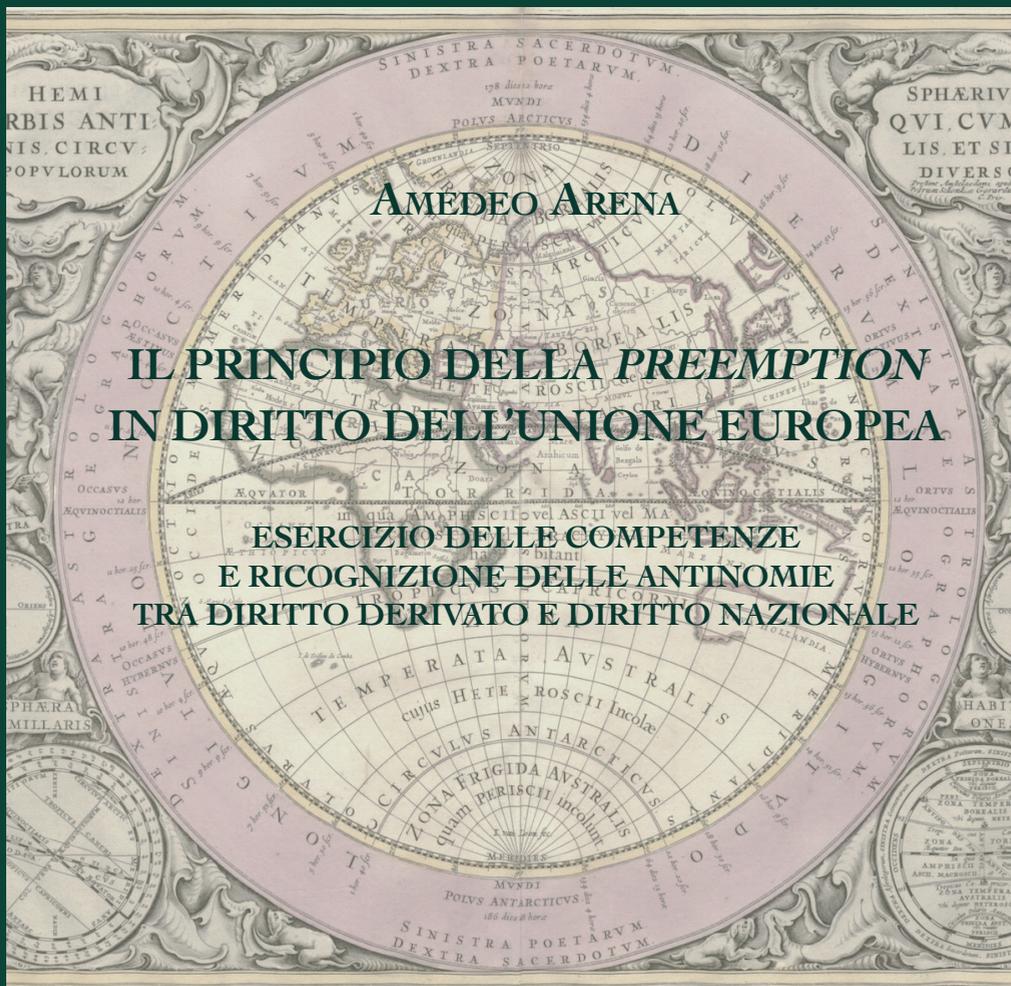


LA DIMENSIONE INTERNAZIONALE ED EUROPEA DEL DIRITTO  
*collana diretta da Luigi Daniele e Enzo Cannizzaro*



EDITORIALE SCIENTIFICA

LA DIMENSIONE INTERNAZIONALE ED EUROPEA DEL DIRITTO

*diretta da Luigi Daniele e Enzo Cannizzaro*

monografie

2

#### CRITERI DI REFERAGGIO

L'inserimento di un nuovo volume nella Collana dovrà essere approvato da entrambi i curatori. In seguito, gli stessi curatori designeranno di comune accordo, uno o due referees. I referees saranno scelti tra coloro che ricoprono o abbiano ricoperto il ruolo di professore ordinario nelle Università italiane o straniere negli ambiti disciplinari d'interesse della Collana o che siano esperti di indiscussa reputazione e competenza negli stessi ambiti. Il referaggio avverrà in maniera anonima. Il giudizio del o dei referees sarà espresso in forma scritta o elettronica, di cui i curatori manterranno copia in forma riservata. Il giudizio potrà consistere nelle seguenti formule:

- favorevole all'inserimento in Collana;
- favorevole all'inserimento in Collana con modifiche;
- favorevole all'inserimento in Collana con modifiche da sottoporre a nuovo referaggio;
- sfavorevole all'inserimento in Collana.

Il giudizio del o dei referees sarà motivato e si soffermerà in particolare sui seguenti elementi di valutazione:

- riconducibilità agli ambiti disciplinari d'interesse della Collana e a suoi scopi;
- originalità;
- chiarezza;
- adeguatezza dei riferimenti normativi, giurisprudenziali e dottrinari.

In caso di giudizio discordante tra due referees, i curatori designeranno un terzo referee, il cui giudizio sarà vincolante. Nel caso di autore di indiscussa reputazione e competenza, i curatori potranno decidere, con adeguata motivazione, che l'inserimento del volume nella Collana non necessita di referaggio.

AMEDEO ARENA

**IL PRINCIPIO DELLA *PREEMPTION*  
IN DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA**

ESERCIZIO DELLE COMPETENZE  
E RICOGNIZIONE DELLE ANTINOMIE  
TRA DIRITTO DERIVATO E DIRITTO NAZIONALE

EDITORIALE SCIENTIFICA  
Napoli

Il volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Macerata.

*Proprietà letteraria riservata*

© Copyright 2013 Editoriale Scientifica s.r.l.  
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli

ISBN 978-88-6342-583-3



## INDICE

PREMESSA	11
INTRODUZIONE	13
CAPITOLO PRIMO LA NOZIONE DI «PREEMPTION»	15
1. Le origini dell'espressione « <i>preemption</i> »	18
1.1. Il termine « <i>preemption</i> » in diritto internazionale	19
1.2. <i>Preemption</i> e tradizioni giuridiche nazionali	20
2. La <i>Doctrine of federal preemption</i> nel diritto costituzionale statunitense	22
2.1. <i>Express</i> ed <i>implied preemption</i>	24
2.2. <i>Occupation of the field preemption</i>	26
2.3. <i>Conflict preemption: rule preemption</i> ed <i>obstacle preemption</i>	27
3. La <i>preemption</i> nel diritto dell'Unione europea: le elaborazioni della dottrina	29
3.1. <i>Preemption</i> e gerarchia delle fonti: concezione «costituzionale» e «legislativa»	32
3.2. <i>Preemption</i> e primato: concezione «olistica» ed «atomistica»	36
4. Una triplice definizione stipulativa del concetto di <i>preemption</i>	38
CAPITOLO SECONDO PREEMPTION: DECLINAZIONI, FUNZIONI ED IMPLICAZIONI	43
1. Le declinazioni applicative del principio della <i>preemption</i>	45
1.1. La mancanza di un quadro strutturato per la ricognizione delle antinomie	45
1.2. La preclusione espressa e la preclusione tacita	47
1.3. L'approccio «concettuale-federalista» e l'approccio «pragmatico»	50
1.4. Le tre tipologie di <i>preemption</i> : la preclusione di campo	52
1.5. ( <i>Segue</i> ) La preclusione indiretta	59
1.6. ( <i>Segue</i> ) La preclusione diretta	62
1.7. Tipologie di <i>preemption</i> e preclusione per omissione	64
2. Le funzioni della <i>preemption</i>	67
2.1. Garantire l'uniforme applicazione e prevenire l'elusione del diritto derivato	67
2.2. Gli ulteriori vantaggi di una disciplina uniforme	71

3.	Le implicazioni della <i>preemption</i>	73
3.1.	L'eliminazione della concorrenza fra ordinamenti e l'irrigidimento della normativa dell'Unione	73
3.2.	Le ripercussioni della <i>preemption</i> sul processo decisionale sovranazionale	76

#### CAPITOLO TERZO

#### *PREEMPTION* E COMPETENZE DELL'UNIONE 81

1.	<i>Preemption</i> e principî comuni relativi all'esercizio delle competenze	85
1.1.	I principî di sussidiarietà e proporzionalità	85
1.2.	Il principio del rispetto delle identità nazionali	91
2.	<i>Preemption</i> e competenze esclusive	95
2.1.	Il ruolo del diritto derivato nello sviluppo iniziale delle competenze esclusive	96
2.2.	L'attuale assetto dei rapporti fra diritto derivato e diritto primario nell'ambito delle competenze esclusive	99
2.3.	L'esercizio delle competenze interne e l'esclusività «condizionata» delle competenze esterne	103
3.	<i>Preemption</i> e competenze concorrenti	109
3.1.	La definizione di «competenza concorrente»	110
3.2.	Il principio di reversibilità	113
3.3.	L'applicazione della <i>preemption</i> in alcuni settori di competenza concorrente: il mercato interno	117
3.4.	(Segue) La politica agricola comune	122
3.5.	(Segue) L'ambiente	125
3.6.	(Segue) La cooperazione giudiziaria in materia penale	130
3.7.	(Segue) I servizi di interesse economico generale	137
4.	<i>Preemption</i> ed altre categorie di competenze dell'Unione	142
4.1.	Le competenze parallele	142
4.2.	Le competenze di coordinamento	144
4.3.	Le competenze di sostegno	146

#### CAPITOLO QUARTO

#### *PREEMPTION* E DIRITTO DERIVATO 149

1.	<i>Preemption</i> e categorie di atti dell'Unione	149
1.1.	I regolamenti	150
1.2.	Le direttive	152
1.3.	Le decisioni	155
1.4.	Gli atti delegati e gli atti di esecuzione	160
2.	<i>Preemption</i> e ravvicinamento delle legislazioni nazionali	163
2.1.	L'armonizzazione come bilanciamento d'interessi ( <i>re-regulatory bargain</i> )	164
2.2.	Modelli di armonizzazione e poteri residui degli Stati membri	167
2.3.	(Segue) L'armonizzazione esaustiva	168

2.4. ( <i>Segue</i> ) L'armonizzazione minima	169
2.5. ( <i>Segue</i> ) L'armonizzazione parziale	172
2.6. ( <i>Segue</i> ) L'armonizzazione opzionale	174
3. <i>Preemption</i> e assetto dei conflitti tra diritto derivato e diritto nazionale	175
3.1. I conflitti verticali	176
3.2. I conflitti diagonali	178
CONCLUSIONI	183
BIBLIOGRAFIA	193



## PREMESSA

Il presente volume è il risultato di un lavoro di ricerca concepito presso il Dipartimento di scienze internazionalistiche e di studi sul sistema politico ed istituzionale europeo dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II", ove sono stato beneficiario di un assegno di ricerca sul tema "Armonizzazione delle legislazioni nazionali e poteri residui degli Stati membri dell'Unione Europea", e portato avanti nel Dipartimento di giurisprudenza del medesimo Ateneo. Alcuni argomenti essenziali per la stesura di questo lavoro sono stati approfonditi presso la New York University School of Law, ove sono stato *Research Associate* e *Fulbright Fellow*.

Sono particolarmente grato al Prof. Roberto Mastroianni (Università degli studi di Napoli "Federico II") per la costante guida e gli innumerevoli spunti di riflessione. Desidero inoltre ringraziare i Direttori della Collana "La dimensione internazionale ed europea del diritto", Prof. Enzo Cannizzaro (Università degli Studi di Roma "La Sapienza") e Prof. Luigi Daniele (Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"), ed il revisore anonimo del presente volume per i suggerimenti e le preziose indicazioni. Ringrazio, infine, il Prof. Joseph Weiler (Istituto Universitario Europeo, Fiesole), le Prof.sse Gráinne de Búrca e Catherine Sharkey (New York University), il Prof. Stefan Storr (Karl-Franzens-Universität Graz) ed il Dr. Francesco De Cecco (Newcastle Law School) per le proficue occasioni di confronto, discussione ed approfondimento. Delle omissioni e degli errori sono, naturalmente, l'unico responsabile.

Napoli, 5 settembre 2013

*Amedeo Arena*



## INTRODUZIONE

Il principio del primato del diritto dell'Unione europea impone di risolvere le antinomie fra le norme dell'Unione e quelle degli Stati membri accordando precedenza alle prime. Ma in quali circostanze tali norme possono ritenersi in conflitto? Occorre che prescrivano condotte antitetiche o è sufficiente che una norma pregiudichi il conseguimento delle finalità perseguite dall'altra? *Quid iuris* se le due norme si limitano a disciplinare in modo diverso la medesima materia – può ancora parlarsi di «antinomia»? Più tale concetto è inteso in senso ampio, più angusto è lo spazio in cui il diritto nazionale può estrinsecarsi liberamente. Determinare l'esatta portata del concetto di antinomia risulta di particolare importanza nel caso del diritto derivato, la cui continua espansione restringe progressivamente l'area in cui le competenze statali possono essere esercitate senza entrare in conflitto con atti dell'Unione.

Una possibile soluzione a tali interrogativi è fare ricorso al principio della *preemption* (o «principio di preclusione»), di recente menzionato dall'Avvocato generale Colomer nelle proprie conclusioni della causa *Bud*, quale strumento per individuare «i casi in cui le competenze concorrenti degli Stati membri in una materia possono venire ad essere surrogate dall'intervento del legislatore comunitario».<sup>1</sup> Ma che cosa s'intende per «*preemption*»? Il primo obiettivo del presente lavoro sarà quello di definire tale espressione. A tal fine, dopo alcuni cenni sulla sua etimologia, si volgerà lo sguardo al diritto costituzionale statunitense, nel cui ambito la *doctrine of federal preemption* si è affermata come la tecnica d'indagine impiegata dai giudici per accertare se ed in che misura il governo federale si sostituisce agli Stati nella disciplina nelle materie rientranti nelle proprie competenze. La dottrina ha utilizzato alcune categorie concettuali elaborate nel contesto statunitense per illustrare i percorsi analitico-argomentativi seguiti dalla Corte di giustizia nella ricognizione delle antinomie fra diritto derivato e diritto nazionale, ma non sembra essere pervenuta ad una definizione unitaria del concetto di *preemption* nell'ambito del diritto dell'Unione europea. Si renderà pertanto necessario formulare una definizione stipulativa di «*preemption*» ai fini del presente lavoro.

<sup>1</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 5 febbraio 2009, *Budějovický Budvar v. Rudolf Ammersin GmbH*, Causa C-478/07, in *Racc.* 2009 p. I-07721, punto 93.

Il secondo capitolo sarà dedicato alle declinazioni applicative, alle finalità ed alle ripercussioni della *preemption* nell'ambito del diritto dell'Unione europea. Saranno, innanzitutto, scandagliate le diverse forme e modalità con cui il principio della *preemption* si è manifestato nella giurisprudenza della Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Unger* del 1964.<sup>2</sup> Inoltre, sarà illustrato il ruolo svolto dal fenomeno della *preemption* nel garantire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e nell'impedirne l'elusione da parte degli Stati membri. Del pari, saranno approfondite le implicazioni del suddetto fenomeno sulla c.d. concorrenza fra ordinamenti e sul processo decisionale sovranazionale.

In considerazione del rilievo che il principio di preclusione può assumere nel definire l'assetto dei poteri fra Unione e Stati membri, il terzo capitolo si soffermerà sui rapporti intercorrenti fra la *preemption* e le competenze dell'Unione. In particolare, si verificherà in che misura il diritto primario limita il fenomeno della *preemption* e si analizzeranno le diverse modulazioni dello stesso nell'ambito delle varie categorie di competenze dell'Unione. Tale disamina si spingerà anche all'interno di alcuni settori (mercato interno, politica agricola comune, cooperazione giudiziaria in materia penale, ambiente, servizi di interesse economico generale) ritenuti di particolare valenza per lo studio del principio della *preemption*. Inoltre, in tale contesto sarà analizzato il fenomeno dell'esclusività delle competenze esterne dell'Unione derivante dall'incidenza degli accordi internazionali sulle norme comuni, evidenziando analogie e differenze rispetto al fenomeno della preclusione delle competenze statali interne conseguente all'esercizio dei poteri dell'Unione.

Il quarto capitolo sarà, infine, rivolto ai rapporti intercorrenti fra il principio di preclusione ed alcune caratteristiche del suo veicolo, il diritto derivato. Innanzitutto, si verificherà, alla luce della giurisprudenza e della prassi normativa, l'effetto preclusivo sull'esercizio delle competenze statali delle principali categorie di atti dell'Unione. Successivamente, ci si soffermerà sulle diverse tecniche di ravvicinamento delle legislazioni nazionali (armonizzazione esaustiva, parziale, minima e opzionale) e sugli effetti preclusivi associati a ciascuna di esse. Quindi, ci si concentrerà sull'assetto delle autonomie fra diritto derivato e diritto nazionale e si verificherà in che misura tale fattore può incidere sui paradigmi utilizzati dalla Corte di giustizia per la disamina di tali conflitti.

<sup>2</sup> Sentenza della Corte del 19 marzo 1964, *M.K.H. Unger in Hoekstra c. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*, Causa 75/63, in Racc. 1964 p. 351.

## CAPITOLO PRIMO

### LA NOZIONE DI «PREEMPTION»

SOMMARIO: 1. Le origini dell'espressione «*preemption*»; 1.1. Il termine «*preemption*» in diritto internazionale; 1.2. *Preemption* e tradizioni giuridiche nazionali; 2. La *Doctrine of federal preemption* nel diritto costituzionale statunitense; 2.1. *Express* ed *implied preemption*; 2.2. *Occupation of the field preemption*; 2.3. *Conflict preemption: rule preemption* ed *obstacle preemption*; 3. La *preemption* nel diritto dell'Unione europea: le elaborazioni della dottrina; 3.1. *Preemption* e gerarchia delle fonti: concezione «costituzionale» e «legislativa»; 3.2. *Preemption* e primato: concezione «olistica» ed «atomistica»; 4. Una triplice definizione stipulativa del concetto di *preemption*

L'unico riferimento diretto alla «*preemption* comunitaria» contenuto nella giurisprudenza della Corte di giustizia si rinviene nelle conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 5 febbraio 2009 nella causa *Bud*.<sup>1</sup> In tale occasione, alla Corte era stato richiesto di chiarire se le denominazioni d'origine e le indicazioni geografiche qualificate, tutelabili in base al regolamento n. 510/2006, potevano essere protette dalla disciplina interna degli Stati membri anche se non erano state notificate alla Commissione per la registrazione comunitaria. In sostanza, si trattava di decidere se detto regolamento «pote[va] considerarsi esaustivo e preclud[eva] qualsiasi intervento statale nel suo ambito di applicazione formale e sostanziale». <sup>2</sup> Dopo aver inquadrato in tali termini la questione pregiudiziale, l'Avvocato generale ha affermato quanto segue:

In ultima analisi, emerge qui il dibattito tema della «*preemption*» comunitaria su un provvedimento e i casi in cui le competenze concorrenti degli Stati membri in una materia possono venire ad essere surrogate dall'intervento del legislatore comunitario.<sup>3</sup>

Anche l'Avvocato generale Mazák ha impiegato l'espressione «*to preempt*» per fare riferimento al rapporto fra l'esercizio delle competenze dell'U-

<sup>1</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 5 febbraio 2009, *Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*, Causa C-478/07, in *Racc.* 2009 p. I-07721.

<sup>2</sup> *Ivi*, punto 92.

<sup>3</sup> *Ivi*, punto 93.

nione ed i poteri residui degli Stati membri. Nelle sue conclusioni del 28 giugno 2007, relative alla causa *Commissione c. Consiglio*, si legge infatti che, mentre in virtù dell'art. 47 UE l'azione dell'Unione «è preclusa all'origine dall'esistenza di specifiche competenze conferite dal Trattato CE, a prescindere dal se e dalla misura in cui tali competenze siano già state eventualmente esercitate dalla Comunità», «gli Stati membri rimangono liberi di agire – tranne in caso di competenza esclusiva della Comunità – a meno che la Comunità abbia effettivamente esercitato le sue competenze «anticipando» in tal modo [*in such a way as to 'pre-empt'*, nella versione inglese delle conclusioni] gli Stati membri, ai sensi della giurisprudenza *AETR*».<sup>4</sup> Occorre inoltre fare riferimento alle conclusioni dell'Avvocato generale Mazák del 29 aprile 2010 nella causa *Karanikolas*, in cui la Corte di giustizia era stata adita in via pregiudiziale di una questione relativa alla facoltà, per uno Stato membro, di vietare l'utilizzo di alcuni attrezzi da pesca il cui impiego era invece espressamente consentito dal regolamento n. 1626/94.<sup>5</sup> In tale occasione, l'Avvocato generale ha affermato: «non ritengo che il regolamento n. 1626/94, specificando taluni attrezzi da pesca vietati, enunci in maniera tassativa gli attrezzi da pesca vietati nel Mediterraneo e pertanto prevenga o escluda, di per sé, [*pre-empts or excludes per se*, nella versione inglese] il mantenimento o l'adozione da parte di uno Stato membro di misure che vietano altri attrezzi da pesca».<sup>6</sup>

La Corte di giustizia ed il Tribunale, al contrario, hanno utilizzato il termine «*preemption*» prevalentemente con altre accezioni,<sup>7</sup> quali le nozioni

<sup>4</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Mazák del 28 giugno 2007, *Commissione c. Consiglio dell'Unione europea*, Causa, in *Racc.* 2007 p. I-09097, punti 58-59, corsivo aggiunto. Il medesimo concetto si rinviene nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi del 19 settembre 2007, *Commissione c. Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-91/05, in *Racc.* 2008 p. I-03651, punto 77: «Ai sensi dell'art. 47 UE, il rapporto tra le competenze comunitarie e le competenze dell'Unione europea nell'ambito della PESC non sarebbe simile a quello tra le competenze comunitarie e le competenze degli Stati membri nel senso che, per delimitare le competenze della Comunità e dell'Unione europea, non è possibile ricorrere al principio del *prior tempore* [*principle of pre-emption*, nella versione inglese]».

<sup>5</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Mazák del 29 aprile 2010, *Panagiotis I. Karanikolas e a. c. Ypourgos Agrotikis Anaptyxis kai Trofimon e Nomarchiaki Aftodioikisi Dramas, Kavalas, Xanthis*, Causa C-453/08, in *Racc.* 2010 p. I-07895.

<sup>6</sup> Ivi, punto 33.

<sup>7</sup> Da una ricerca effettuata attraverso l'utilizzo del motore di ricerca Eur-lex, emerge che, dalle origini della Comunità ad oggi, il sostantivo «*preemption*» e le varie declinazioni del verbo «*to preempt*» compaiono – anche nella corrispondente grafia britannica («*pre-emption*», «*to pre-empt*») – poco più di cento volte nelle oltre sedicimila pronunce dei Giudici dell'Unione e nelle quasi ottomila conclusioni degli Avvocati generali.

giusprivatistiche di «prelazione» o «opzione»,<sup>8</sup> ovvero circostanze di fatto come l'«appropriazione» o «occupazione prioritaria» di una data risorsa o segmento di mercato.<sup>9</sup> Inoltre, il verbo «to preempt» è stato associato all'idea di «prevenire» o «evitare» un determinato svantaggio o esito pregiudizievole,<sup>10</sup> ovvero di «anticipare» un provvedimento o una determinazione di un dato organo.<sup>11</sup> Occorre peraltro rilevare che il termine «pre-emption»

<sup>8</sup> Si vedano, *ex multis*, Sentenza della Corte del 23 marzo 2000, *Dionysios Diamantis c. Elliniko Dimosio e Organismos Oikonomikis Anasykrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, Causa C-373/97, in *Racc.* 2000 p. I-01705, punto 44: «un azionista di minoranza ... che non si è avvalso del proprio diritto di prelazione [*right of pre-emption*, nella versione inglese]»; sentenza della Corte del 19 novembre 1996, *Siemens AG c. Henry Nold*, Causa C-42/95, in *Racc.* 1996 p. I-06017, punto 4: «le delibere dell' assemblea che sopprimono il diritto di opzione degli azionisti [*the shareholders' right of preemption*, nella versione inglese]».

<sup>9</sup> Si veda, ad esempio, la sentenza del Tribunale di primo grado del 4 luglio 2007, *Bouygues SA e Bouygues Télécom SA c. Commissione*, Causa T-475/04, in *Racc.* 2007 p. II-02097, punto 66: «il fatto di avere ottenuto le licenze un anno e mezzo prima di Bouygues Télécom avrebbe consentito a Orange e a SFR di scegliere i blocchi di frequenze più favorevoli, di pre-lazionare i siti migliori [*pre-empt the best sites*, nella versione inglese]»; sentenza del Tribunale di primo grado del 30 gennaio 2007, *France Télécom SA c. Commissione*, Causa T-340/03, in *Racc.* 2007 p. II-00107, punto 8: «l'applicazione di prezzi al di sotto dei costi attuata dalla WIN si è inserita nell'ambito di una strategia intenzionale predatoria avente il fine di «appropriarsi prioritariamente» del mercato [*«pre-empting» the market*, nella versione inglese]». Sentenza del Tribunale di primo grado del 25 ottobre 2002, *Tetra Laval BV c. Commissione*, causa T-5/02, in *Racc.* 2002 p. II-04381, punto 57 «la Tetra potrebbe usurpare l'enorme vantaggio [*pre-empt the major advantage*, nella versione inglese] di cui attualmente dispone il suo principale concorrente».

<sup>10</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs del 29 aprile 2004, *Pharmacia Italia SpA, già Pharmacia & Upjohn SpA*, Causa C-31/03, in *Racc.* 2004 p. I-10001, punto 9: «I primi cinque 'considerando' del preambolo del regolamento n. 1768/92 fanno riferimento all'esigenza di garantire una tutela sufficiente per i medicinali allo scopo di incoraggiare la ricerca ed evitare il trasferimento [*pre-empt the relocation*, nella versione inglese] dei centri di ricerca»; Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs del 23 ottobre 1997, *Beside BV e I.M. Besselsen c. Minister van Volksbuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, Causa C-192/96, in *Racc.* 1998 p. I-04029, punto 46: «non è opportuno cercare di prevenire tali problemi [*to pre-empt such problems*, nella versione inglese] stabilendo criteri rigidi riguardo a ciò che è necessario e sufficiente in tema di prove»; Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 22 novembre 2012, *Peter Sweetman e altri c. An Bord Pleanála*, Causa C-258/11, non pubblicate, punto 43: «questi tre i sono volti a cercare di prevenire un danneggiamento [*pre-empt damage*, nella versione inglese] del sito o ... ridurre i danni al minimo».

<sup>11</sup> Sentenza della Corte del 25 febbraio 1986, *Windsurfing International Inc c. Commissione*, Causa 193/83, in *Racc.* 1986 p. 611, punto 24 «sarebbero stati pendenti dei procedimenti giudiziari vertenti proprio sulla portata del brevetto e la Commissione non avrebbe avuto il diritto di anticipare la decisione dei giudici [*to pre-empt that decision*, nella versione inglese]»; sentenza del Tribunale della funzione pubblica in seduta plenaria del 13 gennaio 2010, *A (F-124/05) e G (F-96/06) c. Commissione europea*, Cause riunite F-124/05 e F-96/06, non pubblicata, punto 73: «non era possibile fare congetture sulle conclusioni [*to pre-empt the con-*

figura fra le parole chiave della versione inglese della sentenza *Commissione c. Francia (previdenza sociale degli artisti)*<sup>12</sup> in cui la Corte di giustizia ha statuito che la Repubblica francese non era legittimata ad assoggettare gli artisti migranti al proprio regime di previdenza sociale in quanto «la questione specifica della legislazione applicabile in materia di previdenza sociale dei prestatori di servizi [era] oggetto di un coordinamento comunitario» realizzato dal regolamento 1408/71.<sup>13</sup>

Tali frammentarie indicazioni, evidentemente, non consentono di ricostruire il significato e la portata della nozione di *preemption* cui ha fatto riferimento l'Avvocato generale Colomer nelle proprie conclusioni nella causa *Bud*. Appare pertanto opportuno procedere alla disamina delle origini del termine «*preemption*».

### 1. Le origini dell'espressione «preemption»

Il termine angloamericano «*preemption*» deriva dall'espressione latina tardomedievale «*præemptio*», composta dal prefisso «*præ*» (prima) e dal sostantivo «*emptio*» (acquisto).<sup>14</sup> Tale vocabolo, il cui utilizzo è attestato in Inghilterra («*pre-emption*») a partire dal XIV secolo,<sup>15</sup> in Francia («*préemption*») a partire dal XVI secolo,<sup>16</sup> in Italia («*preenzione*»<sup>17</sup> o «*preemzione*»<sup>18</sup>) a partire dal XVIII secolo<sup>19</sup> e nei trattati internazionali a partire dal XVII secolo,<sup>20</sup> ha assunto una pluralità di significati, che occorre brevemente passare in rassegna.

*clusions*, nella versione inglese] della Commissione di invalidità»; Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 21 novembre 2006, *Medipac-Kazantzidis AE c. Venizeleio-Pananeio* (PE.S.Y. KRITIS), Causa C-6/05, in *Racc.* 2007 p. I-04557, punto 106: «esiste un'ampia giurisprudenza della Corte in altri settori che evidenzia come il provvedimento provvisorio non debba anticipare il risultato [*pre-empt the outcome*, nella versione inglese] della domanda nel merito».

<sup>12</sup> Sentenza della Corte del 15 giugno 2006, *Commissione c. Repubblica francese*, Causa C-255/04, in *Racc.* 2006 p. I-05251.

<sup>13</sup> Ivi, punti 48-49.

<sup>14</sup> Sul punto, E. KLEIN, «*Pre-emption*», in *A Comprehensive etymological dictionary of the English language*, Elsevier, Amsterdam, 1971, p. 584. Il lemma «*praeemo*», peraltro, figura già nei *Libri de significatione verborum* di Verrio Flacco, risalenti all'età augustea: si veda *Thesaurus Linguae Latinae*, Vol. X, 2 fasc. IV, Leipzig, 1985, p. 594.

<sup>15</sup> Si veda D. HOWLETT, «*Praeemptio*», in *Dictionary of Medieval Latin from British Sources*, tomo XII, 1981, p. 2399, che attesta tale espressione nel 1317, nel 1335, nel 1337 e nel 1422.

<sup>16</sup> Sul punto, S. BATTAGLIA, «*Preenzione*», in *Grande dizionario della lingua italiana*, tomo XIV, p. 102.

<sup>17</sup> Si veda C. BATTISTI, G. ALESSIO, «*zione*», in *Dizionario etimologico italiano*, Firenze, 1954, p. 3057, che attesta tale termine e la variante «*preemzione*» nel 1830.

<sup>18</sup> Si veda A. UBICINI e E. GIRARDIN, *La Questione d'Oriente innanzi l'Europa*, Milano, 1834, p. 104.

<sup>19</sup> Si veda *Gazzetta Universale*, 8 novembre 1794, n. 89, p. 706.

<sup>20</sup> R. PHILLIMORE, *Commentaries upon international law*, vol. 3, 1854, Filadelfia, p. 279.

### 1.1. *Il termine «preemption» in diritto internazionale*

Nei trattati internazionali coevi alla Pace di Vestfalia,<sup>21</sup> l'espressione «*pre-emption*» indicava il potere degli Stati sovrani di espropriare i beni di cittadini stranieri in transito nei rispettivi territori o mari, così da consentirne l'acquisto da parte dei propri cittadini prima che tali beni raggiungessero la loro destinazione finale.<sup>22</sup> A partire dal XVIII secolo,<sup>23</sup> invece, tale prerogativa è stata esercitata prevalentemente in tempo di guerra ad opera dei belligeranti sulle merci degli Stati neutrali considerate «contrabbando condizionale», ossia solo potenzialmente destinate al rifornimento delle truppe nemiche (es. veicoli, imbarcazioni, filo spinato, strumenti ottici, ecc.). Mentre il materiale di guerra («contrabbando assoluto») era soggetto a confisca, le merci in questione erano espropriate a fronte del pagamento del loro valore più un ragionevole margine di profitto fissato, di norma, nella misura del dieci per cento.<sup>24</sup> A fronte delle difficoltà nel tracciare un confine netto tra contrabbando assoluto e contrabbando condizionale,<sup>25</sup> il principio della *preemption* rappresentava una soluzione che permetteva di contemperare l'interesse dello Stato belligerante di impedire il rifornimento dei propri avversari con l'interesse dello Stato neutrale di esportare e commercializzare i propri prodotti.<sup>26</sup>

Al diritto internazionale è inoltre ascrivibile il concetto di *preemptive war* (guerra preventiva),<sup>27</sup> incompatibile con il divieto di uso della forza contenuto nella Carta delle Nazioni Unite e, secondo parte della dottrina, estraneo alla nozione di

<sup>21</sup> Ivi, a p. 279, nota o), si fa menzione di riferimenti al principio della *preemption* nei trattati fra Danimarca e Spagna (1641), Inghilterra e Portogallo (1642), Danimarca e Olanda (1645), Spagna e Olanda (1648), Inghilterra e Olanda (1654) e Inghilterra e Portogallo (1654).

<sup>22</sup> In tal senso W. BYRNE, «*Pre-emption*», *A dictionary of English Law*, 1923, p. 691; J. CHITTY, *A treatise on the law of commerce and manufactures*, vol. 1, Londra, 1824, p. 103.

<sup>23</sup> Si veda, ad esempio, l'art. 18 del Trattato di amicizia, commercio e navigazione tra Sua Maestà Britannica e gli Stati Uniti d'America concluso a Londra il 10 novembre 1794, U.S. Statutes at Large, vol. 18, p. 278: «whereas the difficulty of agreeing on precise cases in which alone provisions and other articles not generally contraband [...] the same shall not be confiscated, but the owners thereof shall be speedily and completely indemnified; and the captors, or in their default the government under whose authority they act, shall pay to the masters or owners of such vessel the full value of all articles, with a reasonable mercantile profit thereon, together with the freight, and also the damages incident to such detention».

<sup>24</sup> Sul punto H. HALLECK, *International law or rules regulating the intercourse of states in peace and war*, San Francisco, 1861, p. 589.

<sup>25</sup> Sul punto, R. QUADRI, *Diritto Internazionale Pubblico*, quinta edizione, Liguori, Napoli 1968, pp. 328-330.

<sup>26</sup> R. PHILLIMORE, *Commentaries upon international law*, vol. 3, 1854, Filadelfia, p. 280.

<sup>27</sup> In dottrina cfr. E. CANNIZZARO, *La dottrina della guerra preventiva e la disciplina internazionale sull'uso della forza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, fasc. 1 pp. 171-174; T. LEE, *International Relations Theory and Preemptive War: The Vitality of Sovereign Equality Today*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 67, n. 4, 2004, pp. 147-168.

legittima difesa sottesa all'art. 51 della Carta.<sup>28</sup> Tale pratica ha ricevuto rinnovata attenzione da quando l'ex Presidente degli Stati Uniti d'America George W. Bush ha proclamato il diritto di intraprendere azioni preventive in relazione a minacce imminenti, nozione che, a seguito degli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, deve tenere conto delle capacità offensive dei terroristi e degli Stati-canaglia.<sup>29</sup>

Posto che nessuna di tali accezioni del termine «*preemption*» appare semanticamente affine a quella impiegata dall'Avvocato generale Colomer nelle proprie conclusioni nella causa *Bud*, occorre esaminare il significato attribuito a tale espressione in alcune tradizioni giuridiche nazionali.

## 1.2. Preemption e tradizioni giuridiche nazionali

Nel Regno Unito<sup>30</sup> ed in Francia,<sup>31</sup> le espressioni «*pre-emption*» e «*préemption*» sono tutt'ora impiegate per individuare il principio giusprivatistico della prelazione, ossia il diritto, di origine legale<sup>32</sup> o convenzionale,<sup>33</sup> ad essere prefe-

<sup>28</sup> Sul punto M. CONDINANZI, *L'uso della forza e il sistema di sicurezza collettiva*, in S. CARBONE, R. LUZZATTO e A. SANTA MARIA (a cura di) *Istituzioni di Diritto Internazionale*, Torino 2002; pp. 433-434. Si vedano, al riguardo, le considerazioni critiche di R. QUADRI, *Diritto Internazionale Pubblico*, quinta edizione, Liguori, Napoli 1968, pp. 270-273, secondo il quale la legittima difesa ha per definizione «carattere preventivo» mentre l'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite riguarda, in realtà, la diversa ipotesi della «resistenza» ad un attacco altrui e di H. WALDOCK, *The regulation of the use of force by individual states in international law*, in *Hague Recueil*, vol. 81, 1952, p. 498, per il quale «it would be a travesty of the purposes of the Charter to compel a defending state to allow its assailant to deliver the first, and perhaps fatal, blow».

<sup>29</sup> Presidente degli Stati Uniti d'America, *The national security strategy of the United States of America*, settembre 2002, p. 15. In dottrina, cfr. C. GRAY, *The US National Security Strategy and the new "Bush Doctrine" on Preemptive Self-defense*, in *Chinese Journal of International Law*, 2002, p. 437 ss.; P. PICONE, *La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 2, 2003, pp. 329 e ss.; P. FOIS, *Riflessioni sul principio di legalità nel diritto internazionale contemporaneo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, n. 2, 2013, pp. 361 e ss.

