

Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti dell'Unione europea *

di ENZO CANNIZZARO

SOMMARIO: I. Unitarietà e frammentazione nel sistema delle fonti dell'Unione. — II. La competenza come criterio atto a mitigare il criterio della gerarchia nell'ordinamento interno. — III. Il criterio della competenza nel sistema dell'Unione. — IV. La competenza e i principi sulla scelta della base giuridica. — V. Competenza attribuita e competenza come criterio di soluzione delle aporie giuridiche. — VI. La gerarchia come criterio di attenuazione della competenza nel sistema del trattato CE. — VII. Gerarchia e competenza nel nuovo trattato costituzionale. — VIII. (Segue) Leggi, regolamenti e decisioni. — IX. Considerazioni conclusive

I. Fra le disposizioni maggiormente significative del nuovo Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa vi sono certamente quelle del titolo VI della parte prima, che tendono a stabilire una funzione normativa unitaria. La tendenza all'unificazione della funzione normativa può avvertirsi sia sul piano dei procedimenti decisionali, dato che il trattato costituzionale parla espressamente di un procedimento ordinario, sia sul piano delle fonti, con l'attesa introduzione della categoria della legge e la contestuale indicazione di fonti di secondo grado, ordinati secondo un criterio apparentemente gerarchico ¹.

L'introduzione nel sistema dell'Unione di una funzione normativa unitaria costituirebbe un'innovazione particolarmente significativa per vari motivi. Innanzitutto essa allineerebbe il sistema del-

* Il presente contributo presenta, in forma sistematizzata e riveduta, talune riflessioni presentate al seminario di studi « *Le nuove fonti comunitarie* », organizzato dall'Università di Pisa e tenutosi alla Scuola superiore S. Anna il 5 novembre 2004.

¹ Sull'opportunità di una sistemazione delle fonti comunitarie su base gerarchica, cfr. soprattutto A. TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie*, in questa *Rivista*, 1996, p. 71 ss. Cfr. inoltre R. BIEBER-I. SALOMÉ, *Hierarchy of Norms in European Law*, in *Common Market Law Rev.*, 1996, p. 931 ss.; A. VON ARNAULD, *Normenhierarchien innerhalb des primären Gemeinschaftsrechts*, in *Europarecht*, 2003, p. 191 ss.; K. LENAERTS e M. DESOMER, *Simplification of the Union's Instruments*, in *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, a cura di B. DE WITTE, Firenze, European University Institute, 2003, p. 107 ss. Fra i primi commenti alle disposizioni del Trattato costituzionale, cfr. P. ACCONCI, *Quale gerarchia delle fonti nel nuovo diritto dell'Unione*, in questa *Rivista*, 2005, p. 253 ss.; F. DONATI, *Le fonti del diritto dell'Unione*, *ibidem*, p. 613 ss.

l'Unione a quelli di altri ordinamenti ispirati al modello dello Stato liberale, nei quali, per tradizione costituzionale ormai secolare, l'unicità della funzione normativa primaria è assicurata sia dal punto di vista istituzionale che da quello delle fonti. In secondo luogo sarebbe evidente l'impatto simbolico del mutamento, che introdurrebbe un atto-fonte di particolare rilievo nell'evoluzione della teoria dello Stato: la legge, simbolo della volontà generale, contrapposto idealmente all'esercizio di competenze vincolate, tipico di organizzazioni o agenzie internazionali, prive di una propria dinamica politica e sostanzialmente gestori di poteri derivati dai rispettivi Stati membri. Infine, esso stabilirebbe una dinamica istituzionale e normativa unica, sostituendo un unico sistema di formazione e di cambiamento della volontà politica alla miriade di sub-sistemi istituzionali e normativi esistenti attualmente.

L'ordinamento attuale dell'Unione è, come è noto, ispirato invece alla frammentazione del sistema istituzionale e di quello normativo, conosce più categorie di fonti non ordinate secondo criteri gerarchici, più sistemi e micro-sistemi istituzionali, descritti solo sommariamente dalla nota struttura ordinamentale a pilastri. Esso è, per comune opinione, un sistema nel quale domina il criterio della competenza ed è pressoché assente quello della gerarchia.

Anche alla luce di questo elemento, quindi, si può apprezzare l'interesse per una analisi generale tesa a verificare il rispettivo peso del criterio gerarchico e di quello della competenza nell'ordinamento attuale nonché nelle linee evolutive delineate dal trattato costituzionale. Indipendentemente dalle prospettive di entrata in vigore di questo testo, che nel presente momento storico appaiono assai limitate, non vi è dubbio che esso prospetta infatti un nuovo modello di sistemazione delle fonti che appare utile considerare nella prospettiva di un futuro sviluppo dell'integrazione europea.

II. « ... (F)ra i numerosi e svariati fatti normativi, rilevabili, in sede di teoria generale, nella dinamica dell'esperienza giuridica, *alcuni soltanto* ..., sono qualificati, in sede storico-positiva, come fatti normativi propriamente detti, ossia fonti del diritto ... Ma, poiché determinando le proprie fonti, l'ordinamento determina *se medesimo come ordinamento*, è connaturata a questa prima affermazione regolatrice, propria di ogni sistema giuridico dato, l'ulteriore esigenza di ricondurre ad unità la molteplice diversità di norme, derivanti dalle diverse fonti in esso riconosciute od istituite, senza di che, l'ordinamento non sarebbe tale, ma informe coacervo di norme, tra loro scollegate e magari contraddittorie ».

In quanto formulata nel contesto di un argomento di teoria generale, questa frase, scritta nel 1960 da Vezio Crisafulli², ben potrebbe essere riferita all'ordinamento dell'Unione europea. Anzi, l'idea di un ordinamento come « informe coacervo » di fonti potrebbe sembrare proprio una descrizione, magari un po' cruda, di questo ordinamento, nel quale è difficile identificare i principi che governano i rapporti fra norme.

