

# Osservatorio sulle fonti

## **IL RAVVICINAMENTO DELLE LEGISLAZIONI NELLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E DEI SUOI EFFETTI SUL DIRITTO INTERNO. LE TECNICHE DEL RAVVICINAMENTO**

di Sara Migliorini\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La scelta dell'atto normativo nella prassi. - 3. L'apporto della giurisprudenza della Corte nel processo legislativo e nella scelta dello strumento. - 4. L'impatto dell'adozione di una "misura" ex art. 114 TFUE sul potere normativo degli stati membri. - 5. Il riparto e l'esercizio della competenza per concludere accordi internazionali in materia di "ravvicinamento". - 6. Conclusioni.

### *1. Introduzione*

La presente ricerca ha lo scopo di indagare le modalità di attuazione del "ravvicinamento" delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nell'ambito dell'instaurazione e del funzionamento del mercato interno. In particolare, si cercherà di chiarire quali strumenti normativi siano stati e possano essere tutt'ora utilizzati dall'Unione per realizzare tale obiettivo e a quali condizioni, nonché il loro impatto sugli ordinamenti nazionali.

Le basi giuridiche che conferiscono competenza all'Unione per raggiungere l'obiettivo del ravvicinamento sono gli artt. 114 e 115 TFUE, che hanno rispettivamente sostituito, dopo il Trattato di Lisbona, gli articoli 95 e 94 TCE. Entrambi attribuiscono all'Unione i poteri necessari alla creazione del mercato interno, nella prospettiva di raggiungere un livello di integrazione avanzato nell'ambito del quale il diritto dell'Unione europea dovrebbe fungere da quadro normativo degli scambi commerciali tra i paesi membri.

Nonostante la loro posizione ravvicinata nel Trattato CE, queste due disposizioni hanno avuto una storia assai diversa. L'ex articolo 94 TCE, diventato oggi l'art. 115 TFUE, conferisce all'Unione il potere di adottare "direttive" volte al "ravvicinamento" delle legislazioni nazionali che abbiano "un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno". La procedura prevista da questo articolo, cioè la delibera all'unanimità da parte del Consiglio, ha segnato l'insuccesso di questa disposizione e favorito il frequente ricorso all'art. 95 TCE, oggi diventato l'art. 114 TFUE<sup>1</sup>. Quest'ultimo, sin dalla sua introduzione con l'Atto Unico europeo, aveva infatti previsto la regola della maggioranza qualificata<sup>2</sup>. Oggi l'art. 114 TFUE prevede la

---

\* Assegnista di ricerca di Diritto internazionale presso l'Università di Firenze.

<sup>1</sup> G. GAJA, *Il processo di armonizzazione e la sua incidenza sull'ordinamento italiano*, in *L'ordinamento italiano dopo 50 anni di integrazione europea*. Atti del convegno di studi, Alghero, 5-6 ottobre 2001, Giappichelli, Torino, 2004, p. 8-9. V. anche C. BARNARD, *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2007, p. 568-569.

<sup>2</sup> Sull'evoluzione della procedura, v. C. BARNARD, *The substantive law of the EU: the four freedoms*,

# Osservatorio sulle fonti

procedura legislativa ordinaria<sup>3</sup> e un parere obbligatorio del Comitato Economico e Sociale.

Nella prassi, dall'Atto unico in poi, ai fini della scelta dell'uno o dell'altro strumento, tale questione procedurale ha reso marginali altri aspetti, peraltro di grande rilievo, relativamente ai quali le differenze tra gli artt. 114 e 115 TFUE erano assai marcate. In particolare, i due articoli differivano sensibilmente con riguardo all'oggetto e alle modalità del ravvicinamento. Infatti, l'art. 115 TFUE si riferiva alle direttive aventi un'"incidenza diretta" sull'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, mentre l'art. 114 TFUE, invece, a quelle misure che abbiano "per oggetto" l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. Ciononostante, la prassi ha distinto i due articoli sulla base della procedura da essa prevista per l'adozione degli atti: è stato in effetti l'articolo 95 (oggi, articolo 114 TFUE), le cui condizioni di applicazione erano meno restrittive, ad essere maggiormente impiegato dal legislatore comunitario. Occorre altresì notare che questa prassi è stata avallata dalla Corte di giustizia<sup>4</sup>.

Un'altra differenza tra le due basi giuridiche, che assume grande rilievo ai fini della presente ricerca, è relativa al margine discrezionale che i due articoli conferiscono al legislatore con riguardo alla scelta della tipologia dell'atto. In effetti, l'art. 115 TFUE attribuisce alla Comunità il potere di adottare "direttive" mentre l'art. 114 TFUE si riferisce a "misure", comprendendo quindi anche la possibilità per la Comunità, ed oggi per l'Unione, di adottare altri tipi di atti, ad esempio i regolamenti. Dunque, nell'ambito dell'articolo 115 TFUE, il margine di discrezionalità del legislatore europeo è limitato alla decisione di adottare o meno una direttiva. Invece, per l'articolo 114 TFUE si pone, inoltre, la questione della scelta del tipo di strumento normativo. Il legislatore europeo ha dunque un margine di discrezionalità più ampio con riguardo agli atti ex art. 114 TFUE. Tale discrezionalità deve tuttavia essere esercitata nei limiti stabiliti dai Trattati e sotto il controllo della Corte. In particolare, il potere discrezionale del legislatore deve essere esercitato attraverso criteri oggettivi, nel rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà. Inoltre, se il testo dell'art. 114 TFUE non fornisce allora alcuna indicazione sulla scelta dello strumento, una Dichiarazione della Conferenza intergovernativa allegata all'Atto Unico chiedeva alla Commissione di privilegiare "il ricorso allo strumento della direttiva" qualora l'armonizzazione avesse comportato "in uno o più Stati membri una modifica di disposizioni legislative".

Il presente contributo affronterà diverse questioni legate all'esercizio del margine di discrezionalità del legislatore europeo relativamente al ravvicinamento, ed in particolare la prassi relativa all'art. 114 TFUE. L'analisi della prassi solleverà anche la questione del livello di armonizzazione posto in essere dalle norme europee e della necessità per il legislatore europeo di procedere o meno all'adozione di "norme minime", cioè norme che fissano un certo livello di tutela al quale gli Stati non possano derogare, ma che potranno invece utilizzare come base per assicurare una maggiore tutela di specifici interessi a livello nazionale.

---

Oxford University Press, Oxford, New York, 2007, p. 568-569.

<sup>3</sup> La procedura legislativa ordinaria è prevista dall'art. 294 TFUE.

<sup>4</sup> G. GAJA, *Il processo di armonizzazione...*, cit., p. 9.

# Osservatorio sulle fonti

Si dovrà inoltre interrogarsi sui poteri residuali degli Stati membri dopo che l'Unione abbia esercitato la propria competenza in un preciso ambito servendosi delle basi giuridiche sul ravvicinamento. Infine, si rivolgerà l'attenzione alle ripercussioni del sistema creato dall'art. 114 TFUE sulla competenza "esterna" e all'esercizio di questa sia da parte degli Stati membri, che da parte dell'Unione.

