

# IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Anno XVI Fasc. 2 - 2011

Direttore: Antonio Tizzano

Roberto Baratta

---

## SULLE FONTI DELEGATE ED ESECUTIVE DELL'UNIONE EUROPEA

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

## Sulle fonti delegate ed esecutive dell'Unione europea

di ROBERTO BARATTA

---

SOMMARIO: I. Cenni sul nuovo assetto delle fonti. — II. La distinzione tra delega legislativa e atti esecutivi alla luce del criterio gerarchico. — III. Funzioni legislative e competenze esecutive in capo alla Commissione: rispettivi ambiti di applicazione e sfere di discrezionalità. — IV. Il controllo sull'esercizio delle funzioni delegate e delle competenze esecutive. — V. Il modello centralizzato di attribuzioni alla Commissione: il controllo a maggioranza qualificata invertita. — VI. Conclusioni.

---

I. A partire dagli anni settanta la giurisprudenza della Corte di giustizia ha progressivamente riconosciuto che nel sistema delle fonti esistono elementi di gerarchia formale. Sul piano dei valori sostanziali, si è inoltre affermata l'inderogabilità di determinate *regole fondative* collocate al vertice del sistema stesso. Le distinzioni tra diritto primario e secondario<sup>1</sup>, tra atto di base e di esecuzione<sup>2</sup> sono esemplificazioni significative di tale ricostruzione. Anche l'assunzione di norme internazionali (consuetudinarie e derivanti da accordo) in diversi livelli del sistema delle fonti poggia sulla priorità del diritto primario e sull'inderogabilità di taluni valori dell'Unione<sup>3</sup>, considerati dalla Corte in una prospettiva di *costituzionalizzazione materiale* di certe *regole fondative*, come dimostra la sentenza *Kadi*<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. tra le ultime Corte giust. 6 maggio 2008, causa C-133/06, *Parlamento c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-3189 ss., punto 54.

<sup>2</sup> Cfr. Corte giust. 10 maggio 1971, causa 38/78, *Tradax*, in *Racc.*, p. 145 ss. e 23 ottobre 2007, causa C-403/05, *Parlamento c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-9045 ss.

<sup>3</sup> Cfr. Corte giust. 16 giugno 1998, causa C-162/96, *Racke*, in *Racc.*, p. I-3655 ss. (sul rispetto delle norme consuetudinarie in materia di diritto dei trattati) e soprattutto 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi*, in *Racc.*, p. I-6351 ss. Uno dei primi autori a sostenere l'opportunità di introdurre nei Trattati il principio di gerarchia delle fonti è stato A. TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie*, in questa *Rivista*, 1996, p. 57 ss.

<sup>4</sup> Cfr. Corte giust. 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van gen d en Loos*, in *Racc.*, p. 1 ss., e 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts*, in *Racc.*, p. 1338, punto 23; e i pareri 26 aprile 1977, n. 1/76, in *Racc.*, p. 741 punto 12; 14 dicembre 1991, n. 1/91, in *Racc.*, p. I-6079 ss., punto 21. In dottrina cfr. in particolare A. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 1994, p. 924 ss.; J.H.H. WEILER, *Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *Eur. Law Journ.*, 1995, p. 219 ss.; K. LENAERTS, *La constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union européenne*, in *En*

Il fatto che la norma superiore, per motivi formali e/o sostanziali, sia parametro di validità di quella inferiore non esclude poi che eventuali aporie tra fonti di diverso rango possano risolversi, se del caso, tramite il metodo dell'interpretazione conforme, né che i rapporti tra atti-fonte del medesimo rango siano inoltre soggetti ai criteri del rispetto delle differenti basi giuridiche, di specialità e di successione nel tempo.

Nei suoi punti cardinali tale impostazione non sembra essere stata smentita dal Trattato di Lisbona <sup>5</sup>. Anzi sembra uscirne rafforzata. Lo "Stato di diritto" — in una accezione ampia e idonea ad assumere un significato poliedrico, comprensivo dei principi di legalità, di legittimazione democratica, di tutela giurisdizionale effettiva, ecc. — è per la prima volta menzionato nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali e nell'art. 2 TUE tra i valori cui si ispira l'Unione nel suo insieme. Per altro verso, anche il rapporto tra fonti primarie e derivate potrebbe ricostruirsi in termini più variegati se si ammettesse, per interpretazione, l'esistenza di atti intermedi. Si pensi ai casi in cui i Trattati permettono alla norma secondaria di modificarli o integrarli. Ne sono esempi, da un lato, talune decisioni "passerella" che comportano il passaggio alla procedura legislativa ordinaria con conseguente abbandono dell'unanimità in seno al Consiglio senza richiedere atti di ratifica nazionali <sup>6</sup>; dall'altro, gli atti destinati a emendare il diritto primario con *speciali meccanismi di produzione giuridica*, quale quello previsto dall'art. 126, par. 14,

---

*hommage à Francis Delpérée: itinéraires d'une constitutionnaliste*, Bruxelles, 2008, p. 815 ss.; *Id.*, *De Rome à Lisbonne, la Constitution européenne en marche?*, in *Cahiers droit europ.*, 2008, p. 229 ss.; A. VON BOGDANDY, *Founding principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch*, in *European Law Journal*, 2010, p. 95-111, in part. p. 106 ss. Sul principio di legalità cfr. L. PECH, *'A Union Founded on the Rule of Law': Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2010, p. 359 ss.

<sup>5</sup> La riforma, oltre a mantenere le disposizioni che giustificano la superiorità del diritto primario rispetto a fonti derivate (v. in particolare, gli articoli 263, 216, par. 2 e 218, par. 11, TFUE), ribadisce implicitamente la priorità dei Trattati là dove precisa che il TUE e il TFUE "hanno lo stesso valore giuridico" (art. 1, comma 3, TUE) e che la Carta dei diritti fondamentali possiede "lo stesso valore giuridico dei Trattati", cui devono assimilarsi i Protocolli e gli Allegati che ne sono "parte integrante" (art. 51 TUE). Di recente P. MORI, *Rapporti tra fonti nel diritto dell'Unione europea. Il diritto primario*, Torino, 2010, in part. p. 89 ss. e 276 ss., ha rilevato che la divisione tra diritto primario e secondario va "parzialmente ridimensionata", essendovi valori e principi fondamentali che si collocano in "posizione di sostanziale primazia", nonché atti, un tempo formalmente primari, progressivamente divenuti sub-primari.

<sup>6</sup> Ad esempio, l'art. 81, par. 3, comma 2, TFUE, relativo alla decisione del Consiglio, adottata su proposta della Commissione che "determina gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali e che potrebbero formare oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo". La procedura è gravata dall'ulteriore filtro dei Parlamenti nazionali: l'opposizione di uno solo di essi impedisce l'adozione della decisione (art. 81, par. 3, comma 3).

comma 2, TFUE, che consente di modificare il Protocollo sui disavanzi pubblici eccessivi senza richiederne l'approvazione in base alle disposizioni costituzionali degli Stati membri <sup>7</sup>. In quanto distinti dalle procedure (ordinarie e semplificate) di revisione, fondate su procedure formali di ratifica, ma nel contempo idonei a modificare il diritto primario, i relativi atti potrebbero considerarsi alla stregua di fonti intermedie poste fra Trattati e fonti secondarie, non derogabili da queste ultime non solo in virtù del rispetto della base giuridica esplicitamente prevista, ma anche in ragione del criterio gerarchico <sup>8</sup>.

Scendendo un livello della gerarchia è noto poi come il Trattato di Lisbona abbia inteso semplificare il diritto derivato, riducendo le categorie degli atti adottabili dalle istituzioni. A parte la specificità del settore PESC/PESD che sembra rispondere a logiche non del tutto riconducibili a un disegno unitario, non è più contemplata la categoria degli accordi internazionali tra Stati membri (destinata

---

<sup>7</sup> Quando invece tale ultimo requisito sia richiesto ma si consideri alla stregua non di una ratifica formale, bensì di una semplice approvazione *ex post* dell'assenso del Governo espresso in seno al Consiglio, l'esito non sarebbe dissimile. Ad esempio, l'art. 25, comma 2, TFUE prevede che, con delibera all'unanimità secondo procedura legislativa speciale, il Consiglio possa adottare disposizioni intese a completare i diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione in aggiunta a quelli previsti dall'art. 20, par. 2 TFUE; una situazione analoga si riscontra negli artt. 223, par. 1, comma 2 e 262 TFUE. La questione di sapere se si tratti nella specie di una ratifica ovvero di assenso ad essa non equiparabile va risolta in base ai rispettivi ordinamenti costituzionali. In Italia sembra prevalere la seconda prospettiva. Nel d.d.l. n. 3866 (presentato alla Camera dei Deputati il 16 novembre 2010) di riforma della legge 11/2005 i meccanismi di revisione semplificata e quelli che danno luogo ad una modifica dei Trattati con decisione unanime dei Governi, le Camere si pronunciano con deliberazione espressa che non dà luogo ad un atto formale di ratifica. Per un precedente in tale direzione si ricordi che la modifica dell'Atto del 1976 (recante le disposizioni comuni in tema di elezioni del Parlamento europeo a suffragio universale diretto), approvata dal Consiglio con decisione 2002/772, ebbe attuazione con legge n. 78 del 2004 con cui il Parlamento italiano esprime l'approvazione della decisione suddetta, senza dare luogo ad una legge di autorizzazione alla ratifica in senso proprio (v. GU n. 74 del 29 marzo 2004).

<sup>8</sup> È dubbio invece che talune fonti regolamentari abbiano natura "quasi costituzionale". Si pensi ad esempio al regolamento n. 1/58 che definisce (ai sensi dell'art. 342 TFUE) il regime linguistico delle istituzioni dell'Unione (ad eccezione della Corte di giustizia) ovvero al regolamento che disciplina i meccanismi di controllo che gli Stati esercitano sugli atti esecutivi adottati dalla Commissione. Il fatto che le istituzioni siano vincolate nella loro attività di produzione normativa da tali regolamenti indurrebbe ad attribuire loro carattere sopra legislativo. Certo, in passato la stessa Corte ha stabilito che il legislatore non può in principio discostarsi dai criteri che presidono alla definizione del tipo di procedura di "comitologia", salvo che non motivi in modo appropriato la diversa scelta. Tuttavia, non sembra esservi nulla di particolare nel fatto che un atto legislativo vincoli le istituzioni. Inoltre, la circostanza che detti regolamenti non possano essere derogati se non tramite la procedura legislativa espressamente prevista dalle relative norme di diritto primario non implica necessariamente che quei regolamenti abbiano natura sopralegislativa (in senso contrario v. invece J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, 2004, p. 453). Si potrebbe al limite parlare di fonti secondarie *protette* perché modificabili esclusivamente tramite le procedure specificamente previste dai trattati, ma non attraverso atti legislativi aventi differenti basi giuridiche.

probabilmente a restare nella loro disponibilità se compatibile con gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione), mentre è stata codificata quella delle intese e degli accordi interistituzionali, arricchendo così il quadro delle fonti subordinate ai Trattati.