Lo scritto dal quale essa è tratta costituisce uno dei primi tentativi di concettualizzare il criterio della competenza, di per sé, e nei suoi rapporti con gli altri, e ben più conosciuti, criteri che regolano i rapporti fra norme nell'ordinamento italiano. In tale scritto, Crisafulli assumeva come punto di riferimento un sistema ben ordinato, fondato sul tradizionale e consolidato funzionamento degli usuali criteri della gerarchia, della specialità e della successione nel tempo. E tuttavia egli notava come taluni fenomeni sono difficilmente spiegabili su questa base e descriveva, con usuale sistematicità e precisione, il modo di funzionamento ed i limiti di un quarto criterio, quello della competenza, appunto, al quale, da allora, è riservato un posto, se pure talvolta assai ridotto, nelle trattazioni generali delle fonti del diritto.

Una situazione, a ben guardare, opposta è quella che si presenta all'osservatore del sistema attuale delle fonti dell'Unione, nel quale un posto di assoluto rilievo spetta invece al criterio della competenza, mentre i criteri della gerarchia, della specialità e della successione nel tempo hanno un rilievo più limitato, e sono applicabili, come si vedrà, in via ancillare e subordinata rispetto al criterio della competenza.

III. Alle origini del rilievo straordinario assunto dal criterio della competenza nell'ordinamento delle fonti dell'Unione vi è una pluralità di motivi.

Il primo, e maggiormente noto, è dato dalla circostanza che tale criterio è una conseguenza del principio delle competenze attribuite, il quale, come è noto, costituisce a propria volta un riflesso delle origini internazionaliste dell'Unione europea. In altri termini, l'Unione europea, e prima ancora la Comunità, esercita poteri determinati per scopi pre-stabiliti. Non solo, ma poteri e scopi sono legati in un nesso funzionale apparentemente univoco, nel senso che per determinati scopi vi sono determinati poteri: a volte il trattato

² *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, p. 775 ss.

determina ambedue; a volte esso determina solo gli scopi, lasciando all'interprete il compito di desumere, per via deduttiva, i poteri normativi conferiti a tal fine.

Un secondo motivo è dato dalla dispersione dei meccanismi decisionali nell'ambito dell'Unione, che fa sì che non solo la competenza attribuita si debba esprimere attraverso l'esercizio di poteri tipici, ma anche attraverso modalità decisionali determinate e non fungibili fra di loro. Infine, alla dispersione dei poteri corrisponde una specie di macrodispersione, data dalla frammentazione delle attività dell'Unione nei celebratissimi tre pilastri.

L'insieme di questi elementi vale quindi ad escludere la possibilità di ricostruire l'Unione — o anche solo la Comunità — come un ente a competenza generale, che possa, di conseguenza, operare senza vincolo di scopo. Ciò è ben noto, e non fa conto tornarci ulteriormente sopra. Conviene invece sottolineare come tale sistema ha anche l'ulteriore effetto di impedire una concezione globale delle varie competenze attribuite, in modo da ricostruire l'Unione come un ente a competenza generale ... nell'ambito di sfere di competenze attribuite.

Da essi emerge invece che la competenza attribuita è intesa in maniera rigida, in maniera cioè da istituire una corrispondenza univoca fra singoli settori di competenza e la produzione normativa dell'Unione, sì da creare una rete di microsistemi normativi autosufficienti e tali da impedire la considerazione in termini unitari della funzione normativa.

Questa conclusione emerge da una duplice osservazione:

a) l'assenza di una dinamica dei rapporti delle diverse fonti fra di loro nel sistema dell'Unione;

b) la riconversione della problematica del rapporto tra fonti normative nella problematica relativa alla ricerca della base giuridica più appropriata per ciascuna di esse.

Conviene quindi svolgere brevemente queste indicazioni mediante un richiamo ai principi sviluppati della giurisprudenza.

IV. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha innanzitutto chiarito che la scelta della base giuridica va compiuta in termini obiettivi, sì da consentire rispetto ad essa un sindacato giurisdizionale. Fra gli elementi che rilevano al fine della scelta della base giuridica occorre considerare innanzitutto lo scopo e il contenuto dell'atto ³.

³ Cfr., fra le prime, Corte giust. 11 luglio 1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-2867.

Vi sarebbe, in secondo luogo, in via generale, una relazione univoca fra atto e base giuridica, nel senso che, normalmente, ogni atto deve essere fondato, in via di principio, su di una sola base giuridica. Addirittura, « se l'esame di un atto comunitario dimostra che esso persegue una doppia finalità o che esso possiede una duplice componente e se una di queste è identificabile come principale o preponderante, mentre l'altra è solo accessoria, l'atto dev'essere basato su un solo fondamento giuridico, vale a dire quello richiesto dalla finalità o componente principale o preponderante » ⁴. Qualora invece l'atto contenga disposizioni che rilevano di più basi giuridiche, ovvero « se, in via eccezionale, si accerta che l'atto persegue contemporaneamente diversi obiettivi, che sono connessi in maniera inscindibile, senza che uno sia subordinato e indiretto rispetto all'altro, un atto del genere potrà essere basato sui diversi fondamenti normativi corrispondenti » ⁵.

Vi è, infine, una stretta relazione fra scelta della base giuridica e politica istituzionale, dato che la scelta della base giuridica deve essere compiuta in maniera tale da non comprimere i poteri di alcuna istituzione e, in particolare, del Parlamento. Quest'ultimo principio ha assunto rilievo assolutamente preponderante nella giurisprudenza concernente la scelta della base giuridica, ed è, di conseguenza, quello più noto in letteratura ⁶.