<sup>30</sup> Si veda W. BYRNE, «Pre-emption», in *A dictionary of English Law*, 1923, pp. 690-691; H. BLACK, «Pre-emption», in *Black's Dictionary of Law Containing of the Terms and Phrases of American and English Ancient and Modern*, 1891, p. 925; S. RAPALJE e R. LAWRENCE, «Pre-emption», in *A Dictionary American and English Law with Definitions of the Terms of the Canon and Civil Laws*, 1888, p. 994.

<sup>31</sup> Si veda R. GRANGER, «Préemption», in E. VERGÉ, G. RIPERT (a cura di) *Répertoire de droit commercial et des sociétés*, Dalloz, Parigi, 1958, pp. 599 e ss.; A. PERRAUD-CHARMANTIER, «Préemption», in *Petit dictionnaire de droit*, Parigi, 1948, p. 203.

<sup>32</sup> Si veda, ad esempio, il diritto di prelazione riconosciuto dall'art. 128 del *Lands Clauses Consolidation Act*, 1984, a favore del precedente proprietario del fondo; dall'art. 12 dello *Small Holdings and Allotments Act*, 1908, a favore del *County Council*; dall'art. 13 dell'*Agricultural Holdings Act*, 1948, a favore del locatore rispetto ai beni mobili del conduttore; dall'art. 561, comma 1, del *Companies Act*, 2006, a favore degli azionisti di una società per la sottoscrizione di nuove azioni emesse da tale società.

<sup>33</sup> Nel Regno Unito, i contratti che attribuiscono diritti di prelazione su beni immobili sono soggetti a trascrizione ai sensi dell'art. 10 del *Land Charges Act*, 1925.

rito, a parità di condizioni, a qualsiasi altro soggetto nell'acquisto di un bene o nella conclusione di un contratto. In Inghilterra, il termine «*pre-emption*» indicava altresì la prerogativa reale, abolita nel XVII secolo, di acquistare, a prescindere dal consenso dell'alienante e ad un prezzo predeterminato, derivate alimentari ed altri beni da destinarsi alla corte del sovrano.<sup>34</sup> Similmente, in Italia ed in Francia, il vocabolo «preenzione» designava il potere, un tempo riconosciuto all'amministrazione delle dogane,<sup>35</sup> di ritenere le merci soggette ad imposte *ad valorem* previo pagamento del valore dichiarato aumentato di un decimo.<sup>36</sup> Tale prerogativa era finalizzata ad evitare l'elusione di siffatte imposte attraverso la dichiarazione di un valore inferiore a quello effettivo.<sup>37</sup>

Nel diritto statunitense, a partire dalla metà del XIX secolo, il termine «*preemption*» è stato utilizzato per indicare il diritto riconosciuto dalla legislazione federale a chi occupava un fondo di proprietà del Governo federale (*squatter*) di acquistare tale fondo, ad un prezzo di favore fissato dalla legge, prima che lo stesso fosse venduto all'incanto.<sup>38</sup> Tale diritto è stato esercitato principalmente nei territori del Nebraska e del Kansas attorno alla metà del XIX secolo. Nei primi anni del XX secolo, il vocabolo «*preemption*» inizia a diffondersi negli Stati Uniti anche per indicare l'«occupazione», in senso figurato, di un determinato settore da parte di atti del governo federale (di norma del Congresso, ma anche delle *federal agencies*)<sup>39</sup> con conseguente preclusione dell'intervento degli Stati e delle autorità locali nel medesimo settore.<sup>40</sup>

Quest'ultima accezione risulta, senza dubbio, quella che più si approssima all'utilizzo del termine «*preemption*» da parte dell'Avvocato generale Colomer

<sup>34</sup> Tale prerogativa, già dismessa da Carlo II in occasione della propria restaurazione, è stata abolita dal *Tenures Abolition Act* del 1660, 12 Car 2 c 24. Sul punto, E. JOWITT e C. WALSH, «*Pre-emption*», *The Dictionary of English Law*, Londra, 1959, p. 1387.

<sup>35</sup> Nel Regno di Sardegna, ad esempio, il diritto di preenzione previsto dall'art. 37 del Regolamento annesso al Regio Editto del 4 giugno 1816 è stato abrogato dall'art. 6 della legge del 14 luglio 1851, n. 1223.

<sup>36</sup> Si veda G. BOCCARDO, «*Preenzione*», in *Dizionario della Economia Politica e del Commercio*, vol. 4, 1863, Torino, pp. 161-162; A. MELANO DI PORTULA, «*Preenzione*», in *Dizionario Analitico di Diritto e di Economia Industriale e Commerciale*, Torino 1843, p. 899.

<sup>37</sup> L'esercizio di tale potere, peraltro, si prestava ad abusi da parte delle autorità doganali, soprattutto in presenza di fenomeni di *regulatory capture*. G. BOCCARDO, «*Dogana*», *op. cit.*, p. 62 riferisce ad esempio di alcuni commercianti di Sedan accordatisi con i doganieri al fine di privare, a mezzo della preenzione, un loro concorrente dei propri articoli di commercio.

<sup>38</sup> Tale diritto è espressamente previsto dal *Preemption Act* del 1841, noto anche con il nome di *Distributive Preemption Act*, 27 Cong., Ch. 16; 5 Stat. 453. Sulla portata di siffatto diritto, si veda Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Nix. v. Allen*, 112 U.S. 129 (1884).

<sup>39</sup> J. NOWAK e R. ROTUNDA, *Constitutional Law*, sesta edizione, West, St. Paul, 2000, p. 197.

<sup>40</sup> *Ivi*.

nelle proprie conclusioni nella causa *Bud*. Inoltre, come si dirà più diffusamente in prosieguo, numerosi esponenti della dottrina hanno impiegato categorie concettuali proprie della *doctrine of federal preemption* statunitense per illustrare i percorsi analitico-argomentativi seguiti dalla Corte di giustizia nella ricognizione delle antinomie fra diritto dell'Unione e diritto degli Stati membri. Occorre pertanto soffermarsi sulla *doctrine of federal preemption* nell'ambito del diritto costituzionale degli Stati Uniti d'America.

## 2. *La Doctrine of federal preemption nel diritto costituzionale statunitense*

Sebbene la *doctrine of federal preemption* inizi a svilupparsi nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America già nel XIX secolo,<sup>41</sup> l'espressione «*preempted*» è stata per la prima volta impiegata per fare riferimento agli effetti preclusivi prodotti dall'intervento federale sui poteri degli Stati dal giudice Louis Brandeis nella propria opinione dissenziente nella sentenza *Winfield* del 1917.<sup>42</sup> In tale occasione, la maggioranza dei componenti della Corte Suprema ha ritenuto che il diritto federale aveva disciplinato esaustivamente la responsabilità civile dei vettori ferroviari operanti in più Stati per le lesioni subite dai loro dipendenti, non lasciando quindi alcuno spazio all'intervento statale, neanche per disciplinare aspetti, quali la responsabilità oggettiva, non regolati dalla legislazione federale.<sup>43</sup>

La Costituzione degli Stati Uniti riconosce espressamente il primato del diritto federale rispetto a quello degli Stati (c.d. *supremacy clause*).<sup>44</sup> Pertanto è «del tutto pacifico» che, nelle materie di propria competenza, la normativa federale può sostituirsi, anche completamente, a quella adottata dagli

<sup>41</sup> Per un'analisi approfondita di tale periodo si veda S. A. GARDBAUM, *The Nature of Preemption*, in *Cornell Law Review*, vol. 79, 1994, pp. 787 e ss., secondo il quale per tutto il XIX secolo e fino agli anni '40 del XX secolo la giurisprudenza utilizzava il termine «*superseded*» per descrivere il fenomeno della *preemption*. *Southern Ry. Co. v. Reed*, 222 U.S. 424 (1912) è generalmente considerata la prima sentenza in cui la Corte Suprema ha invalidato una legge statale sulla base dell'istituto della *preemption*.

<sup>42</sup> Corte Suprema, *New York Central R. Co. v. Winfield*, 244 U.S. 147, 169 (1917), opinione dissenziente del Giudice Brandeis: «The contention that Congress has, by legislating on one branch of a subject relative to interstate commerce, preempted the whole field has been made often in this Court; and, as the cases above cited show, has been repeatedly rejected in cases where the will of Congress to leave the balance of the field open to state action was far less clear than under the circumstances here considered».

<sup>43</sup> Ivi, pp. 147-154.

<sup>44</sup> Art. VI, seconda clausola, della Costituzione degli Stati Uniti d'America: «This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof [...] shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding».

Stati, precludendo ogni ulteriore intervento di questi ultimi nelle suddette materie.<sup>45</sup> La questione centrale nelle controversie in tema di *federal preemption* è quindi determinare se il Congresso ha effettivamente inteso elidere le competenze statali.<sup>46</sup>

Al riguardo, si è registrata un'evoluzione nella giurisprudenza della Corte Suprema. Al tempo della citata sentenza *Winfield*, la Corte applicava una forma estremamente invasiva di *preemption*, nota come *doctrine of latent exclusivity*: non appena il Congresso legiferava, l'intera materia interessata dalle norme federali era *ipso iure* sottratta all'intervento statale, senza necessità di accertare l'effettiva intenzione del Congresso di precludere l'azione degli Stati.<sup>47</sup> Peraltro, con l'espansione delle competenze federali in materia di commercio interstatale avvenuta durante il New Deal,<sup>48</sup> l'applicazione della *doctrine of latent exclusivity* avrebbe comportato un fortissimo accentramento di poteri nelle mani del governo federale.<sup>49</sup> La Corte Suprema, di conseguenza, ha elaborato, a partire dagli anni '30, un approccio più rispettoso delle prerogative statali, verificando caso per caso l'intento del Congresso di sostituire la disciplina federale alla regolamentazione statale.<sup>50</sup>

La sentenza *Rice*<sup>51</sup> – ancora oggi il precedente di riferimento in tema di *federal preemption* – ha enunciato la presunzione che la normativa

<sup>45</sup> Così Corte Suprema degli Stati Uniti d'America *Pacific Gas & Elec. Co. v. State Energy Comm'n*, 461 U.S. 190, p. 203 (1983).

<sup>46</sup> W. COHEN, *Congressional Power to Define State Power to Regulate Commerce: Consent and Preemption*, in T. SANDALOW e E. STEIN (a cura di) *Courts and free markets: perspectives from the United States and Europe*, vol. 2, 1982, p. 523: «Congress's power to preempt state laws which affect interstate commerce is [...] unquestioned [...] With reference to pre-emption, the problem has been to define the standards for deciding when Congress has in fact exercised that power».

<sup>47</sup> W. J. RICH, *Modern Constitutional Law*, West, 2011, 44: «At one point, mere coincidence of state and federal regulations was considered fatal for the state».

<sup>48</sup> L'espansione dei poteri del governo federale risulta chiaramente dalla sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America nella causa *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111, 124 (1942): «The commerce power is not confined in its exercise to the regulation of commerce among the states. It extends to those activities intrastate which so affect interstate commerce, or the exertion of the power of Congress over it, as to make regulation of them appropriate means to the attainment of a legitimate end, the effective execution of the granted power to regulate interstate commerce».

<sup>49</sup> Sul punto S. GARDBAUM, *The Breath vs. the Depth of Congress' s Commerce Power: The Curious History of Preemption During the Lochner Era*, in R. A. EPSTEIN e M. S. GREVE (a cura di), *Federal preemption: states' powers, national interests*, AEI Press, Washington, D.C., 2007, p. 68.

<sup>50</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, 505 U.S. 504, 518 (1992): «we must construe these provisions in light of the presumption against the preemption of state police power regulations».

<sup>51</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Rice v. Santa Fe Elevator*, 331 U.S. 218, (1947).

federale non preclude l'intervento statale nella materia da essa disciplinata (c.d. presunzione di non preclusione). Sebbene tale presunzione sia stata originariamente elaborata nel contesto dei c.d. *police powers*, ossia i settori tradizionalmente disciplinati dagli Stati, essa è stata successivamente estesa a tutte le controversie in materia di *preemption*.<sup>52</sup> Tale presunzione serve ad assicurare che il riparto dei poteri tra federazione e Stati non sia turbato involontariamente dal Congresso o indebitamente dai giudici.<sup>53</sup>

### 2.1. Express ed implied preemption

L'iter logico attualmente seguito dai giudici statunitensi nei casi di *preemption* muove dall'assunto che il Congresso non intende precludere l'intervento statale,<sup>54</sup> a meno che non vi sia prova di una «chiara e manifesta» volontà in tal senso.<sup>55</sup> Tale intento può evincersi espressamente dal tenore della normativa federale (*express preemption* o preclusione espressa) ovvero implicitamente dalla struttura e dalle finalità della stessa (*implied preemption* o preclusione tacita).<sup>56</sup>

L'indicazione esplicita, nel testo di un atto federale, della volontà del Congresso di soppiantare la regolamentazione statale prende il nome di «clausola di preclusione espressa» (*express preemption clause*).<sup>57</sup> La presenza di una di tali clausole rende superflua ogni ulteriore indagine circa l'intento implicito del Congresso.<sup>58</sup> L'effetto di preclusione, peraltro, non

<sup>52</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Medtronic, Inc. v. Lohr*, 518 U.S. 470, 485 (1996): «because the States are independent sovereigns in our federal system, we have long presumed that Congress does not cavalierly pre-empt state-law causes of action. In all pre-emption cases [...] we start with the assumption that the historic police powers of the States were not to be superseded by the Federal Act unless that was the clear and manifest purpose of Congress».

<sup>53</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Jones v. Rath Packing Co.*, 430 U.S. 519, 525 (1977).

<sup>54</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *New York State Department of Social Services v. Dublino*, 413 U.S. 405, 413 (1973).

<sup>55</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Rice v. Santa Fe Elevator*, 331 U.S. 218, 230 (1947).

<sup>56</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Fid. Fed. Sav. & Loan Ass'n v. de la Cuesta*, 458 U.S. 141, 152-53 (1982): «Pre-emption may be either express or implied»; *City of Burbank v. Lockheed Air Terminal Inc.*, 411 U.S. 624, 633 (1973).

<sup>57</sup> Si veda, ad esempio, il *Fair Packaging and Labeling Act*, 15 U.S.C. § 1461 (2006): «It is hereby declared that it is the express intent of Congress to supersede any and all laws of the States or political subdivisions thereof insofar as they may now or hereafter provide for the labeling of the net quantity of contents of the package of any consumer commodity covered by this chapter which are less stringent than or require information different from the requirements of section 1453 of this title or regulations promulgated pursuant thereto».

<sup>58</sup> Sul punto Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Cipollone*, cit., p. 517: «When

si estende agli ambiti estranei alla clausola di preclusione espressa.<sup>59</sup> Può così accadere che un atto del Congresso occupi una data materia solo in parte, lasciando inalterata la facoltà degli Stati di regolare gli aspetti non disciplinati a livello federale.<sup>60</sup> Inoltre, in alcuni casi la Corte Suprema ha ritenuto che gli Stati possono regolare fattispecie che si situano *in limine* rispetto all'intervento federale.<sup>61</sup>

Al contrario, il Congresso può esplicitamente escludere gli effetti preclusivi di un proprio atto, facendo così salva la normativa statale, attraverso una «clausola di deferenza espressa» (*express savings clause*).<sup>62</sup> La Corte Suprema, tuttavia, ha in più occasioni rifiutato di interpretare estensivamente le clausole di deferenza quando ciò avrebbe potuto turbare l'armonia dell'intervento legislativo federale<sup>63</sup> o consentito la sopravvivenza di leggi statali in aperto contrasto con la disciplina federale.<sup>64</sup> Tale orientamento giurisprudenziale è stato fortemente criticato in dottrina nella misura in cui ha impedito l'introduzione di numerose misure statali di protezione rafforzata in materia ambientale e di tutela della salute.<sup>65</sup>

Se il testo della legislazione federale non contiene alcuna indicazione esplicita circa i propri effetti preclusivi, occorre accertare l'intento tacito del Congresso seguendo l'*iter* logico delineato dalla Corte suprema nella sentenza *Pacific Gas*:

Congress has considered the issue of pre-emption and has included in the enacted legislation a provision explicitly addressing that issue, and when that provision provides a reliable indicium of congressional intent with respect to state authority, there is no need to infer congressional intent to pre-empt state laws from the substantive provisions of the legislation».

<sup>59</sup> Ivi: «Congress' enactment of a provision defining the pre-emptive reach of a statute implies that matters beyond that reach are not pre-empted [...] Therefore, we need only identify the domain expressly pre-empted by each of those sections».

<sup>60</sup> Così Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Hartford Accident & Indem. Co. v. Illinois ex rel. McLaughlin*, 298 U.S. 155, 158 (1936).

<sup>61</sup> In tal senso Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Chi. & N.W. Transp. Co. v. Kalo Brick & Tile Co.*, 450 U.S. 311, 317 (1981).

<sup>62</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *City of Philadelphia. v. New Jersey*, 437 U.S. 617, 621 (1978).

<sup>63</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *United States v. Locke*, 529 U.S. 89, 106 (2000).

<sup>64</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Geier v. Am. Honda Motor Co.*, 529 U.S. 861, 872 (2000): «To the extent that such an interpretation of the saving provision reads into a particular federal law toleration of a conflict that those principles would otherwise forbid, it permits that law to defeat its own objectives, or potentially . . . to destroy itself».

<sup>65</sup> Sul punto S. ZELLMER, *When Congress Goes Unheard: Savings Clauses' Rocky Judicial Reception*, in W. W. BUZBEE (a cura di), *Preemption choice: the theory, law, and reality of federalism's core question*, Cambridge University Press, Cambridge; New York, 2009, pp. 144-166.

Absent explicit preemptive language, Congress' intent to supersede state law altogether may be found from a scheme of the federal regulation so pervasive as to make reasonable the interference that Congress left no room to supplement it, "because the Act of Congress may touch a field in which the federal interest is so dominant that the federal system will be assumed to preclude enforcement of state laws on the same subject," or because "the object sought to be obtained by federal law and the character of obligations imposed by it may reveal the same purpose." Even where Congress has not entirely displaced state regulation in a specific area, state law is pre-empted to the extent that it actually conflicts with federal law. Such a conflict arises "when compliance with both federal and state regulations is a physical impossibility," or where state law "stands as an obstacle to the accomplishment and execution of the full purpose and objectives of Congress".<sup>66</sup>

Da tale statuizione si evince che esistono varie tipologie di *federal preemption*: la *field preemption* (preclusione di campo) e la *conflict preemption* (preclusione da conflitto), che a sua volta si articola nella *rule preemption* (preclusione diretta) e la *obstacle preemption* (preclusione indiretta). Tali categorie saranno esaminate partitamente.

## 2.2. Occupation of the field preemption

La preclusione di campo si verifica quando il Congresso ha del tutto soppiantato la regolamentazione statale in una data area o ha dimostrato l'intenzione di occupare un intero campo ad esclusione di qualsiasi norma statale ivi esistente,<sup>67</sup> comprese le norme statali che realizzano una tutela più intensa dell'obiettivo perseguito dall'intervento federale. Pertanto, la Corte Suprema ha ritenuto che la disciplina federale in materia sindacale precludesse una legge del Wisconsin che vietava di stipulare convenzioni pubbliche con le imprese che avevano violato la predetta disciplina federale per più di tre volte negli ultimi cinque anni.<sup>68</sup>

A differenza degli altri tipi di preclusione, la *field preemption* non presuppone l'accertamento di alcun «*actual conflict*» tra le norme federali e quelle statali.<sup>69</sup> Peraltro, la Corte Suprema ha affermato che anche la preclusione di campo

<sup>66</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Pacific Gas & Electric Co v. State Energy Resources Conservation and Development Commission*, 461 U.S. 190, 203-4 (1983).

<sup>67</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Silkwood v. Kerr-McGee Corp.*, 464 U.S. 238, 248 (1984) («If Congress evidences an intent to occupy a given field, any state law falling within that field is preempted»).

<sup>68</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Wisconsin Department of Industry v. Gould Inc.*, 475 U.S. 282, 288 (1986).

<sup>69</sup> Sul punto L. TRIBE, *American Constitutional Law*, terza edizione, Foundation Press, New York, 2000, pp. 1204-1205.

sottende un'antinomia, in quanto la presenza di norme statali in una materia disciplinata a livello federale confliggerebbe con l'intenzione del Congresso di escludere l'intervento statale in tale materia.<sup>70</sup> Di conseguenza, alcuni costituzionalisti considerano la *field preemption* come una forma di *conflict preemption*.<sup>71</sup>

Nella sentenza *Rice*, la Corte Suprema ha elencato alcuni degli indizi che, in cause precedenti, l'avevano indotta a ritenere applicabile il paradigma della preclusione di campo, quali la preminenza degli interessi federali nella materia in questione e la pervasività dell'intervento federale.<sup>72</sup> Ad esempio, nella sentenza *Hines*, la Corte ha ritenuto dominante l'interesse federale a disciplinare il soggiorno dei cittadini di Stati esteri all'interno del Paese ed ha perciò ritenuto che la disciplina federale ostava all'imposizione da parte degli Stati di ulteriori obblighi di registrazione.<sup>73</sup> Nella sentenza *Pennsylvania Railroad Company*, invece, la Corte ha ritenuto che le «attente» prescrizioni contenute nel *Safety Appliance Act* e la regolamentazione «particolarmente elaborata» predisposta dalla *Interstate Commerce Commission* precludevano l'imposizione di ulteriori obblighi da parte degli Stati in tema di sicurezza dei trasporti ferroviari.<sup>74</sup>

### 2.3. Conflict preemption: rule preemption ed obstacle preemption

La Corte Suprema ha affermato nella sentenza *Silkwood* che, se il Congresso non ha completamente soppiantato la normativa statale in una data materia, l'intervento statale è comunque precluso nella misura in cui si pone effettivamente in conflitto con la legge federale.<sup>75</sup> Ciò si verifica in due ipotesi (denominate collettivamente «*conflict preemption*»): «quando non è

<sup>70</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *English v. Gen. Elec. Co.*, 496 U.S. 72, 79, nota n. 5 (1990).

<sup>71</sup> In tal senso, L. TRIBE, *American Constitutional Law*, terza edizione, Foundation Press, New York, 2000, pp. 1205. Si vedano però le considerazioni critiche di S. A. GARDBAUM, *The Nature of Preemption*, in *Cornell Law Review*, vol. 79, 1994, pp. 784-785, secondo il quale se la legge federale mostra la volontà del Congresso di precludere l'intervento degli Stati, ciò comporta *ipso iure* l'invalidità di eventuali leggi statali. Posto che nessuna legge statale sopravvive alla *preemption*, non può profilarsi alcun conflitto con la legge federale da cui la *preemption* scaturisce.

<sup>72</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Rice v. Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218, 230 (1947).

<sup>73</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52, 63 (1941): «Our system of government is such that the interest of the cities, counties and states, no less than the interest of the people of the whole nation, imperatively requires that federal power in the field affecting foreign relations be left entirely free from local interferences».

<sup>74</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America *Pa. R.R. Co. v. Pub. Serv. Comm'n*, 250 U.S. 566, 569 (1919).

<sup>75</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Silkwood v. Kerr-McGee Corp.*, 464 U.S. 238, 248 (1984).

possibile rispettare sia il diritto statale che il diritto federale» (*rule preemption*, preclusione diretta) e «quando la legge statale costituisce un ostacolo al pieno conseguimento degli scopi e degli obiettivi del Congresso» (*obstacle preemption*, preclusione indiretta).<sup>76</sup>

La preclusione diretta si verifica quando la legislazione federale «correttamente interpretata» confligge con una legge statale,<sup>77</sup> ossia quando rispettare simultaneamente entrambe le previsioni è «fisicamente impossibile». <sup>78</sup> Il paradigma dell'«impossibilità fisica», di norma, è di agevole applicazione. Ad esempio, quando una legge del Wisconsin imponeva certe prescrizioni in merito all'etichettatura degli sciroppi contenenti glucosio che avrebbe richiesto la rimozione delle etichette previste dalla disciplina federale contenuta nel *Pure Food and Drug Act*, la Corte non ha esitato ad invalidare la legge statale.<sup>79</sup> Del pari, vi è la presunzione che il Congresso intenda precludere le leggi statali che impongono<sup>80</sup> o consentono<sup>81</sup> comportamenti considerati anticoncorrenziali dalla disciplina federale in materia di *antitrust*.

I contorni della preclusione indiretta sono invece meno netti. Come la Corte ha affermato nella sentenza *Hines*, questo tipo di *preemption* si verifica quando, pur essendo possibile conformarsi simultaneamente alla norma federale ed a quella statale, quest'ultima costituisce «un ostacolo» alla realizzazione ed all'esecuzione degli obiettivi perseguiti dal Congresso<sup>82</sup> o, come si legge nella sentenza *Perez*, quando la legislazione statale pregiudica «la piena efficacia» del diritto federale.<sup>83</sup> In questi casi, deve presumersi l'intenzione del Congresso di precludere l'intervento statale.<sup>84</sup>

Non è del tutto chiaro quale sia la soglia al cui superamento si verifica la preclusione indiretta: nella sentenza *City of Burbank*, la Corte ha dichiarato che un'ordinanza municipale in materia di controllo del traffico aereo doveva ritenersi incompatibile con la disciplina federale perché ne ostacolava «si-

<sup>76</sup> Ivi.

<sup>77</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Savage v. Jones*, 225 U.S. 501, 533 (1912).

<sup>78</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Florida Lime and Avocado Growers, Inc. v. Paul*, 373 U.S. 132, 142-143 (1963).

<sup>79</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *McDermott v. Wisconsin*, 228 U.S. 115, 132-133 (1913).

<sup>80</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Schwegmann Bros. v. Calvert Distillers*, 341 U.S. 384 (1951).

<sup>81</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Cal. Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc.*, 445 U.S. 97 (1980).

<sup>82</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Hines v. Davidowitz*, 312 U.S. 52, 67 (1941).

<sup>83</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Perez v. Campbell*, 401 U.S. 637, 652 (1971).

<sup>84</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Three Affiliated Tribes v. Wold Engineering*, 476 U.S. 877 (1986).

gnificativamente» l'applicazione;<sup>85</sup> nella sentenza *International Paper Co.*, la Corte ha ritenuto precluse alcune azioni di *common law* che avrebbero costituito una «grave interferenza» rispetto alle finalità perseguite dal *Clean Water Act*;<sup>86</sup> nella sentenza *Commonwealth Edison*, la Corte ha dichiarato che delle affermazioni generali contenute in leggi federali circa l'obiettivo di incentivare l'uso di carbone non dimostravano l'intento del Congresso di precludere ogni legge statale che poteva avere «un impatto negativo» sull'uso del carbone.<sup>87</sup>

Nell'applicazione del paradigma della *obstacle preemption* l'esame dei lavori preparatori della legislazione federale si rivela spesso dirimente.<sup>88</sup> Ad esempio, nella citata sentenza *Pacific Gas*, è stato proprio l'iter legislativo della disciplina federale contenuta nell'*Atomic Energy Act* ad indurre la Corte a statuire che gli Stati conservavano il potere di regolare la produzione di energia elettrica.<sup>89</sup> Del pari, nella sentenza *Silkwood*, la genesi della disciplina federale in tema di energia nucleare ha permesso ai giudici di pervenire alla conclusione che tale disciplina non precludeva l'applicazione dei rimedi risarcitori previsti dal diritto statale a favore dei lavoratori esposti alla contaminazione da radiazioni.<sup>90</sup>

### 3. La preemption nel diritto dell'Unione europea: le elaborazioni della dottrina

Secondo alcuni Autori, la Corte di giustizia si servirebbe di paradigmi di ragionamento affini a quelli della *doctrine of federal preemption* quando è chiamata a pronunciarsi sull'esistenza di un conflitto fra diritto dell'Unione e diritto degli Stati membri.<sup>91</sup> Al riguardo, occorre però rilevare che in

<sup>85</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *City of Burbank v. Lockheed Air Terminal Inc.*, 411 U.S. 624, 639 (1973).

<sup>86</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *International Paper Co. v. Ouellette*, 479 U.S. 481, 493 (1987).

<sup>87</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Commonwealth Edison Co. v. Montana*, 453 U.S. 609, 633 (1981).

<sup>88</sup> Sul punto, W. J. RICH, *Modern Constitutional Law*, West, 2011, p. 46.

<sup>89</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Pacific Gas and Electric Co. v. State Energy Resources Conservation and Development Commission*, 461, U.S. 190, 208 (1983).

<sup>90</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Silkwood v. Kerr-McGee Corp.* 464 U.S. 238, 255 (1984).

<sup>91</sup> Si vedano, in particolare, E. CROSS, *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, pp. 447-472; A. GOUCHA SOARES, *Pre-emption, Conflicts of Powers and Subsidiarity*, in *European Law Review*, vol. 23, n. 2, 1998, pp. 132-145; R. SCHÜTZE, *Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, pp. 1023-1048.

nessuna delle pronunce della Corte di giustizia citate dalla dottrina quali esempi di applicazione del principio della *preemption* si rinviene tale espressione. Ad esempio, nella sentenza *AETS*,<sup>92</sup> considerata il *locus classicus* del principio della *preemption* nel contesto delle relazioni esterne,<sup>93</sup> la Corte ha affermato che «tutte le volte che [...] la Comunità ha adottato [...] norme comuni, gli Stati membri non hanno più il potere [*no longer have the right*, nella versione inglese], né individualmente, né collettivamente, di contrarre con gli Stati terzi obbligazioni che incidono su dette norme».<sup>94</sup> Del pari, nella sentenza *Simmenthal*,<sup>95</sup> ritenuta in dottrina una delle prime espressioni del principio della *preemption*,<sup>96</sup> si legge che «le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto [...] non solo di rendere 'ipso jure' inapplicabile qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche [...] di impedire [*preclude*, nella versione inglese] la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali [...] incompatibili con norme comunitarie».<sup>97</sup> Ancora, nella sentenza *CERAFEL*,<sup>98</sup> definita da un Autore «la più eloquente dimostrazione» dell'applicazione del principio della *preemption* nel diritto comu-

<sup>92</sup> Sentenza della Corte del 31 marzo 1971, *Commissione c. Consiglio delle Comunità europee* («*AETS*»), Causa 22-70, in Racc. 1971 p. 00263.

<sup>93</sup> Tra i contributi che riconducono espressamente la sentenza *AETS* al principio della *preemption* si vedano in particolare M. CREMONA, *External relations and external competence of the European Union: the emergence of an integrated policy*, in P. CRAIG e G. DE BÚRCA (a cura di), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, pp. 244-247; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, p. 366; A. DASHWOOD, M. DOUGAN, B. RODGER, E. SPAVENTA e D. WYATT, *European Union Law*, Oxford, 2011, pp. 913-914; P. EECKHOUT, *EU external relations law*, Oxford, 2011, p. 76; L. ROSSI, *Conclusioni di accordi internazionali e coerenza del sistema: l'esclusività della competenza comunitaria*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2007, p. 1008 e ss.; J. WEILER, *The External Legal Relations of Non-Unitary Actors: Mixity and the Federal Principle*, in J. WEILER (a cura di), *The Constitution of Europe: do the new clothes have an emperor? and other essays on European integration*, Cambridge, 1999, p. 173.

<sup>94</sup> Sentenza *AETS*, cit., punti 16/19.

<sup>95</sup> Sentenza della Corte del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*, Causa 106/77, in Racc. 1978 p. 00629, punto 17. Sentenza della Corte del 25 novembre 1986, *Association comité économique agricole régional fruits et légumes de Bretagne c. A. Le Champion*, Causa 218/85, in Racc. 1986 p. 03513.

<sup>96</sup> E. CROSS, *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common market law review*, vol. 29, 1992, p. 449. *Contra*: R. SCHÜTZE, *Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, p. 1028, nota 22.

<sup>97</sup> Sentenza *Simmenthal*, cit., punto 17.

<sup>98</sup> Sentenza della Corte del 25 novembre 1986, *Association comité économique agricole régional fruits et légumes de Bretagne c. A. Le Champion* («*CERAFEL*»), Causa 218/85, in Racc. 1986 p. 03513.

nitario,<sup>99</sup> la Corte si è interrogata «se ed in quale misura il regolamento n. 1035/72 ost[asse] [*precludes*, nella versione inglese] all'estensione delle varie discipline stabilite dalle organizzazioni di produttori agli agricoltori non iscritti».<sup>100</sup> Analogamente, nella sentenza *Dim Dip*,<sup>101</sup> spesso citata in dottrina come esempio di applicazione del principio della *preemption* nell'ambito del mercato interno,<sup>102</sup> la Corte si è limitata a statuire che «gli Stati membri non possono richiedere unilateralmente [*cannot unilaterally require*, nella versione inglese] ai costruttori che si sono conformati alle prescrizioni tecniche armonizzate della direttiva 76/756/CEE il rispetto di una prescrizione non contemplata da tale direttiva».<sup>103</sup>

Un ulteriore ostacolo all'indagine del principio di preclusione nell'ambito del diritto dell'Unione europea consiste nel fatto che, in dottrina, sussistono diverse nozioni di «preemption».<sup>104</sup> Due sono le principali linee di divisione: l'inquadramento della *preemption* rispetto alla gerarchia delle fonti, nonché il rapporto tra *preemption* e primato del diritto dell'Unione. Sulla base del primo elemento si può distinguere tra una concezione «costituzionale» ed una concezione «legislativa» del principio della *preemption*, a seconda che la preclusione dell'esercizio delle competenze nazionali sia imputata, rispettivamente, al diritto primario o al diritto derivato.<sup>105</sup> Il secondo elemento consen-

<sup>99</sup> Così A. GOUCHA SOARES, *Pre-emption, Conflicts of Powers and Subsidiarity*, in *European Law Review*, 1998, p. 133.

<sup>100</sup> Sentenza *CERAFEL*, cit., punto 13.

<sup>101</sup> Sentenza della Corte del 12 luglio 1988, *Commissione c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, Causa 60/86, in *Racc.* 1988 p. 03921.

<sup>102</sup> Sul punto S. WEATHERILL, *Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market*, in C. BARNARD e J. SCOTT (a cura di), *The Law of the Single European Market*, Oxford, 2002, p. 58; S. WEATHERILL, *Cases and materials on EU law*, Oxford, 2007, pp. 605-606; S. DOUGLAS-SCOTT, *Constitutional Law of the European Union*, Harlow, 2002, p. 170. Si veda inoltre A. BONOMO, *Commerce Power e Corti Supreme (Parte Prima)*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1999, pp. 39 e ss.

<sup>103</sup> Sentenza *Dim Dip*, cit., punto 12.

<sup>104</sup> J. KLABBERS, *Restraints on the Treaty-making Power of Member States Deriving from EU Law: Towards a Framework for Analysis*, in E. CANNIZZARO (a cura di), *The European Union as an Actor of International Relations*, L'Aia, 2002, p. 157, secondo il quale sussistono tante nozioni di *preemption* nell'ambito del diritto dell'Unione europea quanti sono gli Autori che si sono occupati del tema.

<sup>105</sup> Cfr. G. BERMANN, *Taking subsidiarity seriously: federalism in the European Community and the United States*, *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, p. 358: «The case for preemption in these fields [i.e. customs union, common commercial policy] was so strong, it was treated as “constitutional” (in that the States were precluded from acting, irrespective of whether the Community institutions had by then taken any action at all), and not merely “legislative” (that is, foreclosing Member State action only insofar as specific Community legislation so stated or implied)».

te, invece, di differenziare la concezione «olistica» da quella «atomistica» del principio in esame: nella prima *preemption* e primato sono principî funzionalmente interdipendenti, nella seconda si escludono a vicenda.<sup>106</sup>

### 3.1. Preemption e gerarchia delle fonti: concezione «costituzionale» e «legislativa»

Secondo la concezione «costituzionale» della *preemption*, prevalente nei contributi dottrinali più risalenti,<sup>107</sup> in alcune materie è la mera *esistenza* di una competenza dell'Unione a precludere l'esercizio dei poteri degli Stati membri, a prescindere dal fatto che tale competenza sia stata o meno esercitata mediante l'adozione di atti di diritto derivato.<sup>108</sup> Tale accezione è detta «costituzionale» perché ravvisa l'origine dei suddetti effetti preclusivi nelle fonti, di rango primario, che attribuiscono all'Unione le proprie competen-

<sup>106</sup> Per ulteriori classificazioni delle definizioni di *preemption* elaborate dalla dottrina si veda R. SCHÜTZE, *Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, pp. 1035-1039; A. ARENA, *The Doctrine of Union Preemption in the EU Internal Market: Between Sein and Sollen*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 17, 2011, pp. 481-486.

<sup>107</sup> J. WEILER, *The Community system: The dual character of supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, vol. 1, 1981, pp. 267-306: «In its purest and most extreme form pre-emption means that, in relation to fields in which the Community has policy-making competence, the Member States are not only precluded from enacting legislation contradictory to Community law [...] but they are pre-empted from taking any action at all»; M. WAELBROECK, *The emergent doctrine of Community pre-emption - Consent and redelegation*, in SANDALOW e STEIN (a cura di), *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, 1982, p. 551: «Under the first approach [to the problem of pre-emption], which we will call 'the conceptualist-federalist' approach, the essential problem is to define the scope of the Community's competence. Once this is done, the consequence – i.e. the absence of power for the Member States to deal with the subject-matter included within the Community's competence – automatically follows. In other words, the Community's competence is construed as being necessarily exclusive»; S. WEATHERILL, *Law and Integration in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 136-137: «Pre-emption is a question of determining competence. National action is precluded not because the rules of Community law apply in the field and prevail in the event of conflict with national provisions, but instead where, even though there are no Community rules with which national rules can come into conflict, the national action is impermissible. Pre-emption in this sense logically precedes supremacy». Si veda altresì A. EASSON, *Legal Approaches to European Integration: The Role of Court and Legislator in the Completion of the European Common Market*, in *Journal of European Integration*, vol. 12, 1989, p. 108.