Una delle novità più interessanti è data dalla duplice articolazione del diritto derivato, ripartito in atti legislativi e non legislativi<sup>9</sup>, al fine di introdurre *formalmente* un criterio gerarchico nel sistema delle fonti<sup>10</sup>. Nel processo decisionale soltanto i primi sono soggetti al controllo di sussidiarietà ad opera dei Parlamenti nazionali (art. 5, par. 3, TUE) e muovono in principio da una proposta della Commissione (art. 17, par. 2, TUE) — ciò che le attribuisce un ruolo rilevante (non sempre evidenziato) nel delineare il contenuto finale dell'atto<sup>11</sup>. Si qualificano in chiave legislativa unicamente gli atti adottati mediante procedura legislativa (art. 289, par. 3, TFUE) — definizione in sé formalistica e *circolare* perché è tale l'atto adottato con procedura legislativa ordinaria o speciale<sup>12</sup>. Il rapporto tra le due procedure è assimilabile a quello tra regola generale e regola speciale<sup>13</sup>. Non sarebbe agevole sostenere che le procedure che

<sup>9</sup> Nel corso del negoziato di Lisbona è caduta l'ipotesi di aggiungere nel titolo dell'atto legislativo il qualificativo corrispondente. Peraltro, il regolamento di procedura del Consiglio (GUUE L 325 dell'11 dicembre 2009, p. 36) contempla la nozione di "atto legislativo" e di "deliberazioni legislative" (art. 7), ma anche di "proposta non legislativa" di particolare rilievo (art. 8), al fine nel primo caso di imporre la seduta pubblica del Consiglio e, nel secondo, di prevedere l'apertura al pubblico delle sessioni, pur lasciando un margine di discrezionalità a Presidenza, Consiglio e Coreper (art. 8, par. 1, comma 2).

<sup>10</sup> M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not Hearts*, in *Common Market Law Rev.*, 2008, p. 617 ss., p. 646-647.

<sup>11</sup> La proposta della Commissione non può essere modificata in Consiglio che all'unanimità, sebbene nulla escluda che la prima concordi emendamenti nel senso suggerito da uno o più Stati (v. art. 293 TFUE). Qualora invece il Consiglio deliberi su raccomandazione della Commissione, il Consiglio non subisce tali restrizioni.

<sup>12</sup> La prima, così definita in quanto meccanismo generale di adozione degli atti, pone Parlamento e Consiglio nella congiunta veste di legislatori (art. 294 TFUE); la seconda, applicabile se specificamente prevista dai Trattati, consiste nell'attribuire la funzione decisionale unicamente al Parlamento oppure al Consiglio, con la "partecipazione", rispettivamente, dell'uno o dell'altro. La definizione neutra di procedura legislativa speciale non esprime il fatto che nella grande maggioranza dei casi il ruolo decisionale è riservato al Consiglio (cfr. le osservazioni critiche di U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione Europea*, 5ª ed., Milano, 2009, p. 154 s.).

<sup>13</sup> Si è voluto semplicemente affermare che la funzione legislativa è in principio condivisa da Parlamento e Consiglio, oltre a rappresentare quella cui tende il sistema, essendo realizzabile con meccanismo di revisione semplificato (art. 48, par. 7, comma 2, TUE). Le due procedure sono dotate di pari forza normativa, non essendo dimostrabile la superiorità dell'una sull'altra; sono perfettamente fungibili e la preferenza per una di esse si spiega in virtù di scelta politica. Ad esempio, l'art. 182 in tema di ricerca scientifica stabilisce, al par. 1, che i programmi quadro pluriannuali sono approvati con procedura ordinaria. A loro volta, tali programmi quadro sono eseguiti da programmi specifici (parr. 3 e 4) adottati con procedura speciale previa consultazione del Parlamento e del Comitato economico e sociale. Ciò si spiega facilmente: i programmi specifici sono atti a contenuto maggiormente sensibile, rispetto ai quali i redattori del Trattato hanno relegato il Parlamento ad un ruolo consultivo.

valorizzano il ruolo del Parlamento, in quanto più coerenti con il principio democratico, possiedano maggior forza normativa di altre. È però prospettabile che le prime debbano preferirsi in caso di parziale sovrapposizione di basi giuridiche. In altri termini, detto principio potrebbe giustificare l'interpretazione restrittiva della sfera di applicazione della procedura che attribuisce un peso meno incisivo all'istituzione parlamentare, senza ovviamente privarla di effetto utile. Si favorirebbe così il peso di quest'ultima nel processo legislativo.

L'introduzione del criterio gerarchico nelle fonti secondarie non risolve peraltro talune incoerenze sistematiche. Vi sono ad esempio atti-fonte espressamente qualificati come legislativi speciali che richiedono l'approvazione degli Stati conformemente alle rispettive procedure costituzionali (art. 25, comma 2, TFUE): se non si annoverano tra le fonti intermedie, dovrebbero essere equiparati alle procedure di revisione, mentre sembra improprio qualificarli come misure legislative, essendo volte a completare il diritto primario<sup>14</sup>. Vi è poi l'eterogenea categoria degli atti che sono *non* legislativi nella forma. Alcuni sembrano collocabili in un modello di *amministrazione esecutiva diretta* e quindi fuori dell'ambito legislativo, come le disposizioni destinate ad attuare norme primarie secondo un modello in cui la Commissione (particolarmente nel Trattato Euratom e nel settore della concorrenza) e la Banca centrale europea svolgono un ruolo prioritario<sup>15</sup>. Più difficilmente qualificabili, ma di particolare spessore politico, sono i provvedimenti con i quali il Consiglio europeo — che per definizione non svolge funzioni legislative<sup>16</sup> — stabilisce la composizione del Parlamento europeo (art. 14, par. 2, comma 2, TUE) o il numero dei Commissari (art. 17, par. 5, TUE) o ancora la decisione del Consiglio che constata l'esistenza di un rischio grave di violazione dei valori dell'Unione (art. 7, par. 1, TUE). Non facilmente comprensibile è poi l'assenza di indicazioni da parte dei Trattati riguardo agli atti che sembrano molto simili a quelli legislativi e che tuttavia non sono formalmente considerati tali. È il caso ad esempio di talune misure relative alla politica agricola

---

<sup>14</sup> M. DOUGAN, op. cit., p. 644-645, qualifica le clausole passerella come atti non legislativi.

<sup>15</sup> Nel Trattato Euratom il controllo di sicurezza negli Stati membri è devoluto alla Commissione (v. artt. 77 ss. della versione consolidata del Trattato). L'esecuzione amministrativa è affidata alla Commissione in materia di concorrenza (artt. 105, 106 e 108 TFUE), di bilancio (art. 317 TFUE), di gestione dei fondi, in materia di trasporti (art. 96 TFUE). Riguardo alla BCE si può ricordare l'autorizzazione all'emissione di banconote in euro all'interno dell'Unione (art. 128, par. 1, TFUE).

<sup>16</sup> V. art. 15, par. 1 e 24, par. 1, comma 2, TUE.

comune e della pesca (art. 43, par. 3, TFUE), alla cooperazione amministrativa (art. 74 TFUE) e alla concorrenza (art. 103 TFUE)<sup>17</sup>. Al contrario, vi sono “misure esecutive” adottate con procedura legislativa speciale previa approvazione parlamentare (art. 311, comma 4, TFUE). Né mancano atti atipici rispetto alle usuali denominazioni, quali ad esempio gli “orientamenti” in materia di mercato interno (art. 26, par. 3, TUE). Un’altra ipotesi di non facile classificazione, e di non scarso rilievo istituzionale e politico, riguarda la clausola di flessibilità (art. 352 TFUE). Se anche si ammettesse che le istituzioni possano definire in proprio, volta per volta, la natura dell’atto non qualificato dai Trattati<sup>18</sup>, si dovrebbe comunque verificare se esso interferisce con altre fonti secondarie e risolvere le aporie con gli usuali criteri del rispetto della base giuridica, di successione nel tempo, di specialità e dell’interpretazione conforme.

Ne segue che, pur essendo innegabili i meriti della riforma in termini di semplificazione e di razionalizzazione del sistema delle fonti, persiste qualche carenza di rigore sistematico<sup>19</sup>. In tale contesto la formalizzazione del criterio gerarchico nella definizione dei rapporti tra fonti legislative e non legislative reca una razionalizzazione del sistema normativo che si presta ad essere valutata anche in termini di principi di legalità e di separazione dei poteri. In questa chiave di lettura si intendono considerare, nelle riflessioni che seguono, le due nuove categorie di atti-fonti, gli atti delegati e quelli esecutivi, nonché i limiti che dovrebbero presiedere all’esercizio delle rispettive funzioni.

II. Conviene anzitutto ricordare che tali due categorie di atti possiedono proprie specificità anche perché sono volte a rendere operative norme secondarie, costituendo così fonti di terzo grado, ad esse subordinate<sup>20</sup>. L’atto delegato è diretto ad una cerchia indeter-

---

<sup>17</sup> M. DOUGAN, op. cit., p. 647 s. (riguardo alle norme sulla concorrenza).

<sup>18</sup> Per tale ipotesi v. J.-C. PIRIS, *The Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis*, Cambridge, 2010, p. 97.

<sup>19</sup> Tali incertezze risalgono in parte al quadro delle fonti delineato nel Trattato “costituzionale” che prevedeva la distinzione tra atti legislativi e non legislativi (cfr. K. LENAERTS, M. DESOMER, *Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures*, *European Law Journ.*, 2005, p. 744 ss., nonché E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti dell’Unione europea*, in questa *Rivista*, 2005, p. 651 ss., spec. p. 662-664, che privilegiava un lettura riduttiva del criterio gerarchico in tale Trattato). Né fu possibile affrontare taluni nodi sistematici del Trattato costituzionale nel corso dei negoziati politici che condussero al mandato alla CIG del 2007, essendo altri gli obiettivi che occorreva in quel momento perseguire.