Da questi principi emerge, insomma, come la scelta della base giuridica, e, quindi, l'applicazione rigida del criterio della competenza attribuita è un'operazione strettamente collegata alla dinamica istituzionale dell'Unione, e, in particolare, all'esistenza di più procedimenti decisionali distinti, nei quali a ciascuna delle istituzioni politiche è riservato un diverso ruolo ⁷. D'altra parte, uno sguardo alla giurisprudenza evidenzia come la maggior parte delle pronunce relative all'invalidità di atti per errata scelta della base giuridica

⁴ Cfr., fra le tante, Corte giust. 17 marzo 1993, causa C-155/91, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-939, par. 19 e 21; 23 febbraio 1999, causa C-42/97, *Parlamento c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-869, par. 39 e 40, nonché 30 gennaio 2001, causa C-36/98, *Spagna c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-779, par. 59.

⁵ Sentenza 19 settembre 2002, causa C-336/00, *Huber*, in *Racc.*, p. I-7699.

⁶ Cfr. soprattutto la sentenza 26 marzo 1987, causa 45/86, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, p. 1493.

⁷ Questa conclusione sembra sostenuta, nei suoi tratti generali, anche da A. D'ATENA, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in questa *Rivista*, 2001, p. 591 ss. Dato che gli effetti di ciascuna fonte, e le dinamiche normative del sistema sono esattamente definite, sulla base di criteri formali, quale il criterio della competenza, non è tuttavia chiaro cosa l'illustre A. intenda quanto afferma che il sistema delle fonti comunitarie, a differenza dei sistemi nazionali delle fonti, non è costruito su basi formali. Vero è piuttosto che tali dinamiche corrispondono ad un assetto politico istituzionale del sistema comunitario ben diverso rispetto a quelli che caratterizzano gli ordinamenti interni degli Stati membri.

traggono origine da ricorsi di invalidità nei confronti di atti comunitari, sovente promossi da istituzioni sulla base della disposizione dell'art. 230 del Trattato CE. È tuttavia significativo notare che non mancano decisioni adottate in seguito a rinvii pregiudiziali, ciò che evidenzia come l'errata scelta della base giuridica comporti una invalidità obiettiva dell'atto, e non solo un diritto ad impugnare ad opera dell'istituzione le cui prerogative siano state ingiustamente sacrificate.

V. Quanto detto sembra sufficiente a concludere nel senso che il sistema attuale dell'Unione è fondato sulla competenza, in quanto il trattato attribuisce alle istituzioni poteri determinati sulla base di disposizioni *ad hoc*, per la realizzazione di scopi specifici. Ciò non equivale tuttavia necessariamente a dire che il principio della competenza attribuita è sufficiente, pur se applicato correttamente, ad evitare l'insorgenza di conflitti di competenza, né a concludere che tutti i conflitti fra fonti dell'Unione sono risolubili sulla base di un criterio di competenza.

La soluzione di questioni di validità di atti giuridici attraverso la ricerca della base giuridica appropriata non costituisce, infatti, una operazione finalizzata a risolvere conflitti fra fonti sulla base del criterio della competenza. Si tratta invece di un giudizio di validità vero e proprio, nel senso che esso non concerne la scelta fra più fonti antagoniste, ma solo la validità di una determinata fonte per raffronto ad un parametro superiore. Addirittura esso prescinde dall'esistenza di un conflitto fra fonti paritetiche e considera ciascuna fonte alla luce del proprio parametro di validità. Si potrebbe dire che la competenza, in tal caso, è niente più che un requisito di validità dell'atto. Se una determinata norma non è sorretta da una base giuridica adeguata, essa opera al di fuori della sfera di competenza e risulta quindi invalida per carenza di potere.

Quanto al primo problema occorre invece chiedersi se l'esistenza di un principio di attribuzione, con il suo corollario, costituito dalla esistenza di una relazione fra ogni atto e la propria base giuridica, valga ad evitare ogni possibile conflitto fra norme giuridiche nel sistema normativo comunitario.

Una risposta a tale quesito non è agevole, ed, anzi, essa deve considerare due elementi apparentemente in contraddizione fra loro.

Il primo è che non vi sono, nella giurisprudenza della Corte, dei casi di conflitti fra norme aventi base giuridica diversa. Sembrerebbe quindi che il principio di attribuzione sia sufficiente a risolvere tale

punto. Se ciascuna norma ha una propria base giuridica, il conflitto fra norme non è mai conflitto fra norme egualmente competenti, bensì conflitto fra una norma competente ed una incompetente. Ne consegue che quella incompetente è carente nella individuazione della propria base giuridica e quindi invalida. Nonostante le differenze concettuali, quindi, il conflitto di competenza finirebbe, in pratica, per risolversi in un conflitto di validità.

A ben guardare, però, le cose non sono così semplici, ed, anzi, vi sono una serie di situazioni nelle quali la Corte ha ammesso che una norma, astrattamente fondata su una disposizione del trattato che funge da base giuridica, possa essere distolta da questa, e essere fondata invece su una diversa disposizione del trattato, che sarebbe normalmente inidonea a tale scopo. Questa conclusione aprirebbe un varco nella esclusività del criterio di competenza come criterio per la soluzione di aporie giuridiche e prospetterebbe una limitata possibilità di conflitti giuridici fra norme aventi una diversa base giuridica nel trattato.

VI. Conviene svolgere brevemente questo punto, che riveste rilievo centrale nella linea argomentativa che si intende suggerire.

