 ss.

³⁹ A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2003, pp. 2776 ss.

auspicabile non può, a mio sommo avviso, essere imposta come condizione della chiamata in sussidiarietà, essendo ragionevole, invece, considerare come obbligatoria, ma non vincolante la “concertazione”. Questa, può, attraverso la leale collaborazione, portare ad un’intesa tra Stato e Regioni, ma non necessariamente. Inoltre un’eventuale “intesa” può imporsi ed eludere lo scrutinio di costituzionalità della Consulta sulla ricorrenza o meno delle condizioni della sussidiarietà?

Esprimo, pertanto, la mia perplessità nei confronti di visioni integralmente procedimentali della sussidiarietà, nel senso che il procedimento obbligatorio di consultazione può ben tradurre il valore della leale collaborazione, ma con due limiti: l’assenza di “intesa” o “consenso” tra Stato e Regioni non implica un veto o avocazione della materia da parte dello Stato in sussidiarietà e, per converso, la presenza di intese tra Stato e Regioni non può rendere negoziabile la legislazione e non può eludere lo scrutinio della Consulta in ordine alla ricorrenza o meno delle istanze unitarie che legittimino costituzionalmente la chiamata in sussidiarietà da parte dello Stato.

5.- Consonanze e dissonanze tra la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea e la giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Il quadro generale della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea e della Corte Costituzionale in ordine al principio di sussidiarietà impone, ora, di porre a confronto le due giurisprudenze⁴⁰.

Occorre ricordare gli enunciati normativi del principio di sussidiarietà in Europa e in Italia perché vi è una diversità testuale di base tra i due testi normativi. L’art. 5 del Trattato affida a due parametri, il sindacato della Corte di Giustizia (da un lato, “l’insufficienza” dell’azione degli Stati nel conseguire il risultato previsto dal Trattato e, dall’altro, la necessità che il risultato possa essere conseguito “meglio” dalle istituzioni comunitarie), laddove l’art. 118 Cost. affida il sindacato di controllo della legittimità costituzionale ad un solo parametro “l’esercizio unitario della funzione **amministrativa**”.

Tanto premesso la prima riflessione concerne il fatto che la base politico-istituzionale e la base giuridico-formale del principio di sussidiarietà in Europa e in Italia, a ben vedere, sono diverse.

Anche se in entrambi gli ordinamenti, quello europeo e quello italiano, la sussidiarietà indica un criterio analogo (la prossimità ai cittadini) attraverso cui esercitare un certo tipo di competenze, esistono, per cominciare, differenze del contesto politico-istituzionale, nel quale i due principi si collocano.

In Europa, il problema della sussidiarietà è affrontato per trovare un punto di equilibrio tra la sovranità storica degli Stati nazionali e una faticosa ricerca di “identità” della Comunità europea.

⁴⁰ V., in dottrina, L.P. VANONI, *Fra Stato e Unione Europea: il principio di sussidiarietà sotto esame della Corte Costituzionale e della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2004, pp. 1457 ss.; J. ZILLER, *La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2006, pp. 285 ss.

In Italia, invece, il problema politico e giuridico di partenza è posto in modo diverso nel senso che il livello statale più lontano dai cittadini (lo Stato) ha una sovranità indiscussa e radicata nella storia, laddove il livello più vicino ai cittadini (le Regioni) cerca faticosamente una rilevanza autonoma, ma all'interno di uno Stato sovrano.

In Europa, quindi, come è stato osservato⁴¹, il problema era porre un limite ai poteri dell'Unione per salvaguardare la sovranità degli Stati, laddove in Italia la sovranità storica non era delle Regioni, bensì dello Stato e, quindi, il problema della sussidiarietà, era quello di sottrarre qualche potere amministrativo (e, poi, legislativo) allo Stato centralista, onde la sussidiarietà traduceva il problema del decentramento dei poteri dello Stato.

La riprova più convincente dell'assunto risiede nel fatto che in Europa il principio di sussidiarietà è a senso unico: gli Stati ricorrono contro gli atti legislativi delle istituzioni europee, laddove l'Unione europea non può ricorrere avverso gli atti legislativi degli Stati per violazione del principio di sussidiarietà. Nel nostro ordinamento il problema è rovesciato.