<sup>20</sup> Per una diversa prospettiva v. S. MIGLIORINI, *La continuità degli atti comunitari e del terzo pilastro dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 421 ss., p. 425.



minata di soggetti (non può applicarsi a misure individuali) ed è destinato a modificare o integrare determinati elementi non essenziali di un atto legislativo (non può riguardare misure puramente esecutive), recando quindi disposizioni di natura vincolante. La delega prefigura una *funzione legislativa materiale* i cui obiettivi, contenuto, portata e durata sono definiti *ex ante* nello strumento di base (art. 290 TFUE)<sup>21</sup>. Ulteriori “condizioni” sono del pari fissate “esplicitamente” nell’atto legislativo, sono destinate però ad agire *ex post* rispetto alla proposta della Commissione e “possono” — così recita l’art. 290, par. 2, TFUE — consistere nella revoca e nell’assenza di obiezione da parte di Parlamento o Consiglio (che deliberano, rispettivamente, a maggioranza dei membri e a maggioranza qualificata)<sup>22</sup>. Malgrado il Trattato non lo precisi, la revoca (da parte di un titolare del potere legislativo) è destinata ad abrogare la delega con effetto *ex nunc*, non pregiudicando quindi la validità delle norme delegate adottate in precedenza, mentre l’obiezione è meno invasiva poiché, in linea di principio, impedisce l’entrata in vigore del solo atto proposto dalla Commissione.

Nella logica gerarchica che ha ispirato l’introduzione di queste categorie di atti-fonte, i limiti (*ex ante* e *ex post*) alla delega legislativa, e volti ad incidere su elementi dell’atto di base e/o sui suoi allegati, devono considerarsi immanenti e imperativi all’atto di delega poiché questo determina lo spostamento della funzione dal potere legislativo alla Commissione. Essa dovrebbe quindi costruirsi in termini di esercizio di funzione delegata, piuttosto che di autentico esercizio di competenze legislative ad opera della Commissione. Non sarebbero ammissibili deleghe illimitate nella portata e nella

---

<sup>21</sup> *Contra* J.-C. PIRIS, *La comitologie: vers l'épilogue d'une longue saga?*, in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de J. P. Jacqué*, Paris, 2010, p. 547 ss., per il quale si tratta di competenza non legislativa. Parla invece di atti legislativi “in nature” P. CRAIG, *The Treaty of Lisbon: process, architecture and substance*, in *Eur. Law Rev.*, 2008, p. 161.

<sup>22</sup> Allorché attribuita, la delega legislativa si articola in varie fasi. Nella *preparazione dell'atto delegato*, la Commissione si è già obbligata unilateralmente a consultare in modo sistematico e non selettivo gli esperti nazionali (punto 4.2 della comunicazione del 2009). Sulla base della prima prassi applicativa della delega, l'*Intesa interistituzionale* (di cui *infra*, nota 29) reca un “considerando” che fa riferimento alla consultazione informale “a livello di esperti”: si è così soddisfatta l’esigenza del Parlamento europeo di essere totalmente equiparato al Consiglio. Tali consultazioni appaiono in sintonia con la logica di fondo cui si ispirano i Trattati non solo e non tanto in ragione della Dichiarazione n. 39 allegata al Trattato di Lisbona, quanto e soprattutto in virtù dell’art. 11 TUE. La *fase successiva alla proposta di atto delegato* è incentrata sull’esercizio da parte del legislatore dei poteri di revoca (v. art. a, punto 3 delle clausole modello contenute nell'*Intesa*) e di obiezione, esercitabile in principio entro due mesi dalla notifica dello stesso ai colegislatori, termine estensibile per altri due mesi su richiesta di uno di essi (art. a, punto 5 delle clausole modello). Vi è infine la fase finale di pubblicazione dell’atto delegato nella Gazzetta ufficiale dell’Unione. L'*Intesa* stabilisce altresì la pubblicazione degli atti di revoca, di obiezione e di rinnovo.



durata, che costituirebbero *eccessi di delega*. Né — in virtù di interpretazione letterale del termine “possono” — sembrano possibili deleghe a tempo indeterminato che non siano accompagnate dalle facoltà di revoca e di obiezione in capo al legislatore. Il principio di separazione dei poteri — cui si ispira funzionalmente l’ordinamento dell’Unione, in virtù dei principi di attribuzione (art. 4 TUE) e dello *Stato di diritto* (art. 2 TUE) — induce a pensare che la revoca e l’obiezione siano *condizioni minime*, sostituibili dal legislatore solo ricorrendo a meccanismi di controllo equivalenti. Non vuol certo sostenersi un’accezione negativa del nuovo istituto, ma soltanto sottolinearne i limiti immanenti. Al contrario, la sua (positiva) finalità va individuata nello snellimento della produzione legislativa: la Commissione è infatti chiamata a definire le particolarità normative nel rispetto dei limiti imposti dal legislatore, che è in grado di conseguenza di esercitare in modo più efficiente le sue potestà<sup>23</sup>. In questa prospettiva non è concepibile che l’atto delegato assuma, per una sorta di *incorporazione transitiva*, il rango di fonte legislativa in termini formali, sebbene possa apparire tale. La Commissione non è dotata di competenze legislative, svolge funzioni delegate e circoscritte dal legislatore. Nel rapporto tra atto legislativo e atto delegato emerge dai Trattati un elemento gerarchico e di separazione dei poteri che appare indispensabile per comprendere la nuova tipologia di fonti.

L’atto esecutivo, a sua volta, comprende le misure necessarie per rendere concretamente operativi gli atti giuridicamente vincolanti dell’Unione (art. 291, par. 1, TFUE). Pur non rappresentando una particolare novità rispetto al precedente quadro normativo<sup>24</sup>, il diritto primario, da un lato, ne definisce la titolarità in chiave trilaterale (Stati membri, Consiglio e Commissione) e, dall’altro, impone di adottare *preventivamente* “le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo” sull’esercizio dei poteri esecutivi, ove essi siano conferiti alla Commissione (art. 291, par. 3, TFUE). In quest’ultimo caso, la finalità di questa tipologia (definibile) di *competenza amministrativa* risiede storicamente — similmente alla delega legislativa — nell’esigenza di disporre di norme esecutive uni-

<sup>23</sup> Tale novità risale, come è noto, al Trattato costituzionale: cfr. ad esempio H. HOFMANN, *A Critical Analysis of the New Typology of Acts in the Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe*, in *European Integration online Papers* (EIoP) Vol. 7 (2003) N° 9; <http://eiop.or.at/eiop/texte/2003-009a.htm>, p. 1 ss., spec. p. 4 ss.

<sup>24</sup> La figura dell’atto esecutivo era implicitamente prevista dall’art. 202 TCE, là dove stabiliva che il Consiglio “conferisce alla Commissione, negli atti che esso adotta, le competenze di esecuzione delle norme che stabilisce”; il Consiglio poteva altresì sottoporre “a determinate modalità” il relativo esercizio o “riservarsi di esercitare direttamente competenze di esecuzione”.

formi, cui si risponde affidandone l'adozione ad un organo comune con procedure semplificate<sup>25</sup>, ma conservando nel contempo un certo grado di controllo sulle stesse in capo agli Stati. Quando ciò accade, Commissione e Consiglio (quest'ultimo eccezionalmente<sup>26</sup>) esercitano competenze esecutive.

Il Trattato di Lisbona ha quindi separato la funzione delegata da quella esecutiva affidata alla Commissione, in precedenza racchiuse, in modo anomalo, nell'involucro unitario delle competenze di attuazione svolte per il tramite di procedure di comitato (o *comitologia*, secondo un frequente neologismo)<sup>27</sup>. Pur assumendo la veste di fonti *lato sensu* di terzo grado, destinate a integrare o rendere applicabile l'atto di base, atto delegato ed atto esecutivo sono ricostruibili in relazione gerarchica: il secondo non può derogare il primo, il quale afferisce alla funzione legislativa, seppure per i suoi soli profili non essenziali. Si profilerebbe altrimenti la violazione indiretta dell'atto legislativo. È inoltre ragionevole pensare, in base ad una lettura sistematica degli articoli 290 e 291 TFUE, che la Commissione non possa conferire a se stessa, tramite atto delegato, il potere di esecuzione. In altre parole, l'atto delegato non pare in sé annoverabile negli atti giuridicamente vincolanti che possono essere all'origine di misure esecutive da parte della Commissione. Qualora le norme delegate le esigessero, queste potrebbero essere adottate dalle amministrazioni nazionali. Frequentemente accade poi che il legislatore definisca esattamente *a priori* i differenti compiti attribuiti alla Commissione rispettivamente in sede di delega e di esercizio di competenze esecutive: tale istituzione tende ad esaurire la funzione delegata e rende superflua l'ipotesi di ulteriori atti di mediazione normativa da parte statale.

### III. L'introduzione nel sistema degli atti delegati e di quelli

---

<sup>25</sup> Il punto è messo in luce da U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, 2a ed., Bari, 2010, p. 200.

<sup>26</sup> E in modo anomalo secondo K. LENAERTS, M. DESOMER, op. cit., p. 756.

<sup>27</sup> La novità dell'atto delegato è in effetti relativa. Originata da una prassi delle istituzioni, poi codificata e delineata nel Trattato costituzionale, la fattispecie è stata disciplinata per la prima volta dalla "procedura di regolamentazione con controllo" prevista dall'art. 5 *bis* della decisione n. 1999/468 ("comitologia"), come modificata nel 2006 (v. G. CAGGIANO, *Il consolidamento della disciplina delle misure d'esecuzione e della comitologia a Trattato invariato*, in *Studi int. europ.*, 2006, p. 516 s.). Questa riforma — voluta dal Parlamento europeo in un momento caratterizzato da notevole incertezza sul futuro del Trattato costituzionale — ha dato luogo, negli anni 2007 e 2008, ad un'opera imponente di allineamento di circa 250 atti dell'*acquis* alla nuova procedura, destinata ad essere superata e verosimilmente ri-allineata all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (come previsto da D. ANGELET, *La comitologie*, in *Journal de droit européen*, 2009, p. 103 s.). V. altresì *infra* nota 30

esecutivi pone a volte il legislatore dinanzi al problema di distinguere, in termini concettuali e pratici, gli uni dagli altri, allorché occorra integrare l'atto legislativo con norme posteriori di rango subordinato<sup>28</sup>. Se è vero, come accennato, che la norma delegata e quella esecutiva agiscono su piani diversi, non intercambiabili — la prima afferendo alla produzione legislativa, la seconda concernendo la funzione esecutiva — non è meno vero che nella prassi istituzionale la differenza tra le due fonti di terzo grado non è sempre percepita, potendo anche dare luogo a *forzature* in un senso o nell'altro. Il primo anno di prassi applicativa del Trattato di Lisbona mostra chiaramente che il Parlamento europeo preferisce il ricorso all'art. 290 TFUE in ragione dei poteri di controllo che esso detiene sull'attività della Commissione, di cui è invece sprovvisto in sede di esecuzione, ad eccezione di un *droit de regard* qualora l'atto di esecuzione ecceda i poteri conferiti dall'atto di base. Il Consiglio e la Commissione invece (là dove ricorrano i presupposti per l'esercizio da parte di quest'ultima delle funzioni esecutive) dispongono di maggiore flessibilità, potendo fruire — come si vedrà — di un certo margine, rispettivamente, di controllo e di intervento in entrambe le ipotesi di adozione di norme di terzo grado. Divergenze possono tuttavia aversi quando il Consiglio ad esempio ravvisi la necessità di riservare a se stesso la funzione esecutiva (ipotesi rara) o voglia garantirsi la “procedimentalizzazione” della fase di consultazione degli esperti nazionali nell'esercizio della potestà delegata, dato che solo le competenze esecutive danno luogo a forme di *comitologia*, mentre la delega legislativa poggia sulla consultazione informale degli esperti e non prefigura alcun loro ruolo nel processo decisionale dell'atto delegato.