Vi sono, nel sistema attuale, varie ipotesi nelle quali norme aventi un campo di competenza diverso possono interagire fra di loro. Un'analisi empirica ne evidenzia per lo meno quattro.

a) La prima riguarda i casi in cui le norme in questione sono state adottate sul fondamento di diverse basi giuridiche che prevedono tuttavia per la loro adozione un procedimento decisionale identico. Questa ipotesi si fonda sulla considerazione che l'unico elemento preso in considerazione dalla Corte di giustizia per valutare la validità di un atto rispetto alla propria base giuridica è dato dall'esigenza di rispettare le previsioni del particolare procedimento decisionale previsto da essa ⁸. Questa indicazione può essere svolta in assenza, peraltro, di precise indicazioni della giurisprudenza, per ricavare conseguenze sulla possibile dinamica delle fonti normative

⁸ Cfr., fra le più recenti, la sentenza 9 settembre 2004, *Regno di Spagna e Repubblica finlandese c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, cause riunite C-184/02 e C-223/02, in *Racc.*, p. I-7789. Si legge nella sentenza, ai paragrafi 43 e 44: « Per quanto concerne l'art. 137, n. 2, CE, va rilevato che la procedura legislativa prevista da tale disposizione per l'adozione di misure volte al miglioramento dell'ambiente di lavoro per tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori è identica a quella prescritta dall'art. 71 CE. Il ricorso all'art. 137, n. 2, CE come fondamento giuridico secondario della direttiva impugnata non ha quindi, in ogni caso, avuto incidenza sulla procedura seguita per l'adozione della detta direttiva. In tali circostanze, non è necessario pronunciarsi sul punto se l'art. 137, n. 2, CE fornisca del pari un fondamento giuridico adeguato per le misure considerate dalla direttiva impugnata quanto agli autotrasportatori autonomi ».

comunitarie. Se un atto adottato sul fondamento di una base giuridica errata, e quindi operante al di fuori del campo della propria competenza, è nondimeno valido in quanto adottato sulla base di un procedimento decisionale identico a quello previsto per esso, sembra ragionevole ritenere che esso possa produrre norme in questo ambito, ed interagire con le altre norme di questo diverso sub-sistema. Attraverso considerazioni di tipo istituzionale, si produce quindi un meccanismo di permeabilità di sub-sistemi apparentemente impermeabili, fondati sulla competenza.

b) Una seconda ipotesi deriva dal concetto di « oggetto o scopo principale », che si rinviene nella giurisprudenza della Corte di giustizia. La nozione di oggetto o scopo principale è stata elaborata al fine di stabilire un nesso ragionevole di corrispondenza fra il contenuto essenziale o caratterizzante di un atto e la base giuridica che vi corrisponde. Di conseguenza, la presenza in un atto di disposizioni di rilievo minore, che rilevano di altre basi giuridiche, non comporta la necessità di un cumulo di basi giuridiche, operazione assai complessa e potenzialmente capace di alterare gli equilibri istituzionali del trattato⁹. L'applicazione della dottrina dello scopo principale comporta quindi, indirettamente, una possibile dinamica normativa, fra disposizioni adottate a titolo secondario, al di fuori cioè della base giuridica che sarebbe per esse propria, e disposizioni adottate a titolo principale nell'ambito di una propria base giuridica.

c) Una terza ipotesi di interferenza è data dalla circostanza che solo impropriamente si può parlare di una correlazione univoca fra una norma e la propria base giuridica nel trattato. Al fine di ottenere tale correlazione, infatti, occorrerebbe che le disposizioni del trattato che fungono da base giuridica per l'adozione di atti secondari utilizzassero un medesimo criterio atto ad assegnare univocamente a ciascuna norma secondaria una e una sola base giuridica. Ciò potrebbe astrattamente accadere qualora, ad esempio, il

⁹ V., fra le altre, la sentenza *Huber*, cit. Si legge nella sentenza: « il fatto che il regolamento n. 2078/92 fosse diretto a incentivare forme di produzione più rispettose dell'ambiente, obiettivo indubbiamente concreto, ma accessorio, della politica agricola comune, non può di per sé giustificare il fatto che, oltre agli artt. 42 e 43 del Trattato, anche l'art. 130 S del medesimo fosse il fondamento giuridico di tale regolamento ». Cfr. inoltre Corte giust. 23 febbraio 1999, causa C-42/97, *Parlamento europeo c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-869: « Non è infatti contestato che il programma avrà effetti benefici sulla diffusione delle opere culturali, in particolare migliorando gli strumenti disponibili per i lavori di traduzione. Il Consiglio ne ha giustamente tenuto conto, conformemente all'art. 128, n. 4, del Trattato, ed ha menzionato questi effetti sulla cultura in taluni dei 'considerando' della decisione controversa. Si tratta tuttavia solo di effetti indiretti e accessori rispetto agli effetti diretti richiesti che sono di natura economica, i quali non giustificano che la decisione sia basata anche sull'art. 128 del Trattato » (par. 62-63).

trattato utilizzasse unicamente un criterio di ordine materiale. Anche in tal caso, evidentemente, la possibilità di una interferenza non sarebbe certo eliminata, soprattutto in relazione alle possibili intersezioni fra i vari settori materiali ¹⁰. Comunque ciò non accade nel Trattato CE, il quale adotta piuttosto sia criteri di carattere materiale che criteri di carattere finalistico, per modo che l'esistenza di norme aventi una diversa base giuridica non elimina affatto la possibilità di conflitti normativi ¹¹. La circostanza, anzi, che non vi sia in via generale alcuna regola per stabilire, in caso di conflitti fra criteri diversi di competenza, quale sia la norma competente, rende conflitti di questo tipo assai difficili da risolvere.

d) Conflitti normativi non dovrebbero sorgere, invece, fra disposizioni adottate sulla base di attività condotte nell'ambito dei diversi pilastri dell'Unione. Perlomeno rispetto alle interferenze fra attività comunitarie ed attività adottate sulla base del secondo e terzo pilastro, infatti, il trattato attuale, ma anche il nuovo trattato costituzionale, prevede una norma apposita di soluzione dei conflitti, che dà priorità alle disposizioni adottate sulla base del trattato

¹⁰ Ciò si può agevolmente ricavare da una delle decisioni più conosciute relative all'identificazione della base giuridica degli atti comunitari. Cfr. Corte giust. 30 maggio 1989, causa 242/87, *Commissione c. Consiglio, Erasmus*, in *Racc.*, p. 1425. Ai paragrafi 14 e 15 si legge: « fra le norme del trattato invocate a sostegno della tesi del Consiglio, l'art. 57 è sicuramente pertinente al fine di delimitare la portata dell'art. 128. Esso, infatti, stabilisce specificamente l'emanazione di direttive intese al reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli nonché al coordinamento delle disposizioni nazionali relative all'accesso alle attività non salariate e all'esercizio di queste. Ne consegue che provvedimenti di questo tipo non rientrano nell'art. 128, pur se concernono il campo della formazione professionale. Per contro, la portata di questa norma come base generale per l'adozione di provvedimenti di politica di formazione professionale non potrebbe essere limitata per il fatto che azioni particolari di formazione professionale sono previste in special modo dall'art. 41 del trattato nel quadro della politica agricola comune e dall'art. 125 nell'ambito dei contributi concessi dal Fondo sociale europeo ».