<sup>108</sup> J. WEILER, *Community, Member States and European Integration: Is the Law Relevant?*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 21, 1982, p. 48: «When preemption operates Member States will be prevented from introducing measures [...] even in the absence of, or before, the adoption of a specific Community rule».

ze, vale a dire i Trattati istitutivi<sup>109</sup> e di adesione,<sup>110</sup> considerati dalla Corte di giustizia la «carta costituzionale» dell'ordinamento dell'Unione.<sup>111</sup> Come evidenziato in altra sede,<sup>112</sup> tale declinazione del concetto di *preemption*<sup>113</sup> si risolve nella nozione di competenze dell'Unione esclusive «per natura»,<sup>114</sup>

<sup>109</sup> T. KONSTADINIDES, *Division of Powers in European Union Law*, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 170: «Pre-emption may appear either when a restriction of [national] competence arises by virtue of a Treaty obligation (e.g. Article 28 EC) or the area has been regulated (sometimes over-regulated) by Community secondary legislation». Si vedano però le considerazioni critiche di L. W. GORMLEY, *Free Movement of Goods and Pre-emption of State Power*, in C. BARNARD, A. ARNULL, M. DOUGAN e E. SPAVENTA (a cura di), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Oxford, 2011, p. 371: «the thought of pre-emption simply by virtue of Treaty obligation seems a lot more controversial to say the least. Pre-emption by virtue, say, of Articles 34-36 TFEU is seen as going too far.» e di E. CROSS, *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, p. 453: «Pre-emption analysis should be understood as analysis of competing legislation; not as an analysis of conflicts that are strictly and exclusively between Member State law and Treaty provisions. Thus, a Member State measure that has been determined to be a quantitative restriction on imports in direct violation of Article 30 should not be considered 'pre-empted'».

<sup>110</sup> N. NEUWAHL, *Joint Participation in International Treaties and the Exercise of Power by the EEC and its Member States: Mixed Agreements*, in *Common Market Law Review*, 1991, p. 721; T. TRIDIMAS e P. EECKHOUT, *The external competence of the Community and the case-law of the Court of Justice: Principle versus Pragmatism*, in *Yearbook of European Law*, 1994, vol. 14, pp. 163-164.

<sup>111</sup> Sentenza della Corte del 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts" c. Parlamento*, Causa 294/83, in *Racc.* 1986 p. 01339, punto 23: «la Comunità Economica Europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato». In senso conforme si veda, da ultimo, la sentenza della Corte del 26 giugno 2012, *Repubblica di Polonia c. Commissione europea*, Causa C-336/09 P, non ancora pubblicata, punto 22.

<sup>112</sup> A. ARENA, *The Doctrine of Union Preemption in the EU Internal Market: Between Sein and Sollen*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 17, 2011, p. 483.

<sup>113</sup> S. DOUGLAS-SCOTT, *Constitutional Law of the European Union*, Harlow, 2002, p. 169: «The purest, or most extreme, example of preemption is when the EC has exclusive competence». J. WEILER, *Il sistema comunitario europeo: struttura giuridica e processo politico*, Bologna, 1985, a p. 61 fornisce una definizione di «competenza esclusiva» pressoché analoga alla definizione di «*preemption*» contenuta nel suo saggio del 1981 *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*: «Nella sua forma più pura ed estrema, competenza esclusiva significa che relativamente ai campi nei quali la Comunità ha il potere di indirizzo politico gli Stati membri non solo non possono emanare leggi in contrasto con il diritto comunitario (in virtù della dottrina del primato) ma nemmeno possono intraprendere una qualsivoglia attività». Peraltro, il medesimo Autore, nel saggio *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Review*, vol. 100, 1991, pp. 2416-2417, distingue il concetto di «*preemption*» da quello di «*exclusivity*», indicando con il primo l'elisione delle competenze statali derivante dall'intervento normativo della Comunità in un dato settore.

<sup>114</sup> C. BLUMANN e L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Quarta edizione, Litec, 2010, p. 414: «La compétence exclusive par nature est celle dans laquelle on ne peut concevoir un partage ou un exercice dual. L'exclusivité découle de la nature des choses. [...] En revanche, la compétence exclusive par exercice résulte d'une forte activation par

nelle quali l'intervento degli Stati è generalmente proibito *ipso iure*, anche se non si risolve nell'adozione di norme incompatibili con il diritto derivato.

Secondo la concezione «legislativa», sottesa a gran parte degli studi più recenti,<sup>115</sup> il fenomeno della *preemption* concerne invece lo svuotamento delle competenze statali che si verifica a seguito dell'esercizio da parte dell'Unione delle proprie competenze,<sup>116</sup> ossia attraverso l'adozione di atti vincolanti di diritto derivato.<sup>117</sup> In linea di principio,<sup>118</sup> quindi, la «*preemption* legislativa»<sup>119</sup> interessa unicamente le competenze dell'Unione che non

l'Union de compétences dont *a priori* rien ne permet de déterminer de manière certaine la nature. On parle alors volontiers de préemption des compétences». Cfr. inoltre G. ISAAC e M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Decima edizione, Parigi, 2012, p. 87.

<sup>115</sup> In tal senso R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 517: «L'esercizio effettivo della competenza concorrente da parte dell'Unione svuota progressivamente quella nazionale»; A. BONOMO, *Commerce Power e Corti Supreme (Parte Prima)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1999, p. 44: «in base alla dottrina della *pre-emption*, quando la Comunità è intervenuta con direttive di armonizzazione in un determinato settore, quel settore è definitivamente precluso alla competenza degli Stati»; P. CRAIG e G. DE BÚRCA, *EU Law*, Quinta edizione, Oxford, 2011, p. 84: «Member State action is therefore pre-empted where the Union has exercised its competence»; M. CREMONA, *External relations and external competence of the European Union: the emergence of an integrated policy*, in P. CRAIG e G. DE BÚRCA (a cura di), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, p. 218: «the classic approach to pre-emption, whereby the occupation of a field of legislative activity by the Community legal order excludes concurrent Member State competence»; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano 2010, p. 366, che sottende un'equivalenza semantica tra i concetti di «svuotamento» e «pre-emption»; A. DASHWOOD, M. DOUGAN, B. RODGER, E. SPAVENTA e D. WYATT, *European Union Law*, Oxford, 2011, p. 102: «Union measures [may] have so-called 'pre-emptive effects', ie [may] occupy the relevant regulatory field, and prevent Member States from legitimately exercising their own competence therein»; G. ISAAC e M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Decima edizione, Parigi, 2012, p. 84: «Seul donc l'exercice effectif des compétences communautaires exclut progressivement la compétence nationale»; J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013, p. 135: «Per le competenze concorrenti, il concetto di prelazione significa solo che gli Stati membri perdono la capacità di fare uso della loro competenza in modo autonomo, nella misura in cui un settore è disciplinato da un atto di diritto derivato». Si vedano, peraltro, le considerazioni espresse in G. GAJA e A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma, 2012, pp. 138-141.

<sup>116</sup> J. JACQUÉ, *Droit Institutionnel de l'Union européenne*, Sesta edizione, Parigi, 2010, p. 156.

<sup>117</sup> In tal senso S. DOUGLAS-SCOTT, *Constitutional Law of the European Union*, Harlow, 2002, p. 170: «Soft law measures cannot be preemptive, as they are not legally binding in the first place». T. KONSTADINIDES, *Division of Powers in European Union Law*, Alphen aan den Rijn, 2009, a p. 176-179 evoca il tema del «pre-emptive effect of Community soft law», ma con l'espressione «soft law» sembra in realtà fare riferimento alle direttive.

<sup>118</sup> In realtà la *preemption* legislativa sembra avere un ruolo anche nell'ambito delle competenze esclusive dell'Unione. Si rinvia alle considerazioni espresse nel capitolo III, paragrafo 2.

<sup>119</sup> Sul punto G. BERMANN, *Taking subsidiarity seriously: federalism in the European Community and the United States*, in *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, p. 358; P. EECKHOUT, *EU external relations law*, Oxford, 2011, p. 119.

siano, *ab origine*, di natura esclusiva.<sup>120</sup> Tale è il caso, in particolare, delle competenze concorrenti,<sup>121</sup> che secondo alcuni Autori si trasformerebbero in esclusive a seguito del loro esercizio da parte dell'Unione (c.d. esclusività per esercizio).<sup>122</sup> Altra dottrina, peraltro, ha evidenziato che la preclusione derivante dall'esercizio esaustivo da parte dell'Unione delle proprie competenze concorrenti («*preemption* legislativa») e quella conseguente al carattere originariamente esclusivo delle competenze dell'Unione («*preemption* costituzionale») sono fenomeni giuridici distinti e non suscettibili di assimilazione.<sup>123</sup>

<sup>120</sup> Sia consentito il rinvio a A. ARENA, *The Doctrine of Union Preemption in the EU Internal Market: Between Sein and Sollen*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 17, 2011, p. 484, nota 31. Si vedano però le considerazioni svolte *infra* al capitolo III, paragrafo 2.

<sup>121</sup> Cfr. art. 2, par. 1, TFUE: «Quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza concorrente [...] gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria». Cfr. inoltre le Conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 5 febbraio 2009, *Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*, Causa C-478/07, in *Racc.* 2009 p. I-07721, punto 94: «In ultima analisi, emerge qui il dibattuto tema della 'preemption' comunitaria su un provvedimento e i casi in cui le competenze concorrenti degli Stati membri in una materia possono venire ad essere surrogate dall'intervento del legislatore comunitario».

<sup>122</sup> Sul punto: R. MASTROIANNI, *Competenze delle comunità europee*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 1092: «In base al principio della *preemption*, anche in materie affidate alla competenza concorrente il suo uso da parte della Comunità esclude qualsiasi intervento degli Stati membri, realizzandosi così una situazione simile a quella tipica del conferimento di una competenza esclusiva». Nella medesima direzione si vedano altresì: R. BIEBER, *On the Mutual Recognition of Overlapping Legal Systems: The Case of the European Communities and the National Legal Orders*, in *European Law Review*, 1988, p. 16: «From the moment and to the extent of the activation of parallel powers on the superior level, the superior system, that is, the European Community, converts parallel powers into exclusive ones. This process of conversion is inherent in the notion of parallel powers or preemption. It creates 'subsequent' exclusive powers»; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, p. 366: «La competenza dell'Unione, originariamente concorrente, diverrebbe nei fatti esclusiva»; S. WEATHERILL, *Beyond preemption? Shared competence and constitutional change in the European Community*, in D. O'KEEFFE e P. TWOMEY (a cura di), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, 1994, p. 14: «Once the Community has acted, if it acts, it then assumes exclusive competence in the field which it has occupied, thereby transforming concurrent State/Community competence into exclusive Community competence – the doctrine of preemption».

<sup>123</sup> K. LENAERTS, *Les répercussions des compétences de la Communauté européenne sur les compétences externes des Etats membres et la question de "preemption"*, in P. DEMARET (a cura di), *Relations extérieures de la Communauté européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*, 1986, p. 43: «La notion d'exclusivité évolutive, dérivée du langage de certains arrêts de la Court de justice donne donc lieu à une confusion fonctionnelle, puisque cette notion vise en fait à désigner l'emploi exhaustif par la Communauté d'une compétence con-

### 3.2. Preemption e primato: concezione «olistica» ed «atomistica»

Secondo l'impostazione «atomistica», *preemption* e primato sono principi che trovano applicazione a fattispecie diverse.<sup>124</sup> Il principio del primato viene in rilievo in presenza di un *conflitto fra norme* dell'Unione e degli Stati membri. Il principio della *preemption* riguarda, invece, una *sovrapposizione fra competenze*:<sup>125</sup> l'azione statale è preclusa per il solo fatto di interessare un'area di competenza riservata in via esclusiva all'Unione dai Trattati (*preemption* costituzionale)<sup>126</sup> ovvero originariamente non esclusiva, ma interamente «occupata» dal diritto derivato (*preemption* legislativa).<sup>127</sup> In tali circostanze, l'applicazione della *preemption* esclude quella del primato:<sup>128</sup> se risulta che una norma statale interessa un'area di competenza esclusiva, non vi è ragione di accertare l'incompatibilità di tale norma con le norme dell'U-

currente et non l'existence d'une compétence 'devenue' constitutionnellement exclusive»; R. SCHÜTZE, *Parallel External Powers in the European Community: From 'Cubist' Perspectives Towards 'Naturalist' Constitutional Principles?*, in *Yearbook of European Law*, 2004, pp. 263-264, secondo il quale i due fenomeni (esclusività e *preemption*) dovrebbero essere nettamente distinti. Si veda inoltre R. ADAM e A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, seconda edizione, Torino, 2010, p. 39; L. ROSSI, *Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences between EU and Member States?*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT e S. RIPLEY (a cura di), *EU law after Lisbon*, Oxford, 2012, p. 100.

<sup>124</sup> In tal senso J. WEILER, *Community, Member States and European Integration: Is the Law Relevant?*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 21, 1982, pp. 47-48: «Preemption and supremacy represent in a sense two sides of the same coin. [...] They differ [...] as regards their operation, both in time and in legal space»; N. BERNARD, *The future of European economic law in the light of the principle of subsidiarity*, in *Common Market Law Review*, vol. 33, 1996, p. 661: «Supremacy and pre-emption are [...] conceptually quite distinct».

<sup>125</sup> Ivi: «pre-emption operates at the level of competence whereas supremacy operates at the level of the application of norms»; S. WEATHERILL, *Law and Integration in the European Union*, Clarendon Press, 1995, p. 136: «Pre-emption is a question of determining competence».

<sup>126</sup> Ivi: «National action is precluded not because the rules of Community law apply in the field and prevail in the event of conflict with national provisions, but instead where, even though there are no Community rules with which national rules can come into conflict, the national action is impermissible».

<sup>127</sup> In tal senso A. GOUCHA SOARES, *Pre-emption, Conflicts of Powers and Subsidiarity*, in *European Law Review*, vol. 23, 1998, pp. 134-137 distingue fra «conflicts of rules» e «conflicts of powers» ritenendo che la prima tipologia di conflitti dovrebbe essere risolta sulla base del principio del primato, la seconda grazie al principio della *preemption*.

<sup>128</sup> In tal senso, J. WEILER, *Community, Member States and European Integration: Is the Law Relevant?*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 21, 1982, p. 48: «Supremacy [...] provides that once a positive Community measure already exists any conflicting national norm becomes inapplicable. Preemption precedes this situation in the temporal and (legal) spatial sense»; S. WEATHERILL, *Law and Integration in the European Union*, Clarendon Press, 1995, p. 137: «Pre-emption [...] logically precedes supremacy».

nione eventualmente adottate in tale area.<sup>129</sup> Al contrario, se la norma nazionale non riguarda un'area di competenza esclusiva *ab origine* o per esercizio, occorre valutarne la conformità al diritto derivato e risolvere eventuali conflitti in base al principio del primato. La concezione «atomistica», pertanto, comprende integralmente la *preemption* costituzionale, ma circoscrive il fenomeno della *preemption* legislativa alla sola preclusione di campo (*field preemption*),<sup>130</sup> riconducendo le ipotesi di *conflict preemption* (*rule* e *obstacle preemption*) al principio del primato.<sup>131</sup>

In base alla concezione «olistica», invece, *preemption* e primato sono come gemelli siamesi:<sup>132</sup> distinti ma inseparabili.<sup>133</sup> La *preemption* permette di accertare *se* sussiste un'antinomia tra diritto dell'Unione e diritto nazionale, il primato determina *come* tale conflitto deve essere risolto, ossia accordando prevalenza al diritto dell'Unione.<sup>134</sup> L'applicazione della *preemption*, quindi, precede e condiziona quella del primato: se sussiste un conflitto, lo si dovrà risolvere in virtù del principio del primato; se tale antinomia non sussiste

<sup>129</sup> F. JACOBS e K. KARST, *The 'Federal' Legal Order, The U.S.A. and Europe compared: A juridical perspective*, in M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE e J. WEILER (a cura di), *Integration through Law*, 1986, p. 237: «For purposes of this chapter, the [principle of pre-emption] will be [...] taken to refer to cases where the Member States are precluded from legislating, not because the legislation would conflict with Community law but because the competence in question is exclusively a Community competence».

<sup>130</sup> R. SCHÜTZE, *Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, p. 1040: «Field pre-emption will refer to those situations, where the Court does not investigate any material normative tension, but simply excludes the Member States on the ground that the Community legislator has exhaustively legislated for the field».

<sup>131</sup> La questione è trattata in modo approfondito da N. BERNARD, *The future of European economic law in the light of the principle of subsidiarity*, in *Common Market Law Review*, vol. 33, 1996, pp. 660-664, che a p. 662 perviene alla seguente conclusione: «While it would thus be by no means illegitimate to analyse situations of "conflict pre-emption" within either a conflict of norms/supremacy framework or a competence/pre-emption one, it is submitted that it is preferable to confine the concept of pre-emption to "occupation-of-the-field" pre-emption and analyse so-called "conflict pre-emption" within a supremacy approach alone».

<sup>132</sup> La similitudine è di R. SCHÜTZE, *Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, p. 1024.

<sup>133</sup> E. CROSS, *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, p. 454: «The Court does not distinguish between the "principle of pre-emption" and the "principle of primacy". Instead, each of the various rationales under which Member State law may be considered "precluded" are logical consequence of the principle of the primacy of Community law».

<sup>134</sup> In questi termini M. WÆLBROECK, *The emergent doctrine of Community pre-emption - Consent and redelegation*, in T. SANDALOW e E. STEIN (a cura di), *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, 1982, p. 551; R. SCHÜTZE, *Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, p. 1023.

ste, il ricorso al principio del primato non ha ragion d'essere. Secondo tale impostazione, il fenomeno della *preemption* abbraccia l'intero spettro delle antinomie:<sup>135</sup> tanto i casi in cui una norma nazionale contraddice espressamente una norma dell'Unione (*rule preemption*) o ostacola il perseguimento delle sue finalità (*obstacle preemption*), quanto le ipotesi in cui la norma nazionale si limita ad intervenire in un campo «occupato» dal diritto derivato (*field preemption*) ovvero riservato dai Trattati all'Unione (*preemption costituzionale*).

#### 4. Una triplice definizione stipulativa del concetto di *preemption*

In mancanza di una definizione del termine «*preemption*» condivisa in dottrina, occorre definire in via stipulativa tale concetto e delimitare di conseguenza l'oggetto del presente lavoro.<sup>136</sup> Detta definizione avrà carattere legislativo ed olistico per le seguenti ragioni.

La concezione «costituzionale» della *preemption* nasce in un contesto giuridico caratterizzato dall'assenza di un elenco delle competenze comunitarie esclusive, in cui non risultava sempre agevole distinguere l'effetto preclusivo derivante direttamente dalle norme del Trattato da quello attribuibile agli atti di diritto derivato. L'introduzione, ad opera del Trattato di Lisbona, di un elenco tassativo delle competenze esclusive dell'Unione ha eliminato tale profilo di ambiguità.<sup>137</sup> Si ritiene, pertanto, opportuno non impiegare la nozione di «*preemption costituzionale*», in quanto meramente replicativa del concetto di competenze esclusive,<sup>138</sup> e circoscrivere l'oggetto del presente lavoro alla sola «*preemption legislativa*», ossia imputabile all'adozione di atti di diritto derivato aventi carattere vincolante. Tale declinazione del concetto di *preemption* rispecchia quella accolta da alcuni Avvocati generali<sup>139</sup> e si accorda con l'*iter* logico seguito dalla Corte di giustizia nella

<sup>135</sup> Ivi, p. 1034 «Pre-emption frameworks will serve as constitutional devices for systematizing those species of conflict that have crystallized in a particular federal legal order».

<sup>136</sup> Sul punto R. GUASTINI, *Enunciati interpretativi*, in *Ars interpretandi*, n. 2, 1997, pp. 45-46, secondo il quale le definizioni lessicali (o informative) indicano il significato attribuito ad un dato termine nell'uso comune, mentre le definizioni stipulative (o stipulazioni) illustrano il senso ad esso attribuito dall'autore.

<sup>137</sup> Cfr. S.C. SIEBERSON, *Dividing Lines Between the European Union and Its Member States: The Impact of the Treaty of Lisbon*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2008; J. ZILLER, *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, Il Mulino, 2007.

<sup>138</sup> Appare preferibile non utilizzare la nozione di esclusività «per esercizio» e riservare tale attributo unicamente alle competenze esclusive «per natura» ex art. 3 TFUE.

<sup>139</sup> Si vedano, in particolare, le Conclusioni dell'Avvocato generale Mazák del 28 giugno 2007, *Commissione c. Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-440/05, in *Racc.* 2007 p.

ricognizione delle antinomie, in cui l'esame della compatibilità della misura statale controversa con il diritto derivato precede<sup>140</sup> – e, in caso di conflitto, esclude<sup>141</sup> – la valutazione della sua conformità al diritto primario. In ultimo, tale formulazione è quella che più si avvicina all'istituto statunitense della *federal preemption*, il che consente di giovare dell'apparato concettuale elaborato in tale contesto.<sup>142</sup>

Avendo escluso la *preemption* costituzionale dal campo d'indagine, la scelta tra concezione olistica e concezione atomistica comporta, nel primo caso, l'inquadramento nell'ambito del principio di preclusione tanto della *field preemption* quanto della *obstacle* e della *rule preemption*, nel secondo caso, la riconduzione di queste ultime due tipologie al principio del primato e la conseguente riduzione del fenomeno della *preemption* alla sua forma più estrema, ossia la *field preemption*.<sup>143</sup> Come si vedrà più approfonditamente nel capitolo II, paragrafo 1.4 peraltro, di norma la Corte di giustizia perviene alla conclusione che un settore è disciplinato esaustivamente dalla normativa dell'Unione, con conseguente preclusione di qualsiasi facoltà d'intervento a

I-09097, punti 58-59; Conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi del 19 settembre 2007, *Commissione c. Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-91/05, in *Racc.* 2008 p. I-03651, punto 77; Conclusioni dell'Avvocato generale Mazák del 29 aprile 2010, *Panagiotis I. Karanikolas e a. c. Ypourgos Agrotikis Anaptyxis kai Trofimon e Nomarchiaki Aftodioikisi Dramas, Kavalas, Xanthis*, Causa C-453/08, in *Racc.* 2010 p. I-07895; Conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 5 febbraio 2009, *Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Amersin GmbH*, Causa C-478/07, in *Racc.* 2009 p. I-07721.

<sup>140</sup> Nella Sentenza della Corte del 25 novembre 1986, *Association comité économique agricole régional fruits et légumes de Bretagne c. A. Le Campion (CERAFEL)*, Causa 218/85, in *Racc.* 1986 p. 03513, punto 13, ad esempio, la Corte ha trasformato il quesito pregiudiziale presentato dal giudice remittente, relativo all'interpretazione dell'attuale art. 101 TFUE, in un quesito concernente l'interpretazione del regolamento 1035/72.

<sup>141</sup> Sentenza della Corte del 5 ottobre 1994, *Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle c. Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne*, Causa C-323/93, accolta della Giurisprudenza 1994 p. I-05077, punto 31 «allorché [...] direttive comunitarie dispongono l'armonizzazione dei provvedimenti necessari, fra l'altro, a garantire la tutela della salute degli uomini e degli animali [...] all'art. 36 perde la sua giustificazione e gli opportuni controlli vanno allora effettuati e i provvedimenti di tutela adottati secondo lo schema tracciato dalla direttiva di armonizzazione. Si vedano, inoltre, le Sentenze 24 marzo 2009, *Danske Slagterier*, causa C 445/06, in *Racc.* p. I-2119, punto 25; 11 luglio 1996, *Bristol-Myers Squibb e a.*, Cause riunite C-427/93, C-429/93 e C-436/93, in *Racc.* p. I-3457, punto 25; 30 novembre 1983, *Van Bennekom*, Causa 227/82, in *Racc.* p. 3883, punto 35, e 5 ottobre 1977, *Tedeschi*, causa 5/77, *Racc.* p. 1555, punti 33 e segg..

<sup>142</sup> Nella medesima direzione E. CROSS, *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, p. 455.

<sup>143</sup> Per una chiara e persuasiva esposizione delle ragioni in tal senso: N. BERNARD, *The future of European economic law in the light of the principle of subsidiarity*, in *Common Market Law Review*, vol. 33, 1996, pp. 662-663.

livello nazionale, all'esito di una disamina che abbraccia la lettera, le finalità e la portata del diritto derivato e della misura statale controversa.<sup>144</sup> Nell'ambito di tale *continuum* argomentativo, qualsiasi cesura netta tra la preclusione di campo e gli altri tipi di *preemption* risulterebbe, pertanto, del tutto arbitraria. Inoltre, circoscrivere il concetto di *preemption* alle sole ipotesi di *field preemption* – piuttosto rare nella prassi – comporterebbe un'eccessiva delimitazione dell'oggetto d'indagine.<sup>145</sup> La concezione olistica appare, pertanto, preferibile.

Alla luce delle considerazioni che precedono, può essere fornita una triplice definizione stipulativa di *preemption* come principio, effetto e fenomeno nell'ambito del diritto dell'Unione europea. Il *principio* della *preemption* è lo strumento analitico-argomentativo utilizzato per determinare se una norma nazionale confligge con una norma vincolante contenuta in un atto di diritto derivato, affinché tale antinomia possa essere risolta attraverso l'applicazione del principio del primato. Una volta accertata l'esistenza di un'antinomia, la norma nazionale dovrà essere modificata o abrogata in virtù del principio di leale collaborazione, ovvero, se la confliggente norma dell'Unione è dotata di effetto diretto, immediatamente disapplicata dai giudici e dalle amministrazioni nazionali.

Il principio della *preemption*, quindi, consente di individuare l'ambito di applicazione materiale del principio del primato in relazione a ciascun atto di diritto derivato,<sup>146</sup> ossia l'area in cui l'esercizio delle competenze statali darebbe luogo ad antinomie rispetto a tale atto. Pertanto, la *preemption* può altresì essere considerata l'*effetto* prodotto da un atto vincolante di diritto derivato consistente nella preclusione, parziale o totale, dell'esercizio delle

<sup>144</sup>Nella sentenza Wilson, cit., ad esempio la Corte di giustizia sembra utilizzare tanto il paradigma della *rule preemption*, quanto quelli della *obstacle preemption* e della *field preemption*. Sul punto, sia consentito il rinvio alle considerazioni espresse in A. ARENA, *La sentenza Wilson: il funzionamento del mercato comune tra armonizzazione, pre-emption e ricorsi giurisdizionali di diritto interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, pp. 158-159. Si veda inoltre R. SCHÜTZE, *Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, pp. 1043-1044.

<sup>145</sup>Sul punto R. SCHÜTZE, *Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, p. 1036, secondo il quale una teoria della *preemption* che si occupa unicamente della preclusione di campo sarebbe «largely self-defeating».

<sup>146</sup>Il principio del primato può essere infatti formulato, secondo la struttura fondamentale della norma giuridica di Kelsen («se è *a*, deve essere *b*»), come segue: «se il diritto nazionale è incompatibile con il diritto dell'Unione, quest'ultimo deve prevalere». Il principio della *preemption* corrisponde alla protasi di tale periodo ipotetico. Sul punto sia consentito il rinvio a A. ARENA, *The Doctrine of Union Preemption in the EU Internal Market: Between Sein and Sollen*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 17, 2011, p. 486.

competenze degli Stati membri nel settore disciplinato da tale atto (c.d. *effetto preclusivo* degli atti dell'Unione).

L'area in cui i poteri degli Stati membri possono liberamente estrinsecarsi in un dato momento senza porsi in conflitto con il diritto derivato risulta, di conseguenza, funzione dell'effetto preclusivo del complesso degli atti dell'Unione vigenti in quel momento. Al riguardo, è stato icasticamente affermato che, nell'ambito del processo d'integrazione europea, il vero catalogo delle competenze è rappresentato dall'*acquis*.<sup>147</sup> In tale prospettiva dinamica, il *fenomeno* della *preemption* rappresenta il progressivo svuotamento delle competenze degli Stati membri che discende dall'espansione del diritto derivato.

<sup>147</sup> L. ROSSI, *Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences between EU and Member States?*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT e S. RIPLEY (a cura di), *EU law after Lisbon*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 102.



## CAPITOLO SECONDO

### PREEMPTION: DECLINAZIONI, FUNZIONI ED IMPLICAZIONI

SOMMARIO: 1. Declinazioni applicative del principio della *preemption*; 1.1. La mancanza di un quadro strutturato per la ricognizione delle antinomie; 1.2. La preclusione espressa e la preclusione tacita; 1.3. L'approccio «concettuale-federalista» e l'approccio «pragmatico»; 1.4. Le tre tipologie di *preemption*: la preclusione di campo; 1.5. (*Segue*) La preclusione indiretta; 1.6. (*Segue*) La preclusione diretta; 1.7. Tipologie di *preemption* e preclusione per omissione; 2. Le funzioni della *preemption*; 2.1. Garantire l'uniforme applicazione e prevenire l'elusione del diritto derivato; 2.2. Gli ulteriori vantaggi di una disciplina uniforme; 3. Le implicazioni della *preemption*; 3.1. L'eliminazione della concorrenza fra ordinamenti e l'irrigidimento della normativa dell'Unione; 3.2. Le ripercussioni della *preemption* sul processo decisionale sovranazionale

L'analisi compiuta nel capitolo I al paragrafo 2 ha rivelato che i giudici statunitensi seguono il quadro strutturato di analisi illustrato dalla Corte Suprema nella sentenza *Pacific Gas* per determinare se l'intervento federale in una data materia preclude o meno quello degli Stati nel medesimo ambito. Il punto di partenza di tale analisi è la presunzione, enunciata dalla Corte Suprema nella sentenza *Rice*, che il Congresso non intenda precludere l'azione degli Stati (presunzione di non preclusione). Siffatta presunzione può essere superata in due modi: attraverso l'indicazione esplicita della volontà del Congresso di sostituirsi ai legislatori statali nella disciplina della materia («preclusione espressa») ovvero attraverso indizi che giustificano l'inferenza di un intento implicito del Congresso di precludere l'intervento statale («preclusione tacita»). Tale preclusione, poi, può estendersi all'intera area disciplinata a livello federale («preclusione di campo») ovvero riguardare le sole norme statali in conflitto con l'intervento federale («preclusione da conflitto»), vale a dire le norme statali incompatibili con singole disposizioni («preclusione diretta») ovvero con le finalità e il funzionamento («preclusione indiretta») della normativa federale. La preclusione diretta, indiretta e di campo costituiscono le tre «tipologie» di *federal preemption* e comportano, nell'ordine, una limitazione crescente delle prerogative degli Stati nei settori oggetto dell'intervento federale.

Nel presente capitolo occorre esaminare il funzionamento e le declinazioni del principio della *preemption* nel diritto dell'Unione Europea, ossia i

percorsi analitico-argomentativi seguiti dalla Corte di giustizia per la ricognizione delle potenziali antinomie fra diritto derivato e diritto nazionale. Al riguardo, s'impongono due precisazioni. In primo luogo, nell'ordinamento dell'Unione, la valutazione della compatibilità fra diritto dell'Unione e diritto nazionale non costituisce appannaggio esclusivo della Corte di giustizia, ma compete altresì ad altre istituzioni dell'Unione<sup>1</sup> e degli Stati membri,<sup>2</sup> ed in particolare ai giudici nazionali.<sup>3</sup> Ad esempio, la Corte Costituzionale italiana, nella sentenza del 17 luglio 2012, n. 199, ha espressamente fatto riferimento alla *preemption* come il principio «in base al quale la regolamentazione dell'Unione europea avrebbe l'effetto di precludere a livello nazionale l'adozione di discipline divergenti».<sup>4</sup> Nondimeno, ci si soffermerà unicamente sull'applicazione del principio della *preemption* da parte della Corte di giustizia, in quanto le determinazioni di tale organo circa l'esistenza di un conflitto fra una norma nazionale ed una norma di

<sup>1</sup> Ad esempio, la ricognizione di un conflitto fra il diritto dell'Unione ed il diritto di uno Stato membro può indurre la Commissione ad avviare la procedura d'infrazione ex art. 258 TFUE. Inoltre, se un terzo degli Stati membri, il Parlamento o la Commissione ravvisano un evidente rischio di violazione grave dei valori di cui all'art. 2 TUE da parte della legislazione di uno Stato membro, possono rivolgersi al Consiglio affinché, previa approvazione del Parlamento, constati l'esistenza di tale rischio ai sensi dell'art. 7, n. 1, TUE. Del pari, se un terzo degli Stati membri o la Commissione ritengono che vi sia una violazione grave e persistente dei predetti valori, possono rivolgersi al Consiglio europeo ex art. 7, n. 2, TUE.

<sup>2</sup> L'art. 259 TFUE, ad esempio, suggerisce che ciascuno Stato membro può valutare la compatibilità delle norme degli altri Stati membri con il diritto dell'Unione e, in caso di difformità, può adire la Corte di giustizia all'esito della procedura precontenziosa descritta in tale articolo. Ogni Stato membro è inoltre chiamato ad assicurare – e, ancor prima, a valutare – la conformità della propria legislazione al diritto dell'Unione in virtù del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, n. 3, TUE. Del pari, ai sensi degli artt. 82, n. 3 e 83, n. 3 TFUE, se uno Stato membro ritiene che un progetto di direttiva in materia di Cooperazione giudiziaria in materia penale contrasti irrimediabilmente con aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, può chiedere la sospensione della procedura legislativa.

<sup>3</sup> Sentenza della Corte del 15 dicembre 1993, *Ruth Hünermund e altri c. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, Causa C-292/92, in Racc. 1993 p. I-06787, punto 8, in cui si legge che la Corte di giustizia può «fornire al giudice nazionale tutti gli elementi interpretativi rientranti nel diritto comunitario che gli consentano di valutare la compatibilità di [...] norme [nazionali] con la normativa comunitaria»; sentenza della Corte del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*, Causa 106/77, in Racc. 1978 p. 00629, punto 21, in cui si legge che «qualsiasi giudice nazionale [...] ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario [...] disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna», il che evidentemente presuppone l'accertamento, da parte del giudice nazionale, di un contrasto tra il diritto dell'Unione ed il diritto nazionale.

<sup>4</sup> Corte Costituzionale, sentenza del 17 luglio 2012, n. 199, punti 1.1 e 3 del considerato in fatto. Si veda al riguardo il commento di A. LUCARELLI, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1, 2011, p. 261, che considera il principio della *preemption* un «naturale rafforzamento» del «principio di legalità europea».

diritto derivato vincolano tutti gli altri organi, nazionali e sovranazionali, chiamati, a vario titolo, a valutare la conformità di tali norme.

In secondo luogo, occorre precisare che, sebbene la Corte di giustizia sia legittimata a pronunciarsi sull'esistenza di antinomie fra il diritto dell'Unione ed il diritto nazionale unicamente nell'ambito dei procedimenti per infrazione, la Corte si è ritenuta competente a fornire indicazioni al riguardo anche nell'ambito dei procedimenti pregiudiziali fin dalla sentenza *Costa c. Enel*,<sup>5</sup> riformulando all'occorrenza i quesiti attinenti alla compatibilità tra il diritto nazionale ed il diritto dell'Unione come questioni volte a chiarire se il diritto dell'Unione deve essere interpretato «nel senso che osta» ad una normativa nazionale quale quella in questione nel procedimento *a quo*.<sup>6</sup> Pertanto, la disamina dell'applicazione del principio della *preemption* da parte della Corte di giustizia abbraccerà sia le sentenze rese nell'ambito di procedimenti d'infrazione sia le pronunce pregiudiziali.

## 1. *Declinazioni applicative del principio della preemption*

### 1.1. *La mancanza di un quadro strutturato per la ricognizione delle antinomie*

Secondo parte della dottrina, l'Avvocato generale Mancini, nelle proprie conclusioni della causa *CERAFEL*,<sup>7</sup> avrebbe cercato di introdurre nell'ordi-

<sup>5</sup> Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, Causa 6/64, in Racc. p. 1129, p. 1143: «la Corte non può [...] statuire sulla compatibilità di una norma giuridica interna col trattato stesso [...] ove il provvedimento di rinvio sia formulato in modo impreciso, essa può desumerne soltanto le questioni riguardanti l'interpretazione del Trattato».

<sup>6</sup> Si veda ad esempio la sentenza della Corte del 31 gennaio 2008, *Centro Europa 7 Srl c. Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e Direzione generale per le concessioni e le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni*, Causa C-380/05, in Racc. 2008 p. I-00349. In tale occasione la Corte ha dapprima osservato che il giudice del rinvio l'aveva invitata a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto comunitario di alcune disposizioni della normativa italiana (punto 48); dopo aver precisato che ciò non rientra nella sua competenza (punto 49), la Corte ha però affermato di essere competente «a fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi interpretativi attinenti al diritto comunitario che gli consentano di pronunciarsi su tale compatibilità per la definizione della causa per la quale è adito» (punto 50) ed ha quindi riformulato alcune questioni pregiudiziali come «dirette a sapere, in sostanza, se le disposizioni dell'art. 49 CE o del [nuovo quadro normativo comune in materia di comunicazioni elettroniche] ostino, in materia di trasmissione televisiva, ad una normativa nazionale la cui applicazione conduca a che un operatore titolare di una concessione si trovi, in mancanza di assegnazione delle frequenze di trasmissione, nell'impossibilità di trasmettere» (punto 72).