Nell'esame delle fonti di terzo grado giova tener conto di una *Intesa interistituzionale* (denominata *Common Understanding*)<sup>29</sup> e

<sup>28</sup> M. DOUGAN, op. cit., p. 617 ss., osserva che le due fonti sono “mutually exclusive, yet the criterion for distinguishing between them leave much to the imagination”.

<sup>29</sup> L'*Understanding*, approvato nel dicembre 2010 dal Consiglio e aperto alle adesioni di Commissione e Parlamento (che lo ha approvato il 3 marzo 2011), costituisce in parte uno sviluppo della comunicazione della Commissione del 9 dicembre 2009 (v. *infra*, nota 36) e della prassi concernente il primo anno di applicazione dello strumento della delega legislativa. La nuova *Intesa* non è destinata ad abrogare detta comunicazione, la quale contiene l'importante impegno della Commissione a consultare “sistematicamente” e in modo non selettivo gli esperti nazionali prima dell'esercizio della delega, esteso a quelli indicati dal Parlamento in virtù della prassi applicativa e del punto 4 dell'*Understanding*. Pur non avendo la natura formale di accordo interistituzionale, l'*Understanding* è a volte formulato in termini vincolanti: si pensi all'obbligo di cooperare e di intraprendere contatti interistituzionali appropriati al fine di agevolare l'esercizio della delega (punto 2). In sintesi, tale accordo informale definisce le modalità e i limiti (anche temporali, dovuti ai *recess periods* del Parlamento) di trasmissione dei documenti da parte della Commissione (punti 5-7), la durata della delega (punti 8-9), i

del regolamento applicativo dell'art. 291, par. 3, TFUE, i quali ne hanno di recente precisato le concrete modalità operative. Si tratta di atti che si collocano nel solco delle (numerose) misure applicative delle riforme istituzionali imposte dal Trattato di Lisbona. Conviene in generale ricordare che l'art. 290 TFUE aveva implicitamente fatto venir meno una parte dello strumento con il quale il Consiglio aveva complessivamente e tradizionalmente inquadrato — in una chiave intergovernativa, denominata “procedure di comitato” — l'esercizio del potere di esecuzione normativa conferito alla Commissione. Si allude alla procedura di comitato c.d. “di regolamentazione con controllo”, introdotta nel 2006<sup>30</sup>, la cui sfera di applicazione tendeva a coincidere con quella del nuovo istituto della delega legislativa. Con una Dichiarazione congiunta delle istituzioni si stabilì che detta procedura non sarebbe stata più inserita negli atti posteriori all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, mentre le procedure precedentemente approvate avrebbero continuato a funzionare in attesa di un loro riallineamento al nuovo quadro normativo. Per il resto la decisione 1999/468 avrebbe continuato ad applicarsi temporaneamente in attesa del nuovo regolamento sulle procedure di comitato<sup>31</sup>.

Più in generale poi una nuova disciplina del controllo degli Stati sull'attività esecutiva della Commissione era necessaria poiché, con la riforma di Lisbona, è profondamente mutato il quadro di riferimento normativo dell'esecuzione: la procedura di adozione dell'atto destinato a disciplinare la *comitologia* è quella legislativa ordinaria,

---

termini per opporsi alle proposte della Commissione (punti 10-11), l'esercizio della delega con procedura di urgenza se prevista dall'atto di base (punti 12-15), le disposizioni relative alla pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* (punti 16-18), gli oneri in caso revoca della delega (punti 19-20), nonché infine le clausole modello (contenute nell'allegato) cui il legislatore dovrebbe ispirarsi (per motivo di uniformità) in sede di devoluzione della delega.

<sup>30</sup> Cfr. la decisione 2006/512/CE (in argomento v. M. SZAPIRO, *Comitologie: rétrospective et prospective après la réforme de 2006*, in *Rev. droit Union europ.*, 2006, p. 545 ss.). La ragion d'essere della procedura di regolamentazione con controllo risiedeva nel fatto che all'elevazione del Parlamento al ruolo di colegislatore non aveva mai corrisposto, in parallelo, l'attribuzione al medesimo di un ruolo significativo, equiparabile a quello del Consiglio, nel controllo di misure esecutive adottate dalla Commissione ogniqualvolta tale potere le fosse stato conferito da un atto di base approvato in codecisione. La procedura c.d. “di regolamentazione con controllo” aveva quindi inteso consentire ai due colegislatori di esercitare un controllo preliminare sulle misure esecutive della Commissione.

<sup>31</sup> Nella Dichiarazione relativa all'applicazione dell'art. 291 TFUE (approvata in Consiglio il 22 dicembre 2009), Parlamento europeo e Consiglio, constatata l'intenzione della nuova Commissione di adottare la proposta legislativa al più presto, si impegnarono a raggiungere un accordo rapidamente con l'obiettivo di farla entrare in vigore entro la fine della Presidenza spagnola (giugno 2010). Esse concordarono che fino a quel momento la decisione n. 1999/468 avrebbe continuato ad applicarsi alla nuova legislazione, ad eccezione della procedura di regolamentazione con controllo (la quale, peraltro, continua a ricevere applicazione solo per gli atti che l'avevano contemplata fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in attesa di essere progressivamente sostituita dallo strumento della delega legislativa).

mentre in passato il ruolo decisionale era riservato al Consiglio, il quale, per di più, aveva la facoltà di disciplinare la materia <sup>32</sup> e nel farlo aveva eluso fino al 2006 le richieste di maggiori poteri del Parlamento. La nuova disciplina — che il Trattato impone di adottare *preventivamente* — si ispira al classico sistema della *comitologia* <sup>33</sup>, esclude — a differenza del passato — che Parlamento e Consiglio possano svolgere un ruolo di controllo e reca una serie di procedure con le quali la Commissione riceve anche la necessaria expertise, di cui essa spesso difetta, dei rappresentanti nazionali riuniti in comitati, che appunto assistono l'istituzione <sup>34</sup>. Essa tende altresì a razionalizzare le numerose procedure speciali di comitato (esistenti soprattutto nella politica commerciale comune) in un sistema unico e generale. Poco dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Commissione ha proposto il regolamento di cui all'art. 291, par. 3, TFUE, mentre le istituzioni interessate avevano convenuto nel frattempo di adoperarsi per approvarlo nel più breve tempo possibile. Il nuovo regolamento, adottato in prima lettura nel dicembre 2010 e applicabile dal 1° marzo 2011, reca un testo assai complesso, frutto di numerosi compromessi politici. <sup>35</sup>

D'altronde, anche le fonti delegate richiedevano uno strumento che ne precisasse *a priori* regole e principi uniformi, nonostante che la Commissione, poco dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ne avesse invocato il carattere *self-executing* <sup>36</sup>. Soddisfatte

---

<sup>32</sup> Ai sensi dell'art. 202 TCE, ora abrogato, il Consiglio "può" sottoporre l'esercizio delle competenze di esecuzione a determinate modalità.

<sup>33</sup> Di fronte all'alternativa di abolire le procedure di comitato o di conservarle, si è registrata una notevole convergenza istituzionale verso la seconda opzione sin dalla proposta della Commissione e in virtù di un deciso orientamento consiliare in tal senso. Peraltro, è teoricamente prospettabile che regole e principi di controllo, ad opera degli Stati, sull'attività esecutiva della Commissione si realizzi al di fuori della convocazione formale di comitati. Un simile scenario appare tuttavia difficilmente accettabile dai Governi.

<sup>34</sup> Per G.J. BRANDSMA, *Accountability Deficits in European Comitology Decision-Making*, in *European Integration online Papers* (EioP) Vol. 11 (2007) N° 4, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2007-004a.htm>, p. 1 ss., nei comitati "the spirit of expertise prevails" (p. 5).

<sup>35</sup> Ciò dimostra l'importanza in termini politico-economici e quantitativi della materia: G.J. BRANDSMA, *Accounting for input in comitology committees: an uncomfortable silence*, in *Journal of European Public Policy*, 2010, p. 407-505, rammenta che nel 2008 erano operanti 236 comitati, i quali si sono riuniti in poco meno di 1000 occasioni a Bruxelles, concorrendo, negli ultimi cinque anni, all'adozione di circa il 60% del diritto derivato, per un totale di circa 270 atti nel 2008. Oltre alla delicatezza della materia, anche l'esigenza di racchiudere la disciplina in un solo atto ha contribuito a rendere molto più complesso l'originario disegno normativo. L'esito finale disattende in parte le originarie aspettative di semplificazione della *comitologia*.

<sup>36</sup> Cfr. la *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Implementation of Article 290 of the Treaty on the Functioning of the European Union*, COM(2009) 673 final del 9 dicembre 2009, *sub* n. 1. Ne era probabilmente consapevole la stessa Commissione, la quale se, da un lato, ha sostenuto che l'art. 290 "does not require the adoption of any binding instrument of secondary legislation to ensure its implementation; it is sufficient

dette esigenze in via provvisoria con accordo informale del dicembre 2009, fondato su una comunicazione della Commissione e su una dichiarazione unilaterale del Consiglio<sup>37</sup>, con il *Common Understanding* del dicembre 2010 si è chiuso l'iter istituzionale, volto a garantire la coerenza, l'omogeneità e la prevedibilità nel ricorso alla delega legislativa e a definirne una serie di modalità operative di cui i Trattati sono carenti: si pensi soprattutto alla procedura di adozione dell'atto delegato e alla possibilità di esercitare la delega in date situazioni di urgenza. La necessità di accordare (in "casi eccezionali", quali ad esempio la protezione della salute umana o a crisi umanitarie) un potere delegato d'urgenza ha indotto le tre istituzioni a interpretare estensivamente la disposizione relativa all'obiezione. Invero, l'art. 290, par. 2 lett. b) TFUE, concepisce l'obiezione quale strumento che impedisce l'entrata in vigore dell'atto delegato, mentre il *Common Understanding* stabilisce che, in caso di urgenza, l'obiezione operi *ex post*<sup>38</sup>. L'interpretazione estensiva della dispo-

---

in itself and contains all the elements required by the legislator for defining, case by case, the scope, content and practical arrangements for delegating powers", subito dopo riconosceva l'utilità "to define the general framework within which such delegations of powers should operate".