¹¹ Il problema è sorto in particolare riguardo alla controversa questione dei rapporti fra politica commerciale e politica estera. Si vedano, ad esempio, le sentenze 17 ottobre 1995, causa C-83/94, *Leifer*, in *Racc.*, p. I-3231; 17 ottobre 1995, causa C-70/94, *Werner*, in *Racc.*, p. I-3189; 14 gennaio 1997, causa C-124/95, *Centro-com*, in *Racc.*, p. I-81. In particolare, si legge in quest'ultima: « Il rapporto tra le misure di politica estera e di sicurezza e la politica commerciale comune: il governo del Regno Unito sostiene che i provvedimenti nazionali controversi nella causa principale sono stati emanati in forza della sua competenza nazionale in materia di politica estera e di sicurezza, in cui si iscrivono i suoi obblighi derivanti dalla Carta e dalle risoluzioni delle Nazioni Unite. La validità dei detti provvedimenti non sarebbe scalata dalla competenza esclusiva della Comunità in materia di politica commerciale comune né dal regolamento sulle sanzioni, che, dal canto suo, costituirebbe soltanto l'esplicazione, a livello comunitario, della competenza nazionale nel campo della politica estera e di sicurezza. A questo proposito va rilevato che gli Stati membri hanno conservato le loro competenze nel campo della politica estera e di sicurezza. All'epoca dei fatti della causa principale la loro reciproca collaborazione in materia era disciplinata segnatamente dalle disposizioni del titolo III dell'Atto unico europeo. Si deve ricordare, però, che gli Stati membri sono tenuti ad esercitare le competenze da essi conservate nel rispetto del diritto comunitario » (par. 23, 24 e 25).

CE. Peraltro, proprio l'esistenza di tale norma, che ha lo scopo di tutelare i meccanismi sovranazionali da possibili intrusioni ad opera di attività condotte con metodo intergovernativo, dimostra che le interferenze sono ben possibili anche in un sistema rigorosamente fondato sul criterio della competenza ¹².

Ora, conflitti di questo tipo, tranne quelli menzionati *sub d*), sfuggono ai meccanismi di soluzione dei conflitti fondati sul criterio della competenza, e, in assenza di norme *ad hoc* di soluzione dei conflitti, vanno piuttosto risolti sulla base di altri criteri. Non sembra irragionevole che essi, in assenza di un criterio di ordine gerarchico, vadano risolti sulla base degli usuali criteri di soluzione di conflitti fra norme paritarie, quali il criterio di specialità e quello temporale.

VII. Conviene ora chiedersi quale possa essere l'impatto su questo sistema dell'introduzione della categoria della legge europea, prevista dall'art. I-34 del nuovo trattato costituzionale. Il passaggio logico che ci si propone di compiere è assai rilevante. Abbiamo infatti visto come un sistema normativo fondato essenzialmente su un principio di competenza non riesca ad annullare completamente l'insorgere di conflitti normativi, per la soluzione dei quali, quindi, potrebbero venire in rilievo, sia pure in maniera limitata, gli usuali criteri di soluzione dei conflitti, quale quello di specialità e quello cronologico. Le modifiche che il trattato costituzionale intende apportare a tale sistema normativo sembrerebbero andare nella direzione di attenuare il criterio della competenza, che di per sé tende a ridurre la possibilità di conflitti, e di introdurre una dinamica normativa complessa, quale quella alla quale siamo abituati negli ordinamenti degli Stati membri. Conviene allora vedere se effettivamente l'introduzione nel sistema di un atto generale a carattere legislativo, dotato di superiorità gerarchica rispetto ad atti di natura sublegislativa, sia un elemento sufficiente a produrre tale mutamento. Nel compiere tale analisi, ovviamente, si avrà riguardo ad elementi di natura esclusivamente formale, dato che non è possibile,

¹² Si veda la celebre sentenza 12 maggio 1998, causa C-170/96, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-2763, spec. par. 17 ss. La questione di determinare criteri di attribuzione che consentano di identificare univocamente la base giuridica per l'adozione di atti che potrebbero rientrare nella competenza di più « pilastri » è trattata, ancorché con stretto riferimento al caso di specie, dall'Avv. Gen. Colomer nelle sue conclusioni alla causa C-176/03, presentate il 26 maggio 2005 e non ancora pubblicate in *Raccolta*. In particolare, nota l'Avv. Gen., al paragrafo 82, che « così come la Comunità è priva di una competenza generale in materia penale, allo stesso modo il terzo pilastro difetta di una "capacità naturale" che, al pari di una forza gravitazionale, attragga tutte le questioni di questa natura in seno all'Unione. La soluzione va cercata per altre vie, lungo la linea tracciata dalla giurisprudenza nel costruire il potere sanzionatorio a tutela dell'ordinamento giuridico comunitario ».

trattandosi di un sistema normativo ancora privo di vigore giuridico, fare riferimento ad elementi tratti dalla prassi.