Le Regioni ricorrono contro gli atti legislativi statali lesivi della competenza legislativa regionale, ma, ecco il punto, anche lo Stato ricorre molto spesso avverso gli atti legislativi regionali per violazione delle proprie competenze legislative e per violazione del principio di sussidiarietà "rovesciato" e, cioè, perché le Regioni ormai legiferano anche laddove lo Stato ha legiferato meglio in modo unitario.

Questa asimmetria appare evidente proprio se si pone a confronto la giurisprudenza della Corte di Giustizia con la giurisprudenza della Corte Costituzionale. La Corte di Giustizia non ha mai annullato la legge di uno Stato per violazione del principio di sussidiarietà, laddove la Corte Costituzionale ha annullato decine di leggi regionali per violazione del principio di sussidiarietà, in tutti i casi nei quali le Regioni hanno esercitato competenze legislative pur spettanti allo Stato in via esclusiva o concorrente, anche se il richiamo del principio di sussidiarietà traspare meno nelle sentenze della Corte Costituzionale quando sono dichiarate incostituzionali leggi regionali o, per lo meno, traspare, ma sotto le spoglie del c.d. esercizio unitario in sussidiarietà.

Ciò detto sul profilo politico-istituzionale vengo all'esame del fondamento giuridico-formale del principio di sussidiarietà. Anche qui esistono differenze.

Per cominciare sul piano giuridico-formale il principio di sussidiarietà mentre nell'ordinamento sovranazionale è un principio di struttura dell'ordinamento stesso, nell'ordinamento nazionale è fondato sull'art. 5 Cost., posto che l'art. 118 Cost. è, sul piano giuridico-formale, una norma sulle funzioni amministrative, non tenendo conto della sentenza della Corte Costituzionale n. 303 del 2003.

Il principio di attribuzione, che è il presupposto giuridico del principio di sussidiarietà, che attiene, invece, all'esercizio dell'attribuzione, vale a dire, ai modi di esercizio della competenza legislativa attribuita dall'ordinamento giuridico, opera in maniera diversa nell'ordinamento

⁴¹ G. AMATO, *Costituzione europea e parlamenti*, in *Nomos*, 1, 2002, p. 14.

sovranazionale e nell'ordinamento italiano⁴².

Invero la competenza concorrente, che costituisce l'attribuzione di base di tutte le competenze legislative agli Stati membri ed alle istituzioni europee, opera in Europa e in Italia in maniera diversa. In Europa, la potestà legislativa concorrente delle istituzioni europee e degli Stati non è ripartita come in Italia tra potestà legislativa di dettaglio (Regioni) e potestà legislativa di principio (Stato), perché il riparto non è verticale posto che la competenza spetta per intero agli Stati e l'Unione può legiferare solo ove ricorrano le condizioni della sussidiarietà. Ma le due potestà legislative sono attribuite all'Unione e agli Stati membri nella loro interezza e, quindi, gli Stati possono emanare atti legislativi che regolano per intero la materia con regole normative e di principio e di dettaglio.

Inoltre a parità di condizioni nel sistema costituzionale italiano il principio di sussidiarietà opera anche dove l'ordinamento prevede una competenza legislativa "residuale" delle Regioni non concorrente laddove in Europa a parità di condizioni, e, in assenza di una competenza legislativa concorrente, non opera il principio di sussidiarietà.

E veniamo, ora, al confronto più diretto tra le due giurisprudenze⁴³. L'evoluzione mostra alcuni tratti caratteristici. In Europa si tende ad applicare il principio di sussidiarietà conseguente alla sua natura giuridica e non solo politica, mentre in Italia, nel decennio 1992-2001 il principio di sussidiarietà non è stato ancora introdotto. E ciò comporta che la Corte Costituzionale non deve affrontare il problema della natura giuridica o politica del principio di sussidiarietà e, quindi, il problema della sua giustiziabilità, perché la Corte di Giustizia ha, già, affrontato e risolto, ormai, in senso positivo condiviso il problema.

Il secondo problema che la Corte Costituzionale trova già risolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ad oggetto il chiarimento del quesito se il principio di sussidiarietà sia posto a tutela della sovranità degli Stati nei confronti dell'Europa o a tutela dell'Europa nei confronti degli Stati. Anche qui la giurisprudenza della Corte di Giustizia dimostra che il problema va superato avendo il principio carattere "dinamico" e, quindi, ascendente e discendente, perché dotato di elasticità. E la Corte Costituzionale anche questo problema lo trova risolto.