<sup>7</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Mancini del 7 ottobre 1986, *Association comité économique agricole régional fruits et légumes de Bretagne c. A. Le Champion (CERAFEL)*, Causa 218/85, in Racc. 1986 p. 3522.

namento dell'Unione europea una presunzione di non preclusione assimilabile a quella contenuta nella sentenza *Rice* della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America.<sup>8</sup> In tali conclusioni si legge che «in assenza di specifiche norme comunitarie, un regime nazionale che estenda ai produttori indipendenti della regione gli obblighi previsti da un organismo agricolo è da ritenere legittimo, purché gli stessi obblighi o le conseguenze che deriverebbero dalla loro estensione non appaiano in contrasto con le norme del regolamento n. 1035/72».<sup>9</sup> Peraltro, tale impostazione non è stata seguita dalla Corte di giustizia, la quale, nel decidere la causa *CERAFEL*, ha posto a fondamento del proprio percorso argomentativo una premessa diametralmente opposta, statuendo che, nella misura in cui delle disposizioni di diritto derivato «si propongono di disciplinare, in modo esauriente, [una] materia», gli Stati membri «non sono più competenti per aggiungere altri elementi a questa normativa».<sup>10</sup>

Secondo un altro esponente della dottrina, la presunzione di non preclusione, nell'ambito del diritto dell'Unione europea, discenderebbe dai principî di sussidiarietà e proporzionalità, il cui combinato disposto comporterebbe l'invalidità del diritto derivato che «interferisce in misura sproporzionata» con l'autonomia normativa degli Stati membri.<sup>11</sup> La valenza dei vincoli contenuti nel diritto primario sull'applicazione del principio della *preemption* costituirà oggetto di specifico approfondimento nell'ambito del capitolo III. In questa sede, peraltro, è possibile anticipare che, sebbene alcune di tali disposizioni sembrino suggerire un *favor* nei confronti dei paradigmi di preclusione meno incisivi (*rule preemption* e *obstacle preemption*, piuttosto che *field preemption*), la Corte di giustizia non ne ha dedotto alcuna presunzione generale di non preclusione sul modello di quella enunciata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America nella sentenza *Rice*.

Un Autore ha, poi, sostenuto che, nella motivazione della sentenza *CERAFEL*, la Corte di giustizia avrebbe delineato, sia pure in forma embrionale, un quadro strutturato di analisi per i casi di *preemption* simile a quello illustrato dalla Corte Suprema nella causa *Pacific Gas*:<sup>12</sup>

<sup>8</sup> E. CROSS, *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, p. 460: «the Advocate General proposed the Court to apply a presumption of lawfulness and then perform a conflict analysis».

<sup>9</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Mancini del 7 ottobre 1986, *CERAFEL*, cit., p. 3524.

<sup>10</sup> Sentenza della Corte del 25 novembre 1986, *Association comité économique agricole régional fruits et légumes de Bretagne c. A. Le Champion (CERAFEL)*, Causa 218/85, in *Racc.* 1986 p. 03513, punto 12.

<sup>11</sup> In tal senso R. SCHÜTZE, *Subsidiarity after Lisbon: reinforcing the safeguards of federalism?*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 68, 2009, p. 534.

<sup>12</sup> E. CROSS, *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, pp. 449-450 e p. 454.

«onde risolvere la questione sollevata occorre accertare se ed in quale misura il regolamento n. 1035/72 osti all'estensione delle varie discipline stabilite dalle organizzazioni di produttori agli agricoltori non iscritti, vuoi perché l'estensione di dette discipline riguarda un settore che l'organizzazione comune dei mercati ha *disciplinato in modo esauriente*, vuoi perché le norme estese sono *in contrasto col diritto comunitario* o *ostano al buon funzionamento* dell'organizzazione comune dei mercati»<sup>13</sup>

Tale passaggio della sentenza *CERAFEL* effettivamente allude a tre paradigmi analitico-argomentativi che ricalcano, nell'ordine, quelli della *field preemption*, *rule preemption* e *obstacle preemption* utilizzati dai giudici statunitensi. Peraltro, nessuna pronuncia posteriore ha richiamato tale elenco nella sua interezza, elevando *CERAFEL* a pronuncia di riferimento per i casi di *preemption*.<sup>14</sup> La giurisprudenza successiva, difatti, ha in varie occasioni utilizzato solo alcuni dei paradigmi illustrati nella sentenza *CERAFEL*<sup>15</sup> e, anche quando ha fatto ricorso a tutti e tre i percorsi argomentativi, non si è conformata alla scansione delineata in tale pronuncia.<sup>16</sup> Pertanto, sembra potersi concludere che la Corte di giustizia, a differenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, non ha elaborato un quadro strutturato di analisi da seguire per risolvere i casi di *preemption*.

## 1.2. La preclusione espressa e la preclusione tacita

L'assenza di un *iter* logico-argomentativo predeterminato nell'analisi, da parte della Corte di giustizia, delle ipotesi di potenziale conflitto fra il diritto derivato ed il diritto nazionale induce ad interrogarsi sul ruolo svolto nel con-

<sup>13</sup> Sentenza della Corte del 25 novembre 1986, *Association comité économique agricole régional fruits et légumes de Bretagne c. A. Le Campion (CERAFEL)*, Causa 218/85, in *Racc.* 1986 p. 03513, punto 13, corsivo aggiunto.

<sup>14</sup> R. SCHÜTZE, *Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, p. 1040, nota 69: «The Court has, however, never extrapolated this pre-emption statement from its specific CAP context. Moreover, not even in the agricultural context has *CERAFEL* become a standard point of reference in subsequent cases».

<sup>15</sup> Ad esempio, la sentenza della Corte del 19 maggio 1998, *Bent Jensen e Kornog Foderstofkompagniet A/S c. Landbrugsministeriet - EF-Direktoratet*, Causa C-132/95, in *Racc.* 1998 p. I-02975, al punto 37 richiama il punto 13 della sentenza *CERAFEL*, ma fa riferimento soltanto al paradigma della preclusione indiretta. Invece, al punto 24 della sentenza della Corte del 27 novembre 1997, *Danisco Sugar AB c. Allmänna ombudet*, Causa C-27/96, in *Racc.* 1997 p. I-06653, il punto 13 della sentenza *CERAFEL* è citato a supporto dell'enunciazione dei paradigmi della *field preemption* e della *obstacle preemption*.

<sup>16</sup> Si veda ad esempio la sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, Causa C-399/11, non pubblicata; sentenza della Corte del 19 settembre 2006, *Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, causa C-506/04, in *Racc.* 2006 p. I-08613.

testo del diritto dell'Unione dalla c.d. preclusione espressa, ossia la ricognizione giudiziale delle clausole, contenute negli atti di diritto derivato, che espressamente consentono (c.d. clausole di deferenza e clausole di salvaguardia)<sup>17</sup> o precludono (c.d. clausole di prevalenza) l'intervento degli Stati membri.<sup>18</sup>

Al riguardo, occorre ricordare che, nell'ambito della *doctrine of federal preemption*, la preclusione espressa si colloca all'inizio del quadro strutturato d'analisi enunciato dalla Corte Suprema, in quanto la presenza di una «*express preemption*» o di una «*savings clause*» consente ai giudici statunitensi di non addentrarsi nell'accertamento dell'eventuale preclusione tacita deducibile dalle intenzioni del Congresso.<sup>19</sup> Per quanto attiene, invece, al principio della *preemption* nell'ambito del diritto dell'Unione europea, non vi è unanimità di vedute circa l'inquadramento della preclusione espressa. Per alcuni Autori, la *preemption* si risolverebbe nella preclusione tacita, per cui le clausole di deferenza, salvaguardia e prevalenza resterebbero sullo sfondo nell'analisi delle antinomie.<sup>20</sup> Per altri, al contrario, le possibili interazioni tra diritto derivato e diritto degli Stati membri comprendono sia la preclusione espressa (nelle sue varianti «*express saving*» e «*express preempt-*

<sup>17</sup> Ad esempio, l'articolo 1, numeri 4 e 6, della Direttiva 2006/123/CE del Parlamento e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, *GU L 376* del 27.12.2006, pp. 36–68 prevede che tale direttiva «non pregiudica» le misure nazionali volte a tutelare o a promuovere la diversità culturale o linguistica o il pluralismo dei media, la legislazione nazionale in materia di lavoro, la contrattazione collettiva e l'esercizio dei diritti fondamentali; il considerando n. 8 della Direttiva 2012/13/UE del Parlamento e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, in *GU L 142* dell' 1.6.2012, pp. 1–10 fa salve «le disposizioni del diritto nazionale concernenti la sicurezza delle persone trattenute in strutture di detenzione».

<sup>18</sup> Ad esempio, l'art. 3, n. 1, della Direttiva 2010/13/UE del Parlamento e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), *GU L 95* del 15.4.2010, pp. 1–24, prevede che gli Stati membri «non ostacolano la ritrasmissione sul proprio territorio di servizi di media audiovisivi provenienti da altri Stati membri per ragioni attinenti ai settori coordinati dalla presente direttiva».

<sup>19</sup> C. H. SCHROEDER, *Supreme Court Preemption Doctrine*, in W. W. BUZBEE (a cura di), *Preemption choice: the theory, law, and reality of federalism's core question*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 124: «Although express preemption and savings clauses are quite common, there are also many occasions when a court faces a preemption challenge to state law in which no such clause is applicable. In such cases, the court must decide whether the Congress has preempted state law by implication».

<sup>20</sup> A. GOUCHA SOARES, *Pre-emption, Conflicts of Powers and Subsidiarity*, in *European Law Review*, vol. 23, n. 2, 1998, p. 133: «When we speak about pre-emption in European Community Law, we are referring to so-called implied pre-emption, that is, the preclusion of national regulatory powers that results from a decision by the judicial branch».

tion») che la preclusione tacita (secondo la modalità dell'«*occupation of the field pre-emption*» e della «*conflict pre-emption*»)).<sup>21</sup>

Per comprendere la rilevanza della preclusione espressa nell'ambito del diritto dell'Unione europea si rende pertanto necessario analizzare alcune pronunce della Corte di giustizia. Nella sentenza *Prantl*,<sup>22</sup> ad esempio, la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il regolamento 337/79, relativo all'organizzazione comune del mercato vitivinicolo, di una legge nazionale che riservava l'impiego di bottiglie aventi una determinata forma a taluni produttori nazionali. In tale occasione, la Corte ha, dapprima, enunciato un principio cardine della *preclusione tacita*, secondo il quale «quando una normativa che istituisce un'organizzazione comune di mercato può essere considerata esauriente gli Stati membri non hanno più competenza in materia».<sup>23</sup> Quindi, la Corte ha escluso la configurabilità di un'ipotesi di *preclusione espressa*, rilevando che una clausola di deferenza contenuta nel regolamento 337/79 consentiva di mantenere in vigore le regolamentazioni nazionali in materia di designazione e presentazione dei prodotti vitivinicoli fino alla definizione, ad opera del Consiglio, di regole comuni.<sup>24</sup> Successivamente, però, la Corte è ritornata sulla questione della *preclusione tacita*, rilevando che, dalla circostanza che il Consiglio aveva adottato norme di protezione per la bottiglia del tipo «*flute d'Alsace*», non si poteva dedurre che il legislatore avesse esaurito la propria competenza in materia, precludendo agli Stati membri di regolare la commercializzazione delle altre tipologie di bottiglie.<sup>25</sup> La Corte ha perciò concluso che la normativa nazionale doveva ritenersi compatibile con il regolamento 337/79.<sup>26</sup>

Al contrario, nella sentenza *Dierenkwekers en Liefhebbers*,<sup>27</sup> relativa alla compatibilità con il regolamento 338/97, sulla protezione della flora e della fauna selvatiche, di una normativa nazionale che vietava la commercializzazione e l'importazione di specie diverse da quelle protette da tale regolamento,

<sup>21</sup> E. CROSS, *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, pp. 455-456: «It is useful to distinguish four possible relationships between Community legislation and Member State law, which can be labelled “express saving”, “express pre-emption”, “occupation of the field pre-emption”, and “conflict pre-emption”».

<sup>22</sup> Sentenza della Corte del 13 marzo 1984, *Procedimento penale a carico di Karl Prantl*, Causa 16/83, in *Racc.* 1984 p. 01299.

<sup>23</sup> Ivi, punto 13.

<sup>24</sup> Ivi, punto 15.

<sup>25</sup> Ivi, punto 16.

<sup>26</sup> Ivi, punto 17.

<sup>27</sup> Sentenza della Corte del 19 giugno 2008, *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers VZW e Andibel VZW c. Belgische Staat*, Causa C-219/07, in *Racc.* 2008 p. I-04475.

la Corte ha innanzitutto verificato l'assenza della *preclusione espressa*, rilevando che una clausola del regolamento consentiva agli Stati membri di adottare discipline più rigorose per la detenzione delle specie protette.<sup>28</sup> Poi, la Corte ha verificato se, con riferimento alle specie non protette dal regolamento, si fosse verificata una *preclusione tacita* dei poteri degli Stati,<sup>29</sup> concludendo che, siccome gli Stati membri potevano prevedere misure di protezione più rigorose per le specie figuranti nel regolamento, «[l]a stessa conclusione si impone[va] a maggior ragione in merito agli esemplari di specie non considerate da tale regolamento, non essendo stata adottata alcuna misura di armonizzazione a livello comunitario recante divieto dell'uso commerciale di questi».<sup>30</sup>

Pertanto, sembra potersi affermare che la preclusione espressa, al pari della preclusione tacita, costituisce parte integrante del principio della *preemption* nell'ambito del diritto dell'Unione europea ma – in considerazione della mancanza di un quadro strutturato di analisi – non svolge un ruolo predeterminato nel percorso argomentativo utilizzato dalla Corte di giustizia nella ricognizione delle antinomie. Al riguardo, appare condivisibile l'opinione secondo la quale, nel contesto del diritto dell'Unione, la preclusione espressa e la preclusione tacita devono ritenersi non già «tipologie», ma mere «modalità» della *preemption*, in quanto attengono alla forma in cui il legislatore dell'Unione esprime la propria volontà di precludere o meno la disciplina degli Stati membri, piuttosto che alla portata, più o meno ampia, degli effetti preclusivi prodotti dal diritto derivato sull'esercizio delle competenze nazionali.<sup>31</sup>

### 1.3. L'approccio «concettuale-federalista» e l'approccio «pragmatico»

Nella disamina della *doctrine of federal preemption*, si è evidenziato come, attorno agli anni '30, la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America abbia gradualmente abbandonato la *doctrine of latent exclusivity* per abbracciare un'impostazione che, come si è detto, muove dalla presunzione di non preclusione dell'intervento degli Stati da parte della legislazione federale. Per una parte della dottrina, anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia si sarebbe registrata, nel corso degli anni '80, una transizione da un approccio «concettuale-federalista» ad un approccio «pragmatico» al principio della *preemption*.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Ivi, punto 14.

<sup>29</sup> Ivi, punto 18.

<sup>30</sup> Ivi, punto 19.

<sup>31</sup> R. SCHÜTZE, *Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, p. 1039.

<sup>32</sup> M. WAELBROECK, *The emergent doctrine of Community pre-emption - Consent and re-delegation*, in T. SANDALOW e E. STEIN (a cura di), *Courts and Free Markets: Perspectives from*

Secondo l'approccio «concettuale-federalista», riscontrabile nelle prime pronunce della Corte di giustizia relative al settore agricolo,<sup>33</sup> in determinati settori agli Stati membri non solo è vietato adottare norme in contrasto con il diritto derivato, ma è precluso legiferare del tutto.<sup>34</sup> Pertanto, una volta determinata la portata dei poteri sovranazionali, ogni azione degli Stati membri è automaticamente esclusa.<sup>35</sup> In base all'approccio «pragmatico», che inizia a diffondersi a partire dalla fine degli anni '70 in materia di concorrenza,<sup>36</sup> relazioni esterne<sup>37</sup> e politica agricola comune,<sup>38</sup> gli Stati membri conservano una «competenza concorrente» a disciplinare la materia oggetto d'intervento dell'Unione, nella misura in cui la loro azione non dia luogo a «conflitti con la disciplina comunitaria».<sup>39</sup> La preclusione, in tal caso, si verifica quando non vi è un conflitto diretto fra norme dell'Unione e norme nazionali, ma queste ultime risultano incompatibili con gli obiettivi generali perseguiti dall'Unione.<sup>40</sup>

La dicotomia tra approccio concettuale-federalista ed approccio pragmatico è stata elaborata in un periodo in cui, in mancanza di un elenco tassativo delle competenze esclusive della Comunità, l'unica distinzione che era possibile operare con certezza era quella fra pronunce che sancivano la completa elisione delle competenze statali (approccio concettuale-federalista) e quelle che ammettevano la sopravvivenza di competenze residuali (approc-

*the United States and Europe*, vol. II, Oxford University Press, 1982, pp. 548-580; J. WEILER, *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, vol. 1, 1981, pp. 267-306.

<sup>33</sup> Sentenza della Corte del 18 febbraio 1970, *Hauptzollamt Hamburg-Oberelbe c. Firma Paul G. Bollmann*, Causa 40/69, in Racc. 1970 p. 00069.

<sup>34</sup> Ivi, p. 277.

<sup>35</sup> M. WAELBROECK, *The emergent doctrine of Community pre-emption - Consent and re-delegation*, in T. SANDALOW e E. STEIN (a cura di), *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, vol. II, Oxford University Press, 1982, p. 551.

<sup>36</sup> Sentenza della Corte del 13 febbraio 1969, *Walt Wilhelm e altri c. Bundeskartellamt*, Causa 14/68, in Racc. 1969 p. 00001.

<sup>37</sup> Sentenza della Corte del 14 luglio 1976, *Cornelis Kramer ed altri*, Cause riunite 3, 4 e 6/76, in Racc. 1976 p. 01279.

<sup>38</sup> Sentenza della Corte del 26 febbraio 1976, *Società SADAM ed altri c. Comitato interministeriale dei prezzi e Ministero dell'industria, commercio e artigianato ed altri*, Cause riunite 88 a 90/75, in Racc. 1976 p. 00323; sentenza della Corte del 26 febbraio 1976, *Riccardo Tasca*, Causa 65/75, in Racc. 1976 p. 00291.

<sup>39</sup> M. WAELBROECK, *The emergent doctrine of Community pre-emption - Consent and re-delegation*, in T. SANDALOW e E. STEIN (a cura di), *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, vol. II, Oxford University Press, 1982, p. 551.

<sup>40</sup> Ivi, p. 550: «Preemption problems arise in cases where there is no outright conflict between federal (or Community) and state law but where a State measure is alleged to be incompatible with the general policy objectives which federal (or Community) law seeks to achieve».

cio pragmatico). Per la dottrina, nell'introdurre l'approccio pragmatico, la Corte di giustizia avrebbe dimostrato una certa sensibilità politica, in quanto insistere sulla completa preclusione della potestà normativa nazionale in materie in cui le istituzioni comunitarie non erano ancora pronte ad intervenire in maniera organica senza l'ausilio degli Stati membri avrebbe, in ultima analisi, frenato il processo d'integrazione.<sup>41</sup>

La distinzione in esame, pur avendo il merito di aver per la prima volta dimostrato che il principio della *preemption* può avere diverse declinazioni applicative anche nell'ambito del diritto dell'Unione, non sarà impiegata nell'ambito del presente lavoro per due ordini di ragioni. In primo luogo, l'approccio concettuale-federalista, come accennato, comprende tanto la *preemption* costituzionale quanto quella legislativa, mentre il presente lavoro si occupa esclusivamente di quest'ultima. In secondo luogo, come opportunamente rilevato in dottrina,<sup>42</sup> né l'approccio concettualista-federalista né quello pragmatico sembrano cogliere i conflitti diretti tra norme nazionali e specifiche disposizioni sovranazionali, mentre la definizione stipulativa di preclusione scelta ai fini del presente lavoro ha carattere olistico, ossia abbraccia «tutte le ipotesi di conflitto reale o potenziale», compresi i conflitti diretti.<sup>43</sup>

#### 1.4. *Le tre tipologie di preemption: la preclusione di campo*

La sentenza *CERAFEL*, esaminata *supra* al paragrafo 1.1, suggerisce che, al fine di determinare l'esistenza di un'antinomia tra il diritto derivato ed il diritto nazionale, la Corte di giustizia può seguire alternativamente tre percorsi analitico-argomentativi (la preclusione di campo, la preclusione diretta e la preclusione indiretta) che presentano significative analogie con le tre declinazioni della *federal preemption* statunitense. Occorre pertanto verificare se ed in che misura queste tre «tipologie» (o «paradigmi») di *preemption* trovino effettivamente riscontro nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

La preclusione di campo, la variante più intensa del principio della *preemption*, si rinviene nelle pronunce in cui la Corte di giustizia dichiara che

<sup>41</sup> J. WEILER, *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, vol. 1, 1981, p. 278.

<sup>42</sup> R. SCHÜTZE, *Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, p. 1036.

<sup>43</sup> E. CROSS, *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, p. 453.

la disciplina dell'Unione è «esauriente»,<sup>44</sup> «esaustiva»<sup>45</sup> o «tassativa»,<sup>46</sup> che gli Stati possono intervenire «soltanto nei casi previsti» dal diritto derivato<sup>47</sup> ovvero che le autorità nazionali non possono adottare «misure diverse»,<sup>48</sup> «misure più restrittive»<sup>49</sup> o interventi «unilaterali» di alcun genere.<sup>50</sup> Espres-

<sup>44</sup> Sentenza della Corte del 15 settembre 2005, *Cindu Chemicals BV e altri (C-281/03) e Arch Timber Protection BV (C-282/03) c. College voor de toelating van bestrijdingsmiddelen*, Cause riunite C-281/03 e C-282/03, in *Racc.* 2005 p. I-08069, punto 44. «Le disposizioni di questa direttiva hanno un carattere esauriente e il mantenimento o l'adozione da parte degli Stati membri di misure diverse da quelle previste dalla detta direttiva sono incompatibili con l'obiettivo di quest'ultima»; sentenza della Corte del 24 ottobre 2002, *Procedimento penale a carico di Gottfried Linhart e Hans Biffel*, Causa C-99/01, in *Racc.* 2002 p. I-09375, punto 24: «Il carattere esauriente di tale regolamentazione [...] ha come conseguenza che gli Stati membri non sono più autorizzati ad adottare misure nazionali più severe allo scopo di reprimere la pubblicità ingannevole per quanto riguarda le caratteristiche dei prodotti cosmetici».

<sup>45</sup> Sentenza della Corte del 14 gennaio 2010, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c. Plus Warenhandlungsgesellschaft mbH*, Causa C-304/08, in *Racc.* 2010 p. I-00217, punto 45: «la direttiva 2005/29 prevede [...] un elenco esaustivo di 31 pratiche commerciali che [...] sono considerate sleali «in ogni caso». Di conseguenza [...] solo tali pratiche possono essere considerate sleali senza una valutazione caso per caso». Sentenza della Corte del 4 febbraio 2010, *Hava Genc c. Land Berlin*, Causa C-14/09, in *Racc.* 2010 p. I-00931, punto 43: «Il carattere esaustivo delle limitazioni elencate al punto precedente sarebbe messo in discussione qualora le autorità nazionali fossero libere di assoggettare il diritto di soggiorno dell'interessato a condizioni supplementari relative all'esistenza di interessi tali da giustificare il soggiorno o alla natura dell'impiego».

<sup>46</sup> Sentenza della Corte del 14 aprile 2011, *Vlaamse Dierenartsenvereniging VZW (C-42/10, C-45/10 e C-57/10) e Marc Janssens (C-42/10 e C-45/10) c. Belgische Staat*, Cause riunite C-42/10, C-45/10 e C-57/10, in *Racc.* 2011 p. I-02975, punto 61: «risulta che tale decisione ha lo scopo di definire un documento uniforme [...] le cui forme e il cui contenuto sono imposti agli Stati membri, fatti salvi adeguamenti di minore importanza, tassativamente previsti all'allegato II, C, punto 4, della citata decisione».

<sup>47</sup> Sentenza della Corte del 29 gennaio 2013, *Procedimento relativo all'esecuzione di mandati d'arresto europei emessi nei confronti di Ciprian Vasile Radu*, Causa C-396/11, non ancora pubblicata, punto 36 «ai sensi delle disposizioni della decisione quadro 2002/584, gli Stati membri possono rifiutare l'esecuzione di un mandato siffatto soltanto nei casi di non esecuzione obbligatoria previsti all'articolo 3 della stessa decisione nonché nei casi di non esecuzione facoltativa di cui ai suoi articoli 4 e 4 bis».

<sup>48</sup> Sentenza della Corte del 26 maggio 1993, *Commissione c. Repubblica portoghese (importazione suini)*, Causa C-52/92, in *Racc.* 1993 p. I-02961, punto 19: «Gli Stati membri non hanno quindi la competenza per adottare, nell'ambito di questo articolo e della decisione 91/237, adottata per la sua applicazione, misure diverse da quelle ivi espressamente previste».

<sup>49</sup> Sentenza della Corte del 5 aprile 1979, *Procedimento penale a carico di Tullio Ratti*, Causa 148/78, in *Racc.* 1979 p. 01629, punto 27: «dal sistema della direttiva n. 73/173 si desume che gli Stati membri non possono stabilire, nella propria legislazione nazionale, per quanto riguarda la classificazione, l'imballaggio e l'etichettatura dei solventi, condizioni più restrittive, né più precise di quelle della direttiva di cui trattasi, o comunque da queste diverse».

<sup>50</sup> Sentenza della Corte del 13 dicembre 1983, *Apple and Pear Development Council c. K.J. Lewis Ltd e altri*, Causa 222/82, in *Racc.* 1983 p. 04083, punto 23 «a questo proposito,

sione di tale approccio è, ad esempio, la sentenza *Galli*,<sup>51</sup> in cui la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con i regolamenti istituiti delle organizzazioni comuni dei mercati dei cereali e dei grassi di un regime nazionale che fissava i prezzi di alcuni prodotti rientranti in tali mercati, ha statuito che «la semplice esistenza d'una organizzazione comune di mercato [...] preclud[eva] agli Stati membri la possibilità d'adottare nel settore considerato provvedimenti unilaterali».<sup>52</sup>

Come sarà chiarito nel capitolo IV, paragrafo 2, anche l'accertamento del carattere «esaustivo»,<sup>53</sup> «completo»<sup>54</sup> o «totale»<sup>55</sup> dell'armonizzazione realizzata dalle misure dell'Unione si ispira alla logica della preclusione di campo. Significativa è, a tale riguardo, la sentenza *Plus Warenhandelsgesellschaft*,<sup>56</sup> in cui la Corte di giustizia si è pronunciata sulla conformità alla Direttiva 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali, di una normativa nazionale che vietava le pratiche commerciali in cui la partecipazione ai giochi a premi era subordinata all'acquisto di beni o servizi. La Corte ha infatti rilevato che la direttiva 2005/29/CE aveva realizzato «un'armonizzazione completa a livello comunitario delle norme relative alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori» e che pertanto gli Stati membri non potevano «adottare misure più restrittive di quelle definite dalla diret-

è opportuno rilevare che la disciplina che istituisce l'organizzazione comune dei mercati nel settore degli ortofrutticicoli [...] ha carattere esauriente. Salvo che questa normativa disponga diversamente, gli Stati membri [...] non hanno dunque facoltà di imporre norme adottate unilateralmente circa la qualità della frutta posta in vendita dai produttori».

<sup>51</sup> Sentenza della Corte del 23 gennaio 1975, *Filippo Galli*, Causa 31/74, in *Racc.* 1975 p. 47.

<sup>52</sup> Ivi, punto 27.

<sup>53</sup> Sentenza della Corte dell'8 aprile 2003, *Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH e Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer*, Causa C-44/01, in *Racc.* 2003 p. I-03095, punto 44: «Ne consegue che la direttiva 84/450 ha compiuto un'armonizzazione esaustiva delle condizioni di liceità della pubblicità comparativa negli Stati membri. [...] Di conseguenza, le disposizioni nazionali più restrittive in materia di tutela c. la pubblicità ingannevole non possono essere applicate alla pubblicità comparativa per quanto concerne la forma ed il contenuto del confronto».

<sup>54</sup> Sentenza della Corte del 19 settembre 2006, *Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, Causa C-506/04, in *Racc.* 2006 p. I-08613, punto 66: «si deve ritenere [...] che il legislatore comunitario, con l'art. 3 della direttiva [98/5] abbia effettuato la completa armonizzazione dei requisiti preliminari richiesti ai fini dell'esercizio del diritto conferito dalla direttiva stessa».

<sup>55</sup> Sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, *Centre hospitalier universitaire de Besançon c. Thomas Dutruieux e Caisse primaire d'assurance maladie du Jura*, Causa C-495/10, non ancora pubblicata, punto 20: «Occorre ricordare che, come emerge da costante giurisprudenza, la suddetta direttiva persegue, sugli aspetti che disciplina, un'armonizzazione totale delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri».

<sup>56</sup> Sentenza della Corte del 14 gennaio 2010, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c. Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*, Causa C-304/08, in *Racc.* 2010 p. I-00217

tiva in parola, neppure al fine di assicurare un livello superiore di tutela dei consumatori». <sup>57</sup> La Corte ha inoltre osservato che la predetta direttiva recava «un elenco esaustivo di 31 pratiche commerciali [...] considerate sleali [...] senza una valutazione caso per caso» ai sensi delle previsioni della direttiva. <sup>58</sup> La Corte ne ha quindi dedotto che il divieto assoluto previsto dalla normativa nazionale per le pratiche commerciali controverse risultava incompatibile con la disciplina armonizzata contenuta nella direttiva. <sup>59</sup>

La preclusione di campo opera in modo simile alla regola *per se* <sup>60</sup> nel contesto del diritto *antitrust*: in alcuni dei settori disciplinati dal diritto derivato, l'intervento degli Stati membri è vietato *ipso iure*, quali che siano i suoi effetti o le sue finalità. <sup>61</sup> Tale approccio sottende la valutazione che, in determinate materie, l'interesse dell'Unione all'uniformità della disciplina è così preminente da richiedere che qualsiasi elemento di disarmonia a livello nazionale sia eliminato in radice. <sup>62</sup> Per quanto il carattere esaustivo del diritto derivato e la portata del campo da esso occupato risultino opinabili – potendo la preclusione interessare soltanto l'ambito disciplinato da una singola disposizione della misura dell'Unione <sup>63</sup> – l'applicazione del paradigma della preclusione di campo risulta tendenzialmente agevole e prevedibile *ex ante*. Ciò comporta significativi vantaggi in termini di trasparenza e certezza del diritto. <sup>64</sup>

<sup>57</sup> Ivi, punto 41.

<sup>58</sup> Ivi, punto 45.

<sup>59</sup> Ivi, punto 47.

<sup>60</sup> Cfr. J. WEILER, *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, vol. 1, 1981, p. 278: «With the full occupation of a field by a Community policy, national measures [...] could become prohibited *per se*» (corsivo aggiunto).

<sup>61</sup> Sul punto R. SCHÜTZE, *Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, p. 1040: «Field pre-emption will refer to those situations, where the Court does not investigate any material normative tension, but simply excludes the Member States on the ground that the Community legislator has exhaustively legislated for the field».

<sup>62</sup> *Ibidem*, «The reason for the total exclusion lies in the perceived fear that any supplementary national action may endanger or interfere with the strict uniformity of the Community regime».

<sup>63</sup> Sentenza della Corte del 26 maggio 1993, *Commissione c. Repubblica portoghese (importazione suini)*, Causa C-52/92, in *Racc.* 1993 p. I-02961 19 «Quanto all' art. 10 della direttiva 90/425, [...] esso realizza un'armonizzazione completa delle misure di salvaguardia c. tali malattie [...] Gli Stati membri non hanno quindi la competenza per adottare, *nell'ambito di questo articolo* e della decisione 91/237, adottata per la sua applicazione, misure diverse da quelle ivi espressamente previste» (corsivo aggiunto).

<sup>64</sup> E. CROSS, *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, p. 462: «the advantage of using a blanket rule against all national measures in certain fields is that the Court delivers a clear message to the Member States to refrain from undertaking costly forays into such fields».

Tali benefici hanno, però, una contropartita: la preclusione di campo è infatti «*jurisdiction-stripping*»,<sup>65</sup> nel senso che inibisce l'esercizio delle competenze statali in un'intera area, producendo effetti simili a quelli derivanti dal riconoscimento all'Unione di una competenza esclusiva.<sup>66</sup> In considerazione delle vaste ripercussioni di questo paradigma di preclusione sul riparto verticale dei poteri fra Unione e Stati membri, alcuni Autori hanno sostenuto che, in virtù del principio di sussidiarietà, l'impiego della *field preemption* da parte della Corte di giustizia dovrebbe essere ridotto al minimo<sup>67</sup> o persino vietato.<sup>68</sup> La Corte di giustizia non ha recepito tali indicazioni, ma ha mostrato una certa cautela nell'utilizzo del paradigma in esame, generalmente premurandosi di motivare lo svuotamento delle competenze statali in un'intera area anche sulla base di tipologie di preclusione diverse da quella di campo. Nella sentenza *Melloni*,<sup>69</sup> ad esempio, la Cor-

<sup>65</sup> L'espressione è di R. COVER, *Forward: Nomos and Narrative*, in *Harvard Law Review*, vol. 97, 1983, p. 4.

<sup>66</sup> In tal senso: R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 2010, p. 527 «se [...] l'Unione disciplina nel tempo il settore in modo esaustivo, la competenza concorrente non si differenzia in pratica da una competenza esclusiva»; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 365-366: «Qualora poi l'Unione scegliesse di adottare in un certo settore di competenza concorrente una disciplina completa e dettagliata, agli Stati membri sarebbe precluso qualunque intervento. In casi del genere, la competenza dell'Unione, originariamente concorrente, diverrebbe nei fatti esclusiva (per un fenomeno che può essere definito come svuotamento o *pre-emption*)»; G. GAJA e A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Laterza, Roma, 2012, pp. 137-138: «Da un punto di vista pratico [...] è talora tenue la distinzione fra limiti derivanti da una competenza esclusiva e limiti collegati al contenuto di una normativa adottata dall'Unione in una materia di competenza concorrente. Infatti, i limiti di contenuto possono essere talmente rilevanti da precludere sostanzialmente l'attività normativa degli stati membri, comportando così una situazione simile a quella che si verifica nei settori di competenza esclusiva»; S. WEATHERILL, *Beyond preemption? Shared competence and constitutional change in the European Community*, in D. O'KEEFE e P. TWOMEY (a cura di), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Wiley Chancery Law, 1994, p. 14: «Once the Community has acted, if it acts, it then assumes exclusive competence in the field which it has occupied, thereby transforming concurrent State/Community competence into exclusive Community competence – the doctrine of preemption».

<sup>67</sup> Sul punto A. GOUCHA SOARES, *Pre-emption, Conflicts of Powers and Subsidiarity*, in *European Law Review*, vol. 23, n. 2, 1998, p. 140 «I believe that [the] application [of field preemption] for the resolution of conflicts of powers ought to be confined, in accordance with the principle of subsidiarity, to situations where its invocation would be absolutely indispensable».

<sup>68</sup> Così R. SCHÜTZE, *Subsidiarity after Lisbon: reinforcing the safeguards of federalism?*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 68, 2009, p. 534 «What about situations in which the European legislator spoke clearly and expressly field-pre-empted national legislators in violation of the subsidiarity principle? Then, the European Court [...] could – and should – outlaw disproportionate interferences into national legislative autonomy».

<sup>69</sup> Sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, Causa C-399/11, non ancora pubblicata.

te di giustizia ha affermato che la decisione quadro 2002/584/GAI ostava alle particolari garanzie procedurali previste dalla normativa spagnola – che subordinava l'esecuzione dei mandati d'arresto europei al riconoscimento, da parte dello Stato emittente, del diritto del consegnando di richiedere la revisione delle condanne pronunciate *in absentia* – non solo in ragione del carattere esaustivo delle «cause di non consegna» previste dalla decisione quadro (preclusione di campo),<sup>70</sup> ma anche in considerazione del fatto che la disciplina spagnola risultava contraria alla lettera (preclusione diretta)<sup>71</sup> ed alle finalità della decisione quadro (preclusione indiretta).<sup>72</sup>

Ulteriore limitazione del paradigma della preclusione di campo – al pari della regola *per se* in diritto *antitrust* – è il suo carattere indiscriminato, nel senso che la *field preemption* esclude ogni forma d'intervento statale nella materia interessata dall'atto dell'Unione, comprese le misure innocue.<sup>73</sup> Nella sentenza *Wilson*, ad esempio, la Corte ha affermato che l'unico requisito cui può essere subordinata l'iscrizione di un avvocato europeo nello Stato membro ospitante, al fine di esercitare in tale Stato con il suo titolo professionale d'origine, è la presentazione di un certificato che attesti la sua iscrizione presso l'ordine degli avvocati dello Stato membro d'origine.<sup>74</sup> Una statuizione così *tranchante* risulta idonea a colpire non solo i requisiti realmente restrittivi (*in casu*: il superamento di un test volto ad accertare la conoscenza delle lingue ufficiali dello Stato ospitante) ma anche quelli palesemente irrilevanti, quali la presentazione di fotografie in formato tessera o il pagamento di diritti di segreteria di modesta entità.<sup>75</sup>

Il paradigma della *field preemption*, inoltre, è quello che più di tutti limita la discrezionalità della Corte di giustizia nel modulare il futuro assetto dei rapporti fra un dato atto di diritto derivato ed il diritto nazionale. La constatazione che una misura statale è in contrasto con la lettera o le finalità di un atto di diritto derivato non esclude che, in una pronuncia successiva, una misura nazionale diversamente formulata sia ritenuta compatibile con

<sup>70</sup> Ivi, punto 38.