Il nuovo trattato costituzionale definisce, al notissimo articolo I-33, la figura della legge europea, attribuendo ad essa, peraltro, i caratteri che nel sistema attuale sono tipici del regolamento comunitario. La medesima disposizione definisce poi la legge quadro, che, nei suoi termini essenziali corrisponde alla figura della direttiva attuale. Fra le due figure non vi è una prevalenza gerarchica, che è invece assicurata a ciascuna di esse nei confronti del regolamento nonché della decisione europea. Dalla lettura di tali disposizioni sembrerebbe emergere come i rapporti fra atti legislativi andrebbero regolati dal criterio della temporalità e da quello della specialità, mentre i rapporti fra atti legislativi ed atti sublegislativi andrebbero regolati a mezzo del criterio gerarchico. Una simile conclusione sarebbe però affrettata, in quanto non tiene conto di due elementi. Il primo è dato dalla perdurante esistenza di una miriade di atti normativi atipici, che emerge ad ogni passo nella lettura del trattato. Si tratta di atti di incerta natura giuridica, i cui rapporti con le fonti tipiche non sembrano determinabili in via generale, ma vanno piuttosto definiti caso per caso.

Il secondo elemento, sul quale conviene puntare ora l'attenzione, riguarda l'inesistenza di un procedimento unitario, sia per quanto concerne gli atti legislativi che per quanto concerne gli atti di natura sublegislativa.

Per quanto riguarda il procedimento legislativo, sebbene il trattato definisca, all'art. 34, par. 1, un procedimento ordinario, per il quale sono anche stabilite delle forme particolari di favore, la medesima disposizione riconosce l'esistenza di procedimenti speciali, al secondo paragrafo, e di procedimenti ... specialissimi, al terzo. Né questa curiosa articolazione finisce qui. Varie disposizioni del trattato, nel definire una base di competenza per l'attività legislativa, e nell'indicare il procedimento legislativo ordinario come forma « normale » di esercizio, accompagnano a tale indicazione dei requisiti particolari, che fanno di esso un procedimento ordinario e speciale al tempo stesso.

Qualche esempio potrebbe contribuire a chiarire questo punto. Conviene osservare, innanzitutto, che, in relazione a diversi settori materiali, pur contigui, il procedimento legislativo per l'esercizio delle rispettive competenze è assai diverso. Così, ad esempio, in materia di energia, la legge o la legge quadro va adottata, ai sensi dell'art. III-256, par. 2, previa consultazione del Comitato economico e sociale, mentre nel campo delle reti transeuropee la legge o la legge

quadro va adottata, ai sensi dell'art. III-247, par. 2, previa consultazione del Comitato delle regioni oltre che del Comitato economico e sociale. È verosimile pensare che la diversità di procedura impedisca che si produca una dinamica normativa fra due settori fra i quali potrebbero non mancare interferenze. Una situazione analoga si stabilisce in due settori tradizionalmente interferenti, quali la sanità e la politica industriale. Nel primo, l'art. III-278, par. 4, stabilisce per l'adozione della legge o della legge quadro il procedimento ordinario, previa consultazione del Comitato delle regioni e del Comitato economico e sociale, mentre l'art. III-279, par. 2, in tema di industria, si limita ad aggiungere al procedimento ordinario la previa consultazione del Comitato economico e sociale.

In questi due casi non si ha una vera e propria differenza di procedimento legislativo, nel senso che uno dei due procedimenti, quello aggravato, contiene in sé l'altro. Non sembra tuttavia che sia molto razionale ammettere che il legislatore, operando nel campo di competenze nel quale opera il procedimento aggravato possa interferire nel campo di competenze nel quale opera il procedimento meno aggravato. Avremmo infatti una dinamica normativa « unidirezionale », con effetti non agevoli da determinare.

Ma anche all'interno del medesimo settore materiale potremmo avere significative differenze di procedimento normativo, tali da rendere difficoltosa una dinamica normativa pur solo settoriale. Un esempio quanto mai chiaro viene dall'art. III-251, in tema di ricerca e sviluppo tecnologico. Il par. 1 prevede che una legge europea, adottata previa consultazione del Comitato economico e sociale adotti un programma pluriennale, che sarà, ai sensi del par. 3 della medesima disposizione, attuato con una legge europea del Consiglio, da adottare previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale. L'art. III-252 prevede infine che sia una legge o una legge quadro europea, da adottare attraverso il procedimento ordinario e previa consultazione del Comitato economico e sociale, a dare attuazione al programma pluriennale per quanto concerne norme aventi un contenuto particolare.

VIII. La persistenza di un criterio di competenza, che vanifica in gran parte il ricorso ad un criterio gerarchico si avverte in misura anche maggiore nei rapporti fra atti legislativi ed atti sublegislativi. L'art. I-36 prevede che i rapporti fra leggi e regolamenti delegati siano regolati dal principio di gerarchia, in ciò non innovando significativamente rispetto alla situazione attuale, nella quale il criterio gerarchico esplica la sua efficacia nei rapporti fra atti normativi

che conferiscono una delega ed atti adottati al fine di dare ad essi attuazione. Conviene tuttavia notare come, a differenza di quanto non accada negli ordinamenti statali, non vi sia un potere generale di attuare, a mezzo di atti sublegislativi, la normativa primaria.

Le cose cambiano tuttavia allorché singole disposizioni del trattato costituzionale prevedono direttamente l'adozione di regolamenti o decisioni. In assenza di una contestuale previsione di atti legislativi, tali previsioni si traducono in una vera e propria riserva di regolamento. È assai difficile in tali casi mantenere l'idea che il regolamento costituisca un atto di valore secondario, dato che non solo esso si pone in attuazione diretta di norme del trattato, ma ad esso è altresì garantita una sfera di competenza che non sembra scalabile neanche ad opera della legge. Ciò è, ad esempio, quanto si verifica nel settore della libertà di concorrenza. L'art. III-163 prevede infatti che le disposizioni del trattato in materia di concorrenza vengano attuate da regolamenti europei adottati dal Consiglio previa consultazione del Parlamento europeo. Le disposizioni successive chiariscono come le disposizioni del trattato e dei regolamenti europei vadano attuati attraverso decisioni adottate dalla Commissione. Non sono peraltro chiari i motivi che possano aver indotto ad escludere la funzione legislativa nel campo della concorrenza, e a stabilire un potere normativo generale ad opera di regolamenti europei.