L'evoluzione delle due giurisprudenze testè esaminate mostra che le due "locomotive" delle due Corti abbiano, negli anni, viaggiato in senso inverso. La Corte di Giustizia, partita dalla stagione dell'*affectio* nei confronti dell'Unione europea nella quale ha viaggiato sul binario dell'attrazione in sussidiarietà delle competenze legislative statali all'Unione europea, in campi sempre più "sconfinati", ha, poi, lentamente, rallentato la corsa, abbandonando il controllo formale della procedura di emanazione degli atti legislativi europei e sviluppando un "controllo di dogana" a favore degli Stati, sempre maggiore avente ad oggetto la sussistenza delle "condizioni sostanziali"

⁴² D.U. GALLETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove autonomie*, 2005, pp. 541 ss.

⁴³ H. BRIBOSIA, *Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres dans la Constitution européenne*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2005, pp. 25 ss.

per legittimare l'attrazione in sussidiarietà, da parte dell'Unione europea di una eccessiva potestà legislativa, a danno degli Stati.

Viceversa, la Corte Costituzionale, partita dalla stazione della sovranità storica statale, legittimando una potestà legislativa statale molto forte a danno delle Regioni, ha viaggiato, poi, sul binario inverso, perché ha gradualmente cominciato ad imporre allo Stato prima la "concertazione" e, poi, "l'intesa", quasi che volesse, all'opposto, e forse oltre il segno, rendere il principio di sussidiarietà "disponibile" e, quindi, "negoziabile" tra Stato e Regioni.

6.- Riflessione finale.

La prima riflessione finale è il rilievo che la Corte di Giustizia non ha mai annullato un atto legislativo europeo, salvo un caso nel quale, però, la base giuridica della decisione non è stata la violazione del principio di sussidiarietà, ma la violazione della base giuridica della legislazione in sussidiarietà, tanto che la dottrina ha parlato di "*de facto subsidiarity analysis*". Emerge, così, una forte asimmetria con la Corte Costituzionale che ha annullato a ripetizione leggi statali per violazione delle competenze legislative regionali.

La seconda riflessione, che si collega alla prima riflessione, concerne lo "strabismo" degli Stati che praticano davanti alla Corte Costituzionale un "centralismo statale", contro il quale si battono, in sede europea, davanti alla Corte di Giustizia, versando lacrime di coccodrillo contro il "centralismo" dell'Unione europea a loro danno.

In una visione globale del fenomeno, allora, le asimmetrie sostanziali e giudiziali della giurisprudenza costituzionale italiana e della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea ruotano intorno all'applicazione del principio della sovranità dello Stato che in Europa "va in sofferenza" ogni qualvolta entra in gioco l'applicazione del principio di sussidiarietà da parte dell'Unione europea⁴⁴. La Consulta, a sua volta, per alleviare "tale sofferenza" ha costruito, in Italia, la teoria dei controlimiti in forza della quale nonostante l'eccessiva applicazione del principio di sussidiarietà la sovranità degli Stati è difesa sul terreno dei controlimiti degli ordinamenti nazionali.

Questa asimmetria di fondo tende ad aumentare perché la dichiarazione di incostituzionalità frequente delle leggi regionali alimenta il contenzioso davanti alla Corte Costituzionale, laddove il contenzioso davanti alla Corte di Giustizia presenta una significativa latitanza degli Stati proprio per la "severità" del sindacato tradizionale della Corte di Giustizia. In conseguenza di ciò, si verifica in corrispondenza dell'asimmetria giudiziale relativa al contenuto del sindacato, una asimmetria sostanziale nell'applicazione del principio di sussidiarietà. Ne discende che lo Stato

⁴⁴ A. PAPA, *Le Regioni italiane nella multilevel governance europea*, in A. PAPA (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea*, Torino, 2016, p. 57; E. DE MARCO, *La sovranità dello Stato tra "pluralismo" e "integrazione sovranazionale"*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, 1, Padova, 1995, pp. 333 ss.; G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1, 1996, pp. 83 ss.

italiano che soccombe innanzi alla Corte di Giustizia, anche per la propria sostanziale inerzia nei confronti degli atti legislativi comunitari che legiferano in sussidiarietà, sembra volersi “rifare” davanti alla Corte Costituzionale a danno delle Regioni, generando una sorta di asimmetria sostanziale più evidente della asimmetria giudiziale.