<sup>71</sup> Ivi, punti 40-42.

<sup>72</sup> Ivi, punti 43-44.

<sup>73</sup> E. CROSS, *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, p. 459: «all Member State measures in an occupied field will be considered invalid, even when such measures are not contrary to, or do not obstruct the objectives of, Community legislation in any way».

<sup>74</sup> Sentenza della Corte del 19 settembre 2006, *Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, Causa C-506/04, in *Racc.* 2006 p. I-08613, punto 67.

<sup>75</sup> Sia consentito il rinvio alle considerazioni espresse in A. ARENA, *The Doctrine of Union Preemption in the EU Internal Market: Between Sein and Sollen*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 17, 2011, pp. 546 e ss..

il medesimo atto. Al contrario, l'accertamento del carattere esaustivo della regolamentazione dell'Unione su un determinato aspetto, tendenzialmente, non consente alla Corte di tornare sui propri passi (e ciò anche se la *field preemption* si accompagna all'utilizzo di paradigmi di preclusione meno intensi).

Pertanto, quando la Corte intende discostarsi da una propria pronuncia fondata sul paradigma della preclusione di campo, non potrà che inquadrare la misura nazionale meritevole di tutela in una fattispecie astratta estranea al «campo» precedentemente ritenuto precluso all'intervento statale. Interessante è, a questo proposito, la sentenza *Michaniki*.<sup>76</sup> In tale occasione, alla Corte era stato richiesto di chiarire se la direttiva 93/37/CEE, in materia di appalti pubblici di lavori, ostasse ad una normativa greca che, in attuazione di una previsione costituzionale di tale Stato, sanciva una presunzione assoluta d'incompatibilità tra la partecipazione ad imprese operanti nel settore dell'informazione e la partecipazione ad imprese affidatarie di appalti. Senonché, nella precedente sentenza *La Cascina*, la Corte aveva affermato che tale direttiva prevedeva un elenco «tassativo» di cause di esclusione relative alle qualità professionali degli imprenditori, non suscettibile d'integrazione da parte degli Stati membri.<sup>77</sup> La Corte, pertanto, ha ricondotto la disciplina greca ai principî di trasparenza e di parità di trattamento – ambiti rispetto ai quali la direttiva non prevedeva una disciplina esaustiva – deducendone la facoltà per gli Stati di introdurre, nel rispetto del principio di proporzionalità, ulteriori «misure di esclusione» destinate a garantire il rispetto dei suddetti principî.<sup>78</sup> Al riguardo, sorge il sospetto che tali «misure di esclusione» altro non siano che una categoria creata *ad hoc* dalla Corte per sottrarre la disciplina greca al regime di automatica preclusione derivante dall'applicazione del paradigma della *field preemption*.<sup>79</sup>

<sup>76</sup> Sentenza della Corte del 16 dicembre 2008, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulio Radio-tileorasis e Ypourgos Epikrateias*, Causa C-213/07, in *Racc.* 2008 p. I-09999.

<sup>77</sup> Sentenza della Corte del 9 febbraio 2006, *La Cascina Soc. coop. arl e Zilch Srl c. Ministero della Difesa e altri* (C-226/04) e *Consorzio G. f. M. c. Ministero della Difesa e La Cascina Soc. coop. arl* (C-228/04), Cause riunite C-226/04 e C-228/04, in *Racc.* 2006 p. I-01347, punto 22: «la disposizione [...] fissa essa stessa i soli limiti della facoltà degli Stati membri, nel senso che questi non possono prevedere cause di esclusione diverse da quelle ivi indicate».

<sup>78</sup> Sentenza *Michaniki*, cit., punto 47: «uno Stato membro ha il diritto di prevedere, in aggiunta alle cause di esclusione fondate su considerazioni oggettive di qualità professionale, tassativamente elencate all'art. 24, primo comma, della direttiva 93/37, misure di esclusione destinate a garantire il rispetto dei principî della parità di trattamento di tutti gli offerenti, nonché di trasparenza, nel contesto delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici».

<sup>79</sup> Si vedano al riguardo le considerazioni espresse in C. LE BERRE, *The ECJ rules that a member State may exclude a bidder from a civil works public procurement contract if the bidder is linked to a media corporation as long as it is necessary and proportionate to ensure the fairness of the bidding process (Michaniki)*, in *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, 2009, n° 1, pp. 211-213. Si veda inoltre la Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale

1.5. (Segue) *La preclusione indiretta*

La preclusione indiretta costituisce la tipologia di *preemption* dai confini meno definiti. Essa si manifesta quando la Corte di giustizia accerta che un provvedimento nazionale «pregiudica l'efficacia»,<sup>80</sup> «ostacola il funzionamento»<sup>81</sup> o «mett[e] in pericolo gli obiettivi»<sup>82</sup> perseguiti dal legislatore dell'Unione. Nella causa *Pigs Marketing Board*,<sup>83</sup> ad esempio, la Corte di giustizia era stata chiamata a statuire sulla compatibilità con la normativa comunitaria relativa all'organizzazione comune del mercato nel settore delle carni suine di una normativa nazionale che obbligava i produttori a commercializzare i propri prodotti solo per il tramite ed alle condizioni fissate da un ente *ad hoc*. Al riguardo, la Corte, dopo aver rilevato che detta organizzazione comune si fondava sul principio del «libero accesso» di tutti i produttori al mercato,<sup>84</sup> ne ha dedotto che la stessa ostava a «qualsiasi disposizione o prassi nazionale atta a modificare le correnti d'importazione o d'esportazione, o ad influire sulla formazione dei prezzi sul mercato», nella misura in cui tali azioni fossero idonee ad «ostacolare il funzionamento dell'organiz-

Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italia) il 28 gennaio 2013, *Cartiera dell'Adda SpA, Cartiera di Cologno SpA/CEM Ambiente SpA*, Causa C-42/13, *GU C* 101 del 6.4.2013, pp. 11–11. L'ordinanza di rinvio del TAR Lombardia, n. 123/2013, reg. ric. 2021/2011, è reperibile su *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, fasc. 1, p. 225 e ss.

<sup>80</sup> Sentenza della Corte del 2 febbraio 1977, *Amsterdam Bulb B.V. c. Produktschap voor Siergewassen*, Causa 50/76, in *Racc.* 1977 p. 00137, punto 8: «quando, in forza dell'art. 40 del Trattato, la Comunità emana regolamenti che istituiscono un'organizzazione comune del mercato in un determinato settore, gli Stati membri sono tenuti ad astenersi da qualsiasi provvedimento che [...] ne pregiudichi l'efficacia».

<sup>81</sup> Sentenza della Corte del 10 marzo 1981, *Irish Creamery Milk Suppliers Association e altri c. Governo d'Irlanda e altri; Martin Doyle e altri c. An Taoiseach e altri*, Cause riunite 36 e 71/80, in *Racc.* 1981 p. 00735, punto 19: «spetta al giudice nazionale valutare se l'imposta su cui deve pronziarsi abbia effettivamente prodotto effetti che ostacolano il funzionamento dei congegni contemplati dalle organizzazioni comuni di mercato».

<sup>82</sup> Sentenza della Corte del 12 luglio 1979, *Procedimento penale a carico di Adriano Grosoli*, Causa 223/78, in *Racc.* 1979 p. 02621, punto 13: «il fatto che uno Stato membro fissi unilateralmente prezzi massimi per le carni bovine congelate nella fase della vendita al consumo non è incompatibile con l'organizzazione comune dei mercati nel settore delle carni bovine, purché non siano messi in pericolo gli obiettivi o il funzionamento di tale organizzazione»; 4: «detto regolamento va interpretato nel senso che esso osta ad una disciplina nazionale che blocchi [...] i prezzi dei prodotti per l'allattamento dei vitelli compresi nell'organizzazione comune di cui trattasi, qualora l'applicazione di detta disciplina metta in pericolo gli obiettivi o il funzionamento di tale organizzazione, in specie del suo regime di prezzi».

<sup>83</sup> Sentenza della Corte del 29 novembre 1978, *Pigs Marketing Board c. Raymond Redmond*, Causa 83/78, in *Racc.* 1978 p. 02347.

<sup>84</sup> Ivi, punto 57.

zazione comune dei mercati»,<sup>85</sup> nonché ad attribuire «vantaggi ingiustificati a determinati gruppi di produttori o di consumatori, ai danni dell'economia di altri stati membri o di altri gruppi economici nella Comunità».<sup>86</sup>

L'applicazione della preclusione indiretta spesso poggia sull'interpretazione teleologica dell'atto dell'Unione, al fine di determinarne la finalità<sup>87</sup> o l'obiettivo<sup>88</sup> e di verificarne la compatibilità con lo scopo perseguito dalla misura nazionale controversa.<sup>89</sup> Ad esempio, nella sentenza *Leclerc-Siplec*,<sup>90</sup> la Corte si è pronunciata a favore della compatibilità con la direttiva 89/552/CEE, relativa all'esercizio delle attività televisive, di una normativa nazionale che vietava alle emittenti nazionali la diffusione di messaggi pubblicitari in favore del settore economico della distribuzione. Nel raggiungere tale conclusione, la Corte ha ritenuto dirimente la circostanza che «il conseguimento dell'obiettivo della direttiva, consistente nel garantire la libera diffusione

<sup>85</sup> Ivi, punto 60.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> Sentenza della Corte del 23 novembre 1989, *Kommanditgesellschaft in Firma Eau de Cologne & Parfümeriefabrik Glockengasse n. 4711 c. Provide SRL*, Causa C-150/88, in *Racc.* 1989 p. 03891, punto 24: «Ne consegue che questa disposizione vieta ad uno Stato membro di prescrivere, per i prodotti importati, fabbricati da un produttore stabilito nella Comunità, che il nome del distributore nazionale responsabile della loro vendita in questo Stato figuri sugli imballaggi, recipienti o etichette dei prodotti. [...] tale obbligo rende in ogni caso più onerosa la vendita del prodotto ed implica di conseguenza un ostacolo agli scambi, che la direttiva mira ad eliminare».

<sup>88</sup> Sentenza della Corte del 14 dicembre 2004, *Radlberger Getränkegesellschaft mbH & Co. e S. Spitz KG c. Land Baden-Württemberg*, Causa C-309/02, in *Racc.* 2004 p. I-11763, punto 50: «l'art. 7 della direttiva 94/62 [...] osta alla sostituzione di un sistema globale di raccolta di tali rifiuti con un sistema di deposito cauzionale e di ritiro individuale quando il nuovo sistema non sia parimenti idoneo a raggiungere gli obiettivi della direttiva».

<sup>89</sup> Sentenza della Corte del 25 marzo 2004, *Industrias de Deshidratación Agrícola SA c. Administración del Estado*, Causa C-118/02, in *Racc.* 2004 p. I-03073, punti 24-25: «Riguardo alla questione se i requisiti previsti dalla normativa nazionale siano atti ad ostacolare il buon funzionamento dell'organizzazione comune dei mercati di cui trattasi, il governo spagnolo e la Commissione hanno sottolineato [...] che la finalità essenziale della normativa era quella di lottare c. le pratiche abusive e le frodi al fine di garantire la qualità della materia prima dei prodotti che fruiscono di aiuti. [...] In tali condizioni [...] i criteri posti dalla normativa nazionale di cui trattasi non ostano al buon funzionamento dell'organizzazione comune dei mercati interessata»; sentenza della Corte del 21 ottobre 2010, I.B., Causa C-306/09, in *Racc.* 2010 p. I-10341, punti 52-53: «Per i due tipi di mandato d'arresto europeo considerati [...] tali disposizioni mirano segnatamente a permettere di accordare una speciale importanza alla possibilità di accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata [...] Nulla consente di ritenere che il legislatore dell'Unione abbia inteso escludere da tale obiettivo le persone ricercate in base ad una condanna pronunciata in contumacia».

<sup>90</sup> Sentenza della Corte del 9 febbraio 1995, *Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec c. TF1 Publicité SA e M6 Publicité SA*, Causa C-412/93, in *Racc.* 1995 p. I-00179.

delle trasmissioni televisive conformi alle norme minime da essa stabilite», non sarebbe stato in alcun modo pregiudicato dall'imposizione di «norme più rigorose alle emittenti televisive» nazionali, quali quelle ad oggetto nel procedimento principale.<sup>91</sup>

A differenza della preclusione di campo, che si sostanzia nel riscontro del carattere esaustivo della disciplina sovranazionale nel campo su cui insiste l'intervento statale (c.d. conflitto latente), l'applicazione del paradigma della preclusione indiretta implica l'accertamento di un effettivo conflitto della norma nazionale con le finalità o con l'effetto utile del diritto derivato.<sup>92</sup> Al riguardo, parte della dottrina ha espresso il timore che, non essendo la Corte competente a statuire in via pregiudiziale sull'esistenza di un conflitto tra il diritto nazionale e il diritto dell'Unione, il ricorso al paradigma della preclusione indiretta possa essere limitato a vantaggio della preclusione di campo, che si risolve in una questione interpretativa relativa al carattere, esauriente o meno, del diritto derivato.<sup>93</sup> Tale preoccupazione risulta, peraltro, priva di fondamento, posto che, come ricordato in precedenza, la Corte di giustizia ha in molteplici occasioni eluso i limiti della propria giurisdizione pregiudiziale, riformulando le questioni relative alla compatibilità tra il diritto nazionale ed il diritto dell'Unione come quesiti volti a chiarire se quest'ultimo deve essere interpretato «nel senso che osta» a disposizioni nazionali come quelle di cui trattasi nella causa principale.

Alcuni anni più tardi, un altro Autore ha espresso il timore opposto, ossia che il frequente ricorso, da parte della Corte di giustizia, al canone dell'interpretazione teleologica possa condurre ad un impiego eccessivo del paradigma della preclusione indiretta rispetto a quello della preclusione diretta, più rispettoso delle prerogative degli Stati membri.<sup>94</sup> In effetti, le pronunce fondate sul paradigma della preclusione indiretta, da solo o in

<sup>91</sup> Ivi, punto 44.

<sup>92</sup> Sentenza della Corte del 18 aprile 2013, *L. c. M.*, Causa C-463/11, non ancora pubblicata, punti 31-38 «l'obiettivo essenziale della direttiva consiste nel sottoporre i piani e i programmi che possono avere effetti significativi sull'ambiente a una valutazione ambientale, durante la loro elaborazione e prima della loro adozione [...] una norma come l'articolo 214, paragrafo 2 bis, punto 1, del BauGB ha l'effetto di preservare l'efficacia giuridica dei piani di costruzione [...] anche se essi sono stati elaborati in assenza della valutazione ambientale prevista dalla direttiva. Un siffatto sistema finisce con il privare di ogni effetto utile l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva, che assoggetta ad una valutazione ambientale i piani che sono indicati al medesimo articolo 3, paragrafi 3 e 4, e che possono avere effetti significativi sull'ambiente».

<sup>93</sup> E. CROSS, *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, pp. 465-466.

<sup>94</sup> A. GOUCHA SOARES, *Pre-emption, Conflicts of Powers and Subsidiarity*, in *European Law Review*, vol. 23, n. 2, 1998, p. 138.

combinazione con altri tipi di *preemption*, sono molto numerose, e spaziano dall'ambiente<sup>95</sup> al mercato interno,<sup>96</sup> dalla politica agricola comune<sup>97</sup> allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.<sup>98</sup> Peraltro, l'opportunità dell'impiego da parte della Corte di giustizia del paradigma in esame non sembra potersi valutare in astratto, posto che, come si dirà più approfonditamente al paragrafo 2 del presente capitolo, in talune circostanze il ricorso alle declinazioni più intense del principio della *preemption* si rende necessario per garantire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione ed impedirne l'elusione da parte degli Stati membri.

### 1.6. (Segue) *La preclusione diretta*

Il paradigma della preclusione diretta si riscontra nelle pronunce in cui la Corte di giustizia ritiene che una norma nazionale «deroghi»,<sup>99</sup> appaia

<sup>95</sup> Si veda, ad esempio, la Sentenza della Corte del 22 settembre 2011, *Genovaitė Valčiukienė e altri c. Pakruojo rajono savivaldybė e altri*, Causa C-295/10, in Racc. 2011 p. I-08819, punto 53, in cui la Corte ha rilevato che la Corte ha rilevato che una normativa lituana che esentava i piani relativi all'uso di piccole aree a livello locale dalla valutazione d'impatto ambientale prevista dalla direttiva 2001/42 «pregiudica[va] l'obiettivo della direttiva [...] che è diretto a non sottrarre alla valutazione di impatto ambientale alcun piano che possa avere effetti significativi sull'ambiente».

<sup>96</sup> Sentenza della Corte del 23 novembre 1989, *Kommanditgesellschaft in Firma Eau de Cologne & Parfümeriefabrik Glockengasse n. 4711 c. Provide SRL*, Causa C-150/88, in Racc. 1989 p. 03891, punto 26, in cui si afferma che una normativa italiana che prescriveva l'indicazione di dati qualitativi e quantitativi sugli imballaggi dei prodotti cosmetici «rende[va] in ogni caso più onerosa la vendita del prodotto ed implica[va] di conseguenza un ostacolo agli scambi, che la direttiva mira ad eliminare».

<sup>97</sup> Sentenza della Corte del 7 febbraio 1984, *Jongeneel Kaas BV ed altri c. Stato dei Paesi Bassi e Stichting Centraal Orgaan Zuivelcontrole*, Causa 237/82, in Racc. 1984 p. 00483, punto 14, in cui si afferma che «lo scopo del sistema d'intervento» istituito dal regolamento 804/68 relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari era «stabilire l'equilibrio tra l'offerta e la domanda» e che «la legislazione nazionale che cerchi a lungo termine di aumentare la domanda rendendo la produzione nazionale di formaggio più attraente per il consumatore» doveva ritenersi compatibile con tale regolamento in quanto «persegui[va], in linea di principio, lo stesso scopo».

<sup>98</sup> Sentenza della Corte del 30 maggio 2013, *Jeremy F. c. Premier ministre*, Causa C-168/13 PPU, non pubblicata, punti 56-58, in cui si afferma che la possibilità di prevedere un ricorso sospensivo c. le decisioni sul mandato d'arresto europeo doveva rispettare l'obiettivo di accelerare la cooperazione giudiziaria perseguita dalla decisione quadro 2002/584/GAI relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

<sup>99</sup> Sentenza della Corte del 2 febbraio 1977, *Amsterdam Bulb B.V. c. Produktschap voor Siergewassen*, Causa 50/76, in Racc. 1977 p. 00137, punto 8 «quando, in forza dell'art. 40 del Trattato, la Comunità emana regolamenti che istituiscono un'organizzazione comune del mercato in un determinato settore, gli Stati membri sono tenuti ad astenersi da qualsiasi provvedimento che deroghi a tali regolamenti».

«divergente o contrastante»<sup>100</sup> o costituisca «una violazione»<sup>101</sup> di un atto di diritto derivato. Un esempio di applicazione di tale tipologia di *preemption* si rinviene nella sentenza *Gallaber*,<sup>102</sup> in cui la Corte di giustizia era stata chiamata a statuire sulla compatibilità con la direttiva 89/622/CEE, che imponeva l'apposizione sui pacchetti di sigarette di avvertenze relative ai rischi per la salute pari ad «almeno il 4%» della faccia corrispondente, di una normativa britannica che elevava tale requisito al 6%. In tale occasione, la Corte ha ritenuto che il termine «almeno» dovesse essere interpretato «nel senso che gli Stati membri, se lo reputa[va]no opportuno, [avevano] la facoltà di riservare uno spazio maggiore a tali menzioni e avvertenze, tenuto conto del grado di sensibilizzazione del pubblico ai rischi per la salute connessi al consumo del tabacco». <sup>103</sup> Tale sentenza ha suscitato una certa sorpresa all'epoca in cui è stata pronunciata, posto che in precedenti occasioni la Corte aveva interpretato altre direttive che prevedevano norme in tema di etichettatura come preclusive di condizioni «più restrittive», «più precise» o «comunque diverse» da quelle fissate dal legislatore comunitario.<sup>104</sup>

Alcuni Autori hanno affermato che la preclusione diretta andrebbe preferita agli altri paradigmi di preclusione in quanto, in linea con il principio di sussidiarietà, incide in misura minore sulle prerogative degli Stati membri, consentendo la regolazione multilivello di determinate materie e l'instaurazione di una sana concorrenza fra gli ordinamenti nazionali.<sup>105</sup> Peraltro, mentre nel contesto statunitense l'applicazione del paradigma della *rule preemption* comporta l'accertamento dell'«impossibilità fisica» per i destinatari di rispettare simultaneamente una norma statale ed una specifica disposizione federale, nell'ambito del diritto dell'Unione europea i confini tra preclusione diretta e preclusione indiretta sono tendenzialmente più sfumati. Ad esempio, nella

<sup>100</sup> Sentenza della Corte del 6 dicembre 1977, *Marguerite Maris, in Reboulet c. Office national des pensions pour travailleurs salariés*, Causa 55/77, in Racc. 1977 p. 02327, punto 18; «ne consegue che la norma enunciata nell'art. 84, n. 4, esclude [...] l'applicazione di qualsiasi disposizione eventualmente divergente o contrastante, in vigore in uno degli Stati membri».

<sup>101</sup> Sentenza della Corte dell'8 gennaio 2002, *Denkavit Nederland BV c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij e Voedselvoorzieningsin- en verkoopbureau*, Causa C-507/99, in Racc. 2002 p. I-00169, punto 32: «in presenza di un regolamento che istituisce un'organizzazione comune di mercato in un determinato settore, gli Stati membri sono tenuti ad astenersi dall'adottare qualsiasi misura che possa costituire una deroga o una violazione».

<sup>102</sup> Sentenza della Corte del 22 giugno 1993, *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte: Gallaber Ltd e altri*, Causa C-11/92, in Racc. 1993 p. I-03545.

<sup>103</sup> Ivi, punto 20.

<sup>104</sup> Sentenza della Corte del 5 aprile 1979, *Procedimento penale a carico di Tullio Ratti*, Causa 148/78, in Racc. 1979 p. 01629, punto 27.

<sup>105</sup> A. GOUCHA SOARES, *Pre-emption, Conflicts of Powers and Subsidiarity*, in *European Law Review*, vol. 23, n. 2, 1998, pp. 138-143.

sentenza *Jongeneel Kaas*,<sup>106</sup> relativa alla compatibilità con il regolamento comunitario istitutivo dell'organizzazione comune del mercato del formaggio di una normativa nazionale che fissava alcuni standard di qualità per i prodotti caseari, la Corte ha affermato che «né dal complesso, né dalle singole disposizioni» di tale regolamento<sup>107</sup> emergeva che, «onde conseguire gli scopi» perseguiti dall'organizzazione comune del formaggio, fosse necessario «dare la preferenza all'aumento della domanda dei prodotti lattiero-caseari, mediante ampliamento della gamma dei prodotti offerti, piuttosto che mediante il miglioramento della qualità di un numero limitato di prodotti metodo cui [era] informata la legislazione nazionale» controversa.<sup>108</sup>

### 1.7. Tipologie di preemption e preclusione per omissione

Nei paragrafi precedenti si è evidenziato come la disciplina di una data materia ad opera del diritto derivato precluda in misura variabile agli Stati membri di regolarla a propria volta. *Quid iuris* per gli aspetti della materia sui quali il diritto derivato tace? La preclusione per omissione (*preemption by inaction*)<sup>109</sup> si verifica quando il diritto derivato non disciplina un determinato aspetto, ma preclude agli Stati di regolarlo autonomamente.<sup>110</sup> In alcuni casi, difatti, l'ambito in cui l'intervento statale è precluso può essere più esteso dell'ambito disciplinato dal diritto derivato.<sup>111</sup>

La preclusione per omissione non costituisce un autonomo tipo di preclusione, ma è funzione della tipologia di *preemption* impiegata dalla Corte

<sup>106</sup> Sentenza della Corte del 7 febbraio 1984, *Jongeneel Kaas BV ed altri c. Stato dei Paesi Bassi e Stichting Centraal Orgaan Zuivelcontrole*, Causa 237/82, in Racc. 1984 p. 00483, punto 15: «né dal complesso, né dalle singole disposizioni del regolamento n. 804/68 emerge infatti che, nell'ambito dell'organizzazione di mercato e onde conseguire gli scopi ch'essa persegue, occorra necessariamente dare la preferenza all'aumento della domanda dei prodotti lattiero-caseari, mediante ampliamento della gamma dei prodotti offerti, piuttosto che mediante il miglioramento della qualità di un numero limitato di prodotti, metodo cui è informata la legislazione nazionale di cui trattasi» (corsivo aggiunto).

<sup>107</sup> Ivi, punto 15.

<sup>108</sup> Ivi.

<sup>109</sup> Per un'analisi del fenomeno nell'ambito del diritto costituzionale statunitense si veda R. L. GLICKSMAN, *Federal Preemption by Inaction*, in W. W. BUZBEE (a cura di), *Preemption choice: the theory, law, and reality of federalism's core question*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 167-191.

<sup>110</sup> S. DOUGLAS-SCOTT, *Constitutional Law of the European Union*, Pearson, Harlow, 2002, pp. 170 e ss.

<sup>111</sup> Sul punto si veda per tutti H. KALIMO, *Reflections on the scope and pre-emptive effects of Community legislation - A case study on Directive 2002/95/EC Restrictions on Hazardous Substances (RoHS)*, in *Jean Monnet Working Papers*, n. 6, 2003.

di giustizia per la disamina della potenziale antinomia. Se, in virtù del paradigma della preclusione di campo, la Corte ritiene che un atto di diritto derivato stabilisce una disciplina esaustiva, eventuali lacune saranno considerate il frutto di un deliberato intento di deregolamentazione del legislatore dell'Unione. L'intervento degli Stati membri sarà quindi precluso anche nelle aree non regolate dall'atto di diritto derivato. Nella sentenza *Provide*,<sup>112</sup> ad esempio, alla Corte di giustizia era stato richiesto di chiarire se la direttiva 76/768 sui prodotti cosmetici ostava a che una disciplina nazionale prescrivesse l'indicazione di alcuni dati qualitativi e quantitativi sull'imballaggio dei prodotti cosmetici. La direttiva elencava varie informazioni che dovevano comparire sugli imballaggi dei prodotti cosmetici, ma tra esse non figuravano i dati prescritti dalla disciplina nazionale.<sup>113</sup> La direttiva, inoltre, vietava agli Stati membri di ostacolare l'immissione sul mercato dei prodotti cosmetici che rispondevano alle prescrizioni ivi contenute.<sup>114</sup> La Corte ne ha dedotto che l'elenco delle informazioni previsto dalla direttiva doveva considerarsi «esauriente» e che, di conseguenza, gli Stati membri non potevano prescrivere l'indicazione di dati non espressamente richiesti dalla direttiva.<sup>115</sup>

Al contrario, se la disamina della Corte di giustizia si ferma al dato testuale, secondo il modello della preclusione diretta, il silenzio della disciplina sovranazionale non può, per definizione, precludere l'intervento statale. Nella sentenza *CERAFEL*,<sup>116</sup> ad esempio, la Corte si è pronunciata sulla compatibilità con il regolamento n. 1035/72, relativo all'organizzazione comune del mercato ortofrutticolo, di alcune previsioni nazionali relative, fra le altre cose, alla dichiarazione annuale delle superfici coltivate in funzione di ricerche destinate a promuovere la qualità e la vendita dei prodotti ortofrutticoli. Al riguardo, la Corte si è limitata a constatare che «una norma del genere non [era] incompatibile con l'organizzazione comune dei mercati, la quale nulla dispone[va] in proposito».<sup>117</sup>

Quando, infine, la disamina della Corte di giustizia si addentra nell'accertamento delle finalità della disciplina dell'Unione, secondo il paradigma della preclusione indiretta, il silenzio del legislatore sovranazionale può, a seconda delle circostanze, essere ritenuto sia preclusivo che non preclusivo

<sup>112</sup> Sentenza della Corte del 23 novembre 1989, *Kommanditgesellschaft in Firma Eau de Cologne & Parfümeriefabrik Glockengasse n. 4711 c. Provide SRL*, Causa C-150/88, in Racc. 1989 p. 03891.

<sup>113</sup> Ivi, punto 15.

<sup>114</sup> Ivi, punto 16.

<sup>115</sup> Ivi, punto 17.

<sup>116</sup> Sentenza della Corte del 25 novembre 1986, *Association comité économique agricole régional fruits et légumes de Bretagne c. A. Le Champion (CERAFEL)*, Causa 218/85, in Racc. 1986 p. 03513.

<sup>117</sup> Ivi, punto 21.

rispetto all'intervento statale. Nella sentenza *Amsterdam Bulb*,<sup>118</sup> ad esempio, alla Corte era stato chiesto di chiarire se il regolamento 369/75 ostava all'introduzione a livello nazionale di prezzi minimi d'esportazione verso i Paesi terzi per varietà di bulbi diverse da quelle per le quali la Commissione aveva fissato dei prezzi minimi. La Corte ha immediatamente imboccato la strada della preclusione indiretta, affermando che il quesito doveva essere esaminato alla luce «dello scopo e degli obiettivi» dei conferenti regolamenti comunitari,<sup>119</sup> ossia la stabilizzazione dei prezzi al fine di incentivarne le esportazioni verso Paesi terzi.<sup>120</sup> La fissazione, a livello nazionale, di prezzi minimi per l'esportazione delle varietà di bulbi il cui prezzo non era ancora stato stabilito dalla Commissione contribuiva alla realizzazione dell'obiettivo della stabilizzazione dei prezzi.<sup>121</sup> La Corte ne ha quindi dedotto che l'omessa previsione, da parte della Commissione, di prezzi minimi per alcune varietà di bulbi non poteva ritenersi espressione di un'implicita volontà di affidare la determinazione di tali prezzi al mercato<sup>122</sup> e non precludeva, pertanto, la regolamentazione di tali prezzi ad opera degli Stati membri.<sup>123</sup>

Nella sentenza *Beert van den Hazel*,<sup>124</sup> invece, la Corte di giustizia è pervenuta alla conclusione opposta. In tale occasione, la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il regolamento n. 123/67, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore del pollame, di una normativa nazionale che imponeva il contingentamento della macellazione del pollame mediante la fissazione di quote, corredate da sanzioni penali. Il regolamento n. 123/67 non autorizzava il Consiglio ad imporre il ritiro dal mercato di determinati prodotti. Tale omissione andava interpretata nel senso che simili provvedimenti potevano, invece, essere presi dagli Stati? La Corte, richiamando i lavori preparatori del regolamento n. 123/67, ha rilevato che la mancata previsione di siffatti strumenti d'intervento era dovuta alla particolare struttura del mercato del pollame, caratterizzato da un «rapido adattamento del volume della produzione alla domanda».<sup>125</sup> La Corte

<sup>118</sup> Sentenza della Corte del 2 febbraio 1977, *Amsterdam Bulb B.V. c. Produktschap voor Siergewassen*, Causa 50/76, in *Racc.* 1977 p. 00137, con nota di F. CAPELLI, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1977, p. 296-297.

<sup>119</sup> Ivi, punto 9.

<sup>120</sup> Ivi, punti 10-11.

<sup>121</sup> Ivi, punto 30.

<sup>122</sup> Ivi, punti 26-29.

<sup>123</sup> *Ibid.*, punto 30.

<sup>124</sup> Sentenza della Corte del 18 maggio 1977, *Officier van Justitie c. Beert van den Hazel*, Causa 111/76, in *Racc.* 1977 p. 00901.

<sup>125</sup> Ivi, punti 14-15. Secondo la Commissione, la particolare struttura del mercato del pollame comportava che «prima che il meccanismo d'intervento volto a ritirare dal mercato

ne ha dedotto che «la mancanza di provvedimenti intesi a ritirare [...] parte dei prodotti dal mercato non [era] il risultato di una omissione, né della volontà di lasciare provvedimenti del genere alla discrezionalità degli Stati membri, bensì la conseguenza di una deliberata scelta di politica economica, nel senso di rimettersi essenzialmente alle forze del mercato per garantire gli equilibri auspicati». <sup>126</sup> Posto quindi che l'organizzazione di mercato per il pollame era «fondata sulla libertà degli scambi commerciali, a condizioni di leale concorrenza», <sup>127</sup> il silenzio del legislatore comunitario doveva ritenersi preclusivo rispetto a misure nazionali che imponevano il contingentamento della macellazione del pollame. <sup>128</sup>

## 2. Le funzioni della preemption

### 2.1. Garantire l'uniforme applicazione e prevenire l'elusione del diritto derivato

Nei precedenti paragrafi si è dimostrato come, nel valutare la compatibilità del diritto nazionale al diritto derivato, la Corte di giustizia talvolta ricorra a paradigmi di preclusione che consentono di riscontrare un'antinomia anche se la norma nazionale non contrasta con la lettera della disciplina dell'Unione. Risulta pertanto opportuno interrogarsi sui motivi che inducono la Corte a spingersi oltre il dato testuale. In altre parole, occorre fare luce sulle funzioni svolte dal fenomeno della *preemption* nell'ambito del diritto dell'Unione europea.

Secondo la teoria delle relazioni internazionali, l'attuazione, ad opera degli Stati membri, del diritto derivato può essere concepita come un esempio di delega internazionale invertita (*reverse international delegation*), <sup>129</sup> in cui l'Unione (preponente) affida agli Stati (agenti) il compito di recepire, dare esecuzione e far rispettare la propria normativa. <sup>130</sup> Come in ogni rapporto pre-

una certa quantità di merce riesca a dare risultati positivi, forze attinenti al processo stesso della produzione già agiscono per riportare i prezzi a un livello più normale».

<sup>126</sup> Ivi, punti 16-18.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> Ivi, punto 27.

<sup>129</sup> La delega internazionale (*international delegation*) può essere definita come «la concessione da parte di due o più Stati ad un'organo internazionale del potere di prendere decisioni o intraprendere azioni». Sul punto C. BRADLEY e J. KELLEY, *The Concept of International Delegation*, in *Law and contemporary problems*, vol. 71, 2008, p. 3. La delega internazionale invertita (*reverse international delegation*) indica invece il processo inverso, in cui è l'organizzazione internazionale a conferire potere agli Stati.

<sup>130</sup> Sul punto, sia consentito il rinvio alle considerazioni espresse in A. ARENA, *The Doctrine of Union Preemption in the EU Internal Market: Between Sein and Sollen*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 17, 2011, p. 506-509.

ponente-agente,<sup>131</sup> ciò comporta il rischio di *agency slack*, ossia che l'agente sfrutti il margine di discrezionalità concessogli per perseguire obiettivi propri discostandosi dai *desiderata* del preponente.<sup>132</sup> In particolare, gli Stati membri potrebbero avere incentivi a non applicare o ad applicare in modo parziale il diritto dell'Unione,<sup>133</sup> in modo da favorire i propri cittadini rispetto a quelli di altri Stati membri.<sup>134</sup> Nel processo politico di ciascuno Stato membro, difatti, i cittadini di altri Stati membri hanno di norma un ruolo marginale.<sup>135</sup>

Una soluzione comune al problema dell'*agency slack* consiste nella trasformazione dei rapporti di agenzia fondati sulla discrezionalità dell'agente (che massimizzano i benefici derivanti dalla specializzazione dell'agente, ma anche il rischio di *agency slack*) in rapporti basati su regole fissate dal preponente (in cui l'autonomia dell'agente è fortemente limitata).<sup>136</sup> Il fenomeno della *preemption* può essere concepito in tale ottica: limitando l'autonomia degli Stati membri, si impedisce ai medesimi di approfittare delle lacune e delle ambiguità testuali del diritto derivato per applicarlo in maniera parziale o per favorire i propri cittadini.

In altre parole, il fenomeno della *preemption* assolve la funzione di prevenire l'elusione del diritto derivato da parte degli Stati membri.<sup>137</sup> Risulta infatti

<sup>131</sup> Per l'applicazione di tale modello al processo d'integrazione europea si veda no, *ex multis*, M. POLLACK, *The Engines of European Integration: Delegation, Agency, and Agenda Setting In the EU*, 2003; G. MAJONE, *Two Logics of Delegation: Agency and Fiduciary Relations in the EU Governance*, in *European Union Politics*, vol. 2, 2001, p. 103.

<sup>132</sup> D. HAWKINS et al., *Delegation Under Anarchy: States, International Organizations and Principal-agent Theory*, in D. HAWKINS et al. (a cura di), *Delegation and Agency in International Organizations*, 2006, p. 8: «Agency slack is independent action by an agent that is undesired by the principal. Slack occurs in two primary forms: shirking, when an agent minimizes the effort it exerts on its principal's behalf, and slippage, when an agent shifts policy away from its principal's preferred outcome and toward its own preferences».

<sup>133</sup> P. VAN DEN BOSSCHE, *In Search of Remedies for Non-Compliance: The Experience of the EC*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 3, 1996, pp. 371 e ss..