Non mancano inoltre settori nei quali l'indicazione di competenza a favore di atti legislativi si accompagna a quella di atti sublegislativi, creando intrecci normativi non agevoli da districare. Mentre, ad esempio, la competenza a disciplinare movimenti di capitali da o verso Paesi terzi spetta alla legge, ai sensi dell'art. III-157, par. 2, la deroga a queste regole, in presenza di circostanze eccezionali, è stabilita con regolamento, ai sensi dell'art. III-159. Mentre la legge europea stabilisce norme comuni in materia di trasporti, ai sensi dell'art. III-236, par. 2, la competenza a dettare norme specificamente dirette ad eliminare discriminazioni sui prezzi e altre condizioni di trasporto spetta, ai sensi dell'art. III-240, par. 3, ad un regolamento europeo.

In tale analisi, un posto a sé va riservato ai complessi rapporti fra fonti nel campo delle relazioni esterne, nel quale si avverte la difficoltà di procedere ad una fusione « formale » dei pilastri, mantenendo tuttavia significative separazioni fra attività intergovernative ed attività sovranazionali. Tale difficoltà, che produce questioni di inquadramento generale assai complesse, si ripercuote, per quanto concerne il tema oggetto di trattazione, in una rete di rapporti fra

fonti normative — decisioni europee, leggi, regolamenti — assai complessa nella quale al criterio di gerarchia spetta un posto assai limitato¹³. È appena il caso di osservare, peraltro, come la decisione europea che contiene atti di politica estera non è certamente un atto di rango sub-legislativo ma, a dispetto della terminologia impiegata, un atto normativo capace di condizionare, ed in misura assai rilevante, la sfera legislativa.

Gli esempi menzionati, ed altri che emergono dalla lettura del trattato costituzionale, sembrerebbero indicare come l'intreccio normativo fra atti legislativi ed atti sublegislativi non possa essere sciolto semplicemente sulla base di un criterio di ordine gerarchico, ma che, piuttosto, esso risponda ad una pluralità di criteri, fra i quali un peso preponderante spetta ancora a quello di competenza. Di conseguenza, il peso relativo del criterio gerarchico e di quello di competenza non sembra determinabile in via generale, quanto piuttosto attraverso un'analisi casistica, che tenga conto non solo delle disposizioni contenute nella parte I del trattato, ma anche, e soprattutto, delle disposizioni del trattato relative a ciascun singolo settore di competenza, nelle quali si può rinvenire, al di là della nomenclatura impiegata per indicare gli atti normativi, una disciplina puntuale dei rapporti fra di essi.

Le ragioni per le quali i redattori del trattato hanno deciso di definire caso per caso i rapporti fra leggi, regolamenti e decisioni, e non si siano avvalsi in termini più ampi di un criterio di carattere gerarchico, non sono agevolmente determinabili. Talvolta si può avere l'impressione che la riserva di regolamento possa essere funzionale alla volontà di assicurare uno spazio di discrezionalità al Consiglio o, più di rado, alla Commissione. Se infatti la legge europea può essere adottata anche attraverso procedimenti speciali che escludano o limitino il peso del Parlamento europeo, è indubbio che la tensione verso il procedimento ordinario che si avverte nel trattato potrebbe nel tempo limitare lo spazio per procedimenti legislativi speciali.

IX. I paragrafi precedenti mostrano che il sistema attuale dell'Unione, ancorché fondato sulla rigorosa osservanza del principio di attribuzione e, quindi, sul rilievo del criterio della competenza, ammette, pur in termini assai limitati, una dinamica normativa fra fonti, significativa soprattutto qualora essa si produca rispetto a

¹³ Ho trattato di questi temi nello studio *La fusione dei pilastri: politica estera e politiche materiali nel progetto di Costituzione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 1068 ss.

norme appartenenti a settori materiali diversi fra di loro. La presenza nell'ordinamento dell'Unione di conflitti normativi non risolvibili attraverso il criterio della competenza produce quindi rapporti giuridici fra norme che vanno risolti attraverso gli usuali criteri di soluzione delle aporie, quali il criterio gerarchico, quello cronologico e quello della specialità. Questi criteri operano bensì al fine di determinare la norma applicabile al caso di specie nell'ambito di un sottosistema normativo determinato dal criterio della competenza, fra norme, cioè, aventi tutte la medesima base giuridica. Il ricorso a tali criteri è però assai più interessante rispetto a rapporti giuridici fra norme aventi diversa base giuridica, fra norme, quindi, appartenenti a sottosistemi normativi diversi, e tenuti, in via di principio, separati proprio dal criterio della competenza. Una dinamica normativa trasversale rispetto a tali sottosistemi opera allora come eccezione al criterio della competenza. Non stupisce che il rilievo di tale fenomeno è del tutto marginale nel sistema normativo attuale dell'Unione.

L'introduzione in tale sistema di una nomenclatura delle fonti analoga a quella tradizionalmente esistente negli ordinamenti interni non muta necessariamente la situazione, nel senso che, in via di principio, l'esistenza di basi giuridiche diverse, caratterizzate da procedimenti normativi a propria volta diversi, ha l'effetto di mantenere una compartimentazione delle norme dell'Unione in una serie assai ampia di sottosistemi normativi privi di comunicazione fra loro. In questo senso, l'introduzione di un principio di gerarchia delle fonti avrebbe un effetto assai limitato, in quanto esso potrebbe operare non già rispetto all'insieme delle norme del sistema bensì rispetto a ciascuno sottosistema di esso.