A questo punto è possibile formulare un’ipotesi: il principio di sussidiarietà previsto espressamente dall’art. 5 del Trattato e dall’art. 118 Cost. ha lo stesso significato nel “diritto vivente” della giurisprudenza europea ed italiana, per tutte le ragioni dette sostanziali e giudiziali? L’ipotesi è che i due principi abbiano nell’effettività diversa natura sostanziale, al di là di ogni astrattismo e concettualismo.

A questo punto si potrebbero trarre, in presenza di una asimmetria tra l’alluvione di declaratorie di illegittimità costituzionali di leggi regionali italiane da parte della Corte Costituzionale e la sostanziale assenza di sentenze di annullamento da parte della Corte di Giustizia di atti legislativi comunitari in applicazione del principio di sussidiarietà, due conclusioni.

In primo luogo l’eccesso di “regionalismo” e lo scarso “federalismo” della Corte Costituzionale non dovrebbe arrivare fino al punto di non applicare a favore della potestà legislativa regionale neanche principi che la stessa Corte Costituzionale enuncia in astratto a favore delle Regioni, ma che, poi, in concreto, non applica. Si pensi a tutte le occasioni mancate⁴⁵ nelle quali la Corte

⁴⁵ Corte Costituzionale, 2 marzo 2004, n. 72; Corte Costituzionale, 22 luglio 2009, n. 225; Corte Costituzionale, 22 maggio 2013, n. 93; Corte Costituzionale, 1 luglio 2015, n. 124; Corte Costituzionale, 16 settembre 2016, n. 210. La giurisprudenza della Corte Costituzionale (Corte Costituzionale, 2 marzo 2004, n. 72; Corte Costituzionale, 22 luglio 2009, n. 225; Corte Costituzionale, 22 maggio 2013, n. 93; Corte Costituzionale, 1 luglio 2015, n. 124; Corte Costituzionale, 16 settembre 2016, n. 210.), aveva enunciato in numerose sentenze alcuni principi che aprivano nuovi spazi per legiferare alla competenza legislativa regionale pure in materie riservate alla competenza legislativa statale esclusiva. È stato affermato in dottrina (V. CRISAFULLI-L. PALADIN- S. BARTOLE- R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*², Padova, 2008 pp. 1053 ss.) che le indicazioni normative contenute nell’art. 117, comma 2, Cost. sono di natura poliforme e non possono essere “pietificate” dall’interprete. Invero solo alcune delle medesime sembrano riferirsi a settori materiali di attività, mentre altre si riferiscono ai compiti propri dello Stato, di natura tale che possono essere soddisfatti mediante interventi legislativi all’interno di discipline appartenenti alle materie più diverse. Pertanto il contenuto dell’art. 117, comma 2, Cost. non è omogeneo nel senso che l’intervento del legislatore statale esclusivo avviene in titoli legittimanti diversificati. Essendo l’elenco eterogeneo il criterio interpretativo per dare un contenuto alla scarsa indicazione non può essere univoco. Tale impostazione ha trovato conferma nella giurisprudenza costituzionale (Corte Costituzionale, 26 luglio 2002, n. 407) che ha sottolineato “che non tutti gli ambiti materiali specificati nel secondo comma dell’art. 117 possono, in quanto tali, configurarsi come materie in senso stretto”. Il legislatore costituzionale ha, quindi, disordinatamente infiltrato nell’elenco delle materie ambiti normativi che non sono materie in senso proprio ma competenze astratte del legislatore statale che investono una pluralità di settori. Si è parlato di competenze trasversali o di materie non materie legittimanti per l’esercizio della competenza legislativa statale che non sono materie in senso tecnico. Ma dire materie non materie significa dire interessi tutelati e, quindi, l’antica distinzione delle competenze per materie si concreterebbe in nuovi meccanismi distributivi. Il primo meccanismo di distinzione delle competenze -come si è detto- è rappresentato dalle materie trasversali dove rileva non la ricerca della materia in senso tecnico ma il perseguimento dell’interesse nazionale onde la materia -si è detto- viene smaterializzata. Ne consegue che la perdita di fisicità delle materie conduce a “ragionare sempre meno in termini di oggetti, di funzioni, di competenze, perché le etichette usate in Costituzione sono sempre meno interpretabili come contenitori” (R. BIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale: rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in *Scritti in memorie di Livio Paladin*, Napoli, 2004, p. 318.). Ma l’apparente allargamento della materia statale che diventa da verticale trasversale non deve, per la Consulta, sacrificare necessariamente la potestà legislativa regionale concorrente o residuale. Invero il rapporto tra le materie regionali e la cura degli interessi trasversali è espressione di una relazione biunivoca nel segno della reciprocità. Ne consegue che la perdita della fisicità della materia, secondo la Consulta, non si manifesta solo a danno delle Regioni ed a vantaggio della competenza legislativa statale ma, anche, a favore delle Regioni (Corte Costituzionale 26 luglio 2002, n. 407; Corte Costituzionale, 24 giugno 2003, n. 222; Corte Costituzionale, 7 ottobre 2003 n. 307; Corte Costituzionale, 5 novembre 2004, n. 320.). Ne consegue una