<sup>37</sup> La Dichiarazione del Consiglio del dicembre 2009 prende atto della comunicazione e attribuisce particolare importanza all'impegno assunto dalla Commissione di consultare sistematicamente gli esperti nazionali. In effetti, la comunicazione (COM (2009) 673 finale) chiarisce che nella fase preparatoria dell'atto delegato la Commissione si obbliga in quel senso, salvo nel caso in cui la preparazione dell'atto delegato non richieda una "nuova expertise". Gli esperti disporranno del tempo necessario per contribuire effettivamente alla decisione della Commissione. Questa potrà inoltre formare nuovi gruppi di esperti o avvalersi di quelli esistenti. Se si considera che, in linea di principio, una comunicazione ha natura vincolante per l'istituzione che l'adotta, la comunicazione equivale all'assunzione di un obbligo di consultazione sistematica e non selettiva degli esperti nazionali. L'esito della consultazione non vincola la Commissione che conserva così l'autonomia che l'art. 290 TFUE le conferisce, sebbene l'istituzione debba motivare le ragioni del suo eventuale orientamento in senso diverso da quello indicato dalla maggioranza degli esperti. Sembra interessante notare che la Commissione dichiara di voler costituire un meccanismo di allarme (definito "early warning system") affinché il legislatore possa esercitare i suoi poteri di controllo nel periodo anteriore all'entrata in vigore dell'atto delegato, oltre ad impegnarsi, per i dossiers sensibili, a fornire informazioni aggiuntive al legislatore relativamente agli atti delegati che intende adottare. Sarebbe da trattarsi di un meccanismo informale di confronto tra Commissione e Consiglio qualora in settori delicati la prima intenda non conformarsi ai suggerimenti ricevuti da un certo numero di esperti nazionali. La comunicazione riguarda anche la fase posteriore dell'adozione dell'atto delegato, incentrata sui controlli del legislatore. In estrema sintesi, la Commissione suggerisce che: a) l'esercizio dei poteri di revoca e di obiezione devono essere motivati dal legislatore che se ne avvalga (al riguardo può notarsi che sebbene la comunicazione non sia in grado di imporre un obbligo corrispondente al legislatore, la necessità di motivare l'atto di revoca e di obiezione risponde a un principio generale dell'ordinamento dell'UE); b) il conferimento di un potere delegato alla Commissione non dovrebbe essere temporalmente circoscritto e, al limite, dovrebbe applicarsi una clausola di rinnovo automatico (in pratica, il Trattato di Lisbona non legittimerebbe pratiche di c.d. *sunset clauses*).

<sup>38</sup> In altri termini, la misura proposta dalla Commissione entra in vigore immediatamente e continua ad essere applicata salvo che una delle due istituzioni legislative si opponga,



sizione sembra coerente con la finalità intrinseca dell'istituto e va a beneficio dell'efficienza legislativa.

Venendo alla distinzione tra atti delegati e competenze esecutive, può rilevarsi che i primi possono concernere per definizione il solo atto legislativo, mentre le seconde riguardano un più vasto ambito di applicazione, essendo riferibili a qualunque norma giuridicamente vincolante dell'Unione, inclusi gli accordi internazionali conclusi nell'ambito delle sue competenze. Sono invero concepibili misure esecutive adottate in seguito a procedura di comitato anche per gli atti legislativi: infatti non tutti i regolamenti legislativi, ancorché direttamente applicabili, sono necessariamente *self-executing*; e purché siano salve le prerogative nazionali in merito alla forma e ai mezzi di attuazione nell'ordinamento nazionale, una direttiva potrebbe essere oggetto di talune misure esecutive uniformi della Commissione. Non sembrano concepibili invece forme di *comitologia* riguardo ad atti non vincolanti: ove necessario, questi dovrebbero ricevere esecuzione dalla Commissione senza forme di controllo statale.

Il riferimento ai differenti ambiti di applicazione è relativo quando l'atto di base abbia natura legislativa; nel qual caso, potendo aversi tanto l'uno che l'altro, le differenti sensibilità di Parlamento e Consiglio possono divergere. Certo, il legislatore può, non deve, delegare alla Commissione il potere di integrare o modificare elementi non essenziali dell'atto di base, mentre è in principio vincolato nel conferire competenze esecutive alla Commissione. Peraltro, la minaccia di rifiutare la delega da parte del Consiglio, al fine di mantenere il compito di integrazione normativa all'interno del processo legislativo, è di scarsa effettività. Lasciando da parte le resistenze del Parlamento, la delega, se prevista nella proposta legislativa della Commissione, può essere rimossa solo all'unanimità dal Consiglio ed è molto raro che la Commissione non disponga di almeno un alleato tra i Governi, la maggioranza consiliare contraria alla devoluzione della delega potendo al massimo determinare il blocco dell'*iter* legislativo. Del resto, poiché — come accennato — la ragion d'essere della delega risiede nell'alleggerire l'attività legislativa, permettendole di occuparsi delle sole prescrizioni generali e di principio, è ovvio che un vantaggio del genere è percepibile anche dai Governi, cui non sfugge l'agilità dello strumento di delega ri-

---

determinando così l'abrogazione della stessa: v. punto 14 e l'Articolo B (di cui all'allegato) del *Common Understanding*.



spetto alla lunghezza, peraltro accresciutasi nel tempo, del processo di produzione legislativa.

Non sarebbe poi plausibile prospettare che soltanto gli atti delegati possiedono portata generale. Al pari della scienza giuridica amministrativa interna, anche l'ordinamento dell'Unione conosce ipotesi di misure di attuazione indirizzate ad una cerchia indifferenziata di soggetti, *a priori* non determinabile<sup>39</sup>. Sarebbe quindi incongruo affermare che, ogniqualvolta la Commissione è chiamata ad esercitare un potere normativo di terzo grado con provvedimento di portata generale, l'atto di base non potrebbe contemplare che lo strumento della delega. Come già affermato, è vero che gli autori dei Trattati, imprimendo natura normativa all'atto delegato, lo hanno necessariamente concepito come atto non applicabile a misure individuali; correlativamente, la norma di terzo grado destinata a soggetti determinati per definizione non può avere natura delegata, ma esclusivamente esecutiva<sup>40</sup>; tuttavia, la norma rivolta ad una sfera indeterminata di soggetti può essere il frutto tanto di un potere delegato, quanto di una competenza esecutiva<sup>41</sup>. Inoltre, poiché norma delegata ed esecutiva sono in principio vincolanti, una differenza tra di esse non può essere concepita sulla base di questo elemento.

Resta da delineare la demarcazione sostanziale tra atti delegati (generalmente per definizione) e atti esecutivi rivolti ad una cerchia indeterminata di soggetti. Naturalmente, i primi si caratterizzano, sul piano concettuale, per avere natura *materialmente* legislativa. Non attiene invece all'attività legislativa quella svolta dalla Commissione (o in casi eccezionali dal Consiglio) ai sensi dell'art. 291 TFUE. Entrambe poi si configurano come attività soggette tendenzialmente a revisione periodica — a differenza degli atti propriamente legislativi che hanno vocazione alla stabilità — e in principio *dovute*, sanzionabili quindi in caso di omissione con il procedimento in carenza o, se devolute agli Stati, con procedura di infrazione. Sarebbe stato quindi superfluo prevedere simili conseguenze nel *Common Understanding* o nel nuovo regolamento sulle procedure di comitato.

---

<sup>39</sup> Cfr. Corte giust. 23 febbraio 2006, causa C-122/04, *Commissione c. Parlamento europeo e Consiglio*, in *Racc.*, p. I-2001 ss., punto 41.

<sup>40</sup> Cfr. R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in questa *Rivista*, 2008, p. 29; H. HOFMANN, *Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality*, *Eur. Law Journ.*, 2009, p. 482 ss., p. 488.

<sup>41</sup> Correttamente, l'art. 2 del nuovo regolamento sulle procedure di comitato ne prevede l'applicazione agli "atti di esecuzione di portata generale".

Il potere legislativo delegato si caratterizza inoltre per essere dotato di maggiore discrezionalità rispetto a quello esecutivo, essendo il primo chiamato a introdurre nell'atto legislativo norme non essenziali, di tipo integrativo o modificativo, aventi quindi portata innovativa. Tuttavia, la differenza tra le due fonti in chiave di maggiore (atto delegato) o minore (atto esecutivo) discrezionalità conferita alla Commissione non dovrebbe enfatizzarsi oltre misura. Un'accurata delimitazione dei poteri delegati in termini di obiettivi, di contenuto, di portata e di durata — come in principio richiesto dall'art. 290, par. 1 TFUE — è suscettibile di ridurre le differenze rispetto all'esercizio della funzione esecutiva. D'altronde, vi sono casi in cui la natura emendativa dell'allegato ad un atto legislativo è puramente formale, la Commissione svolgendo in realtà un'attività esecutiva<sup>42</sup>. Non necessariamente quindi, in termini sostanziali, l'emendamento ad un atto legislativo si presta ad essere inquadrato nello schema della legislazione delegata. Nondimeno, è vero che i Trattati tendono a far prevalere il criterio distintivo formale secondo cui la norma emendativa appartiene in sé alla legislazione delegata. In quei limitati casi il controllo delle istituzioni finirebbe e finisce comunque per avere poco senso.

In sede di delega legislativa, il compito di sostituire con altre norme quelle contenute nell'atto di base ha natura emendativa: ragioni di ordine testuale (la lettera appare redatta in termini ampi) e di teoria generale (gli emendamenti sono usualmente inclusi nel concetto di modifica di un testo normativo) depongono in questo senso. Il concetto di "modifica" include altresì l'abrogazione *tout court* di elementi non essenziali dell'atto di base. La misura intesa a modificare, nei due sensi appena indicati, elementi non essenziali di un atto legislativo è quindi per definizione di natura delegata e non può essere considerata di tipo esecutivo. Diversamente occorre argomentare riguardo al concetto di integrazione, di introduzione di elementi normativi nuovi, non contemplati originariamente nell'atto di base. La misura che lo *integri, completi*, aggiungendovi previsioni normative ulteriori, non presenta, dal punto di vista formale, differenze rispetto all'atto esecutivo<sup>43</sup>. È questo un *punto grigio* della

---

<sup>42</sup> Ad esempio, l'attività che la Commissione è chiamata a svolgere ai sensi dell'art. 74 del regolamento n. 44/2001 (in base al quale gli Stati membri notificano alla Commissione una serie di elementi normativi propri dell'ordinamento interno che devono essere riprodotti negli allegati da I a IV del regolamento, affinché la Commissione adegui di conseguenza gli allegati in questione) appare a rigore sostanzialmente esecutiva poiché l'istituzione non possiede margini di discrezionalità.