<sup>134</sup> Sul punto S. WEATHERILL, *Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market*, in C. BARNARD e J. SCOTT (a cura di), *The Law of the Single European Market*, Hart, Oxford, 2002, pp. 68-69.

<sup>135</sup> *Ivi*, p. 68.

<sup>136</sup> Sul punto D. HAWKINS et al., *Delegation Under Anarchy: States, International Organizations and Principal-agent Theory*, in D. HAWKINS et al. (a cura di), *Delegation and Agency in International Organizations*, 2006, p. 27.

<sup>137</sup> Per analoghe considerazioni relative al principio statunitense della *federal preemption*, si rimanda a R. EPSTEIN e M. GREVE, *Conclusion: Preemption Doctrine and its Limits*, in R. EPSTEIN e M. GREVE (a cura di), *Federal preemption: states' powers, national interests*, AEI Press, Washington, 2007, pp. 312-313: «Once Congress has divvied up power between federal and state governments in specific ways, its decision should not be undone by the dark

evidente che gli Stati membri sono generalmente più propensi ad eludere la normativa dell'Unione – ad esempio, aggiungendo prescrizioni a quelle previste dal diritto derivato – che a legiferare in aperto contrasto con essa, posto che i conflitti diretti sono più facili da individuare rispetto a quelli indiretti.<sup>138</sup> In tali ipotesi, il solo paradigma della preclusione diretta non è in grado di scongiurare l'elusione del diritto derivato. Si rende perciò necessario il ricorso a tipologie più intense di preclusione, come la *obstacle preemption* e la *field preemption*.

La già citata sentenza *Wilson*<sup>139</sup> è un esempio emblematico di come l'applicazione dei paradigmi di preclusione più intensi può rivelarsi indispensabile per impedire agli Stati membri di eludere le direttive di armonizzazione in materia di mercato interno.<sup>140</sup> Veniva in rilievo, in quella causa, la Direttiva 98/5, nella parte in cui consente agli avvocati europei di esercitare in modo permanente in uno Stato membro diverso da quello in cui hanno acquisito l'abilitazione alla professione forense con il titolo professionale dello Stato d'origine.<sup>141</sup> A tal fine, l'avvocato europeo deve iscriversi presso l'autorità competente dello Stato ospitante. L'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 98/5 è così formulato:

L'autorità competente dello Stato membro ospitante procede all'iscrizione dell'avvocato su presentazione del documento attestante l'iscrizione di questi presso la corrispondente autorità competente dello Stato membro di origine. Essa può esigere che l'attestato dell'autorità competente dello Stato membri di origine non sia stato rilasciato prima dei tre mesi precedenti alla sua presentazione. Essa dà comunicazione dell'iscrizione all'autorità competente dello Stato membro di origine.

Il sig. Graham Wilson, un *barrister* del Regno Unito, aveva chiesto l'iscrizione presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Lussemburgo. In aggiunta ai requisiti previsti alla direttiva, gli era stato chiesto di sostenere

art of statutory interpretation [...] An anti-circumvention principle [...] is anything but a hand-crafted adjustment to [...] the lack of congressional capacity to adjust convoluted statutes, time and again, to unforeseen circumstances and ever-more creative evasions».

<sup>138</sup> Sul punto E. CROSS, *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, pp. 463-464.

<sup>139</sup> Sentenza della Corte del 19 settembre 2006, *Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, Causa C-506/04, in *Racc.* 2006 p. I-08613.

<sup>140</sup> Per un'analisi dell'applicazione del principio della preemption in tale pronuncia, sia consentito il rinvio a A. ARENA, *La sentenza Wilson: il funzionamento del mercato comune tra armonizzazione, pre-emption e ricorsi giurisdizionali di diritto interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1, 2008, pp. 147-179.

<sup>141</sup> Direttiva 98/5/CE del Parlamento e del Consiglio del 16 febbraio 1998 volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica, *GU L* 77 del 14.3.1998, pp. 36-43.

un test di lingua volto ad accertare la sua competenza nelle tre lingue della legislazione dello Stato ospitante, ossia il francese, il tedesco ed il lussemburghese. Avendo il sig. Wilson rifiutato di sottoporsi al test, la sua istanza d'iscrizione è stata respinta. Poteva lo Stato ospitante subordinare l'iscrizione degli avvocati europei ad un requisito ulteriore rispetto a quelli previsti nella direttiva? Applicando il paradigma della *rule preemption* la Corte non avrebbe dovuto riscontrare alcuna preclusione per omissione, in quanto nessuna disposizione della direttiva vietava espressamente la previsione di un test di lingua. Questo risultato, tuttavia, avrebbe seriamente compromesso la finalità della direttiva 98/5, vale a dire agevolare l'esercizio transfrontaliero della professione di avvocato. La Corte ha perciò affermato che la direttiva aveva effettuato «la completa armonizzazione dei requisiti preliminari richiesti ai fini dell'esercizio del diritto conferito dalla direttiva stessa», ponendo *hors de la loi* il test di lingua previsto dalle autorità lussemburghesi.<sup>142</sup>

La sentenza *Commissione c. Regno Unito (Dim-Dip)*<sup>143</sup> è un altro valido esempio di impiego, da parte della Corte di giustizia, del paradigma della *field preemption* al fine di evitare l'elusione del diritto derivato. La direttiva 76/756 assicura la commerciabilità in tutta la Comunità dei veicoli i cui dispositivi di illuminazione siano conformi ai requisiti di cui al suo allegato.<sup>144</sup> La normativa britannica applicabile al tempo della controversia, pur non contraddicendo espressamente la direttiva, richiedeva, quale ulteriore condizione per la commerciabilità nel Regno Unito, che i veicoli fossero dotati di dispositivi di illuminazione «*dim-dip*». La Corte di giustizia ha esaminato la questione attraverso la lente della preclusione di campo ed è giunta alla conclusione che i requisiti previsti dalla direttiva avevano carattere «tassativo»<sup>145</sup> e che, di conseguenza, uno Stato membro non poteva «richiedere unilateralmente ai costruttori che si [erano] conformati alle prescrizioni tecniche armonizzate della direttiva 76/756/CEE il rispetto di una prescrizione non contemplata da tale direttiva».<sup>146</sup>

Tali esempi dimostrano come, in talune circostanze, l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione richieda alla Corte di giustizia di spingersi oltre il dato testuale e di considerare incompatibili con il diritto derivato anche le

<sup>142</sup> Sentenza *Wilson*, cit., punto 66.

<sup>143</sup> Sentenza della Corte del 12 luglio 1988, *Commissione c. Regno Unito (Dim-Dip)*, Causa 60/86, 3921 in *Racc.* 1988 p. 03921.

<sup>144</sup> Direttiva 76/756/CEE del Consiglio, del 27 luglio 1976, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative all'installazione dei dispositivi di illuminazione e di segnalazione luminosa dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, *GUL* 262 del 27.9.1976, pp. 1-31.

<sup>145</sup> *Ivi*, punto 11.

<sup>146</sup> *Ivi*, punto 12.

normative che possano pregiudicarne le finalità o risultino comunque divergenti dalla disciplina sovranazionale.

## 2.2. Gli ulteriori vantaggi di una disciplina uniforme

L'uniformità prodotta dal fenomeno della *preemption*, oltre a garantire la corretta applicazione del diritto derivato, comporta altri vantaggi, diffusamente analizzati in dottrina, dei quali occorre sinteticamente dare conto.<sup>147</sup>

In primo luogo, la previsione di una disciplina uniforme può costituire un rimedio efficace contro il rischio di corsa al ribasso, che si verifica quando gli Stati sono indotti ad abbassare i propri standard di protezione per evitare la delocalizzazione delle imprese e la fuga di capitali verso Stati ove vigono norme meno severe.<sup>148</sup> Inoltre, l'uniformità può ridurre i costi derivanti dall'elusione delle norme attraverso fenomeni di *jurisdictional arbitrage* e *forum shopping*.<sup>149</sup> Tanto le comunicazioni della Commissione<sup>150</sup> quanto gli atti normativi in materia di mercato interno<sup>151</sup> sono ispirati alla logica del *level playing field*, ossia alla necessità di assicurare condizioni uniformi di

<sup>147</sup> Sul punto F. EASTERBROOK, *Antitrust and the Economics of Federalism*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 26, 1983, pp. 23 e ss.; C. TIEBOUT, *A Pure Theory of Local Expenditures*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 64, 1956, pp. 416 e ss.; G. WAGNER, *The Economics of Harmonisation: The Case of Contract Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 39, 2002, pp. 995 e ss.

<sup>148</sup> Sul punto C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, terza edizione, 2007, pp. 17-24.

<sup>149</sup> J. TRACHTMAN, *International Regulatory Competition: Externalization and Jurisdiction*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 34, 1993, pp. 67-69.

<sup>150</sup> Si veda, da ultimo, la Comunicazione della Commissione, L'Atto per il mercato unico: dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia, COM(2011) 0206 def., p. 21, che annovera, fra le «condizioni per il successo» della strategia ivi delineata per una *governance* rafforzata del mercato unico, l'istituzione di «Regole del gioco uguali e applicate in modo omogeneo»; Comunicazione della Commissione, L'Atto per il mercato unico II: Insieme per una nuova crescita, COM(2012) 573 final, p. 7: «Queste misure [...] contribuiranno a garantire l'accesso non discriminatorio e, quindi, reali condizioni di parità».

<sup>151</sup> Direttiva 2010/13/UE del Parlamento e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), GU L 95 del 15.4.2010, pp. 1-24, considerando n. 80: «l'elaborazione di nuove tecniche pubblicitarie [...] ha creato nuove e efficaci opportunità per le comunicazioni commerciali audiovisive nei servizi di radiodiffusione tradizionali, che potenzialmente permettono a tali servizi di competere meglio e a parità di condizioni con le innovazioni nei servizi a richiesta»; Regolamento (CE) n. 1222/2009 del Parlamento e del Consiglio, del 25 novembre 2009, sull'etichettatura dei pneumatici in relazione al consumo di carburante e ad altri parametri fondamentali, GU L 342 del 22.12.2009, pp. 46-58, considerando n. 22: «Affinché gli obiettivi prestabiliti siano raggiunti e per garantire condizioni eque nel territorio comunitario è fondamentale che i fornitori e i distributori rispettino le disposizioni relative all'etichettatura».

concorrenza, anche e soprattutto dal punto di vista normativo, che consentano alle imprese dei vari Stati membri di confrontarsi «ad armi pari».<sup>152</sup>

In secondo luogo, l'uniformità può costituire un rimedio ai fallimenti della regolamentazione, quali le disfunzioni della rappresentanza (*representative malfunctions*) e la cattura dei regolatori (*regulatory capture*). Quanto alla prima questione, è utile prendere nuovamente in considerazione i fatti alla base della sentenza *Wilson*. L'imposizione di un requisito d'iscrizione non previsto dalla direttiva 98/5 poteva infatti costituire un tentativo del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Lussemburgo di penalizzare un soggetto privo di diritto di voto (il sig. Wilson) per avvantaggiare il proprio elettorato (gli avvocati già iscritti all'Ordine), limitando la concorrenza da parte dei professionisti abilitati in altri Stati membri. Eliminando la discrezionalità dello Stato ospitante nella definizione dei requisiti di iscrizione, la Corte di giustizia ha costretto le autorità lussemburghesi a tener conto degli interessi degli avvocati europei, ponendo così rimedio ad una disfunzione della rappresentanza tipica del mercato interno.<sup>153</sup>

Il caso *Wilson* mostra altresì come la cattura dei regolatori può comportare distorsioni della concorrenza e ridurre i benefici derivanti dalla liberalizzazione degli scambi.<sup>154</sup> Gli effetti di tale fenomeno sono stati diffusamente studiati dalla teoria economica.<sup>155</sup> Da un lato, le imprese regolate sono coscienti che la regolamentazione può essere usata a proprio vantaggio in vari modi: imponendo tasse sui propri concorrenti per sovvenzionare il

<sup>152</sup> È interessante notare come alcuni studiosi abbiano suggerito che la *federal preemption* assolve le medesime funzioni nel contesto statunitense. Sul punto R. EPSTEIN e M. GREVE, *Conclusion: Preemption Doctrine and its Limits*, in R. EPSTEIN e M. GREVE (a cura di), *Federal preemption: states' powers, national interests*, AEI Press, Washington, 2007, p. 312 secondo i quali la *federal preemption* dovrebbe minimizzare i rischi del federalismo, ossia il protezionismo degli Stati, la balcanizzazione e l'esternalizzazione dei costi.

<sup>153</sup> In tal senso S. WEATHERILL, *Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market*, in C. BARNARD e J. SCOTT (a cura di), *The Law of the Single European Market*, Hart, Oxford, 2002, pp. 67-68. Cfr. M. MADURO, *We the Court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution*, 1998, p. 174, secondo il quale la Corte di giustizia dovrebbe applicare le regole del mercato interno soltanto laddove ritenga presenti disfunzioni della rappresentanza suscettibili di pregiudicare sia gli Stati membri che i loro cittadini.

<sup>154</sup> Per un'analisi delle «distorsioni», ossia delle condizioni in presenza delle quali la liberalizzazione degli scambi non conduce alla massimizzazione del benessere, si veda L. WINTERS, *International Economics*, 1991, pp. 82 e ss..

<sup>155</sup> Si vedano, ex multis, J. LAFFONT e J. TIROLE, *The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture*, in *Quarterly Journal of Economics*, vol. 106, 1991, pp. 1089 e ss.; M. LEVINE e J. FORRENCE, *Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis*, in *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 6, 1990, p. 167.

settore regolamentato, oppure limitando l'accesso al mercato e regolando i prezzi in modo da ridurre o eliminare la pressione concorrenziale.<sup>156</sup> Dall'altro, le autorità pubbliche possono sfruttare la regolamentazione per creare rendite monopolistiche da distribuire alle imprese regolamentate in cambio del loro sostegno finanziario ed elettorale.<sup>157</sup> Allontanare la fonte della regolamentazione dai soggetti regolati collocandola a livello sovranazionale può, almeno in parte, limitare il fenomeno della *regulatory capture*.<sup>158</sup>

In terzo luogo, l'uniformità della disciplina elimina la duplicazione dei costi di adeguamento (*compliance costs*) da parte degli operatori economici<sup>159</sup> e giova alla certezza del diritto, riducendo al minimo i costi transattivi e le asimmetrie informative. Anche i principali detrattori del fenomeno della *preemption* hanno riconosciuto che possono esservi significativi vantaggi per la certezza delle relazioni commerciali nel fissare regole comuni che evitino le incertezze legate alla frammentazione delle discipline nazionali.<sup>160</sup>

### 3. Le implicazioni della preemption

#### 3.1. L'eliminazione della concorrenza fra ordinamenti e l'irrigidimento della normativa dell'Unione

Come rilevato nel paragrafo 2 del presente capitolo, il fenomeno della *preemption* può essere funzionale ad assicurare l'uniforme applicazione del diritto derivato da parte degli Stati membri.<sup>161</sup> La mancanza di uniformità,

<sup>156</sup> R. NOLL, *Economic Perspectives on the Politics of Regulation*, in R. SCHMALENSSEE e R. WILLIG (a cura di) *Handbook of Industrial Organization*, pp. 1253 e ss..

<sup>157</sup> Sul punto R. POSNER, *Taxation by Regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, 1971, pp. 22 e ss.

<sup>158</sup> Le stesse istituzioni dell'Unione europea, peraltro, non sono immuni dal rischio di *regulatory capture*. Si veda al riguardo M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea*, Rapporto al Presidente della Commissione Europea José Manuel Barroso, 2010, p. 103, in cui, da un lato, si riconosce che uno degli «aspetti positivi del sistema dell'UE è quello di rimanere più impermeabile alla *regulatory capture* di molti sistemi politici nazionali», dall'altro si afferma che tale vantaggio «andrebbe salvaguardato» e si propongono misure correttive.

<sup>159</sup> J. TRACHTMAN, *International Regulatory Competition: Externalization and Jurisdiction*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 34, 1993, pp. 69 e ss..

<sup>160</sup> S. WEATHERILL, *Beyond preemption? Shared competence and constitutional change in the European Community*, in D. O'KEEFE e P. TWOMEY (a cura di), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Wiley Chancery Law, 1994, pp. 18 e ss..

<sup>161</sup> Si consideri, peraltro, che vi sono svariati altri mezzi che possono conseguire lo stesso scopo. Per una loro disamina sia consentito il rinvio alle considerazioni espresse in A. ARENA,

peraltro, non può ritenersi un disvalore in sé e non necessariamente conduce ad una corsa al ribasso fra gli Stati membri nella tutela delle esigenze di interesse generale. Recenti studi basati sulla teoria dei giochi hanno difatti dimostrato che la concorrenza fra ordinamenti può, al contrario, comportare una corsa al rialzo, come suggerito dalle esperienze del diritto societario in Delaware e della legislazione ambientale in California.<sup>162</sup> Il Delaware, difatti, ha indotto molte imprese, statunitensi e straniere, a trasferire la propria sede o costituire filiali all'interno dei propri confini anche grazie all'elaborazione di un vasto *corpus* giurisprudenziale in materia societaria ed all'istituzione di efficienti tribunali delle imprese.<sup>163</sup> Ciò ha incentivato altri Stati americani ad introdurre riforme nel proprio diritto societario per evitare la delocalizzazione delle imprese e la fuga dei capitali.<sup>164</sup> Del pari, la California ha adottato standard di protezione ambientale più severi rispetto agli altri Stati, inducendo questi ultimi ad elevare i propri standard per consentire alle proprie imprese di continuare ad operare nel fiorente mercato californiano.<sup>165</sup>

Non vi è motivo di ritenere che la concorrenza fra ordinamenti non possa produrre effetti positivi anche nel contesto europeo.<sup>166</sup> Gli standard più severi imposti dagli Stati membri potrebbero divenire una sorta di certificati di qualità per le imprese che vi si conformano, attribuendo alle stesse un vantaggio comparato rispetto ai loro *competitors*.<sup>167</sup> La concorrenza, difatti,

*The Doctrine of Union Preemption in the EU Internal Market: Between Sein and Sollen*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 17, 2011, pp. 515-517.

<sup>162</sup> J. MARKUSEN et al., *Competition in Regional Environmental Policies when Plant Locations are Endogenous*, in *Journal of Public Economics*, vol. 56, 1995, pp. 55 e ss..

<sup>163</sup> A tale riguardo R. ROMANO, *Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle*, in *Journal of Law Economics and Organization*, vol. 1, 1985, a pp. 277-78, parla del «circolo virtuoso» del diritto societario del Delaware: «The more corporations there are, the more the state relies on their business and will respond with desired legislation. The more corporations there are, the more likely courts will interpret major statutory provisions and decide important issues, providing a sound basis for corporate planning. And the more responsive the state and the more settled its decisional law, the more corporations will move to that state because it is cheaper to operate under that legal system».

<sup>164</sup> Sul punto D. CHARNY, *Competition Among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the "Race to the Bottom" in the European Communities*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 32, 1991, pp. 428 e ss..

<sup>165</sup> D. VOGEL, *Trading Up and Governing Across: Transnational Governance and Environmental Protection*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 4, 1997, pp. 561-563.

<sup>166</sup> In tal senso R. VAN DEN BERGH, *Regulatory Competition or Harmonization of Laws? Guidelines for the European Regulator*, in A. MARCIANO e J. JOSSELIN (a cura di) *The Economics of Harmonizing European Law*, 2002, pp. 27 e ss..

<sup>167</sup> Tale è la tesi di F. SCHARPF, *Introduction: The Problem-Solving Capacity of Multi-Level Governance*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 4, 1997, pp. 522 e ss..

si basa non solo sul prezzo, ma anche sulla qualità.<sup>168</sup> La stessa Corte di giustizia lo ha riconosciuto nella sentenza *Drei Glocken*:<sup>169</sup> dopo aver precisato che lo Stato italiano poteva continuare ad imporre ai propri produttori l'utilizzo di grano duro nella fabbricazione della pasta alimentare,<sup>170</sup> la Corte ha aggiunto che l'andamento crescente delle quote di mercato della pasta prodotta esclusivamente con grano duro negli Stati membri in cui essa già subiva la concorrenza delle paste prodotte in tutto o in parte con grano tenero dimostrava che non vi era alcun rischio di livellamento verso il basso nella qualità della pasta.<sup>171</sup>

Inoltre, maggiore è la portata preclusiva del diritto derivato, minore è la sua flessibilità nell'adattarsi ai cambiamenti. Posto che il legislatore dell'Unione non può prevedere in anticipo tutti i mutamenti che interverranno nel contesto materiale e giuridico della disciplina sovranazionale, concedere agli Stati membri un certo margine di manovra nell'integrazione e nell'attuazione del diritto derivato ne accresce la flessibilità e la capacità di adeguamento.<sup>172</sup> Del pari, negli Stati Uniti, la teoria dei c.d. laboratori della democrazia<sup>173</sup> afferma che la sperimentazione di diverse soluzioni a livello statale fornisce utili indicazioni per la riforma della disciplina a livello federale.<sup>174</sup> Analogamente, nel contesto dell'Unione europea, è stato suggerito che l'obbligo, im-

<sup>168</sup> Sul tema della non-price competition si vedano M. SPENCE, *Nonprice Competition*, in *American Economic Review*, vol. 67, 1977, pp. 255 e ss.; G. STIGLER, *Price and Nonprice Competition*, in *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968, pp. 149 e ss..

<sup>169</sup> Sentenza della Corte del 14 luglio 1988, *Drei Glocken GmbH e Kritzinger c. USL Centro-Sud e provincia autonoma di Bolzano*, Causa 407/85, in Racc. 1988 p. 04233.

<sup>170</sup> Ivi, punto 25.

<sup>171</sup> Ivi, punto 27.

<sup>172</sup> Lo stesso legislatore dell'Unione ha riconosciuto i vantaggi della flessibilità in alcune circostanze. Si veda, ad esempio, il Regolamento (CE) n. 1254/1999 del Consiglio del 17 maggio 1999 relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore delle carni bovine, *GU L 160* del 26.6.1999, pp. 21-47, considerando n. 15: «un regime a livello comunitario, con pagamenti uniformi per tutti i produttori, sarebbe troppo rigido per rispondere in maniera adeguata alle differenze strutturali e naturali e alle diverse esigenze che ne derivano».

<sup>173</sup> L'espressione «laboratories of democracy» è stata resa celebre dal Giudice Brandeis della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America nella propria opinione dissenziente nella causa *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932): «It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous state may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country». Sull'applicazione di tale teoria negli Stati Uniti si veda D. TARULLO, *Federalism Issues in the United States*, in A. CASTRO et al. (a cura di) *International Integration and Labour Market Organization*, Londra, 1992, pp. 101 e ss..

<sup>174</sup> R. VAN DEN BERGH, *The Subsidiarity Principle in European Community Law: Some Insights from Law and Economics*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 1, 1994, pp. 337 e ss..

posto agli Stati membri, di notificare alla Commissione le misure di maggiore protezione rispetto agli standard minimi fissati a livello sovranazionale<sup>175</sup> possa indurre il legislatore dell'Unione a valutare l'opportunità di elevare progressivamente gli standard armonizzati.<sup>176</sup>

### 3.2. *Le ripercussioni della preemption sul processo decisionale sovranazionale*

Infine, occorre analizzare le implicazioni del principio della preclusione sul processo di formazione del diritto derivato e, segnatamente, sul *consensus-building* in seno al Consiglio. Il tema è stato per la prima volta affrontato in un saggio del 1982<sup>177</sup> che prendeva in considerazione tre variabili: i) *l'esigenza di uniformità*, vale a dire, la necessità di sottoporre una data materia a regole comuni;<sup>178</sup> ii) la *preemption*, ossia la preclusione per gli Stati di disciplinare autonomamente la materia;<sup>179</sup> iii) *il voto all'unanimità*, detto anche voto «sotto la minaccia del veto», in base al quale ciascuno Stato membro può, da solo, impedire l'adozione dell'atto.<sup>180</sup> La conclusione cui tale analisi è pervenuta è che in presenza di tutte e tre le variabili la formazione del consenso in seno al Consiglio ai fini dell'adozione della normativa comunitaria risultava più agevole.<sup>181</sup>

Tale conclusione vale *a fortiori* se al voto all'unanimità si sostituisce quello a maggioranza qualificata.<sup>182</sup> Quest'ultimo, difatti, opera come un catalizzatore del consenso, in quanto la possibilità di rompere l'*impasse* politica

<sup>175</sup> Lo prevede, ad esempio, il meccanismo di salvaguardia di cui all'art. 114, n. 4, TFUE.

<sup>176</sup> S. WEATHERILL, *Beyond preemption? Shared competence and constitutional change in the European Community*, in D. O'KEEFE e P. TWOMEY (a cura di), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Wiley Chancery Law, 1994, pp. 30 e ss..

<sup>177</sup> J. WEILER, *Community, Member States and European Integration: Is the Law Relevant?*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 21, n. 1/2, 1982, pp. 47-50.

<sup>178</sup> Ivi, p. 49, utilizza al riguardo l'espressione «factual preemption» descrivendola come la situazione in cui «the national policy option is not a factually viable alternative in the absence of agreement at the Community level».

<sup>179</sup> Ivi, p. 48. Al riguardo, occorre ricordare che la nozione di «preemption» accolta da tale Autore comprende sia la preclusione derivante dalla natura esclusiva della competenza dell'Unione (*preemption* costituzionale) sia quella imputabile all'uso esaustivo di una competenza concorrente (*preemption* legislativa).

<sup>180</sup> Sul punto H. WALLACE e W. WALLACE, *Policy-Making In The European Union*, 2000, pp. 39-64.

<sup>181</sup> Per J. WEILER, *Community, Member States and European Integration: Is the Law Relevant?*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 21, n. 1/2, 1982, pp. 49-50, la compresenza delle tre variabili si verificava in materia di Politica agricola comune: ogni anno, a dispetto delle significative divergenze politiche, gli Stati raggiungevano un accordo, nonostante ciascuno di essi godesse del potere di veto.

<sup>182</sup> S. VAN DEN BOGAERT, *Qualified Majority Voting in the Council: First Reflections on the New Rules*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, n.1, pp. 97-108.

attraverso il voto di norma spinge i rappresentanti degli Stati membri in seno al Consiglio a raggiungere un accordo.<sup>183</sup> In altre parole, con il voto a maggioranza qualificata, nessuno Stato membro può, da solo, impedire l'adozione dell'atto dell'Unione: l'eventualità di essere messi in minoranza, pertanto, spesso induce gli Stati membri a ricercare un compromesso politico che contemperi i vari interessi. La spinta propulsiva del voto a maggioranza qualificata sul processo decisionale, peraltro, non è tale da eclissare del tutto il ruolo della *preemption*: anche sotto la «minaccia del voto», uno Stato membro contrario ad una proposta legislativa sarà più incline a rischiare di essere messo in minoranza se può ancora intervenire autonomamente nella materia in questione (ossia se non vi è *preemption*). Al contrario, se l'azione unilaterale nel settore in questione risulta preclusa, tale Stato membro sarà incentivato a cercare un compromesso politico. Si può pertanto affermare che, anche in presenza del voto a maggioranza qualificata, la *preemption* e l'esigenza di uniformità costituiscono fattori che facilitano il raggiungimento del consenso in seno al Consiglio.

Nel modello precedente, peraltro, la *preemption* è invariabilmente associata all'esigenza di uniformità ed è concepita come una condizione che preesiste al processo decisionale. Il ruolo della *preemption* sulla formazione del consenso muta radicalmente se tale variabile è sganciata dall'esigenza di uniformità ed è concepita come il prodotto del processo decisionale. Lasciando momentaneamente sullo sfondo l'esigenza di uniformità, occorre domandarsi se l'adozione di un atto con vasti effetti preclusivi risulti più o meno agevole rispetto all'approvazione di un atto che limita solo in parte le prerogative degli Stati membri. Sia in caso di voto all'unanimità che di voto a maggioranza qualificata, la risposta appare scontata: posto che gli Stati membri attribuiscono un valore alla propria libertà d'intervento, la previsione di ampi effetti di *preemption* scoraggerà l'adozione dell'atto, rendendo più ardua la costruzione del consenso.

L'esperienza della Comunità con l'armonizzazione delle qualifiche professionali sembra corroborare tale tesi. Nella sua prima tornata di misure di armonizzazione, il Consiglio aveva adottato direttive di carattere esaustivo recanti standard di formazione comuni per ciascuna professione, idonee ad assicurare l'automatico riconoscimento delle qualifiche professionali del migrante nello Stato ospitante. Nonostante gli evidenti vantaggi offerti da tale approccio, gli ampi effetti di *preemption* associati al carattere esaustivo di tali atti avevano concorso a rallentare il processo di approvazione in seno al

<sup>183</sup> J. WEILER, *The Constitution of Europe: "Do The New Clothes Have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*, 1999, pp. 72 e ss..

Consiglio,<sup>184</sup> durato in un caso ben diciassette anni.<sup>185</sup> Per contro, le direttive di seconda generazione, basate sull'approccio dell'armonizzazione minima, come la direttiva 89/48<sup>186</sup> e la direttiva 99/42,<sup>187</sup> sono state approvate senza particolari ritardi, il che suggerisce che i loro ridotti effetti preclusivi abbiano quanto meno contribuito a facilitarne l'adozione.

Del pari, uno dei motivi che ha reso particolarmente complessa l'adozione della direttiva 2006/123 relativa ai servizi nel mercato interno<sup>188</sup> è stato proprio il timore che la stessa potesse limitare l'azione degli Stati membri in settori politicamente delicati.<sup>189</sup> Ad esempio, nel corso della procedura legislativa, il Comitato delle regioni ha chiaramente espresso il timore che l'inserimento dei servizi di interesse economico generale nel campo di applicazione della direttiva avrebbe «limitat[o] notevolmente l'autonomia di intervento delle autorità nazionali, regionali e locali competenti».<sup>190</sup>

La tesi secondo la quale gli ampi effetti preclusivi di un atto di diritto derivato ne rendono più complessa l'adozione, però, sembra valida solo nei casi in cui non sussiste una forte esigenza di uniformità. Al contrario, se gli Stati membri percepiscono come necessaria l'adozione di una disciplina comune, saranno tendenzialmente disposti ad accettare maggiori limitazioni ad i propri poteri d'intervento. Ciò si è verificato

<sup>184</sup> Sul punto F. COCKFIELD, *The European Union: Creating The Single Market*, 1994, pp. 79 e ss..

<sup>185</sup> Direttiva 85/384/CEE del Consiglio del 10 giugno 1985 concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli del settore dell'architettura e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi, *GU L* 223 del 21.8.1985, pp. 15–25.

<sup>186</sup> Direttiva 89/48/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1988 relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni, *GU L* 19 del 24.1.1989, pp. 16–23. Tale direttiva è stata adottata tre anni e sette mesi dopo la presentazione della proposta della Commissione.

<sup>187</sup> Direttiva 1999/42/CE del Parlamento e del Consiglio del 7 giugno 1999 che istituisce un meccanismo di riconoscimento delle qualifiche per le attività professionali disciplinate dalle direttive di liberalizzazione e dalle direttive recanti misure transitorie e che completa il sistema generale di riconoscimento delle qualifiche, *GU L* 201 del 31.7.1999, pp. 77–93. Tale direttiva è stata adottata tre anni e quattro mesi dopo la presentazione della proposta della Commissione.

<sup>188</sup> Direttiva 2006/123/CE del Parlamento e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, *GU L* 376 del 27.12.2006, pp. 36–68.

<sup>189</sup> Sul punto G. BERARDIS, *La direttiva generale in materia di servizi*, in F. BESTAGNO e L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 30–35.

<sup>190</sup> Si veda, ad esempio, il Parere del Comitato delle regioni in merito alla Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno, *GU C* 43 del 18.2.2005, pp. 18–22, punto 2.18.

nell'ambito delle pratiche commerciali sleali: la direttiva 84/450, in un primo tempo, aveva fissato soltanto requisiti minimi, permettendo agli Stati di mantenere o adottare misure di protezione rafforzata a vantaggio dei consumatori.<sup>191</sup> Ciò però aveva comportato l'adozione di molteplici discipline nazionali, la cui diversità costituiva un ostacolo alle transazioni transfrontaliere e causava incertezze nei consumatori quanto alla portata dei loro diritti. E' proprio per ovviare a tali inconvenienti che il legislatore dell'Unione ha adottato la direttiva 2005/29, la quale, a differenza della direttiva 84/450, non si limita a prevedere requisiti minimi, ma fissa norme uniformi in materia di tutela dei consumatori.<sup>192</sup>

In sintesi, se il processo legislativo interessa un settore in cui vi è una forte esigenza di uniformità, tendenzialmente il raggiungimento del consenso sarà più agevole nei settori già soggetti a *preemption* che nei settori in cui gli Stati membri dispongono ancora di ampi margini d'intervento autonomo. La *preemption*, quindi, è un processo che, in linea di massima, si autoalimenta.<sup>193</sup> Inoltre, l'adozione di atti con effetti preclusivi ridotti è generalmente meno problematica rispetto all'approvazione di atti con un'ampia portata preclusiva, salvo la materia sia caratterizzata da particolari esigenze di uniformità. Ciò spiega per quale motivo alcune proposte della Commissione siano più chiare di altre quanto agli effetti preclusivi che l'atto potrà produrre: se l'esigenza di una normativa uniforme è ampiamente condivisa, l'espressa previsione di significativi effetti di *preemption* rappresenta un *atout* per il progetto

<sup>191</sup> Direttiva 84/450/CEE del Consiglio del 10 settembre 1984 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di pubblicità ingannevole, *GU L* 250 del 19.9.1984, pp. 17-20.

<sup>192</sup> Direttiva 2005/29/CE del Parlamento e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), *GU L* 149 dell' 11.6.2005, pp. 22-39, considerando nn. 3 e 5, in cui si evidenziano i limiti dell'armonizzazione realizzata dalla direttiva 84/450 e l'esigenza di introdurre norme uniformi.

<sup>193</sup> Sul punto E. CROSS, *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, p. 462: «when an area is deemed to be legally pre-empted by the Community [...] there is more pressure on the Member States to reach a consensus on matters that have not yet been addressed by the Community in order to fill the legislative gaps. If the Member States perceive that they are not totally pre-empted from filling in such legislative gaps with their own temporary measures, the pressure to seek Community consensus is low, while the potential for delays and pushing of Member State interests is high».

legislativo;<sup>194</sup> se, invece, tale esigenza non è avvertita, la prospettiva della preclusione costituisce un ostacolo all'adozione dell'atto:<sup>195</sup> un certo grado di ambiguità diviene, in tal caso, una necessità politica.

<sup>194</sup> Si veda, ad esempio, la Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio sui diritti dei consumatori, dell'8 ottobre 2008, COM(2008) 614 def., pp. 5-9, in cui, dopo aver rilevato che le direttive di armonizzazione minima avevano dato luogo ad «un quadro normativo frammentato» che causava «costi significativi in termini di adempimento per le imprese che desiderano operare a livello transfrontaliero» (punto 110) la Commissione afferma espressamente che la propria proposta «intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno [...] mediante l'armonizzazione completa degli aspetti fondamentali del diritto contrattuale per i consumatori che sono pertinenti per il mercato interno» (punto 305).

<sup>195</sup> Nella Proposta di Direttiva del Parlamento e del Consiglio intesa a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica, COM(94) 572 def., ad esempio, non vi è alcun riferimento al carattere completo dell'armonizzazione dei requisiti preliminari richiesti per l'esercizio della professione forense con il titolo professionale d'origine.