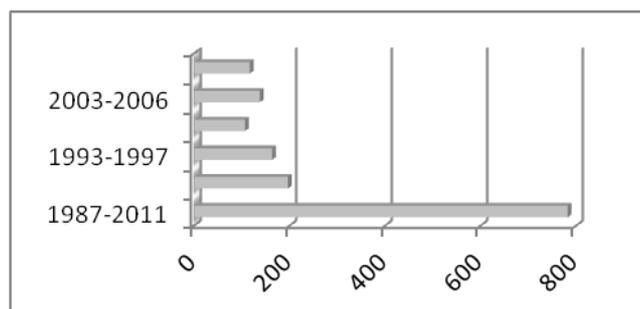
## 2. La scelta dell'atto normativo nella prassi

Il potere attribuito al legislatore dall'art. 114 TFUE di adottare "misure" per raggiungere il fine del ravvicinamento delle legislazioni nazionali ha condotto quest'ultimo ad avvalersi dei diversi strumenti legislativi nonché di accordi internazionali. Si analizzeranno qui di seguito gli atti di diritto derivato mentre per la trattazione degli accordi internazionali si rimanda *infra*.

Si verificherà, attraverso uno studio della prassi, con quali strumenti di diritto derivato sia stato perseguito il fine del ravvicinamento delle disposizioni nazionali dall'introduzione dell'art. 114 TFUE con l'atto Unico Europeo sino al 2011. In particolare, si cercherà di verificare se siano stati preferiti atti di diritto derivato direttamente applicabili o meno.

L'analisi della prassi mostra che trovano la loro base giuridica nell'articolo 114 TFUE<sup>5</sup> quasi 800 atti<sup>6</sup> ripartiti in maniera disuguale tra direttive, regolamenti, decisioni e accordi internazionali. La Figura 1, in basso, mostra come l'utilizzo dell'art. 114 TFUE sia stato sostanzialmente costante nel tempo, anche se mette conto notare che durante il periodo compreso tra l'approvazione dell'Atto Unico Europeo (1987) e il Trattato di Maastricht (1992), sia stato adottato un numero maggiore di atti.

**Figura 1. Numero di atti aventi come base giuridica l'art. 114 TFUE dal 1986 al 2011**



Nel periodo tra il 1986 e il Trattato di Maastricht, il primo periodo di costruzione del mercato interno, le istituzioni hanno cercato di gettarne le basi. Si osserva infatti che in

<sup>5</sup> E nelle sue precedenti versioni, cioè art. 95 TCE (1992-2009) e art. 100 A TCE (1987-1992).

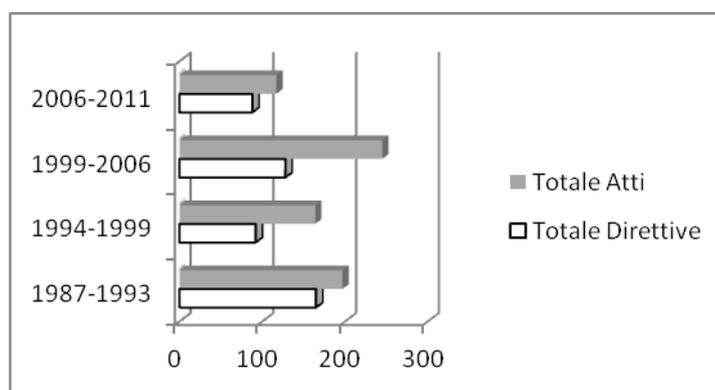
<sup>6</sup> La presente statistica si fonda sui dati disponibili sul database EURLEX ([www.eurlex.eu](http://www.eurlex.eu)) e comprende l'insieme degli atti, quali direttive, regolamenti, decisioni e accordi internazionali aventi come base giuridica l'art. 114 TFUE e le precedenti versioni. I dati sono stati raccolti e analizzati dall'autore.

# Osservatorio sulle fonti

tale periodo l'attività legislativa è stata maggiore rispetto agli altri.

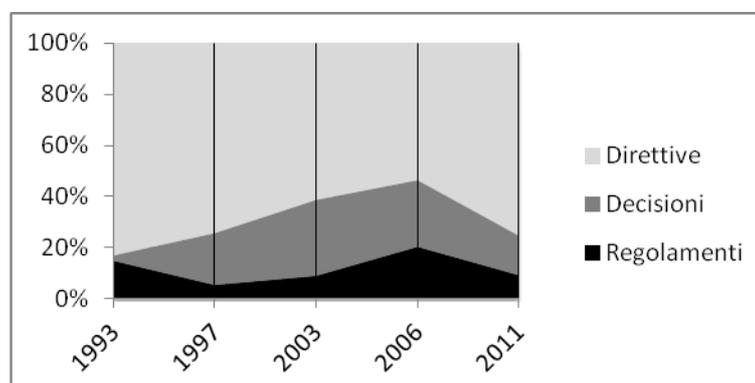
L'analisi dei dati conferma che la direttiva è stato lo strumento privilegiato dal legislatore in tutte le fasi della costruzione del mercato interno. La proporzione tra il numero di atti adottati in ogni periodo e il numero di direttive è illustrato dalla figura 2. In grigio, viene indicato il numero di atti adottati per ogni periodo, mentre invece in bianco il numero delle direttive adottate per lo stesso periodo.

**Figura 2. Proporzion fra il numero di misure e il numero di direttive adottate**



Durante il primo periodo considerato, tra il 1986 e il 1992, il legislatore comunitario ha privilegiato il ricorso alla direttiva mentre si nota che il numero di direttive, se comparato con il numero totale di atti adottati, è andato diminuendo negli altri periodi considerati. In alcuni dei periodi considerati infatti, in particolare tra il 2003 e il 2006, il numero dei regolamenti ha rappresentato tra il 15% e il 20% del totale degli atti di diritto derivato adottati. La figura 3, in basso, mostra la proporzione tra direttive, regolamenti e decisioni.

**Figura 3. Percentuale rappresentata da regolamenti, direttive e decisioni in rapporto al totale degli atti di diritto derivato adottati**



# Osservatorio sulle fonti

L'analisi della prassi mostra dunque che il legislatore europeo ha fatto uso del potere di adottare "misure" al fine di realizzare il ravvicinamento, non limitandosi all'adozione di direttive ma utilizzando anche regolamenti e decisioni.

### 3. *L'apporto della giurisprudenza della Corte nel processo legislativo e nella scelta dello strumento*

Lo studio delle tecniche utilizzate dal legislatore per raggiungere il fine del ravvicinamento richiede necessariamente l'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia. Infatti, nel sistema delle competenze dell'Unione, la Corte svolge un ruolo chiave poiché essa è chiamata a controllare che il legislatore non oltrepassi le competenze che gli Stati membri hanno conferito all'Unione nei Trattati.

La Corte deve controllare, in primo luogo, il rispetto delle condizioni di applicazione specifiche di ogni base giuridica. Nell'ambito dell'art. 114 TFUE la Corte ha allora la competenza per verificare se l'atto adottato vada ad armonizzare le disposizioni "aventi ad oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno"<sup>7</sup>.

In secondo luogo, la Corte è competente a verificare che l'atto rispetti i principi di sussidiarietà e proporzionalità. I due principi sono spesso richiamati congiuntamente in materia di esercizio della competenza, anche se essi incidono su due fasi distinte del procedimento legislativo<sup>8</sup>. Tale secondo aspetto rileva ai fini del presente studio.