<sup>43</sup> Quale esempi di misure che sembrano preludere ad atti di natura integrativa v. di recente l'art. 1, par. 6 del regolamento n. 304/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del

distinzione tra atto delegato e atto esecutivo, e di possibile attrito tra le istituzioni, come dimostra la breve esperienza applicativa della procedura di comitato di regolamentazione con controllo che poneva un problema analogo.

È vero infine che la nozione di “elemento non essenziale” propria della delega è in sé ambigua, la questione dovendosi risolvere, in definitiva, caso per caso<sup>44</sup>. Tale ambiguità riflette la giurisprudenza della Corte di giustizia che ha elaborato, a partire dagli anni settanta, il concetto di elemento essenziale riservato alla *legislatio*, individuandolo nelle disposizioni che contengono gli orientamenti fondamentali della politica delle istituzioni<sup>45</sup>. La giurisprudenza non giustificerebbe comunque la pratica — cui a volte ricorre la Commissione<sup>46</sup> — di equiparare automaticamente l'allegato di un atto legislativo ad un elemento non essenziale. Va aggiunto che le prescrizioni relative ad un elemento essenziale non possono essere

---

9 marzo 2011, recante modifica del regolamento n. 708/2007 del Consiglio relativo all'impiego in acquacultura di specie esotiche e di specie localmente assenti (in *GUUE* L 88 del 4 aprile 2011, p. 1) e l'art. 12, par. 4 lett. a) della direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011 concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera (in *GUUE* L 88 del 4 aprile 2011, p. 45).

<sup>44</sup> Cfr. l'esame svolto nelle conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro nella causa C-133/06, cit., p. I-3197 ss.

<sup>45</sup> La Corte di giustizia distinse la misura esecutiva da quella legislativa, affermando che quest'ultima non potrebbe essere esercitata dalla Commissione pena la violazione del diritto primario e del principio delle competenze di attribuzione. Nella sentenza *Köster* (17 dicembre 1970, causa 25/70, in *Racc.*, p. 1161 ss.), la Corte — richiesta di annullare una misura in materia agricola adottata da un comitato di gestione — precisò anzitutto che la questione riguardava la compatibilità della misura “con la struttura comunitaria e con l'equilibrio fra istituzioni, per quanto riguarda sia i rapporti fra loro, sia l'esercizio delle rispettive attribuzioni”. Nell'affermare la legittimità della misura, la Corte asserì che “[n]on si può pretendere che tutti i particolari dei regolamenti relativi alla politica agricola comune siano fissati dal Consiglio mediante il procedimento” legislativo, il quale “si deve ritenere osservato qualora i punti essenziali della disciplina siano stati stabiliti in modo conforme al procedimento” contemplato dalla procedura legislativa (punto 6). In questa sentenza la Corte introdusse quindi per la prima volta il concetto di elemento essenziale, da disciplinare esclusivamente in sede legislativa, senza tuttavia dare indicazioni ulteriori in proposito. La Corte è tornata sulla questione nella sentenza 27 ottobre 1992, causa C-240/90, *Germania c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-5383 ss., in cui si pronunciò sulla validità di una misura esecutiva di carattere sanzionatorio (in materia agricola) poiché *inter alia*, secondo la Germania, le sanzioni che si spingano oltre il rimborso di una somma non dovuta al singolo toccano i suoi diritti fondamentali e non potrebbe pertanto essere delegata alla Commissione. Nel rispondere negativamente a questo motivo di impugnazione, la Corte chiarì che — nel quadro del sistema legislativo stabilito dal Trattato CE — la qualificazione di elemento essenziale, enunciato nella sentenza *Köster*, va riservato alle disposizioni che contengono gli orientamenti fondamentali della disciplina (punto 37). Tali non erano le sanzioni, secondo la Corte. V. anche la Trib. I grado 10 febbraio 2004, cause riunite T-64/01 e T-65/01, *Afrikanische Frucht-Compagnie GmbH c. Consiglio e Commissione*, in *Racc.*, p. II-521 ss.

<sup>46</sup> Cfr. ad esempio la proposta di direttiva che istituisce uno spazio ferroviario unico COM(2010)475 def. del 17 settembre 2010 che attribuisce deleghe illimitate nel tempo e nella portata alla Commissione al fine di modificare gli allegati in funzione “dell'esperienza acquisita” (artt. 7, par. 2 e 60).

oggetto di delega (art. 290, par. 1, seconda frase, TFUE), altrimenti si altererebbe la ripartizione funzionale delle competenze stabilita dal diritto primario, il quale si informa così al principio della *riserva assoluta di legislazione*, e si violerebbe il principio della separazione delle competenze insito nell'art. 13, par. 2, TFUE.

IV. Le fonti in esame possono esaminarsi anche dal punto di vista dell'istituzione (il Parlamento europeo e/o il Consiglio) autorizzata a delegare le funzioni normative delegate ed esecutive. In entrambe le fattispecie, all'istituzione stessa spetta il potere di controllarne l'esercizio. Conviene precisare che la delega legislativa è concepita per essere applicabile in sede di procedura legislativa ordinaria: ne è prova il fatto che l'art. 290, par. 2, TFUE conferisce i poteri di revoca e di obiezione, disgiuntamente esercitabili, a Parlamento e Consiglio. Benché l'ipotesi non sia prevista, nulla esclude che la delega sia attivabile anche in sede di procedura legislativa speciale. In tal caso, la delega sarà conferita dalla sola istituzione dotata del potere di adottare l'atto. Conseguentemente, ad essa soltanto spetteranno i poteri di obiezione e revoca. Si delinea così un *parallelismo perfetto* tra competenza a delegare e titolarità ad esercitare i poteri di controllo sull'esercizio della stessa: unicamente il titolare ultimo del potere legislativo (speciale) è abilitato a svolgere i controlli corrispondenti. In questa prospettiva non sembra quindi esservi spazio per l'applicazione ad entrambe le istituzioni legislative dell'art. 290, par. 2, TFUE, se la delega è conferita in sede di procedura speciale. Ed è quindi logicamente difficile ammettere che l'istituzione titolare del potere legislativo speciale possa condividere con l'istituzione consultata i poteri di revoca e obiezione in ragione del principio secondo cui le istituzioni agiscono nei limiti dei poteri conferiti loro dai Trattati (art. 13, par. 2, TFUE). Si altererebbe, in caso contrario, la perfetta simmetria disegnata dai redattori della riforma<sup>47</sup>.

Per quel che concerne la competenza esecutiva, l'art. 291 TFUE scinde la titolarità del potere di attribuzione della stessa dalla funzione di controllo, limitandosi a stabilire che là dove il potere di dare esecuzione ad un atto (giuridicamente vincolante) dell'Unione sia devoluto alla Commissione, il controllo perde in apparenza natura istituzionale, spettando agli "Stati membri". Il parallelismo, nella logica dei Trattati, va in questo caso rinvenuto su un piano diverso: tra la funzione esecutiva, attribuita in principio alle amministrazioni

---

<sup>47</sup> Per una diversa impostazione cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2010, p. 193.

nazionali (art. 291, par. 1, TFUE), e il potere di controllo, riservato agli Stati membri, allorché la Commissione sia chiamata ad esercitare tale competenza (art. 291, par. 3, TFUE). Naturalmente, se invece è il Consiglio ovvero sono gli Stati membri a svolgere la funzione esecutiva non avrebbe senso invocare il controllo statale tramite procedimento di *comitologia*, riscontrandosi già una coincidenza (formale nel caso del Consiglio) tra tali entità e i rappresentanti degli Stati che dovrebbero assumere il ruolo di controllori riuniti nel comitato. Ciò non significa che in tali situazioni non vi sia controllo, ma solo che esso è *diffuso* (spettando a Commissione, Parlamento e agli individui) e risponde alle logiche generali dei Trattati.

V. Altri elementi distintivi possono essere ricercati dal punto di vista dei soggetti chiamati ad esercitare le funzioni delegate e quelle esecutive. Ora, la delega legislativa non può essere conferita che alla Commissione. Coerentemente è stato adottato un *modello centralizzato della delega legislativa*. L'esercizio della competenza (esclusiva, concorrente o complementare che sia) da parte dell'Unione non potrebbe infatti tollerare l'affidamento all'esterno della funzione delegata<sup>48</sup>. Si registra così una differenza strutturale con la competenza esecutiva che è invece, di regola, esercitabile al di fuori del quadro istituzionale (gli Stati). In effetti, l'attuazione della norma legislativa e, più in generale, dell'atto giuridicamente vincolante ricade nella sfera della Commissione ove siano "necessarie condizioni uniformi di esecuzione", la necessità risiedendo nel fatto che, sulla base di una valutazione discrezionale, l'eterogeneità dell'esecuzione comprometterebbe l'intrinseca uniformità delle norme comuni. Solo in casi specifici "debitamente motivati" e in materia di PESC<sup>49</sup> — ma anche in virtù di norme specifiche sparse nei Trattati<sup>50</sup> — il relativo potere appartiene al Consiglio. Resta fermo che in principio è invece compito degli Stati rendere operanti gli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione<sup>51</sup>: si dissocia così la compe-

---

<sup>48</sup> La possibilità teorica che in passato in luogo della procedura di regolamentazione con controllo si poteva riservare il compito di modificare o integrare l'atto adottato in codedizione agli Stati membri costituiva in sé una anomalia di principio.

<sup>49</sup> Cfr. art. 291, par. 2 TFUE e Corte giust. 18 gennaio 2005, C-257/01, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-345 ss., punto 51.

<sup>50</sup> Ad esempio, in materia di attuazione delle misure di prevenzione e di lotta contro il terrorismo, è il Consiglio a svolgere le competenze di esecuzione su proposta della Commissione (art. 75, comma 2 TFUE).

<sup>51</sup> Cfr. artt. 4, par. 3, comma 2, TUE e 291, par. 1, TFUE. Per R. SCHUTZE, *From Rome to Lisbon: "Executive federalism" in the (new) European Union*, in *Common Market Law Rev.*, 2010, p. 1385-1427, l'affidamento agli Stati membri delle competenze esecutive "confirms and constitutionalizes ... the idea of executive federalism" (p. 1398).

tenza dell'Unione ad adottarli da quella esecutiva<sup>52</sup>, salvo a non considerare le autorità nazionali organi di fatto dell'Unione o porsi nella logica dello *sdoppiamento funzionale* di questi ultimi — prospettive che tenderebbero a far coincidere i due livelli di competenza in capo all'Unione.