## CAPITOLO TERZO

### PREEMPTION E COMPETENZE DELL'UNIONE

SOMMARIO: 1. *Preemption* e principi comuni relativi all'esercizio delle competenze; 1.1. I principi di sussidiarietà e proporzionalità; 1.2. Il principio del rispetto delle identità nazionali; 2. *Preemption* e competenze esclusive; 2.1. Il ruolo del diritto derivato nello sviluppo iniziale delle competenze esclusive; 2.2. L'attuale assetto dei rapporti fra diritto derivato e diritto primario nell'ambito delle competenze esclusive; 2.3. L'esercizio delle competenze interne e l'esclusività «condizionata» delle competenze esterne; 3. *Preemption* e competenze concorrenti; 3.1. La definizione di «competenza concorrente»; 3.2. Il principio di reversibilità; 3.3. L'applicazione della *preemption* in alcuni settori di competenza concorrente: il mercato interno; 3.4. (*Segue*) La politica agricola comune; 3.5. (*Segue*) L'ambiente; 3.6. (*Segue*) La cooperazione giudiziaria in materia penale; 3.7. (*Segue*) I servizi di interesse economico generale; 4. *Preemption* ed altre categorie di competenze dell'Unione; 4.1. Le competenze parallele; 4.2. Le competenze di coordinamento; 4.3. Le competenze di sostegno

L'applicazione del principio della *preemption* può avere un impatto significativo sul riparto di poteri tra Unione e Stati membri. La preclusione di campo, in particolare, produce nei confronti degli Stati membri effetti in parte assimilabili a quelli derivanti dalla creazione di una competenza esclusiva.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> In tal senso: R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 2010, p. 527 «se [...] l'Unione disciplina nel tempo il settore in modo esaustivo, la competenza concorrente non si differenzia in pratica da una competenza esclusiva»; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 365-366: «Qualora poi l'Unione scegliesse di adottare in un certo settore di competenza concorrente una disciplina completa e dettagliata, agli Stati membri sarebbe precluso qualunque intervento. In casi del genere, la competenza dell'Unione, originariamente concorrente, diverrebbe nei fatti esclusiva (per un fenomeno che può essere definito come svuotamento o *pre-emption*)»; G. GAJA e A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Laterza, Roma, 2012, pp. 137-138: «Da un punto di vista pratico [...] è talora tenue la distinzione fra limiti derivanti da una competenza esclusiva e limiti collegati al contenuto di una normativa adottata dall'Unione in una materia di competenza concorrente. Infatti, i limiti di contenuto possono essere talmente rilevanti da precludere sostanzialmente l'attività normativa degli stati membri, comportando così una situazione simile a quella che si verifica nei settori di competenza esclusiva»; G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, sesta edizione, Giappichelli, Torino, 2013, p. 70: «Una volta che [l'Unione] abbia esercitato la sua competenza in determinati settori, la disciplina adottata esclude qualsiasi normativa divergente degli Stati membri»; S. WEATHERILL, *Beyond preemption? Shared competence and constitutional change in the European Community*, in D. O'KEEFE e P. TWOMEY (a cura di), *Le-*

Anche nelle sue varianti più blande, il principio della *preemption* comporta uno spostamento verso il centro del *locus* di effettivo esercizio delle competenze.<sup>2</sup> Mentre il diritto primario ha inizialmente tollerato il fenomeno della *preemption*, con il crescere della consapevolezza delle sue ripercussioni sull'esercizio delle competenze degli Stati membri si è progressivamente affermata un'aspirazione alla chiarificazione ed al contenimento del fenomeno.<sup>3</sup>

Il principio di preclusione – già *in nuce* nella sentenza *Unger*,<sup>4</sup> di alcuni mesi antecedente alla celebre pronuncia *Costa c. Enef* – si inseriva armonicamente nell'impianto originario dei Trattati istitutivi, su cui si era innestato il Compromesso di Lussemburgo. In primo luogo, la definizione funzionale delle competenze comunitarie, l'espressa previsione di una clausola di flessibilità e l'assenza di qualsiasi riferimento al principio delle competenze di attribuzione riflettevano una concezione dinamica del riparto di poteri tra Stati membri e Comunità del tutto compatibile con la spinta centripeta prodotta dal fenomeno della *preemption*.<sup>6</sup> In secondo luogo, tale fenomeno era politicamente legittimato dall'unanimità richiesta in seno al Consiglio per l'adozione degli atti legislativi: lo svuotamento delle competenze nazionali, in effetti, avveniva con il consenso di tutti gli Stati membri. L'unico reale limite all'accentramento di tali poteri era la capacità delle istituzioni comunitarie di esercitarli efficacemente senza il concorso degli Stati membri.<sup>7</sup>

*gal Issues of the Maastricht Treaty*, Wiley Chancery Law, 1994, p. 14: «Once the Community has acted, if it acts, it then assumes exclusive competence in the field which it has occupied, thereby transforming concurrent State/Community competence into exclusive Community competence – the doctrine of preemption».

<sup>2</sup> Sul tema del c.d. competence creep si vedano P. CRAIG, *Competence: Clarity, Conferral, Containment and Consideration*, in *European Law Review*, vol. 29, 2004, pp. 323 e ss.; S. WEATHERILL, *Competence Creep and Competence Control*, in *Yearbook of European Law*, vol. 23, 2004, pp. 1 e ss.; A. DASHWOOD, *The Limits of European Community Powers*, in *European Law Review*, vol. 21, 1996, pp. 113 e ss.; A. TIZZANO, *Lo Sviluppo delle Competenze Materiali delle Comunità Europee*, in *Rivista di diritto europeo*, vol. 2, 1981, pp. 139 e ss.; G. TESAURO, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, pp. 45 e ss.

<sup>3</sup> La tendenza verso la chiarificazione ed il contenimento, peraltro, non riguarda esclusivamente il fenomeno della *preemption*, ma più in generale il riparto delle competenze fra Stati ed Unione. Si veda, al riguardo, la Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione europea, allegata alle Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 14 e 15 dicembre 2001, SN 300/1/01 Rev1, pp. 21-22.

<sup>4</sup> Sentenza della Corte del 19 marzo 1964, *M.K.H. Unger in Hoekstra c. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*, Causa 75/63, in *Racc.* 1964 p. 351.

<sup>5</sup> Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, Causa 6/64, in *Racc.* p. 01129.

<sup>6</sup> Sul punto P. CRAIG, *Competence and Member State Autonomy: Causality, Consequence and Legitimacy*, in H. MICKLITZ e B. DE WITTE (a cura di) *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, 2012, pp. 11-35.

<sup>7</sup> Al riguardo J. WEILER, *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*,

L'Atto unico europeo, con l'introduzione del voto a maggioranza qualificata in diversi settori, ha segnato un profondo cambiamento nel contesto giuridico e istituzionale del fenomeno della *preemption*.<sup>8</sup> Gli Stati messi in minoranza in Consiglio, difatti, non soltanto dovevano tollerare l'entrata in vigore di norme sovranazionali non corrispondenti ai propri *desiderata*, ma rischiavano altresì di essere privati, contro il loro consenso, di ogni possibilità d'intervento nei settori disciplinati a livello comunitario. Le successive revisioni dei Trattati istitutivi hanno ulteriormente acuito tale problematica, estendendo il voto a maggioranza ad un numero crescente di settori ed operando la comunitarizzazione di materie precedentemente soggette alla cooperazione intergovernativa, spianando così la strada alla progressiva erosione delle prerogative statali in aree sempre più vaste.<sup>9</sup>

Al fine di arginare lo svuotamento delle competenze degli Stati membri determinato dalla *preemption*, le varie revisioni dei Trattati istitutivi hanno introdotto nel diritto primario dei meccanismi per contenere il fenomeno. Alcuni di essi hanno carattere settoriale. In materia di ambiente, ad esempio, l'introduzione, ad opera dell'Atto unico europeo, di una specifica base giuridica per l'adozione di provvedimenti comunitari di protezione<sup>10</sup> è stata accompagnata dall'esplicito riconoscimento agli Stati membri della facoltà di adottare misure per assicurare livelli di tutela più elevati.<sup>11</sup> Altri strumenti di contenimento hanno invece natura transettoriale, trovando applicazione ad un'intera categoria di competenze. Tale è il caso dell'introduzione della categoria delle competenze di sostegno, espressamente definite, all'art. 2, n. 5, TFUE, come settori in cui l'intervento dell'Unione non può sostituirsi alla competenza degli Stati e non può comportare l'armonizzazione delle rispettive disposizioni legislative e regolamentari. Altri strumenti, infine, hanno natura trasversale, in quanto interessano più categorie di competenze dell'Unione. Tale è il caso del principio di sussidiarietà, che si applica all'azione dell'Unione nell'ambito di tutte le competenze di natura non esclusiva, e dei principi di proporzionalità e

in *Yearbook of European Law*, vol. 1, 1981, pp. 267-306 ha osservato che è prevalentemente per ragioni di opportunità politica che la Corte di giustizia avrebbe, verso la fine degli anni '70, abbracciato il c.d. approccio pragmatico al principio della *preemption*, che permetteva di fare salva la legislazione degli Stati non direttamente o indirettamente in conflitto con il diritto derivato.

<sup>8</sup> L. DANIELE, *Il Trattato di Roma e l' Atto Unico a confronto: qualche considerazione*, in *Jus*, 1992 fasc. 2, pp. 145-146.

<sup>9</sup> A. TIZZANO, *Lo sviluppo delle competenze materiali delle comunità europee*, in *Rivista di Diritto Europeo*, n. 2, 1981, p. 199: «all'estendersi delle competenze materiali delle Comunità corrisponde normalmente una parallela sottrazione di competenze agli Stati membri».

<sup>10</sup> Art. 130 S CEE (corrispondente all'attuale 192 TFUE).

<sup>11</sup> Art. 130 T CEE (ora 193 TFUE).

rispetto delle identità nazionali, che presidono all'intervento dell'Unione in qualsiasi campo.

In questo capitolo, saranno innanzitutto esaminati i principi comuni relativi all'esercizio delle competenze, al fine di valutarne l'incidenza sul fenomeno della *preemption*. Si procederà quindi ad una disamina delle varie tipologie di competenze dell'Unione per determinare la valenza di tali categorizzazioni come strumenti transettoriali di contenimento del principio della preclusione. In considerazione di tale finalità, si procederà ad esaminare partitamente le competenze parallele, di sostegno e di coordinamento, sebbene parte della dottrina non le consideri tipologie distinte. Nell'ambito della eterogenea categoria delle competenze concorrenti saranno, poi, selezionate alcune materie al fine di esaminare i meccanismi di contenimento settoriali ivi impiegati.

Prima di procedere a tale disamina occorre formulare due avvertenze. In primo luogo, questo capitolo si soffermerà esclusivamente sulle previsioni di diritto primario suscettibili di avere un'incidenza diretta sul fenomeno della *preemption*. I limiti procedurali e sostanziali imposti al ricorso all'art. 352 TFUE o l'intensificazione del sindacato *ultra vires* della Corte di giustizia, ad esempio, possono certamente avere l'effetto di impedire l'adozione di determinati atti di diritto derivato, evitando così lo svuotamento delle competenze nazionali negli ambiti che sarebbero stati disciplinati da tali atti. Peraltro, in tali circostanze, il nesso eziologico con l'effetto di preclusione appare troppo tenue per giustificare l'approfondimento in questa sede di principi già diffusamente trattati in letteratura.<sup>12</sup> In secondo luogo, l'analisi contenuta nel presente capitolo non ha pretesa di esaustività quanto ai meccanismi settoriali di contenimento del fenomeno della *preemption* previsti dal diritto

<sup>12</sup> Si vedano, *ex multis*, S. WEATHERILL, *Competence Creep and Competence Control*, in *Yearbook of European Law*, vol. 23, 2004, pp. 1-55; P. CRAIG, *The ECJ and Ultra Vires Action: A Conceptual Analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, pp. 395-437; T. TRIDIMAS, *Competence after Lisbon: the elusive search for bright lines*, in D. ASHIAGBOR, N. COUNTOURIS e I. LIANOS (a cura di), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 47-77; L. ROSSI, *Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences between EU and Member States?*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT e S. RIPLEY (a cura di), *EU law after Lisbon*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 84-106; B. GUASTAFERRO, *The European Union as a Staatenverbund? The endorsement of the principle of conferral in the Treaty of Lisbon*, in M. TRYBUS e L. RUBINI (a cura di), *The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy*, Elgar, Cheltenham, 2012, pp. 117-132; R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 2010, p. 517; A. VON BOGDANDY e J. BAST, *The Federal Order of Competences*, in A. VON BOGDANDY e J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, seconda edizione, Hart, Oxford, 2009, pp. 335-372; P. DE PASQUALE, *Il riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, n. 1, pp. 60-69.

primario. I poteri d'intervento dell'Unione sono modulati in maniera diversa in ciascuna materia rientrante nella sua sfera di competenza, cosicché gli effetti dell'esercizio di tali poteri sulle competenze degli Stati membri potrebbero essere valutati soltanto attraverso la disamina di ciascuna base giuridica presente nei Trattati, il che esula dalle finalità del presente lavoro.

## 1. Preemption e principi comuni relativi all'esercizio delle competenze

### 1.1. I principi di sussidiarietà e proporzionalità

Nei settori di competenza non esclusiva,<sup>13</sup> l'Unione interviene «se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri [...] ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione».<sup>14</sup> Le espressioni «se» ed «in quanto» ed il riferimento alla «portata» ed agli «effetti» dell'azione dell'Unione sembrano suggerire che il principio di sussidiarietà può incidere non solo sull'*an*, ma anche sul *quomodo* e il *quantum* dell'esercizio delle competenze non esclusive da parte dell'Unione.<sup>15</sup> Tale principio, pertanto, è astrattamente idoneo non solo a prevenire il feno-

<sup>13</sup> In realtà non mancano le applicazioni del principio di sussidiarietà anche nell'ambito delle concorrenze esclusive. Ad esempio, in materia *antitrust*, nel Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, *GU L 1* del 4.1.2003, pp. 1–25, adottato sulla base dell'art. 83 CE), al considerando n. 34 si precisa che «[c]onformemente ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità enunciati all'articolo 5 del trattato, il presente regolamento non va al di là di quanto necessario per raggiungere il proprio obiettivo, che è quello di permettere un'applicazione efficace delle regole di concorrenza comunitarie». Occorre peraltro rilevare che, al tempo dell'adozione del regolamento 1/2003, il diritto primario non aveva ancora riconosciuto alla Comunità una competenza esclusiva nella definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno. P. CRAIG e G. De Búrca, *EU Law*, Quinta edizione, Oxford University Press, Oxford, 2011, a p. 94 sostengono che l'applicazione del principio di sussidiarietà nell'ambito delle competenze esclusive sia in larga parte imputabile alle difficoltà di individuare con precisione i confini di tali ambiti di competenza.

<sup>14</sup> Art. 5, n. 3, TUE, corsivo aggiunto.

<sup>15</sup> Al riguardo G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, sesta edizione, Giapichelli, Torino, 2013, a p. 76, sottolineano che, in virtù del principio di sussidiarietà, l'esercizio delle competenze concorrenti deve limitarsi unicamente agli aspetti della materia «per cui l'azione dell'Unione si dimostri, e continui a dimostrarsi, necessaria». I medesimi Autori affermano, inoltre, che più l'azione dell'Unione «sarà dettagliata, specifica, incisiva, maggiormente dovrà rispettare e risultare conforme al principio di sussidiarietà». Si veda altresì P. DE PASQUALE, *L'esercizio delle competenze dell'Unione europea ed il principio di sussidiarietà*, in T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN (a cura di), *Atti del Convegno in memoria di Luigi Sico*, Napoli, 2011, pp. 211-225.

meno della *preemption* (impedendo l'adozione delle proposte legislative che non superano il test di sussidiarietà) ma anche a limitarne la portata (imponendo al legislatore dell'Unione la scelta di forme d'intervento meno invasive).<sup>16</sup>

La declinazione del principio di sussidiarietà come vincolo all'intensità dell'intervento dell'Unione è stata accolta solo parzialmente in giurisprudenza<sup>17</sup> ed in dottrina.<sup>18</sup> Secondo altri Autori, tale funzione sarebbe più utilmente svolta dal principio di proporzionalità,<sup>19</sup> in base al quale «il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione» devono limitarsi a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi indicati dai Trattati.<sup>20</sup> Difatti, sebbene nella giurisprudenza il principio di proporzionalità si sia sviluppato prevalentemente come garanzia dell'individuo contro la pervasività dell'intervento dell'Unione, la declinazione di tale principio sottesa all'art. 5, n. 4, TUE appare orientata a limitare l'incidenza del diritto dell'Unione sui poteri degli Stati.<sup>21</sup> Anche tale concezione, peraltro, è stata oggetto di

<sup>16</sup> Secondo A. GOUCHA SOARES, *Pre-emption, Conflicts of Powers and Subsidiarity*, in *European Law Review*, vol. 23, n. 2, 1998, p. 139 il principio di sussidiarietà sarebbe stato introdotto nell'ordinamento dell'Unione proprio al fine di opporsi alla deriva centripeta provocata dall'applicazione del principio della *preemption*. Sul punto si vedano inoltre le considerazioni di J. WEILER, *The Reformation of European Constitutionalism*, in *Journal of Common Market Studies*, 1997, vol. 35, pp. 123 e ss..

<sup>17</sup> Si veda, al riguardo, la Sentenza della Corte del 10 dicembre 2002, *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd*, Causa C-491/01, in *Racc.* 2002 p. I-11453, punto 184: «l'intensità dell'azione intrapresa dalla Comunità nel caso di specie ha parimenti rispettato i dettami del principio di sussidiarietà in quanto essa [...] non ha oltrepassato la misura necessaria per realizzare l'obiettivo cui tale azione è diretta».

<sup>18</sup> R. SCHÜTZE, *Subsidiarity after Lisbon: reinforcing the safeguards of federalism?*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 68, 2009, p. 533 «The principle of subsidiarity will thus ask whether the European legislator has unnecessarily restricted national autonomy. [...] Subsidiarity properly understood is federal proportionality».

<sup>19</sup> Secondo G. DAVIES, *Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place at the Wrong Time*, in *Common Market Law Review*, 2006, vol. 43, pp. 83-84, la Corte dovrebbe soffermarsi sulla «competence function of proportionality», ossia valutare se l'importanza del fine perseguito dall'Unione è sufficiente a giustificare la limitazione dell'autonomia degli Stati membri. Sul punto, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Settima edizione, CEDAM, Padova, 2012, pp. 98 e ss.. Cfr. inoltre la sentenza della Corte del 12 novembre 1996, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-84/94, in *Racc.* 1996 p. I-05755, p. 47: «L'argomento [...] secondo cui il Consiglio non poteva validamente adottare misure così generali e vincolanti come quelle che costituiscono l'oggetto della direttiva sarà esaminato qui di seguito nell'ambito del motivo attinente alla violazione del principio della proporzionalità».

<sup>20</sup> Art. 5, n. 4, TUE.

<sup>21</sup> In tal senso T. TRIDIMAS, *Competence after Lisbon: the elusive search for bright lines*, in D. ASHIAGBOR, N. COUNTOURIS e I. LIANOS (a cura di), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 51.

critiche<sup>22</sup> e non sembra trovare conforto nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che anzi ha espressamente rifiutato di declinare il principio di proporzionalità come «principio dell'intervento meno radicale possibile».<sup>23</sup>

Le sinergie tra sussidiarietà e proporzionalità nel contenimento del fenomeno della *preemption* sono state chiaramente evidenziate nel Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità allegato al Trattato di Amsterdam.<sup>24</sup> Quanto alla «forma» dell'azione comunitaria, il Protocollo disponeva che la Comunità «legifera[va] soltanto per quanto necessario» e che, *ceteris paribus*, «le direttive [avrebbero dovuto] essere preferite ai regolamenti» e «le direttive quadro [alle] misure dettagliate». Si riaffermava, inoltre, il principio secondo cui le direttive avrebbero dovuto lasciare alle autorità nazionali «facoltà di scelta riguardo alla forma e ai metodi». Quanto alla «natura e alla portata» dell'azione della Comunità, il Protocollo prevedeva espressamente che le misure comunitarie avrebbero dovuto lasciare «il maggior spazio possibile alle decisioni nazionali» e che sarebbe stato opportuno salvaguardare le «disposizioni nazionali consolidate nonché l'organizzazione ed il funzionamento dei sistemi giuridici degli

<sup>22</sup> Al riguardo P. CRAIG, *Subsidiarity: A Political and Legal Analysis*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 50, n. S1, 2012, pp. 82-84 osserva che tale declinazione del principio di proporzionalità non trova conferma nella prassi e risulterebbe di difficile applicazione da parte della Corte di giustizia, nella misura in cui l'adozione di un atto legislativo sarebbe indicazione del fatto che la maggioranza degli Stati membri non reputano lo stesso eccessivamente intrusivo.

<sup>23</sup> Nella Sentenza della Corte del 3 ottobre 1985, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, Causa 28/84, in *Racc.* 1985 p. 03097, punto 9, il Governo tedesco aveva eccepito che «secondo il principio di proporzionalità, adeguato nella fattispecie sotto la forma del 'principio dell'intervento meno radicale possibile', nell'interpretare gli atti del diritto comunitario derivato, che incidono sulla sovranità degli Stati membri, occorrerebbe dare la preferenza all'interpretazione che riduca l'intervento al minimo». Tale prospettazione è stata però disattesa dalla Corte, che al punto 22 ha affermato: «per quanto riguarda l'argomento relativo al 'principio detto dell'intervento meno radicale possibile', si deve osservare che questo metodo d'interpretazione perde di vista il fatto che le direttive di cui trattasi costituiscono un elemento di politica agricola comune e mirano a favorire la libera circolazione degli alimenti zootecnici nell'ambito del mercato comune. Esse devono essere interpretate alla luce del loro scopo, che è la valorizzazione della produzione animale del complesso della comunità secondo norme comuni e l'eliminazione al tempo stesso degli ostacoli derivanti dalle differenze fra le legislazioni nazionali in materia».

<sup>24</sup> Secondo G. DE BÚRCA, *Reappraising Subsidiarity's Significance after Amsterdam*, in *Jean Monnet Working Papers*, vol. 1, 1999, pp. 27-28, le indicazioni del Protocollo di Amsterdam sulla forma dell'azione della Comunità, espresse in parte in termini di proporzionalità, suggeriscono una concettualizzazione alternativa della questione della sussidiarietà, che si sofferma sul tipo di azione che la Comunità può intraprendere in modo da lasciare ampio spazio di manovra agli Stati membri.

Stati membri». Inoltre, laddove possibile, le misure comunitarie avrebbero dovuto «offrire agli Stati membri vie alternative per conseguire gli obiettivi» da esse perseguiti.

Tali indicazioni sono state ulteriormente sviluppate, nell'ambito della Convenzione europea, dal Gruppo di lavoro V sulle competenze complementari. Nella relazione finale,<sup>25</sup> si ritrova una «scala d'intensità» dell'azione dell'Unione che, secondo i partecipanti a tale gruppo di lavoro, avrebbe potuto costituire «un elemento utile nell'ulteriore sviluppo dei principî di sussidiarietà e proporzionalità».<sup>26</sup> Tale scala elencava, in ordine d'intensità decrescente, varie modalità d'intervento: l'azione legislativa, che abbracciava la regolamentazione uniforme, l'armonizzazione totale, l'armonizzazione minima ed il mutuo riconoscimento; l'azione extralegislativa, che comprendeva l'azione comune, il coordinamento obbligatorio delle politiche nazionali, il sostegno finanziario ed il coordinamento non obbligatorio.

L'attuale Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principî di sussidiarietà e proporzionalità, allegato al Trattato di Lisbona,<sup>27</sup> non ribadisce le predette indicazioni circa l'intensità dell'intervento dell'Unione, ma introduce rilevanti obblighi procedurali in capo alla Commissione. L'art. 5 del Protocollo prevede, infatti, che i progetti di atti legislativi devono essere «motivati con riguardo ai principî di sussidiarietà e di proporzionalità» e corredati da una scheda che consenta di valutarne «le conseguenze, quando si tratta di una direttiva, sulla regolamentazione che sarà attuata dagli Stati membri, ivi compresa, se del caso, la legislazione regionale».

Le relazioni che accompagnano i progetti di atti legislativi della Commissione, di norma, contengono elementi utili a determinare la portata degli effetti preclusivi dell'atto proposto, quali le motivazioni che hanno condotto alla scelta del grado di armonizzazione e della forma dell'atto. Ad esempio, nella relazione allegata alla proposta di direttiva sui diritti dei consumatori, la Commissione si è soffermata diffusamente sui motivi che hanno portato alla scelta dell'armonizzazione completa in luogo dell'armonizzazione minima e dello strumento della direttiva invece che quello del regolamento.<sup>28</sup> Prima di presentare un progetto di atto legislativo, la Commissione compie

<sup>25</sup> Convenzione europea, Relazione finale del Gruppo V, 4 novembre 2002, CONV 375/1/02.

<sup>26</sup> Secondo alcuni membri del Gruppo di lavoro V, peraltro, tale schema d'intensità avrebbe dovuto essere inserito nel Trattato «come principio giuridico distinto, a fianco dei principî di sussidiarietà e proporzionalità».

<sup>27</sup> Sul punto O. PORCHIA, *La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il Trattato di riforma e la ripartizione delle competenze*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, pp. 631-651.

<sup>28</sup> Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio sui diritti dei consumatori, dell'8 ottobre 2008, COM(2008) 614 def., pp. 5-9.

un'analisi dettagliata del rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità nell'ambito della c.d. valutazione d'impatto, sulla quale si pronuncia un comitato *ad hoc* che formula raccomandazioni relative, talvolta, anche agli effetti preclusivi dell'atto proposto. Nel caso della citata proposta di direttiva sui diritti dei consumatori, ad esempio, tale comitato ha segnalato la necessità di illustrare le ragioni che inducevano la Commissione a ritenere che l'armonizzazione delle vendite nazionali, oltre a quella delle vendite transfrontaliere, fosse compatibile con il principio di sussidiarietà.<sup>29</sup>

Il meccanismo di controllo preventivo affidato ai parlamenti degli Stati membri<sup>30</sup> non sembra, ad oggi, aver inciso in misura sostanziale sulla portata della *preemption* degli atti dell'Unione. Ciò è dovuto non soltanto alle difficoltà riscontrate dai parlamenti nazionali nel raggiungimento delle soglie richieste per l'attivazione dei meccanismi del c.d. cartellino giallo e cartellino arancione,<sup>31</sup> ma anche alla circostanza che molti pareri motivati si sono soffermati più sull'opportunità politica dei progetti legislativi<sup>32</sup> che sulla

<sup>29</sup> Relazione della Commissione sulla sussidiarietà e la proporzionalità (17<sup>a</sup> relazione "Legiferare meglio" relativa al 2009), COM(2010) 547 def., punto 3.1.

<sup>30</sup> Sul punto A. ADINOLFI, *I Parlamenti nazionali di fronte al Trattato di Lisbona. Le ricadute a livello interno e dell'Unione europea: un'introduzione*, in R. ZACCARIA (a cura di) *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, Grafo, 2011, pp. 256-258; M. C. BARUFFI, *Rafforzato il principio di sussidiarietà: protagonisti i parlamenti nazionali*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario e internazionale*, 2007, n. 6, pp. 15-17; P. BILANCIA, *The Role and the Power of European and National Parliaments in the Dynamics of Integration*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2009, pp. 273-284; L. DANIELE, *Le istituzioni politiche dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: verso un nuovo equilibrio?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, fasc. 1, pp. 50 e ss.; C. MORVIDUCCI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, n. 1, pp. 83-94; M. GENNART, *Les Parlements nationaux dans le Traité de Lisbonne: évolution ou révolution*, in *Cahiers de droits européen*, 2010, pp. 17-46; V. GUIZZI, *Il ruolo dei parlamenti nazionali dopo Lisbona: il caso italiano*, in T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN (a cura di), *Atti del Convegno in memoria di Luigi Sico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, pp. 719-739; P. KIVVER, *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, n.1, pp. 77-83; U. VILLANI, *Principi democratici e ruolo dei parlamenti nazionali nel Trattato di Lisbona*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI, D. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, pp. 785-798.

<sup>31</sup> Il superamento della soglia necessaria per il procedimento del cartellino giallo si è verificato, ad esempio, con riferimento alla proposta di regolamento del Consiglio sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, COM (2012) 130 final. In dottrina, si veda F. FABBRINI e K. GRANAT, "Yellow card, but no foul": *The role of the national parliaments under the subsidiarity protocol and the Commission proposal for an EU regulation on the right to strike*, in *Common market law review*, vol. 50, 2013, pp. 115-143.

<sup>32</sup> Così A. CYGAN, *The Parliamentarisation of EU Decision-Making? The Impact of the Treaty of Lisbon on National Parliaments*, in *European Law Review*, n. 4, 2011, pp. 480-499. Si

loro conformità ai principi di sussidiarietà e proporzionalità in quanto tali.<sup>33</sup> Nondimeno, l'intervento dei Parlamenti nazionali ha in alcuni casi evidenziato l'assenza o l'insufficienza delle giustificazioni fornite dalla Commissione sotto il profilo della sussidiarietà e della proporzionalità, inducendo tale Istituzione a fornire chiarimenti al riguardo e ad impegnarsi a formulare motivazioni più esaurienti a corredo delle future iniziative legislative.<sup>34</sup>

La Corte di giustizia, a tutt'oggi, non ha annullato alcun atto per inosservanza del principio di sussidiarietà, limitandosi ad un sindacato poco approfondito e piuttosto formalistico.<sup>35</sup> Quanto al principio di proporzionalità, la Corte ha riconosciuto al legislatore dell'Unione un ampio margine di discrezionalità, riservandosi di intervenire soltanto in caso di manifesta inidoneità della misura rispetto allo scopo perseguito.<sup>36</sup> Nella sentenza *Inuit Tapiriit Kanatami*,<sup>37</sup> il Tribunale ha avuto altresì occasione di pronunciarsi sulla previsione del Protocollo di Amsterdam che sanciva l'obbligo di accordare preferenza, a parità di condizioni, alle direttive rispetto ai regolamenti. Al riguardo, il Tribunale ha osservato che l'inciso «[a] parità di altre condizioni» lasciava al legislatore dell'Unione un significativo margine di valutazione quanto alla scelta dello strumento da adottare.<sup>38</sup> Di conseguenza, il Tribunale ha recepito acriticamente le motivazioni relative alla scelta

veda inoltre S. DE BELLIS, *L'integrazione fra i parlamenti nazionali e le istituzioni comunitarie dopo Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, pp. 609-630.

<sup>33</sup> Cfr. Lettera del Presidente e del Vicepresidente della Commissione ai Parlamenti degli Stati membri, 1° dicembre 2009, in cui si chiede ai Parlamenti di «formulare pareri che differenzino nella misura del possibile gli aspetti inerenti alla sussidiarietà dai commenti attinenti alla sostanza della proposta, e li esorta alla massima chiarezza circa la valutazione della proposta sotto il profilo della sussidiarietà».

<sup>34</sup> Relazione della Commissione sulla sussidiarietà e la proporzionalità (19<sup>a</sup> relazione "Legiferare meglio" relativa al 2011), COM(2012) 373 def., punto 2.2.

<sup>35</sup> Si veda, ad esempio, la Sentenza della Corte del 9 ottobre 2001, *Regno dei Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-377/98, in *Racc.* 2001, p. I-07079, punto 33: «Per quanto concerne la giustificazione dell'osservanza della sussidiarietà, essa è implicitamente ma incontestabilmente fornita nei considerando quinto, sesto e settimo della direttiva, i quali rilevano che, in mancanza di un intervento comunitario, lo sviluppo delle legislazioni e delle prassi nazionali osta al buon funzionamento del mercato interno».

<sup>36</sup> In tal senso, sentenza della Corte del 12 luglio 2001, *Jippes e a.*, Causa C-189/01, in *Racc.* 2001 p. I-5689, punti 82 e 83; sentenza della Corte del 7 luglio 2009, *S.P.C.M. e a.*, Causa C-558/07, in *Racc.* 2009 p. I-5783, punto 42; sentenza della Corte dell'8 giugno 2010, *The Queen, su istanza di Vodafone Ltd e altri c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, Causa C-58/08, in *Racc.* 2010 p. I-04999, punto 52.

<sup>37</sup> Sentenza del Tribunale del 25 aprile 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Commissione europea*, Causa T-526/10, non ancora pubblicata.

<sup>38</sup> *Ivi*, punto 100.

dell'atto contenute nella proposta della Commissione<sup>39</sup> ed ha aggiunto che, in ogni caso, «non [era] stato accertato che una direttiva sarebbe stata più adeguata».<sup>40</sup>

In definitiva, l'applicazione dei principî di sussidiarietà e proporzionalità non sembra aver contribuito in maniera apprezzabile al contenimento del fenomeno della *preemption*, in considerazione del ridotto livello d'intensità del sindacato giurisdizionale (e, per quanto riguarda il principio di sussidiarietà, l'esiguità delle pronunce)<sup>41</sup> e dei limiti intrinseci del meccanismo di controllo preventivo affidato ai parlamenti nazionali. Al contrario, la procedimentalizzazione di tali principî come obblighi di motivazione a carico della Commissione ha indubbiamente concorso alla chiarificazione della portata preclusiva dei progetti di atti legislativi.

### 1.2. *Il principio del rispetto delle identità nazionali*

L'art. 4, n. 2, TUE impegna l'Unione a rispettare l'uguaglianza degli Stati membri «e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali». Al fine di valutare l'incidenza di tale previsione sul fenomeno della *preemption*, occorre preliminarmente esaminarne la portata ed il contenuto, con riferimento ai quali si sono affermati due orientamenti dottrinali significativamente divergenti.

Secondo un primo orientamento, che identifica il concetto di «identità nazionale» con quello di «identità costituzionale»,<sup>42</sup> tale previsione costituirebbe un limite al primato del diritto dell'Unione suscettibile di essere invocato in circostanze eccezionali.<sup>43</sup> Per alcuni Autori, tale clausola, che costituirebbe la consacrazione nel testo del TUE della teoria dei c.d. con-

<sup>39</sup> Ivi, punto 101.

<sup>40</sup> Ivi, punto 102.

<sup>41</sup> Si vedano però le considerazioni di P. CRAIG, *Subsidiarity: A Political and Legal Analysis*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 50, n. S1, 2012, p. 80, secondo il quale negli ultimi vent'anni la Corte di giustizia avrebbe in realtà esaminato meno di venti cause relative al principio di sussidiarietà. Sul punto si veda altresì J. ZILLER, *La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, pp. 290-294.

<sup>42</sup> T. KONSTADINIDIS, *Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the Framework of National Constitutional Settlement*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 13.

<sup>43</sup> A. VON BOGDANDY e S. SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common market law review*, 2011, vol. 48, p. 1419.

trolimiti,<sup>44</sup> consentirebbe ai giudici nazionali di disapplicare il diritto derivato qualora l'applicazione dello stesso possa ledere l'identità costituzionale dello Stato in questione.<sup>45</sup> Tale interpretazione, accolta anche dalle corti costituzionali di alcuni Stati membri,<sup>46</sup> trovava inoltre conferma nella collocazione dell'art. I-5 del Trattato Costituzionale (recante l'*identity clause*) immediatamente prima dell'art. I-6 (relativo al principio del primato).

Secondo un altro orientamento, invece, l'art. 4, n. 2, TUE assolverebbe la funzione di limitare l'esercizio delle competenze dell'Unione al fine di proteggere alcune prerogative essenziali degli Stati membri.<sup>47</sup> Tale interpretazione poggia tanto sull'attuale collocazione dell'*identity clause* immediatamente dopo l'enunciazione del principio che «qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri», quanto sui lavori preparatori della corrispondente previsione del Trattato Costituzionale, concepita allo scopo di evitare lo sconfinamento dell'azione dell'Unione in alcuni ambiti di sovranità statale senza ricorrere ad un elenco delle competenze esclusive degli Stati membri.<sup>48</sup> Questa lettura della clausola non ne

<sup>44</sup> In tal senso M. CARTABIA, "Unità nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 3, 2005.

<sup>45</sup> M. KUMM e V. FERRES COMELLA, *The Primacy Clause of the Constitutional Treaty and the Future of Constitutional Conflict in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, vol. 3, p. 476.

<sup>46</sup> Tribunal constitucional, declaración del 13 diciembre 2004, n. 1/2004, punto 3: «los límites a que se referían las reservas de dichas jurisdicciones constitucionales aparecen ahora proclamados de modo inequívoco por el propio Tratado sometido a nuestra consideración, que ha venido a acomodar sus disposiciones a las exigencias de las Constituciones de los Estados miembros»; Conseil Constitutionnel, Décision n° 2004-505 DC del 19 novembre 2004, punto 10 «Considérant, en particulier, que n'appelle pas de remarque de constitutionnalité la dénomination de ce nouveau traité; qu'en effet, il résulte notamment de son article I-5, relatif aux relations entre l'Union et les Etats membres, que cette dénomination est sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne». Bundesverfassungsgericht, sentenza del 30 giugno 2009, Cause 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, e 2 BvR 182/09, punto 234: «the principle of conferral under European law and the duty, under European law, to respect identity, are the expression of the foundation of Union authority in the constitutional law of the Member States».

<sup>47</sup> In tal senso B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, vol. 31, n. 1, 2012, p. 308; Eadem, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona: tra riserva di competenze statali e «controlimiti europeizzati»*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2012, pp. 152-155.

<sup>48</sup> Significativa è al riguardo la formulazione della *identity clause* proposta da Peter Altmaier a p. 20 del documento di lavoro n. 20 del Gruppo di lavoro v. della Convenzione europea corso dei lavori della Convenzione: «When exercising its competencies, the Union shall respect the national identities of the Member States, their constitutional and political structures including regional and local self-government and the legal status of churches and religious bodies» (corsivo aggiunto).

circoscrive l'applicazione ai casi eccezionali di conflitto tra il diritto derivato e le norme costituzionali degli Stati membri, ma la estende a varie ipotesi in cui viene in rilievo il riparto di poteri fra l'ordinamento dell'Unione e quelli degli Stati membri, quali il margine di apprezzamento concesso a questi ultimi nel derogare al diritto dell'Unione<sup>49</sup> ed il sindacato di legittimità sugli atti dell'Unione eccessivamente intrusivi nei confronti delle prerogative nazionali.<sup>50</sup>

Le due letture dell'*identity clause* comportano una diversa configurazione dei rapporti tra tale clausola ed il principio della *preemption*. In base al primo orientamento, che concepisce l'art. 4, n. 2, TUE come una deroga al principio del primato, tale clausola non avrebbe alcuna influenza sul principio della *preemption*, che trova applicazione in un momento antecedente rispetto al principio del primato ed alle sue eventuali deroghe. Difatti, affermare che, in forza dell'*identity clause*, alcune antinomie tra diritto derivato e norme costituzionali devono essere risolte a vantaggio delle seconde presuppone pur sempre l'accertamento di un conflitto attraverso l'applicazione di uno dei paradigmi della teoria della *preemption*. Al contrario, in base al secondo orientamento, l'*identity clause* potrebbe costituire un limite agli stessi effetti preclusivi del diritto derivato, svolgendo così quel ruolo di tutela dell'autonomia degli Stati membri che i principi di sussidiarietà e proporzionalità sono riusciti ad assolvere, come si è visto, solo in parte.<sup>51</sup>

Quest'ultima declinazione dell'art. 4, n. 2, TUE trova parziale conferma in alcune pronunce della Corte di giustizia. Nella causa *Affatato*, ad esempio, il giudice del rinvio aveva richiesto alla Corte di chiarire se la normativa italiana contenuta nel d. lgs. n. 165/2001 – la quale, in caso di abuso di contratti a tempo determinato nel settore del pubblico impegno, vietava la loro conversione in contratti a tempo indeterminato – fosse compatibile con l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/CE, e se, in caso affermativo, l'accordo quadro potesse pregiudicare la struttura fondamentale politica e costituzionale dello Stato italiano, posto che in base alla Costituzione l'accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione avviene mediante concorso.<sup>52</sup> La Corte, richiamando la propria giurisprudenza precedente, ha affermato che l'accordo quadro lasciava agli Stati membri «un certo margine di discrezionalità» su come sanzionare l'abuso dei contratti a termine, non imponendo un obbligo incondizionato di trasformazione degli stessi in contratti a tempo indeterminato. La Corte è pervenuta a tale conclusione sulla base del paradigma della *rule preemp-*

<sup>49</sup> Sul punto B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism*, cit., pp. 289-299.