L'art. 5, par. 2, TUE e il Protocollo sull'Applicazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà stabiliscono che il principio di sussidiarietà deve ispirare l'azione del legislatore in merito all'opportunità o meno di adottare un atto in una materia di tipo concorrente. Come disposto dall'art. 5, par. 2, TUE, "l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione". Sotto questo aspetto relativo alle scelte del legislatore di agire o meno sulla base dell'art. 114 TFUE, il principio di sussidiarietà impone una difficile valutazione dell'adeguatezza rispetto ad un obiettivo dato, dell'azione coordinata a livello europeo e dei vantaggi che questa presenta se comparata all'azione dei singoli Stati membri, nonché dei possibili rischi di creazione di distorsioni della

---

<sup>7</sup> Questa prima condizione ha sollevato alcune difficoltà applicative e pare non essere stata risolta in maniera soddisfacente dalla Corte. Questa infatti nella sentenza *Vodafone Ltd.* ha ribadito che le misure previste all'art. 114 TFUE devono essere "effettivamente rivolte a migliorare le condizioni di instaurazione funzionamento del mercato interno". La Corte ha precisato che possono essere considerate tali le misure che vengono adottate quando esistano "disparità tra le normative nazionali" che posano comportare un "rischio astratto di ostacoli alle libertà fondamentali o di distorsioni della concorrenza", nonché "in caso di divergenze tra le normative nazionali qualora queste siano tali da costituire ostacolo alle libertà fondamentali ed incidere, in tal modo, direttamente sul funzionamento del mercato interno ovvero a creare sensibili distorsioni della concorrenza". Infine la Corte ha precisato che l'insorgere delle distorsioni alla concorrenza dovute allo sviluppo eterogeneo delle legislazioni nazionali deve essere "probabile" e che la misura in questione "deve avere come oggetto la loro prevenzione".

<sup>8</sup> C. BARNARD, *The substantive law of the EU...*, cit., p. 569-572.

# Osservatorio sulle fonti

concorrenza<sup>9</sup>.

Secondo l'art. 5, par. 4, TUE, l'art. 296 TFUE e lo stesso Protocollo, il principio di proporzionalità rileva invece nella fase successiva alla decisione del legislatore di esercitare una determinata competenza concorrente e incide sulle modalità di esercizio di questa, dunque, sulla scelta dell'atto e del suo contenuto. L'art. 5, par. 4, TUE, afferma "in virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati". L'art. 296 TFUE prevede l'obbligo per il legislatore europeo di procedere a tale scelta nel rispetto del principio di proporzionalità quando la base giuridica rilevante attribuisca il potere di adottare "misure" non precisando la tipologia dell'atto da adottare. Dunque, tale principio viene in particolare richiamato allorché, come nell'ambito dell'art. 114 TFUE, il legislatore debba non solo decidere se adottare un atto, e dunque se comprimere o meno le prerogative degli Stati membri nel settore disciplinato da tale atto, ma anche scegliere la tipologia dell'atto, modulando così l'incidenza del diritto derivato sugli ordinamenti nazionali.

Il criterio della proporzionalità assume rilievo in vari ambiti del diritto europeo e della giurisprudenza della Corte per valutare non solo l'azione dell'Unione, ma anche degli Stati membri, in particolare quando si tratta di determinare la conformità della legislazione nazionale alle libertà economiche fondamentali<sup>10</sup>. Si deve però notare che nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'art. 114 TFUE, l'analisi del rispetto del principio di proporzionalità assume caratteristiche specifiche e, seppur formalmente separata da quella del rispetto del principio di sussidiarietà, si fonda su valutazioni comuni e viene spesso sovrapposta<sup>11</sup>.

È stato inoltre sostenuto che la Corte sia stata, soprattutto in passato, poco propensa ad entrare nel merito delle decisioni del legislatore in questa materia. Con riguardo al controllo giurisdizionale del rispetto di questi due principi infatti, secondo la Corte "occorre riconoscere al legislatore comunitario un ampio potere discrezionale, che richiede da parte sua scelte di natura politica, economica e sociale, e rispetto al quale esso è chiamato ad effettuare valutazioni complesse"<sup>12</sup>. Per questo, si è altresì sostenuto che la Corte si sia limitata ad una valutazione del rispetto degli aspetti procedurali del principio di sussidiarietà<sup>13</sup> stabilendo invece, per quanto riguarda le esigenze della proporzionalità, che solo "la manifesta inidoneità di una misura adottata in tale ambito,

---

<sup>9</sup> Sull'analisi del rispetto del criterio della sussidiarietà v.: G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione...*, cit., p. 150-155; F. IPPOLITO, *Sussidiarietà e armonizzazione: il caso British American Tobacco*, in *Dir. Un. eur.*, 2004, p. 633-652.

<sup>10</sup> Si veda ad. Esempio, la sentenza dell'11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, Causa C-438/05, in *Raccolta*, p. 10779. Sul principio di proporzionalità nell'ambito dell'Unione europea si veda: G. DE BÚRCA, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, in *Year. Eur. Law*, 1994, p. 105-150; E. ELLIS, (a cura di), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart, Oxford, 1999.

<sup>11</sup> C. BARNARD, *The substantive law of the EU...*, cit., p. 584.

<sup>12</sup> Sentenza *Swedish Match*, par. 48.

<sup>13</sup> C. BARNARD, *The substantive law of the EU...*, cit., p. 583-585. Cfr F. IPPOLITO, *Sussidiarietà e armonizzazione...*, cit.

# Osservatorio sulle fonti

in relazione allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire, può inficiare la legittimità di tale misura<sup>14</sup>. Inoltre, la Corte ha mitigato l'obbligo di motivazione con riguardo al criterio della proporzionalità, del quale tratta anche il Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, stabilendo che sia sufficiente che dalla motivazione dell'atto emerga che tale criterio sia stato considerato dal legislatore<sup>15</sup>.

Tuttavia, nella giurisprudenza della Corte sono anche identificabili alcune indicazioni per il legislatore con riguardo all'interpretazione del requisito della proporzionalità. Da un lato, nell'ambito dell'art. 114 TFUE, seppur il legislatore europeo sia limitato nella propria discrezionalità quanto all'opportunità di esercitare una competenza concorrente e alla scelta della forma e del contenuto della sua azione, non si può affermare che esista una presunzione in favore di quella che viene detta "armonizzazione minima"<sup>16</sup>. È stato anzi affermato che non è da ritenere che le disposizioni dei Trattati sulla proporzionalità impongano al legislatore europeo di scegliere il minor livello possibile di armonizzazione<sup>17</sup>. Ciò trova conferma nella giurisprudenza della Corte, ad esempio nella sentenza resa nel caso *Swedish Match*<sup>18</sup>. La causa *a qua* deferita alla Corte dalla *High Court* riguardava la richiesta della società Swedish Match di constatare l'illegittimità di una norma inglese che vietava la commercializzazione nel Regno Unito dei prodotti del tabacco per uso orale. Una delle questioni deferite alla Corte portava più in generale sulla validità della direttiva 2001/37<sup>19</sup> nella parte in cui essa vietava la commercializzazione di tali prodotti, fatta eccezione per il territorio di alcuni Stati membri, tra cui la Svezia. Nel rispondere a tale questione la Corte era chiamata a valutare se le condizioni di applicazione dell'art. 95 TCE (oggi, art. 114 TFUE) erano state rispettate. In particolare, la Corte doveva valutare se il divieto totale di commercializzare tali prodotti potesse essere considerato sproporzionato, anche con riguardo alle più recenti conoscenze scientifiche nella materia<sup>20</sup>. La Corte ha affermato che "tutte le altre misure volte a sottoporre i produttori

---

<sup>14</sup> Sentenza *Swedish Match* par. 48. Cfr. anche sentenze 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito/Consiglio*, *Racc.* p. 5755, par. 58; 13 maggio 1997, *Germania/Parlamento e Consiglio*, causa C-233/94, *Racc.*, p. 2405, par. 55-56; 5 maggio 1998, *National Farmers' Union e a.*, causa C-157/96, *Racc.* p. 2211, par. 61.

<sup>15</sup> Sentenza *Germania contro Consiglio*, par. 25-26

<sup>16</sup> G. GAJA, "Il processo di armonizzazione...", cit., p. 39-40. A questo proposito v. anche l'art. 4 della direttiva 2011/88 sui diritti dei consumatori, *infra*.