La circostanza che la riforma di Lisbona avrebbe definitivamente chiarito la titolarità ultima delle competenze esecutive, (ri)affermando il *modello decentralizzato o indiretto* in capo agli Stati membri<sup>53</sup>, non reca comunque argomenti decisivi per risolvere i problemi di coesistenza tra i due piani di produzione normativa di terzo grado in esame. In effetti, tale questione si pone nella prassi allorché sia in gioco l'attribuzione al medesimo soggetto, la Commissione, della funzione delegata ovvero di quella esecutiva. Si può ragionevolmente sostenere che lo stesso legislatore sia tenuto a conferire il potere di attuare la norma di base alla Commissione (o eccezionalmente al Consiglio) ove l'uniformità sia condizione essenziale di attuazione della misura legislativa<sup>54</sup>.

Si ri-afferma così il *modello centralizzato o diretto*, in capo all'Unione, del potere esecutivo<sup>55</sup>. In altri termini, constatata l'esigenza di uniformità, il potere esecutivo rientra nelle prerogative della Commissione *in virtù del diritto primario*. Ciò spiega *inter alia*

---

<sup>52</sup> In altri termini la competenza legislativa dell'Unione è dissociata da quella esecutiva. Egualmente, la valutazione della sussidiarietà propria dell'atto di base tende a collimare con quella dell'esercizio delle competenze di esecuzione ove queste siano affidate alla Commissione.

<sup>53</sup> Gli argomenti testuali sono recati dagli articoli 4, par. 3, comma 2 TUE e 291, par. 1, comma 1, TFUE. Cfr. J.-C. PIRIS, op. cit., il quale sottolinea che la competenza esecutiva è affidata agli Stati membri.

<sup>54</sup> Né i Trattati, né il regolamento *comitologia* risolvono la questione relativa alla possibilità che la Commissione sub-deleghi le competenze esecutive ad altri organi e, in particolare, ad agenzie: la sentenza *Impresa Meroni* ha posto limiti molto stringenti (Corte giust. 13 giugno 1958, 10/56, *Impresa Meroni e Co., Industrie Metallurgiche c. Alta Autorità della CEEA, Racc.*, p. 53 ss., p. 68 ss., stabili che è incompatibile con il Trattato l'esercizio di poteri delegati a condizioni diverse da quelle cui sarebbe stata soggetta l'Alta Autorità ove li avesse direttamente esercitati e che, in ogni caso, lo è l'ipotesi di delega di poteri discrezionali ad organi diversi da quelli cui il diritto primario li conferisce nell'ambito delle rispettive attribuzioni). La Commissione peraltro potrebbe ottenere un effetto simile avvalendosi di entità esterne, ma mantenendo sotto la propria responsabilità l'adozione delle misure di attuazione. È vero però che l'intero sistema delle agenzie meriterebbe una attenta riconsiderazione anche alla luce delle novità di Lisbona.

<sup>55</sup> In realtà, si potrebbe argomentare nel senso che i redattori dei Trattati abbiano accolto entrambi i modelli, centralizzato e decentralizzato, determinando le condizioni che presidono all'uno o all'altro. Comunque, il principio dell'amministrazione indiretta si spiega in pratica anche con l'esigenza di non costituire un immenso corpo amministrativo dell'Unione, lasciando alle autorità nazionali la responsabilità di far rispettare le norme comuni e di prendere le necessarie misure generali e individuali. Per l'idea che la *comitologia* possa considerarsi un sistema di amministrazione mista cfr. R. SCHUTZE, op. cit., p. 1419 ss. (con ulteriori riferimenti bibliografici).



il motivo per cui il controllo degli Stati nella *comitologia* sia ridimensionato e, nel contempo, sia valorizzato il ruolo della Commissione. Nella *procedura di consultazione*, è la Commissione a decidere, pur tenendo nella massima considerazione le conclusioni del dibattito in comitato e il parere espresso a maggioranza semplice dei membri del comitato<sup>56</sup>. Nella *procedura di esame* il quadro normativo è senz'altro più complesso, essendo articolato in due fasi (comitato ordinario e comitato d'appello o di riesame) combinate con diverse varianti<sup>57</sup>. In linea generale, può rilevarsi che la Commissione resta in posizione di preminenza poiché, per respingere il progetto di atto esecutivo, è necessario il parere negativo reso sulla base delle regole della maggioranza qualificata previste per il Consiglio: in pratica, l'assenza di parere, in ragione di una minoranza di blocco favorevole alla proposta, permette alla Commissione di adottare il progetto normativo ovvero, in certi casi, di condurlo dinanzi al *comitato di appello* che opera con le stesse modalità di voto di quello ordinario<sup>58</sup>. Una ulteriore conferma di tale tendenza è data dal fatto che le competenze esecutive della Commissione possono

---

<sup>56</sup> V. art. 4 del nuovo regolamento sulle procedure di comitato.

<sup>57</sup> Entrambi i comitati sono presieduti dalla Commissione. Il comitato di appello (da costituirsi entro il 1° aprile 2011) è concepito quale ulteriore istanza di riesame politico composto da rappresentanti degli Stati membri di "livello adeguato" (se necessario, anche Ministri): in pratica, il Comitato di appello è unico, ma a composizione variabile, dato che ogni Stato decide il proprio livello di rappresentanza secondo l'interesse politico-economico contingente dell'ordine del giorno.

<sup>58</sup> La procedura di esame — che pone regole di controllo più stringenti rispetto a quella di consultazione — prevede, in termini generali, che la proposta della Commissione: a) entri in vigore in caso di parere positivo reso a maggioranza qualificata dal comitato (una Dichiarazione interistituzionale allegata al nuovo regolamento chiarisce che un mutamento delle circostanze intervenuto successivamente al voto del Comitato possa indurre la Commissione a non adottare l'atto proposto); b) non entri in vigore in caso di parere negativo, ferma restando la possibilità che la Commissione si rivolga al comitato d'appello o sussistano i presupposti per l'applicazione della deroga in casi eccezionali che permette l'adozione della misura anche in caso di parere negativo, ma con l'obbligo di rinvio immediato della questione al comitato d'appello (art. 7); c) possa essere adottata in assenza di parere, salvo determinati casi "sensibili" o di maggiore rilievo politico in cui la Commissione deve adire il Comitato d'appello. In pratica, le regole di voto del Comitato, anche d'appello, agevolano l'adozione della misura esecutiva proposta dalla Commissione poiché di regola è solo il parere negativo, reso sulla base delle regole della maggioranza qualificata previste per il Consiglio, che consente di respingere la misura, mentre l'assenza di parere, in ragione di una minoranza di blocco favorevole alla proposta, permette alla Commissione di adottare il progetto normativo ovvero, in certi casi, di condurlo dinanzi al *comitato di appello* che opera con le stesse modalità di voto di quello ordinario. È stata infine creata una procedura di urgenza, applicabile "per motivi imperativi di urgenza debitamente giustificati" che permette all'atto di base di prevedere l'adozione di misure esecutive prima che il comitato si esprima (art. 8). Una serie di regole esortative rivolte alla Commissione ovvero di natura transitoria e l'unica eccezione prevista in materia di adozione di misure definitive di salvaguardia commerciale, in quanto frutto di compromessi politici, non incidono sull'assetto generale come definito dal legislatore.



sfuggire *in toto* alle procedure di comitato qualora l'atto di base non le preveda.

Si profila, di conseguenza, anche in virtù del nuovo regolamento sulle procedure di comitato, una certa somiglianza di funzionamento con la delega legislativa, la quale, spettando ancora alla Commissione *e sempre in base al diritto primario*, è sottoposta ad un meccanismo di obiezione di regola preventivo (da parte del titolare del potere legislativo) funzionante, rispetto al Consiglio, sulla base della *maggioranza qualificata invertita*: la norma delegata proposta dalla Commissione è approvata salvo che il Consiglio non la respinga a maggioranza qualificata. Ne segue che, se il Consiglio non è in grado di esprimersi in senso negativo, a causa di una minoranza di blocco favorevole (che impedisce il rigetto della proposta), né *a fortiori* in senso positivo, l'atto delegato entra egualmente in vigore<sup>59</sup>. Tale principio si applica anche là dove il Consiglio nell'atto di delega speciale si sia dovuto esprimere all'unanimità: basta un consenso inferiore (la minoranza di blocco favorevole) per adottare la norma delegata. Analogamente, il Parlamento si pronuncia sulla proposta della Commissione a maggioranza dei membri che lo compongono, più gravosa di quella ordinaria (maggioranza dei suffragi espressi).

La regola peculiare della maggioranza qualificata invertita, in sede di delega legislativa e di comitato d'esame, si configura come un meccanismo di voto tendente ad agevolare l'approvazione dell'atto proposto dalla Commissione (che diviene, per così dire, *semiautomatico*). In chiave di equilibri istituzionali, la riduzione dell'incidenza del Consiglio e del Parlamento (rispetto alla norma delegata) e degli Stati membri (rispetto alla misura esecutiva adottata a seguito di procedura di consultazione o d'esame) si comprende in ragione del fatto che la Commissione nella delega legislativa esercita

---

<sup>59</sup> Con la maggioranza qualificata invertita la misura proposta dalla Commissione è approvata se il Consiglio non la respinge a maggioranza qualificata: in pratica, è sufficiente (fino al 31 ottobre 2014) una minoranza di blocco (91 voti su 355) che impedisca un voto di rigetto affinché la misura entri in vigore. Per contro, con la tecnica di voto costituita dall'approvazione di un atto a maggioranza qualificata, l'atto stesso entra in vigore solo se nel Consiglio si forma tale maggioranza a favore della proposta: in pratica, è sufficiente una minoranza di blocco che impedisca l'approvazione della proposta affinché quest'ultima non entri in vigore. In altri termini, più empirici, il *reverse majority voting* implica che la proposta della Commissione divenga operativa se una minoranza di Governi (pari a 91 voti ponderati) sono a favore, mentre il meccanismo della maggioranza qualificata favorevole alla proposta richiede in principio il consenso sulla stessa della maggioranza ponderata dei Governi (pari ad almeno 255 voti). Certo, in quest'ultimo caso può apparire incongruo che una minoranza di Stati (eguale o di poco superiore a 91 voti) sia in grado di impedire l'approvazione dell'atto proposto dalla Commissione. Tuttavia, questa è l'inevitabile conseguenza della regola generale del Trattato.

una funzione rilevante direttamente dal diritto primario, nei limiti definiti dalla fonte legislativa che ne precisa obiettivi, contenuto e durata; similmente, si può argomentare in relazione al potere esecutivo conferito alla Commissione ed esercitato sotto il controllo di un comitato<sup>60</sup>. In altre parole, il *reverse majority voting* possiede una sua precisa ragion d'essere, nell'ambito degli equilibri istituzionali, quando la Commissione esercita un potere quasi legislativo ovvero esecutivo in forza dei Trattati poiché ne rafforza l'esercizio e il ruolo di istituzione che persegue con indipendenza gli interessi generali dell'Unione (art. 17 TUE) sulla base di principi, regole, modalità e limiti predeterminati dal legislatore ai sensi, rispettivamente, degli articoli 290, par. 1, comma 2, e 291, par. 3, TFUE. In questo modello ricostruttivo del sistema, appare coerente che si affievolisca la discrezionalità politica insita nel controllo devoluto ai Governi operanti, rispettivamente, nel Consiglio e nelle procedure di comitato<sup>61</sup>. La Commissione infatti è chiamata a svolgere una competenza *direttamente affidata dal diritto primario*, sul presupposto, s'intende, che la stessa la eserciti (*rectius*, debba esercitarla) in funzione degli interessi collettivi. Se non lo facesse la Commissione romperebbe i delicati equilibri disegnati dai Trattati e pregiudicherebbe il rapporto di fiducia intorno al quale il bilanciamento istituzionale è costruito; verrebbe meno — dovrebbe dirsi — ai suoi doveri fondamentali in quanto i Trattati le assegnano la funzione *ministeriale* di servizio del *bene comune* (art. 17, par. 1, TUE), funzione che, nel caso dell'attività delegata ed esecutiva, presuppone, per quanto ridotta, una certa discrezionalità che *deve* essere indirizzata a quel fine.