Costituzionale ha, in astratto, affermato ma, in concreto, negato, nei singoli casi concreti sottoposti al giudizio, la competenza legislativa delle Regioni a legiferare in materie di esclusiva competenza legislativa statale in tutti i casi nei quali le Regioni per la stessa Consulta sono facultate dalla Consulta a legiferare “per sopperire alle lacune della legislazione statale o per dettare una legislazione più rigorosa di quella statale o per legiferare in materie funzionalmente connesse alle materie di competenza legislativa statale o a tutela di interessi peculiari locali”.

La seconda conclusione è che la giurisprudenza e la dottrina comunitarie possono, allora, essere di grande utilità all’evoluzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale⁴⁶, perché, accanto ad un atteggiamento più liberale nei confronti delle leggi regionali, la Corte Costituzionale potrebbe non più allontanare da sé la verifica delle condizioni sostanziali del principio di sussidiarietà sull’altare dell’intesa tra Stato e Regioni, perché il principio di sussidiarietà ha natura inderogabile ed imperativa e non dispositiva, onde, a mio avviso, le condizioni essenziali della sussidiarietà non sembrano “negoziabili” tra Stato e Regioni e, a maggior ragione, “scambiabili” sul piano politico.

Un’ulteriore riflessione si impone.

Il tema dei cc.dd. controlimiti appare *prima facie* lontano dal principio di sussidiarietà. Ma, a ben guardare, non è così. La Corte Costituzionale ha affermato, a più riprese, il principio che lo Stato italiano consente, ai sensi dell’articolo 11 Cost. alle “limitazioni di sovranità” che derivano dall’adesione dell’Italia al Trattato dell’Unione europea, ma non a quelle limitazioni che contrastino con i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale e con i diritti inviolabili della persona umana che concorrono ad individuare la stessa “identità costituzionale” dello Stato. E ciò in forza di quelli che la Corte Costituzionale ha battezzato come i “controlimiti alle limitazioni di sovranità”. In forza di questi ultimi la prevalenza del diritto sovranazionale non può giungere sino ad intaccare il “nucleo duro” dei valori costituzionali fondamentali degli Stati

possibile coesistenza tra titoli di legittimazione statale e regionale perfettamente coerente con l’equordinazione delle due potestà legislative. Questa concorrenza atipica tra leggi dello Stato e leggi delle Regioni può avvenire, anche, nelle materie che rappresentano il nocciolo duro della competenza legislativa esclusiva statale (Corte Costituzionale, 22 luglio 2005, n. 300) o della competenza legislativa regionale (Corte Costituzionale, 17 marzo 2006, n. 116). La dottrina (R. BIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale: rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, cit., pp. 319-320) con il conforto della Consulta ha osservato che lo Stato ha il compito di individuare i punti di equilibrio tra interessi protetti costituzionalmente, residuando alle Regioni la possibilità di intervenire nel rispetto di quegli stessi principi posti dallo Stato nelle materie di esclusiva competenza statale (c.d. concorrenza atipica distinta dalla concorrenza tipica prevista dall’art. 117, comma 3, Cost). Tale relazione si configura come dinamica perché il risultato dipende, caso per caso, dal fascio di interessi costituzionalmente tutelati presi in considerazione. Ma questa valutazione caso per caso ha comportato, però, naturali oscillazioni nella giurisprudenza costituzionale (Corte Costituzionale, 7 novembre 2003, n. 331) che la Consulta ha, anche, teorizzato lì dove ha osservato che non si può demarcare, in via assoluta, la linea di confine tra competenze legislative statali e competenze legislative regionali. Ma a questo punto è stato osservato in dottrina (V. CRISAFULLI-L. PALADIN-S. BARTOLE- R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*², cit., pp. 1058 ss.) che la riserva allo Stato del potere di individuare i punti di equilibrio tra Stato e Regioni non significa riconoscere alla legge statale una supremazia gerarchica rispetto alla legge regionale. Infatti viene, qui, in gioco un altro principio, quello di sussidiarietà, che sovrintende a qualsiasi illegittimo spoglio delle attribuzioni regionali e pone alla competenza legislativa statale il canone della “ragionevolezza” e della “proporzionalità”.