<sup>17</sup> S. WEATHERHILL, *Recent developments in the law governing the free movement of goods in the EC's internal market*, in *Eur. law Jour.*, 2006, p. 90-111, spec. p. 106.

<sup>18</sup> Sentenza del 14 dicembre 2004, *The Queen, ex parte Swedish Match AB e Swedish Match UK Ltd contro Secretary of State for Health*, causa C-210/03, in *Raccolta* p. 11893.

<sup>19</sup> Direttiva 2001/37/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2001, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco - Dichiarazione della Commissione, *GUCE*, L 194 del 18.7.2001, p. 26-35.

<sup>20</sup> La Corte afferma "per ottemperare all'obbligo che gli incombeva di basarsi su un livello di protezione elevato in materia di sanità, a norma dell'art. 95, n. 3, CE, il legislatore comunitario ha potuto ritenere, senza con ciò superare i limiti del potere discrezionale attribuitogli in materia, che fosse

# Osservatorio sulle fonti

a norme tecniche per ridurre la nocività del prodotto, ovvero a disciplinare l'etichettatura delle confezioni del prodotto in questione e le condizioni per la sua vendita, segnatamente ai minori, non avrebbero il medesimo effetto preventivo, in termini di tutela della salute, poiché lascerebbero sussistere la disponibilità sul mercato di un prodotto che rimane comunque nocivo<sup>21</sup>. La Corte ha deciso per la conformità del divieto di commercializzazione dei prodotti in questione al criterio della proporzionalità, affermando che il “divieto non può essere considerato manifestamente inappropriato, e ciò sia alla luce dell'obiettivo, assegnato al legislatore comunitario dalle disposizioni dell'art. 95, n. 3, CE, di garantire un livello di protezione elevato della salute delle persone, sia alla luce del suo obbligo di rispettare il principio di proporzionalità<sup>22</sup>. Dunque, il divieto assoluto di commercializzare una categoria di prodotti su gran parte del territorio dell'Unione, il quale non può per sua natura essere considerato una misura di armonizzazione minima, viene tuttavia ritenuta conforme alle condizioni di esercizio della competenza dell'Unione e in particolare al principio di proporzionalità.

La Corte ha altresì affermato che il rispetto del principio di proporzionalità debba essere oggettivamente provato attraverso l'analisi dei dati e delle conoscenze scientifiche disponibili al momento dell'adozione dell'atto di diritto derivato e che è proprio il rispetto di tali criteri oggettivi che giustifica l'adozione dell'atto. Nelle sentenze *Alliance for Natural Health*<sup>23</sup>, *Vodafone*<sup>24</sup>, e *Tobacco II*<sup>25</sup> la Corte ha dettagliatamente analizzato le basi oggettive che giustificavano, secondo la Commissione, l'adozione degli atti considerati e ha esaminato anche le misure alternative proposte dai ricorrenti. Nei tre casi, la Corte ha in particolare valutato le conseguenze economiche negative dei divieti e limiti posti dagli atti di armonizzazione sugli operatori economici, valutando anche se le misure meno stringenti da questi proposte avrebbero consentito di raggiungere il medesimo obiettivo. La Corte ha anche affermato che, qualora l'impossibilità di raggiungere il medesimo obiettivo con una misura diversa fosse stata accertata, non occorre provare che le modalità scelte dal legislatore europeo fossero le uniche possibili. Infatti, è sufficiente che la misura adottata sia idonea a raggiungere l'obiettivo prefisso e non vada oltre quanto necessario per raggiungerlo, non essendo al contrario richiesto che la misura adottata costituisca la sola alternativa possibile.

---

necessario un provvedimento di divieto di commercializzazione dei prodotti del tabacco per uso orale” (par. 56).

<sup>21</sup> Sentenza *Swedish Match*, par. 57.

<sup>22</sup> Sentenza *Swedish Match*, par. 58.

<sup>23</sup> Sentenza della Corte del 12 luglio 2005, *The Queen, ex parte Alliance for Natural Health e Nutri-Link Ltd contro Secretary of State for Health (C-154/04) e The Queen, ex parte National Association of Health Stores e Health Food Manufacturers Ltd contro Secretary of State for Health e National Assembly for Wales (C-155/04)*, cause riunite C-154/04 e C-155/04, in *Raccolta*, p. 6451

<sup>24</sup> Sentenza della Corte dell'8 giugno 2010, *The Queen, su istanza di Vodafone Ltd e altri contro Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, Causa C-58/08, in *Raccolta*, p. 4999.

<sup>25</sup> Sentenza della Corte (grande sezione) del 12 dicembre 2006, *Repubblica federale di Germania contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-380/03, in *Raccolta*, p. 11573.

# Osservatorio sulle fonti

Bisogna infine notare che anche altri attori acquistano rilevanza nel processo legislativo europeo e contribuiscono a definire i contorni del criterio della proporzionalità. Infatti, un corollario del ruolo della Corte nel processo legislativo europeo è l'importanza degli argomenti che i ricorrenti decidono di sollevare davanti ad essa. Ad esempio, nel citato caso *Vodafone*, un operatore economico contestava la proporzionalità del regolamento relativo alle tariffe massime di *roaming*, adducendo motivazioni relative al suo contenuto, e non della sua forma, cioè alla circostanza che le istituzioni avessero deciso di adottare un atto direttamente applicabile. Non sembra più in generale che la prassi offra esempi di contestazione della violazione del criterio della proporzionalità sulla base della scelta del legislatore di adottare un regolamento invece che una direttiva.

#### 4. L'impatto dell'adozione di una "misura" ex art. 114 TFUE sul potere normativo degli stati membri

L'azione europea sul fondamento dell'art. 114 TFUE è una competenza di tipo concorrente. Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>26</sup>, ciò si deduce dall'art. 2 TUE che, nell'elencare in maniera tassativa le competenze esclusive e le competenze parallele<sup>27</sup>, non si riferisce al "ravvicinamento delle disposizioni nazionali aventi ad oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno". Ne consegue che la competenza in questione appartiene alla categoria residuale delle competenze concorrenti.

Qualora l'Unione eserciti la propria competenza adottando un atto in un settore di competenza concorrente, il potere normativo degli Stati membri in quella stessa materia ne esce modificato<sup>28</sup>. Se non si può affermare che l'adozione di un atto in una materia concorrente abbia come effetto quello di precludere l'attività normativa nazionale nella

---

<sup>26</sup> La questione delle competenze è stata assai modificata dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Infatti, i Trattati nella loro precedente versione non prevedevano una classificazione delle competenze, la quale era invece stata precisata dalla Corte di giustizia. Prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Corte aveva individuato due materie di competenza esclusiva, classificando tutte le altre materie attribuite all'Unione dai Trattati come materie concorrenti. Tale classificazione serve, anche nel nuovo quadro delineato dal Trattato di Lisbona, a determinare i poteri dell'Unione e degli Stati membri nell'ambito delle competenze attribuite.

<sup>27</sup> Il Trattato di Lisbona ha introdotto questa nuova categoria di competenze, nell'ambito delle quali l'Unione "ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri". I settori sono indicati tassativamente, con la precisazione "nella loro finalità europea" (Art. 6 TUE).