Effetti più ampi potrebbero prodursi qualora accanto ad una razionalizzazione del sistema delle fonti, ed alla tendenziale unificazione delle fonti primarie in una categoria omogenea di legge europea, si accompagnasse una razionalizzazione dei procedimenti legislativi. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, fra gli elementi la cui presenza è necessaria affinché si crei una dinamica normativa fra norme appartenenti a sub-sistemi diversi, una importanza preponderante è assunta dalla circostanza che tali norme siano prodotte sulla base del medesimo procedimento normativo. Né ciò costituirebbe una violazione del principio delle competenze attribuite, il quale, se richiede l'identificazione di una base giuridica per ciascun esercizio di potere normativo dell'Unione, non esclude una considerazione sistematica globale delle varie disposizioni che conferiscono tale potere. In altri termini, la compartimen-

tazione delle norme dell'Unione sulla base dei rispettivi settori materiali di appartenenza non costituisce una conseguenza necessaria del principio di attribuzione, ma solo del fatto che tale principio si svolge sulla base di disposizioni che prevedono procedimenti normativi diversi l'uno dall'altro. Non vi sono ostacoli logici a considerare che disposizioni appartenenti a settori diversi possano quindi interagire fra loro e creare rapporti analoghi a quelli esistenti fra norme nazionali, rispetto alle quali, generalmente, non opera il principio delle competenze attribuite.

Ora, la circostanza che il nuovo trattato costituzionale stabilisce un procedimento legislativo ordinario, verso il quale inoltre potrebbero tendere anche norme del trattato che adottino procedimenti speciali, potrebbe far sì che uno dei sub-sistemi normativi dei quali è composto l'ordinamento dell'Unione risulti particolarmente ampio, in quanto in esso confluirebbero i settori materiali nei quali l'adozione di provvedimenti legislativi andrebbe effettuata con un medesimo procedimento. Sarebbe quindi un elemento di carattere istituzionale, lo stabilimento di un procedimento normativo unitario, l'elemento decisivo al fine di consentire il passaggio da un sistema dominato dal principio della competenza ad uno nel quale il principio della gerarchia acquisisca un ruolo più accentuato.

Lo stabilimento di una dinamica normativa analoga, nei suoi termini essenziali, a quella che si stabilisce presso i sistemi nazionali delle fonti e, quindi, l'esistenza di conflitti risolvibili attraverso gli usuali criteri di soluzione di aporie giuridiche — il criterio temporale, quello gerarchico e quello di specialità — solleva il problema di individuare l'organo competente per la loro definizione. Un argomento a favore di una competenza accentrata delle istituzioni giudiziarie dell'Unione potrebbe derivare dalla considerazione che la soluzione di tali conflitti comporta necessariamente l'impossibilità di applicare norme dell'Unione. Il principio dell'uniforme applicazione del diritto dell'Unione potrebbe quindi risultare indebolito dal riconoscimento di una competenza a favore degli organi giudiziari nazionali.

D'altra parte, difficilmente si potrebbe invocare a sostegno di tale conclusione la circostanza che per i conflitti di competenza si sia stabilita una competenza accentrata, dato che tali conflitti sono stati tradizionalmente costruiti come un problema di validità di atti dell'Unione per contrasto con le norme del trattato relative alla base giuridica degli atti derivati. Questa considerazione potrebbe piuttosto aprire una linea argomentativa a favore di una soluzione diversa. Lo stabilimento nell'ordinamento dell'Unione di una dinamica normativa complessa potrebbe infatti essere visto come un elemento per

differentiare i conflitti fra trattati istitutivi e diritto derivato da quelli che si potrebbero stabilire fra atti derivati. I conflitti del primo tipo comportano necessariamente un accertamento di invalidità di un atto derivato. Di conseguenza, essi ricadono nella competenza esclusiva di organi giudiziari dell'Unione. Conflitti del secondo tipo comportano generalmente un accertamento relativo alla inapplicabilità, nel caso di specie, di un atto derivato in virtù del particolare rapporto giuridico con il quale esso si viene a trovare con un atto della medesima natura. Una competenza dei giudici degli Stati membri non sembra quindi da escludere a priori.

SUMMARY

This article analyses the respective roles of competence and hierarchy as conflict-settling principles in the current EU legal system and in the system established by the new constitutional treaty.

It is common knowledge that, under the current system, the principle of conferral, which determines the scope and the purpose of each single power conferred to the EU, has the effect of preventing conflicts among norms having a diverse legal basis in the founding treaties from arising. As a consequence, the system of the sources of the EU is fragmented in a potentially infinite set of sub-systems, each normatively self-contained and, ideally, immune from contact with the others. Yet, even under such a system, the jurisprudence of the ECJ has set out a series of cases in which conflicts between norms, which are assigned a diverse field of competence, are likely to erupt, though in very specific situations. One could argue that conflict of this type, which cannot be settled by recourse to the principle of competence, should be solved by recourse to other conflict-settling criteria, such as the *lex specialis*, the *lex posterior* or the search for norm higher in rank.

The present situation is not likely to change in the system adopted by the new constitutional treaty. Despite the emphasis put on the introduction of a hierarchy of sources, and the adoption of a new source, the European law (whose name evokes symbolically the expression of general will), the maintenance of the principle of conferral, and the enduring existence of a plurality of decision-making procedures will have the effect of preventing the formation of a unitary system of sources and of maintaining a multitude of micro sub-systems, whose respective relations are governed by the principle of competence.

In an evolutionary perspective, however, it is argued that a unifying effect could be produced by the establishment of ordinary law-making procedures, whose scope might gradually extend to cover a large area of EU competences. In areas of overlapping competence in which EU action is governed by the same law-making procedure, conflicts among sources hav-

ing a diverse basis of competence is likely to erupt and should be dealt with by recourse to the ordinary conflict-settling principles. The author argues that the establishment of a uniform decision-making procedure, mainstreaming into the EU legal system the notion of general will, and not so much the adoption of a new terminology for the EU sources, might have the effect of recasting unity and coherence in the system of the EU sources.