Giova infine sottolineare che l'assimilazione, testé rilevata, tra le modalità di funzionamento del Consiglio (nella delega) e dei comitati d'esame (nell'esecuzione) si inquadra in una comune logica di fondo. Anche il sistema della *comitologia* tende a conformarsi allo schema organizzativo del Consiglio nella composizione e nelle modalità di voto. La circostanza che i comitati siano presieduti dalla Commissione non appare decisiva per escludere la rilevata assimi-

---

<sup>60</sup> Per una prospettiva simile cfr. J. P. JACQUÉ, *Le traité de Lisbonne. Une vue cavalière*, in *Rev. trim. droit europ.*, 2008, p. 439 e R. SCHUTZE, op. cit., p. 1398 ss.

<sup>61</sup> La ricostruzione qui proposta della *comitologia* supera le teorie che la considerano come uno strumento di "deliberation by policy experts" oppure una "arena for intergovernmental bargaining": così invece, anche per ulteriori riferimenti, J. BLOM-HANSEN, G. J. BRANDSMA, *The EU Comitology System: Intergovernmental Bargaining and Deliberative Supranationalism?*, in *Journal of Common Market Studies*, 2009, p. 719-740.

lazione, dato che il rappresentante della Commissione non partecipa al voto.

VI. L'ordinamento dell'Unione — pur con le sue specificità <sup>62</sup>, in modo funzionale e non organico — si ispira al *principio di separazione dei poteri* <sup>63</sup>. Nel sistema sovranazionale emerso dal Trattato di Lisbona, tale principio opera quale criterio di delimitazione e regolazione di funzioni distinte, sostanzialmente corrispondenti alla posizione di norme legislative (*legis latio*), riservata in principio a Parlamento e Consiglio, e all'attuazione di quelle norme e degli atti giuridicamente vincolanti (*legis executio*), affidata agli Stati, al Consiglio o alla Commissione <sup>64</sup>. Delega legislativa e atto esecutivo costituiscono fonti normative separate e gerarchicamente ordinate tra loro, pur traendo origine dalla comune esigenza di sganciare dal processo legislativo i dettagli di una certa disciplina, da un lato, e l'adozione di norme esecutive uniformi, dall'altro, affidandoli a procedure semplificate. Rispetto a entrambe la Commissione esercita compiti che il diritto primario le affida espressamente. Ma la delega è *necessariamente predeterminata* in ragione dei limiti e delle condizioni che il diritto primario impone al legislatore e all'esercizio della delega. Il rispetto dello *Stato di diritto* (art. 2 TFUE) esige comunque il controllo giurisdizionale sugli atti delegati ed esecutivi, in quanto atti della Commissione soggetti a controllo di legittimità ai sensi dell'art. 263, comma 1, TFUE, attivabile anche dagli individui nei limiti previsti dall'art. 263, comma 4 TFUE. Si è rilevata poi in precedenza la sindacabilità dell'eccesso di delega (nei limiti anzi-

<sup>62</sup> Dovute essenzialmente al fatto che l'ordinamento dell'Unione non è assimilabile ad un sistema di derivazione internazionalistica, disponendo di competenze sovrane (almeno nella prospettiva della Corte di giustizia) ed essendo integrato e complementare rispetto agli ordinamenti nazionali sulle cui tradizioni costituzionali radica la sua esistenza. La dottrina al riguardo è vasta: v. da ultimo K. LENAERTS, *Droit international et autonomie constitutionnelle de l'ordre juridique de l'Union*, in questa *Rivista*, 2010, p. 555 ss.

<sup>63</sup> Cfr. K. LENAERTS, *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community*, in *Common Market Law Rev.*, 1991, p. 25 ss. Per una impostazione opposta cfr. U. DRAETTA, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, 3ª ed., Milano, 2010, p. 98 ss. Va riconosciuto che trasferire nella realtà dell'Unione concetti e principi mutuati da concezioni statali è operazione che richiede il massimo rigore concettuale. Tuttavia, quanto meno la codificazione nell'art. 2 TUE del principio dello *Stato di diritto* sembra giustificare l'assunzione nel sistema dell'Unione dei principi di legalità e di separazione dei poteri (quest'ultimo peraltro implicito nel principio di attribuzione). Sulla tematica v. in generale anche A. ALI, *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2005, p. 70 ss.

<sup>64</sup> Se l'atto delegato è concepito come attinente alla funzione legislativa, sui relativi documenti dovrebbe aversi, rispetto agli atti esecutivi, un più ampio accesso pubblico (il considerando n. 6 del regolamento n. 1049/2001 stabilisce che "Si dovrebbe garantire un accesso più ampio ai documenti nei casi in cui le istituzioni agiscono in veste di legislatore, anche in base a competenze delegate").

detti <sup>65</sup>) quando il legislatore non circoscrivesse la potestà delegata alla Commissione o questa riguardasse elementi essenziali dell'atto delegato, in violazione dell'art. 290. È logico poi ritenere che il controllo giurisdizionale sull'atto delegato debba estendersi nel suo insieme alle modalità con cui sono stati esercitati i poteri discrezionali: la Commissione dovrà rispettare le regole che presiedono alla formazione degli atti e all'esercizio dei singoli poteri, dovendone dare adeguata dimostrazione nelle relative motivazioni anche sotto il profilo delle scelte e dei mezzi utilizzati (rispetto delle regole logiche, di comune esperienza, di parità di trattamento, di completezza dell'esame, della proporzionalità, di ponderazione di interessi contrapposti ecc.).

La separazione tra istituzioni legislative e funzione amministrativa, pur con le frammentazioni rilevate, è tuttavia fluida anche perché detto schema duale è attraversato dal nuovo istituto della delega legislativa che è suscettibile, a sua volta, di intrecciarsi con le competenze esecutive della Commissione. Se è vero che una medesima funzione non può essere al tempo stesso delegata ed esecutiva rispetto ad un atto di base — la prima afferendo alla produzione legislativa, la seconda concernendo la funzione esecutiva — è parimenti innegabile che la distinzione in pratica è meno rigida di quanto possa apparire *prima facie*. Peraltro, elementi di approssimazione alla separazione tra delega legislativa e competenze esecutive della Commissione sono individuabili. Come si è visto, fuori dagli atti legislativi, è concepibile soltanto l'affidamento di competenze esecutive alla Commissione: ne segue che riguardo agli atti non espressamente qualificati come legislativi (art. 43, par. 3 e 103 TFUE) sono ammissibili solo misure esecutive, salvo che non prevalga per interpretazione una nozione sostanziale di atto legislativo; l'atto di portata individuale non può avere che natura esecutiva; qualora la funzione delegata implichi la modifica dell'atto di base, i Trattati sembrano propendere, in virtù di un criterio formale, per la delega legislativa; l'atto delegato deve essere nel contempo di portata generale e avere *portata innovativa* sui profili non essenziali dell'atto legislativo, con la conseguenza che la misura di tipo abrogativo o

---

<sup>65</sup> Sembra opportuno distinguere tra atto di delega e atto delegato. Il ricorso diretto avverso l'atto legislativo contenente l'eccesso di delega sarà esperibile essenzialmente dai ricorrenti "privilegiati" in quanto atti di portata generale. Rispetto agli atti delegati è prospettabile uno spazio per l'applicazione del nuovo comma 4 dell'art. 263, TFUE, potendosi includere nella nozione di "atto regolamentare" almeno l'atto delegato regolamentare adottato dalla Commissione che riguardi i singoli direttamente e non comporti alcuna misura di esecuzione ulteriore da parte degli Stati membri.

sostitutivo è per definizione di natura delegata e non può essere considerata di tipo esecutivo; la differenza tra le due fonti in chiave di maggiore (atto delegato) o minore (atto esecutivo) discrezionalità conferita alla Commissione è peraltro relativa, in quanto un'accentuata delimitazione dei poteri legislativi delegati può risultare non molto dissimile dall'esercizio di competenze esecutive. La consapevolezza della difficoltà di distinguere con una formula predeterminata e certa le due fonti di terzo grado ha indotto infine i redattori dei Trattati a designarli in modo formale: l'aggettivo "delegato/a" e il termine "di esecuzione" sono inseriti rispettivamente nei titoli dei rispettivi atti (artt. 290, par. 3, e 291, par. 4, TFUE). Resta ovviamente da vedere se in ogni singolo caso al *nomen iuris* corrisponda la realtà giuridica, l'ultima parola, in caso di contestazione, spettando ovviamente al giudice dell'Unione.

#### SUMMARY

Notwithstanding some uncertainties as to the systematization of the sources of law, the EU treaties provide for a distinction, based on a hierarchic ground, between legislative and non-legislative procedures and acts. The latter category comprises delegated and implementing acts which, it is submitted, are sources of law of a "third degree", whose object is to make secondary law acts operative. The relevant primary law framework, as well as the recent informal inter-institutional agreements and the new comitology regulation, are explored throughout the article with the aim at both focusing on the main features of delegated acts and implementing acts, and highlighting some major differences between these legal instruments. Emphasis has been put on the control system on the delegated and implementing powers conferred to the Commission, which is ultimately based on the reversed qualified majority voting. That entails an inevitable favour towards the measures proposed by the Commission which appears to be consistent with the spirit of the treaties as long as that institution promotes the general interest of the Union.