<sup>28</sup> Infatti, l'incidenza del diritto dell'Unione sugli ordinamenti nazionali in un certo settore varia secondo che l'Unione abbia una competenza in detto settore o l'abbia esercitata (cfr. sentenza del 3 luglio 1974, *Donato Casagrande contro Landeshauptstadt München*, causa 9/74, in *Raccolta*, p. 773; sentenza del 1 febbraio 2001, *Procedimento penale a carico di Dennis Mac Quen, Derek Pouton, Carla Godts, Youssef Antoun e Grandvision Belgium SA*, causa C-108/96, in *Raccolta*, p. 837. V. anche G. GAJA, *Il processo di armonizzazione...*, cit., p. 42; L. AZOULAI, *The 'Retained Powers' Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law?*, in *Eur. Jour. Leg. St.*, 2011, p. 192-219).

# Osservatorio sulle fonti

stessa materia secondo il modello statunitense della *pre-emption*<sup>29</sup>, gli Stati membri saranno tuttavia vincolati al rispetto dell'atto derivato, oltre che al rispetto delle norme dei Trattati e dei principi generali nonché, in particolare, dell'obbligo di leale cooperazione<sup>30</sup>. Inoltre, nella sentenza *Ratti*<sup>31</sup>, la Corte ha affermato che l'adozione di un atto in una materia di competenza concorrente impone agli Stati membri di rispettarne il contenuto, non solo negli atti di esecuzione o trasposizione dello stesso ma anche quando agisce autonomamente e al di fuori dell'ambito interessato dall'atto stesso<sup>32</sup>. Inoltre, l'adozione di un atto di diritto derivato rende applicabili le norme dei Trattati, ed in particolare i diritti fondamentali e la Carta dei diritti<sup>33</sup> nonché le libertà economiche fondamentali<sup>34</sup>. Infine, l'art. 4, par. 2 TUE, che prevede l'obbligo di leale cooperazione tra gli Stati membri e l'Unione impone ai primi di non porre in essere atti legislativi o regolamentari che si pongano in contrasto con gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione.

L'incidenza del diritto derivato sarà più o meno significativa, fino ad arrivare a una compressione quasi completa dell'attività normativa nazionale, secondo la tipologia di atto di diritto derivato adottato. In particolare, nell'ambito di una disposizione quale l'art. 114 TFUE, che non vincola il legislatore europeo all'adozione di un solo tipo di atto derivato, bisogna anche soffermarci sulle differenze con riguardo agli effetti dell'atto adottato e agli obblighi che gravano sullo Stato membro a seconda della sua tipologia. Possono infatti essere adottati sulla base dell'art. 114 TFUE atti direttamente applicabili, direttive, decisioni o accordi internazionali e la scelta di un atto o dell'altro incide in maniera diversa sui procedimenti legislativi nazionali.

Gli atti direttamente applicabili, i regolamenti, si inseriscono, a partire dalla data

---

<sup>29</sup> G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione...*, cit., p. 140-142. Negli Stati Uniti, la dottrina della *pre-emption* prevede che la legislazione federale adottata in una certa materia abbia l'effetto di trasferire il potere legislativo in questa materia al legislatore federale, per evitare che la legislazione nazionale ponga degli ostacoli alla realizzazione degli obiettivi del Congresso. Conseguentemente, tutte le materie riservate agli Stati federali possano essere sottoposte all'autorità del federale. Questa dottrina, che si applica allorché la Costituzione riserva una materia alla competenza degli Stati federali, costituisce una deroga al Decimo emendamento, il quale prevede "*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people*" (parla di *pre-emption*, J.H.H. WEILER, *The transformation of Europe*, in *Yale Law Jour.*, 1990-1991, p. 2403-2484, spec. p. 2457). Su questa questione, v. anche L. AZOULAI, *The 'Retained Powers' Formula...*, cit., p. 214; S. WEATHERHILL, *Pre-emption, harmonization, and the distribution of competence to regulate the Internal Market*, in J. SCOTT, C. BARNARD (a cura di), *The Law of the Single European Market*, Hart Publishing, Oxford, 2002, p. 41-73. Poiché la ripartizione "verticale" delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri è fissata dai Trattati, sembra improprio avvicinare il tema della *pre-emption* a quello degli effetti del diritto derivato nelle materie di competenza concorrente.

<sup>30</sup> Su questo punto v. le sentenze del 19 gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG*, Causa C-555/07, in *Raccolta*, 2010, p. 365; del 22 novembre 2005, *Werner Mangold contro Rüdiger Helm*, in *Raccolta*, 2005, p. 9981.

<sup>31</sup> Sentenza del 5 aprile 1979, *Procedimento penale a carico di Tullio Ratti*, Causa 148/78, in *Raccolta*, p. 1629.

<sup>32</sup> Su questo punto, v. anche G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione...*, cit., p. 140-142.

<sup>33</sup> G. GAJA, *Il processo di armonizzazione...*, cit., p. 42. V. anche la giurisprudenza citata alla nota 33.

<sup>34</sup> Sentenza *Mac Quen*, cit.

# Osservatorio sulle fonti

dell'entrata in vigore, nell'ordinamento degli Stati membri. Essi non possono essere trasposti<sup>35</sup>, ma devono essere applicati direttamente dalle autorità amministrative e giudiziarie degli Stati membri. In presenza di un regolamento, lo Stato membro può limitarsi ad adottare norme di esecuzione, ove questo sia necessario alla sua diretta applicazione<sup>36</sup>. Ne consegue che regolamenti non lasciano al legislatore della possibilità di scegliere i mezzi per raggiungere il fine perseguito dalla norma comune. Inoltre, i regolamenti operano di fatto una uniformizzazione delle disposizioni legislative degli Stati membri perché essi sono obbligatori, allo stesso modo e nella loro interezza, per tutti gli Stati membri<sup>37</sup>.

Per le sue caratteristiche, il regolamento non parrebbe lo strumento appropriato per ravvicinare le disposizioni legislative degli Stati membri. Lo stesso riferimento al "ravvicinamento" fatto dall'art. 114 TFUE sembra richiamare l'area semantica delle direttive piuttosto che quella degli atti direttamente applicabili. Le direttive infatti vincolano lo Stato membro per il fine da raggiungere ma lasciano a questo libertà nella scelta dei mezzi. In presenza di una direttiva, da un lato, tutti gli Stati membri sono obbligati a porre in essere misure nazionali volte al raggiungimento dell'obiettivo comune, ma per far ciò possono scegliere gli strumenti più adeguati al loro ordinamento nazionale. La direttiva conduce quindi ad un'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri, ad un "ravvicinamento" che permette la sopravvivenza di differenze e specificità nazionali. Queste tuttavia, proprio grazie alla presenza di un solco comune di principi e disposizioni contenuti nella direttiva, non sono tali da creare distorsioni della concorrenza e discriminazioni che impediscano l'instaurazione o il buon funzionamento del mercato interno. Tale sarebbe dunque l'idea di "ravvicinamento" che richiamerebbe l'art. 114 TFUE, come conferma la già citata Dichiarazione allegata all'Atto Unico Europeo in cui gli Stati membri avevano affermato che occorreva utilizzare la direttiva allorquando il ravvicinamento avrebbe comportato "la modifica delle disposizioni già in vigore in uno o più Stati membri".

Tuttavia, è interessante notare che la Corte di giustizia ha ritenuto che le norme adottate sulla base dell'art. 114 TFUE non possono recare la disciplina di un istituto nuovo, come ad esempio un nuovo tipo di società<sup>38</sup>, e che, più in generale, esse devono incidere sulle norme nazionali al fine di limare le differenze che impediscono il raggiungimento del mercato interno. Ciò appare chiaramente anche dalla lettera stessa

---

<sup>35</sup> Sentenza del 10 ottobre 1973, *Variola contro Amministrazione italiana delle finanze*, Causa 34/73, in *Raccolta*, p. 981.