⁴⁶ L. DANIELE, *Diritto dell’Unione Europea*, Milano, 2014, pp. 294 ss.; G. TESAURO, *Relazioni tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia*, Bruxelles 25 maggio 2012, in www.cortecostituzionale.it, pp. 1 ss.

membri⁴⁷.

La ragione di questo collegamento tra la teoria della sovranità e la teoria dei controlimiti è che il principio di sussidiarietà è “inciso” dalla teoria dei controlimiti. E ciò perché la sovranità statale può essere limitata dalla legislazione europea a causa dell’applicazione del principio di sussidiarietà, ma -ecco il punto- tale limitazione ha un controlimite tratto dai “valori costituzionali fondamentali” e dai diritti inviolabili della persona umana della Costituzione italiana onde l’Unione europea non può legiferare in sussidiarietà in tema di “valori costituenti fondamentali”.

L’insufficienza dell’azione degli Stati e la migliore qualità dell’azione delle istituzioni europee non bastano più. Il diritto sovranazionale trova una barriera ulteriore che non c’è nel principio di sussidiarietà e che la Corte Costituzionale erige sempre di più nei rapporti con la Corte di Giustizia, di fronte al dilagare di una legislazione europea che appare, ormai, senza più limiti, nel disciplinare ogni profilo del valore della vita dei cittadini d’Europa.