<sup>36</sup> Sentenza del 7 febbraio 1973, *Commissione contro Italia*, Causa 39/72, in *Raccolta*, p. 101.

<sup>37</sup> La decisione e il regolamento sono atti direttamente applicabili e potrebbero, sul piano teorico, essere adoperati nella stessa maniera dal legislatore europeo. In realtà, occorre notare che è raro che una decisione imponga agli Stati membri di adottare atti (v. G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione...*, cit., p. 176-178). La decisione è in realtà principalmente un atto non di portata generale, ma ha solitamente dei destinatari. Un ricorso frequente alle decisioni esiste in materia di concorrenza ad esempio. La decisione è altresì utilizzata come atto preliminare alla conclusione di un accordo internazionale da parte dell'Unione. Su questo punto, v. *infra*.

<sup>38</sup> Sentenza della Corte del 2 maggio 2006, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-217/04, in *Raccolta*, p. 3771.

# Osservatorio sulle fonti

dell'art. 114 TFUE. È dunque preclusa l'adozione di una misura che abbia come base giuridica l'art. 114 TFUE ma che non incida, modificandole, sulle disposizioni degli Stati membri<sup>39</sup>. Ne consegue che tutte le norme europee adottate sulla base dell'art. 114 TFUE devono recare una modifica delle disposizioni nazionali. Il legislatore europeo non avrebbe per questo potuto attenersi alla Dichiarazione degli Stati secondo la quale solo le direttive avrebbero potuto recare modifiche delle disposizioni nazionali di uno più Stati membri, perché sarebbe stata così alterata la portata dello stesso art. 114 TFUE e il potere conferito dal Trattato all'Unione di adottare "misure", incluse misure direttamente applicabili per raggiungere il fine del ravvicinamento.

Inoltre, l'analisi del contenuto degli atti recanti norme sul ravvicinamento, comprese le direttive, mostra che neanche quest'ultime si limitano ad un coordinamento delle disposizioni nazionali, ma, al contrario, che il legislatore europeo ha sovente scelto di disciplinare nel dettaglio settori di rilevanza per il mercato interno. A prescindere allora dagli effetti che ogni tipo di atto ha sull'ordinamento nazionale, si deve constatare l'esistenza di ampi settori rilevanti per il mercato interno che sono disciplinati nel dettaglio, sia attraverso direttive che attraverso regolamenti. Un esempio è costituito dall'armonizzazione che ha interessato il settore della protezione dei consumatori<sup>40</sup>, del quale si è avuto occasione di parlare anche *supra* con riferimento al caso *Swedish Match*. L'armonizzazione di questo settore, iniziata già negli anni '70, è stata principalmente attuata tramite direttive<sup>41</sup> aventi come base giuridica l'attuale art. 114 TFUE. Parte delle direttive che hanno formato l'*acquis* comunitario in questa materia sono state oggi sostituite<sup>42</sup> dalla Direttiva sui diritti dei consumatori<sup>43</sup>. Quest'area del diritto dei contratti, che già era stata profondamente forgiata dalle direttive europee, è stata recentemente interessata da un'evoluzione ulteriore che mostra come la scelta dello strumento della direttiva non implichi un'incidenza minore sull'ordinamento nazionale. Ad esempio, l'art. 4 della direttiva sui diritti dei consumatori fissa il livello di armonizzazione posto in essere e dispone "gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente

---

<sup>39</sup> V. C. BARNARD, *The substantive law of the EU...*, cit., p. 568.

<sup>40</sup> Sull'argomento, cfr. G. ALPA (a cura di), *I diritti dei consumatori*, Giappichelli, Torino, 2009; H-W. MICKLITZ, J. STUYCK, E. TERRY, *Cases, materials and text on consumer law*, Hart, Oxford-Portland, 2010; S. WEATHERILL, *EU consumer law and policy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2005.

<sup>41</sup> Si considerano qui escluse le regole di conflitto di leggi e di giurisdizione contenute in regolamenti europei. Per un elenco esaustivo delle direttive in materia di protezione dei consumatori v. H-W. MICKLITZ, J. STUYCK, E. TERRY, *Cases, materials...*, cit.

<sup>42</sup> In particolare, direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, *GU*, L 95 del 21.4.1993, p. 29-34, la direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, *GU*, L 171 del 7.7.1999, p. 12-16; la direttiva 85/577/CEE del Consiglio del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, *GU*, L 372 del 31.12.1985, p. 31-33; la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, *GU*, L 144 del 4.6.1997, p. 19-27.

<sup>43</sup> Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, in *GUCE*, L 364, 2011, p. 64-88.

# Osservatorio sulle fonti

direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso”. Entro il termine di trasposizione della direttiva 2011/83, previsto per il 2013, i legislatori nazionali dovranno uniformare il loro diritto del consumo al livello di protezione previsto dalla direttiva, senza possibilità alcuna di mantenere in vigore standard diversi di protezione.

Si può dunque sostenere che neanche l'utilizzo della direttiva può sempre garantire discrezionalità sul piano interno, in quanto è assai ricorrente che le stesse direttive di armonizzazione siano estremamente dettagliate. Inoltre, la giurisprudenza costante della Corte prevede che alcune delle loro disposizioni possano, una volta scaduto il termine per la trasposizione, produrre effetti diretti cd. verticali, cioè possono avere come effetto quello di creare diritti soggettivi in capo ai singoli che possono essere fatti valere in giudizio davanti ai giudici nazionali dello Stato membro che non abbia dovutamente trasposto la direttiva entro il termine stabilito<sup>44</sup>. Si creano così le condizioni affinché, da un lato, le norme nazionali di trasposizione non possano che limitarsi a ripetere il contenuto della direttiva e, dall'altro, possano nascere diritti in capo ai singoli, a prescindere dall'azione dello Stato per trasporre la direttiva. Inoltre, la Corte di giustizia ha chiarito che il diritto nazionale deve essere interpretato in maniera conforme alle direttive inattuate<sup>45</sup> e che, qualora questo non sia possibile, le disposizioni nazionali ad esse contrarie dovranno essere disapplicate dalle autorità amministrative e giudiziarie nazionali<sup>46</sup>. La Corte ha altresì creato un sistema di risarcimento del danno provocato dall'inadempimento di uno Stato degli obblighi derivanti da una direttiva<sup>47</sup>. L'insieme di questi principi consolidati della giurisprudenza della Corte possono rimediare solo parzialmente alla mancata trasposizione. Ciononostante, essi hanno l'effetto di comprimere le prerogative degli Stati membri, nel senso stabilito dalla direttiva di armonizzazione, anche qualora essi non abbiano spontaneamente provveduto alla trasposizione.

Si può dunque notare che anche le direttive costituiscono strumenti che, vuoi per il loro contenuto, vuoi per i loro effetti, incidono in maniera rilevante sull'ordinamento nazionale.

Alla luce dell'analisi della prassi e con riguardo specifico sia all'alto numero di atti direttamente applicabili adottati e alla circostanza che alcune delle direttive sono molto dettagliate, si comprende perché, nel lessico del diritto europeo, sia venuta a mancare la necessità di distinguere, sotto il piano degli effetti, il “ravvicinamento” ex art. 114 TFUE dall' “armonizzazione”. Infatti, il termine “ravvicinamento” è molto spesso usato in maniera intercambiabile coi termini “armonizzazione” e “coordinamento”, senza che

---

<sup>44</sup> La possibilità per le direttive di produrre effetti diretti è stata per la prima volta affermata dalla Corte nella sentenza del 4 dicembre 1974, *Yvonne van Duyn contro Home Office*, Causa 41/74, in *Raccolta*, p. 1337.

<sup>45</sup> Sentenza della Corte del 13 novembre 1990, *Marleasing SA contro La Comercial Internacional de Alimentación SA*, Causa C-106/89, in *Raccolta*, p. 4135

<sup>46</sup> Sentenza della Corte del 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo SpA contro Comune di Milano*, Causa 103/88, in *Raccolta*, p. 1839.

<sup>47</sup> Sentenza della Corte del 19 novembre 1991, *Andrea Francovich e altri contro Repubblica italiana*, Cause riunite C-6/90 e C-9/90, in *Raccolta*, p. 5357.

# Osservatorio sulle fonti

sia riconducibile all'utilizzo dell'uno o dell'altro termine uno specifico potere dell'Unione<sup>48</sup>.

## 5. Il riparto e l'esercizio della competenza per concludere accordi internazionali in materia di "ravvicinamento"

La competenza esterna in una materia di tipo concorrente, come quella del ravvicinamento, è diversamente ripartita tra gli Stati membri e l'Unione secondo che quest'ultima abbia esercitato o meno la competenza interna. Nell'ipotesi in cui, pur disponendo di una competenza *ex* art. 114 TFUE in uno specifico settore, l'Unione non l'abbia esercitata, il principio di leale cooperazione, enunciato dall'art. 4, par. 2 TUE, impone agli Stati membri di astenersi "da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione". Alla nozione di "misura" si devono sicuramente ricondurre gli accordi internazionali. Gli Stati membri devono dunque astenersi dal concludere accordi internazionali che possano mettere in pericolo l'obiettivo fissato dall'art. 114 TFUE, cioè l'instaurazione e il buon funzionamento del mercato interno. Inoltre, anche qualora accordi in tali ambiti fossero preesistenti all'adesione di uno Stato membro all'Unione, questo sarebbe obbligato, in forza dell'art. 351, par. 2, TFUE a ricorrere "a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate" nella misura in cui tali convenzioni siano incompatibili coi Trattati.

Un'altra problematica riguarda la definizione della competenza esterna degli Stati membri allorché sia stato adottato un atto *ex* art. 114 TFUE in un determinato settore. A tal proposito, la giurisprudenza della Corte ha costruito una disciplina che è stata successivamente e in parte codificata dal Trattato di Lisbona.

Qualora l'Unione abbia esercitato la propria competenza per armonizzare un determinato settore, una prima questione riguarda la "sopravvivenza" degli accordi internazionali stipulati dagli Stati membri prima della loro adesione all'Unione e che siano in conflitto con tali norme comuni. Se l'accordo internazionale è stato concluso con Stati terzi, si può ritenere che si applichi l'art. 351 TFUE e che gli Stati abbiano l'obbligo di ricorrere "a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate". Se l'accordo internazionale è stato concluso tra gli Stati membri le sue norme che si pongono in contrasto con i Trattati possono essere abrogate dai Trattati stessi qualora "sulla base di essi sia adottato un atto incompatibile"<sup>49</sup>.

Diverso è invece l'impatto del diritto europeo derivato sul potere degli Stati membri di concludere accordi internazionali dopo l'adozione delle norme comuni. In tale ipotesi, in realtà, è preclusa agli Stati membri la possibilità di concludere accordi

---

<sup>48</sup> G. GAJA, *Il processo di armonizzazione...*, cit., p. 7, che richiama R. MONACO, *La méthode d'harmonisation normative dans le marché commun européen*, in *Ius et lex. Festgabe für Max Gutzwiller*, Helbig & Lichtenhan, Basel, 1959, p. 149 ss. V. anche C. BARNARD, *The substantive law of the EU...*, cit., p. 568.

<sup>49</sup> G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione...*, cit., p. 236. Si può citare il caos del Regolamento 1408/71 sulla sicurezza sociale, in *GU* del 5 luglio 1971, L 149, p. 34-37 che contiene una lista di trattati conclusi dagli Stati membri che l'art. 6 del regolamento abroga.

# Osservatorio sulle fonti

internazionali nei settori che sono stati oggetto di norme comuni di armonizzazione. La Corte ha anche avuto modo di chiarire che se un nuovo accordo internazionale, intervenendo su un accordo precedente, modifichi sostanzialmente il contenuto di questo, aggiungendo “nuovi ed importanti obblighi per lo Stato membro”, la legittimità di tali obblighi dovrà essere valutata con rispetto alle disposizioni europee in vigore al momento della loro stipula<sup>50</sup>.

Infine, l'ultima questione concerne la possibilità per l'Unione di concludere accordi internazionali aventi come base giuridica l'art. 114 TFUE cioè la questione della competenza esterna dell'Unione in questa materia. L'art. 114 TFUE, come si è visto, conferisce all'Unione una competenza concorrente interna, cioè una competenza per adottare atti al fine di armonizzare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in certi settori. Né l'art. 114 TFUE, né altre specifiche disposizioni dei Trattati, conferiscono invece all'Unione una competenza di tipo esterno negli stessi settori. Ciononostante, la Corte ha stabilito nella sentenza *AETS*<sup>51</sup> che l'Unione acquisisce una competenza di tipo esterno con riguardo ai settori in cui essa ha esercitato la propria competenza interna. Tale competenza esterna, da un lato, è subordinata o strumentale all'esercizio della competenza interna ma, dall'altro, è di tipo esclusivo. Infatti, proprio la necessità di assicurare la coerenza dell'azione esterna dell'Unione e degli Stati membri e la possibilità di utilizzare la competenza esterna come supporto dell'azione interna, hanno condotto la Corte a ritenere che la competenza così acquisita sarebbe dovuta essere esclusiva. L'art. 3, par. 2, TFUE codifica oggi tale principio.

In sentenze e pareri successivi alla sentenza *AETS*, la Corte ha precisato a quali condizioni l'esercizio di una competenza interna in una materia concorrente conferisce all'Unione la competenza esterna esclusiva. Le stesse condizioni sono oggi codificate dall'art. 3, par. 2 TFUE e dall'art. 216, par. 1 TFUE. In primo luogo, la competenza esterna esclusiva può fondarsi sulla previsione espressa di un atto di diritto derivato<sup>52</sup>. La competenza esterna esclusiva è altresì acquisita quando un accordo “incide su norme comuni”<sup>53</sup>. Infine, la competenza esterna esclusiva viene acquisita allorché l'accordo sia “necessario per realizzare un obiettivo dell'Unione”<sup>54</sup>, soprattutto nel caso in cui tale obiettivo non possa essere raggiunto attraverso norme comuni<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> Sentenza *Open Sky*, par. 64.

<sup>51</sup> Sentenza della Corte del 2 giugno 1994, *Procedimento penale contro Van Swieten BV*, Causa C-313/92, in *Raccolta*, p. 2177

<sup>52</sup> Parere della Corte del 15 novembre 1994, *Competenza della Comunità a stipulare accordi internazionali in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale - Procedimento ex art. 228, n. 6, del Trattato CE*, Parere 1/94, in *Raccolta*, p. 5267.

<sup>53</sup> Parere della Corte del 19 marzo 1993, *Parere emesso ai sensi dell'art. 228, n. 1, secondo comma, del Trattato CEE - Convenzione n. 170 dell'Organizzazione internazionale del lavoro in materia di sicurezza durante l'impiego delle sostanze chimiche sul lavoro*, Parere 2/91, in *Raccolta*, p. 1061.