⁴⁷ Il tema dei controlimiti è molto noto e presenta già una ricca letteratura. Per una recentissima ed efficace sintesi di tutte le problematiche v. A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, Napoli, 2017, pp. 10 ss. La teoria dei controlimiti è stata elaborata –com’è noto- in Italia dalla Corte Costituzionale, così come da altri giudici costituzionali europei, come un argine rispetto a possibili violazioni dei principi fondamentali della Costituzione e dei diritti inviolabili da parte delle fonti degli ordinamenti sovranazionali ed internazionali oltre che del diritto comunitario e delle leggi costituzionali e di revisione della Costituzione (da ultimo, R. CALVANO, *La Corte Costituzionale e i “Controlimiti” 2.0*, in www.federalismi.it, n. 1, 2016, pp. 2 ss. che ricorda la storica sentenza n. 1 del 1988 come prima decisione in materia ed ivi la giurisprudenza successiva). Il recente ritorno di attualità della teoria si deve, poi, probabilmente, all’attualità della normativa tributaria europea. Infatti la sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea del 8 settembre 2015, nel caso Taricco, si è occupata della prescrizione del reato di evasione I.V.A. che –com’è noto- è una imposta europea. Ma, la Corte Costituzionale, dopo il caso Taricco, con l’ordinanza ancora più recente n. 24 del 26 gennaio 2017 ha rinviato alla Corte di Giustizia dell’Unione europea alcune questioni problematiche in merito all’applicazione dei principi che la stessa Corte di Giustizia aveva enunciato con la nota sentenza Taricco. L’ordinanza di rinvio del 2017 appare importante perché è la prima volta che è sollevato un possibile conflitto tra la normativa europea ed i principi supremi dell’ordine costituzionale. In concreto la Consulta, con la sentenza Taricco, aveva affermato che il giudice nazionale poteva disapplicare la c.d. prescrizione breve in materia di I.V.A. allungando il termine di prescrizione del reato consentendo un effettivo prolungamento della prescrizione oltre i limiti di legge allo scopo di garantire in Italia l’effettiva riscossione dell’I.V.A., tributo di natura europea. A questo punto, la Consulta, con l’ultimissima ordinanza ricordata, ha effettuato un rinvio alla Corte di Giustizia che –come correttamente ha osservato la dottrina (A. FRANCO, *Disapplicazione della prescrizione per i reati iva, principi costituzionali e controlimiti: l’ordinanza di rinvio della Corte Costituzionale alla Corte di Giustizia UE*, in *Riv. it. di Dir. pubbl. com.*, 2, 2017, p. 489) – sembra avere principalmente il ruolo di avvisare la Corte di Giustizia che ove l’orientamento espresso nella sentenza Taricco fosse confermato con la conseguente autorizzazione implicita alla disapplicazione, da parte del giudice nazionale, della prescrizione breve per i reati di evasione I.V.A., la Consulta si vedrebbe costretta ad attivare i cc.dd. controlimiti per opporre una barriera di ordine costituzionale interno all’applicazione della normativa sovranazionale. In sostanza, la Corte Costituzionale, al di là delle apparenze dialettiche, sembra voler favorire una risoluzione della questione in modo conciliativo e senza contrapposizione con la Corte di Giustizia dell’Unione europea. Questa lettura nell’ordinanza recentissima della Corte Costituzionale merita di essere condivisa, come si dirà nel testo. La letteratura sul principio dei controlimiti in generale è molto vasta, *ex multis*, v. in dottrina i numerosi contributi (O. CHESSA, M. DELMAS-MARTY, P. FARAGUNA, A. RUGGERI, C. SOTIS) raccolti sistematicamente in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, Napoli, 2017, pp. 165 ss. ed, in particolare, v., inoltre, in questo volume, R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, Napoli, 2017, pp. 291 ss., M. BRANCA, *Il punto sui “controlimiti”*, in *Giur. cost.*, 5, 2014, pp. 3899 ss.; T. CERRUTI, *Valori comuni e identità nazionali nell’Unione europea: continuità o rottura?*, in www.federalismi.it, 24, 2014; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fina mancata della storia costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2, 2016, p. 7.; M.G. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2, 2009, pp. 341 ss.; G. REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, in *Giur. cost.*, 1, 2016, pp. 329 ss.; F. ROSSI, *L’obbligo di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna tra integrazione europea e controlimiti. La problematica sentenza Taricco della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2016, pp. 376 ss.; Sui singoli controlimiti v. Corte Costituzionale nn. 284/2007, 73/2001, 168/1991, 232/1989, 114/1988, 170/1984, 18/1982, 48/1979, 183/1973, 32/1971, 31/1971, 30/1971. Con riferimento ai diritti umani fondamentali della CEDU v. Corte Costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 348; Corte Costituzionale, 24 ottobre 2007, n. 349.

Non è agevole dire quale sia il punto di equilibrio tra la teoria della sovranità e la teoria dei controlimiti, dopo anni di silenzio degli Stati (solo sette ricorsi degli Stati nazionali per violazione del principio di sussidiarietà da parte delle istituzioni europee), ma sembra utile l'auspicio che il tempo delle "barricate" sia sostituito dal tempo del maggiore "dialogo" tra la Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte Costituzionale⁴⁸.

⁴⁸ Sul punto v., già, E. GROSSO, *Il dialogo necessario: la Cour d'arbitrage belge e le Corti europee, tra tutela dei diritti fondamentali e applicazione del diritto comunitario nell'ordine giuridico interno*, in G.G. FLORIDIA-G.F. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli, 2006, pp. 259 ss.; A. RUGGERI, "Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie a tutela dei diritti fondamentali, in *I Quad. eur.*, n. 59, 2013 pp. 10 ss.; G. MASTRODONATO, *I principi della disciplina antitrust nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE e nel dialogo tra le Corti*, in *Foro. Amm.-Cd.S.*, 2013, p. 319; G.M. SALERNO, *La riscossione dei diritti aeroportuali negli aeroporti dell'Unione europea tra sussidiarietà verticale e leale cooperazione orizzontale: osservazioni a margine della decisione della Corte di Giustizia UE, Sez. III, 12 maggio 2011, in causa C-176/09*, in *Riv. it. dir., pubbl. com.*, 1, 2012, p. 125.