<sup>54</sup> Sentenza della Corte del 14 luglio 1976, *Cornelis Kramer ed altri*, Cause riunite 3, 4 e 6-76, in *Raccolta*, p. 1279; Parere della Corte del 26 aprile 1977, Parere emesso a norma dell'art. 228, n. 1, 2° comma, del trattato CEE - Accordo relativo all'istituzione di un Fondo europeo d'immobilizzazione della navigazione interna, Parere 1/76, *Raccolta*, p. 741; Parere 1/94.

<sup>55</sup> Parere 1/94. V. anche sentenza *Open sky*, *infra*.

# Osservatorio sulle fonti

Con riguardo specifico agli ultimi due requisiti, la Corte di giustizia ha chiarito le modalità con le quali si deve valutare quando vi è effettivamente “un’incidenza” dell’accordo sulle norme comuni o quando la realizzazione di un obiettivo dell’Unione rende “necessaria” l’adozione di un accordo internazionale. Dall’analisi della più recente giurisprudenza, pare emergere una differenza nei criteri applicati, da un lato, in sede di valutazione della legittimità di un accordo internazionale concluso da uno stato membro in una materia che aveva fatto oggetto di armonizzazione - il caso *Open Sky*<sup>56</sup> - e, dall’altro, in sede di valutazione dell’ampiezza della competenza esterna acquisita dall’Unione grazie all’esercizio della competenza interna – Parere 1/03<sup>57</sup>.

Nella sentenza *Open Sky*, la Corte era chiamata a valutare l’inadempimento della Germania con riguardo alle norme europee<sup>58</sup> in materia di trasporto aereo<sup>59</sup>, fondato sulla conclusione tra la Germania e gli Stati Uniti di un accordo nello stesso settore. La Commissione contestava la conclusione dell’accordo poiché “la normativa comunitaria in materia di trasporto aereo aveva stabilito un sistema completo di norme diretto a instaurare un mercato interno in tale settore, gli Stati membri non avevano più la competenza per concludere accordi bilaterali”<sup>60</sup>. La Corte, dopo aver analizzato gli argomenti della Commissione, ha ritenuto che la Germania avesse soltanto in parte violato gli obblighi che le incombevano in forza dei Trattati e del diritto derivato nel settore del trasporto aereo, essendo necessaria da parte della Commissione la caratterizzazione dell’obbligo specifico al quale la Germania sarebbe venuta meno nel concludere l’accordo internazionale con gli Stati Uniti, non potendosi al contrario ritenere che tutto il settore del trasporto aereo rientrasse nella competenza esterna acquisita dall’Unione dopo l’esercizio della propria competenza interna<sup>61</sup>.

Al contrario, nel Parere 1/03 concernente la competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano<sup>62</sup> la Corte ha affermato che, per verificare se l’Unione dispone della competenza a concludere un accordo internazionale, occorre “prendere in considerazione non solo il settore disciplinato sia dalle norme comunitarie sia dalle disposizioni dell’accordo previsto, ove esse siano note, ma anche la natura e il contenuto di tali norme e disposizioni, al fine di assicurarsi che l’accordo non sia tale da pregiudicare l’applicazione uniforme e coerente delle norme comunitarie e il corretto

---

<sup>56</sup> Sentenza della Corte del 5 novembre 2002, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, Causa C-476/98, in Raccolta, p. 9855.

<sup>57</sup> Parere del 7 febbraio 2006, *Competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, Parere 1/03, in Raccolta, p.1145.

<sup>58</sup> Si trattava sia dei regolamenti 2407/92, 2408/92 e 2409/92, che dell’art. 52 TCE.

<sup>59</sup> Si tratta di una materia di competenza concorrente ampiamente armonizzata, la quale si presta ad un’analogia con l’art. 114 TFUE.

<sup>60</sup> Sentenza *Open Sky*, par. 31.

<sup>61</sup> Sentenza *Open Sky*, par. 101-120.

<sup>62</sup> La convenzione concernente la competenza giurisdizionale e il riconoscimento delle sentenze in materia civile e commerciale rientra in una delle competenze concorrenti dell’Unione (art. 81 ss TFUE) per la costruzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e si presta dunque ad un parallelismo con la competenza concorrente dell’art. 114 TFUE.

# Osservatorio sulle fonti

funzionamento del sistema che esse istituiscono”<sup>63</sup>.

Pare allora che il criterio adottato dalla Corte per valutare la legittimità di un accordo internazionale che incida su materie armonizzate o, in maniera complementare, la possibilità per l’Unione di agire con norme autonome in un determinato settore pare più restrittivo. Il principio di garantire l’effetto utile delle disposizioni dei Trattati e del diritto derivato viene allora modulato a seconda che sia o meno in causa la necessità per uno Stato membro di adempiere obblighi internazionali contratti con Stati terzi o allora consentire all’Unione di concludere un accordo in un settore dato. Resta comunque preclusa per gli Stati membri la possibilità di stipulare accordi internazionali negli specifici settori che sono stati oggetto di normative europee.

Si nota che la disciplina dell’art. 114 TFUE differisce sensibilmente da quella del caso in cui l’accordo riguardi una materia riservata agli Stati membri e anche dal caso, più specifico, in cui un accordo internazionale tra l’Unione e uno o più Stati terzi abbia un’incidenza sia su materie riservate agli Stati membri sia su una materia di competenza concorrente o esclusiva. Se nella prima ipotesi infatti gli Stati membri sono vincolati soltanto dal principio di leale cooperazione, nel secondo la Corte di giustizia ha stabilito che l’accordo in questione deve essere negoziato con la partecipazione degli Stati membri<sup>64</sup>.

Queste differenti modulazioni del potere degli Stati membri di concludere accordi internazionali rispecchiano i principi alla base del sistema di ripartizione verticale delle competenze e mirano a garantire la coerenza dell’azione esterna dell’Unione e l’effettività delle obbligazioni stipulate dai Trattati a cui essa è parte.

## 6. Conclusioni

Il presente contributo ha cercato di presentare la prassi e le principali problematiche relative alle tecniche utilizzate dal legislatore dell’Unione europea per raggiungere il ravvicinamento delle disposizioni legislative degli Stati membri rilevanti per il mercato interno.

Si è constatato che la direttiva è stata lo strumento maggiormente impiegato in termini quantitativi dal legislatore, tuttavia si è altresì messo il rilievo che sono stati utilizzati anche i regolamenti, i quali parrebbero maggiormente appropriati per uniformizzare, piuttosto che “ravvicinare” gli ordinamenti nazionali, oppure gli accordi internazionali. Inoltre, si è constatato che anche le direttive di ravvicinamento recano spesso disposizioni estremamente dettagliate che possono arrivare sino a effettuare un’uniformizzazione delle disposizioni nazionali nella materia da queste disciplinata, come la recente direttiva sui diritti dei consumatori. Tali scelte consolidate del legislatore non sembrano peraltro potersi porre in contrasto né con la lettera dell’art. 114 TFUE, né con il principio di proporzionalità. In particolare, la Corte di giustizia

---

<sup>63</sup> Parere 1/03, par. 133.

<sup>64</sup> V. per un esempio recente la decisione del Consiglio, del 26 novembre 2009, relativa alla conclusione, da parte della Comunità europea, della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, in *GUCE*, L 023 del 27/01/2010 p. 35-61.

# Osservatorio sulle fonti

considera legittime le misure adottate dal legislatore quando esse sono una delle possibili alternative atte a raggiungere l'obiettivo previsto. Questo ha permesso al legislatore di usufruire di un margine di discrezionalità ampio con riguardo non solo alla scelta della tipologia di atto, ma anche qualora questo avesse scelto una direttiva, di utilizzarla, se necessario, per adottare misure che comprimano in maniera significativa il potere normativo degli Stati membri nelle materia considerate.