<sup>50</sup> Ivi, pp. 299-308.

<sup>51</sup> Ivi, p. 306.

<sup>52</sup> Sul punto, Corte costituzionale, sentenza n. 89 del 27 marzo 2003.

tion, affermando che l'accordo quadro si limitava a disporre che gli Stati potevano «se del caso» imporre la conversione dei contratti a termine. A fronte della ridotta portata preclusiva dell'accordo quadro, la Corte ha dedotto che lo stesso non era «in alcun modo att[o] a pregiudicare le strutture fondamentali, politiche e costituzionali, né le funzioni essenziali dello Stato membro di cui è causa, ai sensi dell'art. 4, n. 2, TUE». Tale affermazione sembra suggerire che, se l'accordo quadro avesse avuto effetti preclusivi più intensi, la Corte avrebbe potuto invalidarlo sulla base dell'*identity clause*.

Considerazioni analoghe sottendono le due cause *Torresi*, attualmente pendenti innanzi alla Corte di giustizia.<sup>53</sup> Nella sentenza *Wilson*,<sup>54</sup> la Corte, in un'ottica di *field preemption*,<sup>55</sup> aveva affermato che, in base alla direttiva 98/5, sull'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica, «l'unico requisito cui deve essere subordinata l'iscrizione dell'interessato nello Stato membro ospitante, che gli consente di esercitare la sua attività in quest'ultimo Stato membro con il suo titolo professionale d'origine» è «la presentazione all'autorità competente dello Stato membro ospitante di un certificato di iscrizione presso l'autorità competente dello Stato membro d'origine».<sup>56</sup> Tale ampia interpretazione della portata preclusiva della direttiva 98/5 aveva favorito l'abuso del meccanismo di mutuo riconoscimento da essa previsto, specialmente da parte di cittadini italiani che, non riuscendo a superare l'esame di abilitazione alla professione forense in Italia, conseguivano tale abilitazione in Spagna – ove non è previsto il superamento di un analogo esame – per poi richiedere l'iscrizione presso i Consigli dell'ordine italiani sulla base della direttiva 98/5 ed esercitare in Italia come avvocati stabiliti. L'ordinanza di rinvio mira ad accertare se tale direttiva consente ai Consigli dell'ordine di respingere le domande di iscrizione all'albo degli avvocati stabiliti qualora sussistano circostanze tali da far ritenere realizzata la fattispecie dell'abuso del diritto dell'Unione. In caso di risposta negativa, alla Corte è stato altresì richiesto di chiarire se la direttiva 98/5 debba ritenersi invalida alla luce dell'art. 4, par. 2, TUE «nella misura in cui consente l'elusione della disciplina di uno

<sup>53</sup> Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio Nazionale Forense (Italia) il 4 febbraio 2013, *Angelo Alberto Torresi/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata*, Causa C-58/13, GU C 147 del 25.5.2013, pp. 5–5; Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio Nazionale Forense (Italia) il 4 febbraio 2013, *Pierfrancesco Torresi/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata*, Causa C-59/13, GU C 147 del 25.5.2013, pp. 5–6.

<sup>54</sup> Sentenza della Corte del 19 settembre 2006, *Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, Causa C-506/04, in *Racc.* 2006 p. I-08613.

<sup>55</sup> Sia consentito rinviare alle considerazioni espresse in A. ARENA, *La sentenza Wilson: il funzionamento del mercato comune tra armonizzazione, pre-emption e ricorsi giurisdizionali di diritto interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1, 2008, pp. 156- 163.

<sup>56</sup> Sentenza *Wilson*, cit., punto 67.

Stato membro che subordina l'accesso alla professione forense al superamento di un esame di Stato laddove la previsione di siffatto esame è disposta dalla Costituzione di detto Stato e fa parte dei principî fondamentali a tutela degli utenti delle attività professionali e della corretta amministrazione della giustizia». Il giudice del rinvio, pertanto, ha sostanzialmente ipotizzato che l'obbligo di rispettare le identità nazionali possa costituire un limite alla portata preclusiva della direttiva 98/5 riconosciuta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Wilson*.

Un'ulteriore conferma del potenziale ruolo della *identity clause* nel limitare l'intensità degli effetti preclusivi degli atti dell'Unione si rinviene nei pareri motivati resi da alcuni parlamenti nazionali nell'ambito del meccanismo di controllo preventivo del rispetto dei principî di sussidiarietà e proporzionalità introdotto dal Trattato di Lisbona. Con riferimento alla proposta di direttiva sui contratti di concessione,<sup>57</sup> ad esempio, il Consiglio federale austriaco ha rilevato che, in virtù dell'art. 4, n. 2, TUE e di altre disposizioni di diritto primario, il margine di flessibilità riconosciuto agli Stati nella disciplina e nell'organizzazione dei servizi di interesse economico generale non dovrebbe essere compresso da un «atto di diritto derivato estremamente pervasivo» quale quello proposto dalla Commissione.<sup>58</sup>

In definitiva, la portata ed il contenuto del principio del rispetto delle identità nazionali non sono ancora del tutto chiare. La declinazione di tale principio come vincolo all'intensità dell'azione dell'Unione e come limite allo svuotamento delle competenze statali sembra aver trovato alcune conferme indirette nella giurisprudenza e nei pareri motivati dei parlamenti nazionali. Se tale lettura dell'*identity clause* fosse confermata dalla Corte di giustizia, tale previsione potrebbe costituire un rilevante strumento trasversale per il contenimento del fenomeno della *preemption*.

## 2. Preemption e competenze esclusive

In base alla definizione di competenze esclusive contenuta nell'art. 2, par. 1, TFUE, il fenomeno della *preemption* sembra essere del tutto estraneo a tali materie.<sup>59</sup> Appare difatti contraddittorio ipotizzare che il diritto deri-

<sup>57</sup> Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, COM/2011/0897 definitivo - 2011/0437 (COD).

<sup>58</sup> Sul punto si veda il Parere motivato della Commissione affari europei del Consiglio federale austriaco dell'1 febbraio 2012; la risoluzione del Bundesrat tedesco del 2 febbraio 2012, n. 874/11; il parere motivato della Commissione per l'Unione Europea delle Cortes Generales spagnole del 6 Marzo 2012, n. 1/2012.

<sup>59</sup> L'art. 2, n. 1, TFUE dispone «Quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza esclusiva in un determinato settore, solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti».

vato possa precludere l'esercizio delle competenze statali in settori in cui gli Stati membri sono in radice privi di qualsiasi competenza. La loro azione, secondo la dottrina prevalente, dovrebbe risultare inibita *a priori* dai Trattati, rendendo così superflua l'indagine della conformità delle misure statali agli atti dell'Unione.<sup>60</sup> L'unico effetto che il diritto derivato sembra poter produrre nell'ambito delle competenze esclusive è quello – specularmente opposto al concetto di preclusione – di *autorizzare* l'intervento degli Stati ovvero di costituire la base di misure nazionali di attuazione.<sup>61</sup>

Mentre il fenomeno dell'esclusività condizionata delle competenze esterne in relazione all'esercizio delle competenze interne, disciplinato all'art. 3, n. 2, ultima parte, TFUE, costituirà oggetto di autonomo approfondimento nell'ambito del paragrafo 2.3 del presente capitolo, in questa sede si mostrerà innanzitutto come, a dispetto dell'inquadramento teorico poc'anzi richiamato, la *preemption* legislativa ha svolto e, per certi versi, tutt'ora svolge un ruolo di rilievo nell'ambito di competenze esclusive dell'Unione quali la politica commerciale comune, la conservazione delle risorse biologiche del mare e la definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno.

### 2.1. *Il ruolo del diritto derivato nello sviluppo iniziale delle competenze esclusive*

Sebbene in linea teorica l'attribuzione di una competenza esclusiva comporti «immediatamente» la perdita, da parte degli Stati, del potere di intervenire nella materia in questione,<sup>62</sup> in realtà la *preemption*, nella sua accezione legislativa, ha svolto un ruolo centrale nella fase iniziale dell'affermazione delle competenze esclusive della Comunità, avvenuta in via pretoria tra i primi anni '70 e l'inizio degli anni '80.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> In tal senso R. ADAM e A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, seconda edizione, Torino, 2010, p. 36 «il carattere esclusivo di una competenza trasferita all'Unione comporta appunto che [...] gli Stati membri non sono più legittimati a [agire in tale materia], indipendentemente dalla compatibilità o meno della loro condotta con quanto previsto dal diritto dell'Unione» e p. 39 «nell'ambito di un ambito coperto [da una competenza esclusiva] un'azione degli Stati membri è da considerarsi illecita, indipendentemente dalla sua compatibilità o meno con quanto previsto dal diritto dell'Unione»; G. GAJA e A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma, 2012, p. 137.

<sup>61</sup> Cfr. art. 2, n. 1, TFUE: nelle materie di competenza esclusiva «[g]li Stati membri possono [legiferare] autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione».

<sup>62</sup> Così K. LENAERTS, *Les répercussions des compétences de la Communauté européenne sur les compétences externes des Etats membres et la question de "preemption"*, in P. DEMARET (a cura di), *Relations extérieures de la Communauté européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*, 1986, p. 41.

<sup>63</sup> In dottrina si veda A. TIZZANO, *Lo sviluppo delle competenze materiali delle comunità*

Nella giurisprudenza in materia di politica commerciale comune, difatti, l'esclusività delle competenze sovranazionali derivante dall'art. 133 CEE sembra, almeno in una prima fase, confondersi con gli effetti preclusivi del regolamento 950/68 istitutivo della tariffa doganale comune. Ciò risulta con evidenza nella sentenza *Diamantarbeiders*,<sup>64</sup> scaturita da una controversia relativa alla riscossione di una tassa sull'importazione dei diamanti grezzi da Stati terzi introdotta in Belgio dopo l'entrata in vigore del suddetto regolamento. In tale occasione, la Corte ha affermato che «a norma dell'art. 113, n. 1, del Trattato, la politica commerciale comune è basata su principi uniformi», riconducendo quindi al diritto primario la necessità di «soppressione delle disparità nazionali, fiscali e commerciali, riguardo agli scambi coi Paesi terzi». <sup>65</sup> Nella medesima pronuncia, peraltro, la Corte ha aggiunto che «a partire dall'attuazione della tariffa doganale comune, è vietato agli Stati membri di introdurre unilateralmente nuove tasse o di aumentare quelle già in vigore», ponendo così l'elisione delle competenze statali in relazione con l'adozione del regolamento 950/68, secondo il modello della preclusione di campo. <sup>66</sup> È solo con il successivo parere 1/75 che la Corte ha definitivamente imboccato la strada dell'esclusività «per natura», statuendo chiaramente che, in materia di politica commerciale comune, sono le stesse disposizioni del Trattato a comportare «l'impossibilità di una coesistenza di competenze parallele dei singoli Stati». <sup>67</sup>

europee, in *Rivista di Diritto Europeo*, 1981, pp. 139-210; L. DANIELE, *Competenze comunitarie e competenze degli Stati membri*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1982, fasc. 2, pp. 249-268.

<sup>64</sup> Sentenza della Corte del 13 dicembre 1973, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders c. NV Indiamex e società di fatto De Belder*, Cause riunite 37 e 38/73, in Racc. 1973 p. 01609.

<sup>65</sup> Ivi, punti 15-17.

<sup>66</sup> Ivi, punto 18. Cfr. Sentenza della Corte del 1° luglio 1969, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders c. S.A. Ch. Brachfeld & Sons e Chougol Diamond Co*, Cause riunite 2 e 3/69, in Racc. 1969 p. 00211, punti 26-32, in cui si afferma che il Trattato non osta, prima dell'istituzione della tariffa doganale comune, a tasse ad effetto equivalente imposte dagli Stati membri nei confronti di prodotti provenienti da Paesi terzi e che l'eventuale incidenza di tali tasse sul funzionamento della tariffa doganale comune è una questione che potrebbe porsi unicamente per il periodo posteriore all'instaurazione della stessa.

<sup>67</sup> Parere della Corte dell'11 novembre 1975, n. 1/75, in Racc. 1975 p. 01355. Si veda altresì la nota di I. TELCHINI, *A proposito della competenza comunitaria a stipulare accordi commerciali*, in *Giustizia civile*, 1976, IV, pp. 48-54. In senso conforme, Sentenza della Corte del 15 dicembre 1976, *Suzanne Donckerwolcke, in Criel, e Henri Schou c. Procureur de la République au tribunal de grande instance de Lille e Directeur général des douanes et droits indirects*, Causa 41/76, in Racc. 1976 p. 01921, punto 32: «poiché l'art. 113, n. 1, ha conferito alla Comunità una competenza generale in materia di politica commerciale, i provvedimenti di politica commerciale d'indole nazionale sono ammissibili, dopo la scadenza del periodo transitorio, solo se specificamente autorizzati dalla Comunità».

Del pari, per quanto riguarda la conservazione delle risorse biologiche marine, nella sentenza *Kramer*<sup>68</sup> la Corte ha affermato che la competenza degli Stati membri ad assumere impegni internazionali in tale materia aveva carattere transitorio, posto che la stessa sarebbe venuta meno «al più tardi a decorrere dal sesto anno dopo l'adesione, quando cioè il Consiglio dovrà aver emanato, come impostogli dall'art. 102 dell'Atto di Adesione alla Comunità da parte della Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito, i provvedimenti necessari per la preservazione delle risorse del mare».<sup>69</sup> Con tale statuizione la Corte si è limitata a preannunciare l'effetto di preclusione dei futuri atti del Consiglio, secondo lo schema della *preemption* legislativa, ovvero intendeva affermare che la competenza comunitaria in materia sarebbe divenuta esclusiva a seguito dell'adozione di tali atti, secondo il modello dell'esclusività condizionata.<sup>70</sup> Tale quesito non ha trovato risposta, in quanto, a causa dell'ostruzionismo del Regno Unito, nessuna misura di conservazione è stata adottata entro il termine previsto dall'Atto di Adesione (il 1° gennaio 1979). Nella successiva sentenza *Commissione c. Regno Unito*,<sup>71</sup> peraltro, la Corte ha affermato che «alla scadenza del periodo transitorio contemplato dall'art. 102 dell'Atto d'adesione, la competenza ad adottare, nell'ambito della politica comune della pesca, i provvedimenti destinati alla conservazione delle risorse ittiche è passata pienamente e definitivamente alla Comunità»<sup>72</sup> e che l'inerzia del Consiglio non poteva avere «la conseguenza di restituire agli Stati membri la competenza e la libertà d'azione unilaterale in questo settore».<sup>73</sup> La Corte sembra quindi aver abbracciato, in ultima analisi, la tesi dell'esclusività condizionata, subordinando la stessa, peraltro, non già all'adozione degli atti di conservazione, bensì al mero decorso del termine previsto dall'art. 102 dell'Atto di Adesione.

Inoltre, è alla *preemption* prodotta dal diritto derivato che si deve lo «sgombero» delle misure nazionali adottate prima che la politica commerciale comune e la conservazione delle risorse biologiche del mare

<sup>68</sup> Sentenza della Corte del 14 luglio 1976, *Cornelis Kramer ed altri*, Cause riunite 3, 4 e 6/76, in *Racc.* 1976 p. 01279. Si veda altresì il commento di T. SCOVAZZI, *Le competenze della CEE nel settore della pesca marina*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1977, p. 86-94.

<sup>69</sup> *Ivi*, punto 41.

<sup>70</sup> P. CRAIG e G. DE BÚRCA, *EU Law*, Quinta edizione, Oxford, 2011, pp. 79-83.

<sup>71</sup> Sentenza della Corte del 5 maggio 1981, *Commissione c. Regno Unito di Gran Bretagna e d'Irlanda del Nord*, Causa 804/79, in *Racc.* 1981 p. 01045, con nota di G. CATALDI, in *Il Foro italiano*, 1982, IV, col. 260-265.

<sup>72</sup> *Ivi*, punto 17.

<sup>73</sup> *Ivi*, punto 20.

fossero dichiarate competenze comunitarie esclusive. La Corte ha infatti chiarito che l'esclusività delle competenze della Comunità in tali materie non aveva carattere retroattivo e non comportava, di per sé, l'inapplicabilità delle misure nazionali esistenti.<sup>74</sup> Nella citata sentenza *Commissione c. Regno Unito* si legge che «poiché il Consiglio non ha adottato disposizioni secondo le forme ed i procedimenti prescritti dal Trattato, i provvedimenti [nazionali] di conservazione [delle risorse ittiche] vigenti al termine del periodo stabilito dall'art. 102 dell'Atto d'adesione restano in vigore nello stato in cui erano al momento della scadenza del periodo transitorio».<sup>75</sup> Il ruolo della *preemption* appare con ancora maggiore evidenza nella sentenza *Diamantarbeiders*, in cui la Corte ha affermato che «a partire dall'attuazione della tariffa doganale comune [...] l'accertamento della [...] incompatibilità col Trattato [delle tasse nazionali già in vigore] e l'obbligo di abolirle dipendono dalla previa valutazione delle autorità comunitarie. Dette tasse possono quindi essere considerate incompatibili col diritto comunitario solo per effetto di disposizioni adottate dalla Comunità».<sup>76</sup>

## 2.2. L'attuale assetto dei rapporti fra diritto derivato e diritto primario nell'ambito delle competenze esclusive

Il contributo degli effetti preclusivi del diritto derivato nella definizione dei margini d'intervento degli Stati membri nell'ambito delle competenze esclusive non rappresenta soltanto un *infant disease* nello sviluppo di tali competenze. Numerose pronunce più recenti, difatti, dimostrano che il fenomeno della *preemption* continua a svolgere un ruolo centrale nella determinazione dell'ambito d'azione degli Stati in tali settori.

L'adozione delle «regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno», almeno dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona,<sup>77</sup> rientra tra le materie in cui l'Unione gode di una competenza esclu-

<sup>74</sup> Sul punto R. SCHÜTZE, *From dual to cooperative federalism: the changing structure of European law*, Oxford, 2009, p. 174 «From the very beginning, the Court opted out of the retrospective invalidation thesis».

<sup>75</sup> Sentenza della Corte del 5 maggio 1981, *Commissione c. Regno Unito di Gran Bretagna e d'Irlanda del Nord*, Causa 804/79, in Racc. 1981 p. 01045, punto 21.

<sup>76</sup> Sentenza della Corte del 13 dicembre 1973, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders c. NV Indiamex e società di fatto De Belder*, Domanda di pronuncia pregiudiziale: Arbeidsrechtbank Antwerpen – Belgio, Cause riunite 37 e 38/73, in Racc. 1973 p. 01609, punti 18/20.

<sup>77</sup> Si veda però I. LIANOS, *Competition law in the European Union after the Treaty of Lisbon*, in D. ASHAGBOR, N. COUNTOURIS e I. LIANOS (a cura di), *The European Union after the*

siva.<sup>78</sup> Tale competenza si estende anche agli aspetti processuali? Secondo un certo orientamento<sup>79</sup>, le regole processuali nazionali costituiscono parte integrante del processo di attuazione del diritto dell'Unione e devono ritenersi incompatibili con i poteri esclusivi dell'Unione se, a prescindere dal loro esercizio, ne pregiudicano l'effettività.<sup>80</sup> Eppure, nella sentenza *VEBIC*, la Corte ha verificato la compatibilità di una normativa nazionale relativa alla capacità processuale di un'autorità nazionale della concorrenza con il regolamento 1/2003, piuttosto che limitarsi a constatare che, nella misura in cui detta autorità è chiamata ad applicare gli artt. 101 e 102 TFUE, la normativa controversa esulava dalla competenza statale.<sup>81</sup> Del pari, nessun riferimento alla natura esclusiva della competenza dell'Unione in materia *antitrust* figura nella sentenza *Tele2*, in cui la Corte ha statuito che il regolamento 1/2003 ostava all'applicazione di una norma nazionale che imponeva alla relativa autorità della concorrenza di chiudere una procedura relativa all'applicazione dell'art. 102 TFUE con una decisione che constatava l'assenza di violazione di quest'ultimo articolo.<sup>82</sup>

*Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 260: «Article 3(c) TFEU indicates that competition law is, as before, one of the EU's exclusive competences confined to the establishment of competition rules 'necessary for the functioning of the Internal Market'». Cfr. inoltre G. DI FEDERICO, *The Impact of the Lisbon Treaty on EU Antitrust Enforcement: Enhancing Procedural Guarantees Through Article 6 TEU*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 4, 2010, pp. 805 – 834.

<sup>78</sup> Sentenza della Corte del 14 settembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Commissione europea*, Causa C-550/07 P, in *Racc.* 2010 p. I-08301, punto 116.

<sup>79</sup> Cfr. E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 2008, pp. 447-450.

<sup>80</sup> Ivi, a p. 458 rileva, con riferimento alla sentenza della Corte del 18 luglio 2007, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini SpA*, Causa C-119/05, in *Racc.* 2007 p. I-06199, che «se l'elemento decisivo per impedire la formazione di un valido giudicato [...] venisse identificato nel carattere di esclusività del potere della Commissione [in materia di aiuti di Stato], infatti, l'esistenza di una decisione [relativa all'incompatibilità di un aiuto di Stato con il mercato comune], che costituisce esercizio di tale potere, non dovrebbe, a rigore, aver rilievo». Si veda inoltre L. DANIELE, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2001 fasc. 1, pp. 61-78.

<sup>81</sup> Sentenza della Corte del 7 dicembre 2010, *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakers, Ijsbereiders en Chocoladebewaterkers (VEBIC) VZW*, Causa C-439/08, in *Racc.* 2010 p. I-12471.

<sup>82</sup> Sentenza della Corte del 3 maggio 2011, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów c. Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia SA*, Causa C-375/09, in *Racc.* 2011 p. I-03055.

Quanto alla politica commerciale comune,<sup>83</sup> nella sentenza *Bulk Oil*, relativa ad una misura britannica che limitava le esportazioni di petrolio greggio verso Israele, la Corte, prima di accertare che tale misura, pur rientrando nell'ambito di una competenza esclusiva, doveva ritenersi autorizzata sulla base dell'art. 10 del regolamento 2693/69, si è diffusamente soffermata sulla compatibilità della stessa con le disposizioni dell'Accordo 20 maggio 1975 tra la CEE e lo Stato d'Israele.<sup>84</sup> Nella sentenza *Polydor*, inoltre, la Corte si è occupata in modo approfondito della questione se l'esercizio dei diritti d'autore tutelati dall'ordinamento del Regno Unito per opporsi all'importazione di dischi fonografici legittimamente commercializzati in Portogallo costituisca una restrizione agli scambi compatibile con l'Accordo del 22 luglio 1972 tra la CEE e la Repubblica Portoghese, omettendo del tutto di verificare se la normativa britannica controversa sconfinasse in un ambito di competenza attribuito all'Unione in via esclusiva.<sup>85</sup>

Come si concilia la natura esclusiva delle competenze dell'Unione in tali settori con una giurisprudenza così attenta agli effetti preclusivi degli atti di diritto derivato ivi adottati? Al riguardo, si possono avanzare due ipotesi. Innanzitutto, il carattere esclusivo delle competenze in questione è stato fortemente relativizzato dalla giurisprudenza, che ha interpretato in modo estensivo il concetto di «autorizzazione» dell'intervento statale da parte dell'Unione. Nella citata sentenza *Bulk Oil*, ad esempio, la Corte ha statuito che l'art. 10 del regolamento 2603/79, il quale si limitava a sottrarre alcuni prodotti al divieto di restrizioni quantitative di cui all'art. 1 di tale regolamento, costituiva «un'abilitazione specifica mirante a consentire agli Stati membri di imporre restrizioni quantitative all'esportazione di petrolio nei paesi terzi».<sup>86</sup> Secondo parte della dottrina, un'analogia «autorizzazio-

<sup>83</sup> G. VILLALTA PUIG e B. AL-HADDAB, *The Common Commercial Policy after Lisbon: An Analysis of the Reforms*, in *European Law Review*, n. 2, 2011, pp.289 – 301; A. MIGNOLLI, *La politica commerciale dell'unione europea nell'era della globalizzazione*, in G. TOSATO e G. BONVICINI (a cura di), *Le relazioni internazionali dell'Unione europea dopo i Trattati di Amsterdam e Nizza*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 141 e ss..

<sup>84</sup> Sentenza della Corte del 18 febbraio 1986, *Bulk Oil (Zug) AG c. Sun International Limited e Sun Oil Trading Company*, causa 174/84, in Racc. 1986 p. 559.

<sup>85</sup> Sentenza della Corte del 9 febbraio 1982, *Polydor Limited e RSO Records Inc. c. Harlequin Records Shops Limited e Simons Records Limited*, Causa 270/80, in Racc. 1982 p. 329, con nota di L. UBERTAZZI, *Esaurimento comunitario della proprietà industriale ed importazioni da Paesi terzi*, in *Il Foro italiano*, 1982, IV, col. 249-255.

<sup>86</sup> Sentenza della Corte del 18 febbraio 1986, *Bulk Oil (Zug) AG c. Sun International Limited e Sun Oil Trading Company*, Causa 174/84, in Racc. 1986 p. 00559, punto 33. Nella sentenza del 17 ottobre 1995, *Fritz Werner Industrie-Ausrüstungen GmbH c. Repubblica federale di Germania*, Causa C-70/94, in Racc. 1995 p. I-03189, punto 29, la Corte non ha operato alcun riferimento alla necessità di una specifica autorizzazione o abilitazione dell'intervento statale, limitandosi a statuire che «l'art. 113 del Trattato e, in particolare, l' art. 11 del regolamento non osta[va]no a norme

ne» all'azione statale nell'ambito della «definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno» sarebbe contenuta nell'art. 3 del regolamento 1/2003, relativo al rapporto fra gli *ex artt.* 81 e 82 CE e le regole nazionali in materia di concorrenza.<sup>87</sup> Posto che tali autorizzazioni sono in ogni caso previste, sia pure in modo implicito,<sup>88</sup> in atti di diritto derivato, non sorprende che tali atti siano assurti a parametro principale (se non unico) per determinare in che misura l'azione statale è consentita o preclusa<sup>89</sup> nei settori in cui l'Unione gode di una competenza esclusiva.<sup>90</sup>

In secondo luogo, dato che la portata delle materie di competenza esclusiva non è definita con precisione dai Trattati, la compatibilità con il diritto derivato adottato in tali ambiti rappresenta un criterio più semplice per determinare se l'azione degli Stati ha travalicato i confini della competenza esclusiva dell'Unione. Quando nel parere 1/94 la Corte ha statuito che la competenza esclusiva della Comunità in materia di «politica commerciale comune» non si estendeva agli scambi di servizi, tale esclusione è stata percepita da molti come arbitraria.<sup>91</sup> Quando invece, in tempi più recenti, si è

nazionali in materia di scambi con i Paesi terzi in forza delle quali l'esportazione di un prodotto che possa essere utilizzato per scopi militari sia subordinata al rilascio di un'autorizzazione».

<sup>87</sup> Sul punto M. SZYDŁO, *Leeway of Member States in Shaping the Notion of an 'Undertaking' in Competition Law*, in *World Competition*, vol. 33, 2010, n. 4, p. 558. Si veda altresì G. MONTI, *New Directions in EC Competition Law*, in T. TRIDIMAS e P. NEBBIA (a cura di), *European Union Law for the Twenty-First Century*, vol. 2, Oxford, Hart, 2004, p. 179, che aveva espresso la medesima opinione rispetto alla disposizione del Trattato Costituzionale corrispondente all'art. 2, n. 1, TFEU.

<sup>88</sup> In tal senso A. DASHWOOD, M. DOUGAN, B. RODGER, E. SPAVENTA e D. WYATT, *European Union Law*, Oxford, 2011, p. 101.

<sup>89</sup> La specularità tra il concetto di «autorizzazione» e quello di «preclusione» è evidente, ad esempio, nella sentenza del 16 gennaio 2003, *Procedimento penale a carico di Annie Pansard e altri, con l'intervento di: Comité Région pêches maritimes*, Causa C-265/01, in *Racc.* 2003 p. I-00683: al punto 37 la Corte ha osservato che la normativa nazionale controversa «esula[va] dalla competenza dello Stato membro interessato» in quanto non rispecchiava le deroghe previste in alcuni regolamenti in materia di pesca, al punto 38 ha invece affermato che «il diritto comunitario in materia di pesca osta[va] ad una normativa nazionale come quella di cui alla causa principale». Cfr. inoltre C. FIORAVANTI, *La politica comune della pesca nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, pp. 505-522.

<sup>90</sup> Così, M. SZYDŁO, *Leeway of Member States in Shaping the Notion of an 'Undertaking' in Competition Law*, in *World Competition*, n. 4, 2010, p. 558: «Thus, under the TFEU, it is the EU legislator that decides about the extent of Member States' legislative competences in the area of the competition rules necessary for the functioning of the internal market».

<sup>91</sup> P. PESCATORE, *Opinion 1/94 on "Conclusion" of the WTO Agreement: Is There an Escape from a Programmed Disaster?*, in *Common Market Law Review*, 1999, pp. 387-405; N. EMILIOU, *The Death of Exclusive Competence?*, *European Law Review*, 1996, pp. 294-311. Si veda anche R. SCHÜTZ, *From dual to cooperative federalism: the changing structure of European law*, Oxford, 2009, p. 167-173, che parla al riguardo di «deformazione ontologica» delle competenze esclusive.

posto il problema di determinare la portata della «definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno»,<sup>92</sup> la Corte ha preferito, come si è visto, valutare la compatibilità delle regole procedurali nazionali in materia di concorrenza con il regolamento 1/2003,<sup>93</sup> piuttosto che cimentarsi in una tanto complessa quanto opinabile opera di delimitazione dei confini della competenza esclusiva dell'Unione.<sup>94</sup>

### 2.3. L'esercizio delle competenze interne e l'esclusività «condizionata» delle competenze esterne

In base all'ultima frase dell'art. 3, par. 2, TFUE, l'Unione gode di una competenza esclusiva nella conclusione di accordi internazionali nella misura in cui gli stessi possano «incidere su norme comuni o modificarne la portata».<sup>95</sup> Tale disposizione costituisce la codificazione<sup>96</sup> di un noto orienta-

<sup>92</sup> Sul punto, G. GAJA e A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma, 2012, p. 140, secondo i quali «l'individuazione [degli] aspetti della politica di concorrenza necessari per il funzionamento del mercato interno [...] implica [...] una valutazione discrezionale per determinare le misure che possono produrre una tale incidenza». Si veda inoltre P. CRAIG, *The Lisbon Treaty: Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford, 2010, pp. 159-161.

<sup>93</sup> L'art. 103, n. 2, lettera e), del resto, demanda al diritto derivato il compito di definire i rapporti fra legislazioni nazionali e norme dell'Unione di rango primario e secondario in materia di concorrenza.

<sup>94</sup> Sul punto, E. CROSS, *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 454: «The explanation for this preference is that a judicial decision based upon an interpretation of Community legislation is safer than basing it upon an interpretation of a Treaty rule because mistakes in the latter case are more encompassing and more difficult to repair».

<sup>95</sup> Sull'applicazione del principio della *preemption* nell'ambito delle relazioni esterne si vedano in particolare K. LENAERTS, *Les répercussions des compétences de la Communauté européenne sur les compétences externes des Etats membres et la question de "preemption"*, in P. DEMARET (a cura di) *Relations Extérieures de la Communauté Européenne et Marché Intérieur: Aspects Juridiques et Fonctionnels*, 1986, p. 37 ss.; J. KLABBERS, *Restraints on the treaty-making powers of Member States deriving from EU law: towards a framework for analysis*, in E. CANNIZZARO (a cura di) *The European Union as an actor in international relations*, L'Aia, 2002, p. 151 ss.; J. WEILER, *The External Legal Relations of Non-Unitary-Actors: Mixity and the Federal Principle*, in D. O'KEEFFE e H. SCHERMERS (a cura di), *Mixed Agreements*, 1983, p. 35 ss.; V. BETTIN, *La convenzione europea e le competenze esterne implicite dell'Unione europea*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2004, pp. 1156-1172; F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 106-108. Sia inoltre consentito il rinvio a A. ARENA, «Aggiungere è sottrarre»? *Le competenze esclusive esterne alla luce del trattato di Lisbona tra armonizzazione ed effetto di preclusione*, in L. DANIELE (a cura di), *Studi in ricordo del Prof. Francesco Caruso*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 219-234.

<sup>96</sup> In tale direzione si vedano, da ultimo, le Conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 27 giugno 2013, *Commissione c. Consiglio (Convenzione europea servizi accesso condizionato)*,

mento giurisprudenziale che affonda le sue radici nella sentenza *AETS*,<sup>97</sup> in cui la Corte ha, per la prima volta, statuito che «tutte le volte che la Comunità ha adottato delle disposizioni contenenti, sotto qualsivoglia forma, norme comuni, gli Stati membri non hanno più il potere [...] di contrarre con gli Stati terzi obbligazioni che incidano su dette norme». <sup>98</sup> Nel parere 2/91 la Corte ha esteso tale principio anche agli accordi suscettibili di incidere su settori non rientranti in politiche comuni<sup>99</sup> e, in particolare, ai settori oggetto di misure di armonizzazione.<sup>100</sup> Ma quale livello di «incidenza» dell'accordo

Causa C-137/12, non ancora pubblicata, punto 112: «Sono dell'avviso che la terza variante dell'articolo 3, paragrafo 2, TFUE rappresenti una codificazione della giurisprudenza della Corte finora sviluppata in relazione alle competenze esclusive dell'Unione a concludere trattati nell'ambito della «dottrina AETS». In dottrina, cfr., *ex multis*, L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, pp. 382-384; G. DE BAERE, *Constitutional Principles of EU External Relations*, cit., p. 70; U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione Europea – Parte Istituzionale*, Milano, 2009, p. 216; F. MUNARI, *Le relazioni esterne*, in *Sud in Europa*, n. 1, 2008, reperibile su [www.sudineuropa.net](http://www.sudineuropa.net); G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea*, sesta edizione, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 67, 178-179; L. ROSSI, *Conclusione di accordi internazionali e coerenza del sistema*, cit., p. 1027; R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, cit., pp. 202-203; Idem, *Lisbon and the Federal Order of Competences: a Prospective Analysis*, *European Law Review*, 2008, vol. 33, p. 714; A. VON BODANDY e J. BAST, *The federal order of competences*, in A. VON BODANDY e J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2009, p. 291.

<sup>97</sup> Sentenza della Corte del 31 marzo 1971, *Commissione c. Consiglio (AETS)*, Causa 22/70, in *Racc.* 1971 p. 263. Si vedano i commenti di A. GIARDINA, *Sulla competenza a stipulare della Comunità economica europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1971, pp. 609-623; P. FOIS, *La problematica degli accordi degli Stati membri nella sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 31 marzo 1971*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1972, pp. 432-449; A. TIZZANO, *La controversia tra Consiglio e Commissione in materia di competenza a stipulare della CEE*, in *Il Foro italiano*, 1971, IV, Col. 339-362; M. WAELBROECK, *L'arrêt AETR et les compétences externes de la Communauté économique européenne*, in *Integration*, 1971, p. 79-89.

<sup>98</sup> Ivi punto 17. Cfr. Parere 1/94 della Corte del 15 novembre 1994, *Competenza della Comunità a stipulare accordi internazionali in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale*, in *Racc.* 1994 p. I-05267, punto LXXVII in cui la Corte ha affermato che «la competenza esterna esclusiva della Comunità non discende ipso facto dal suo potere di adottare norme interne» e che «è solo nella misura in cui norme comuni sono state stabilite sul piano interno che la competenza esterna della Comunità diventa esclusiva».

<sup>99</sup> Parere 2/91 della Corte del 19 marzo 1993, *Convenzione n. 170 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro*, in *Racc.* 1993 p. i-01061, punto 11.

<sup>100</sup> Parere 1/03 della Corte del 7 febbraio 2006, *Competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano*, in *Racc.* 2006 p. I-01145, punto 118. La Corte, al riguardo, ha osservato che, in tutti i settori che rientrano negli scopi del Trattato, il principio di leale collaborazione impone agli Stati membri di astenersi da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione di tali scopi. Sul punto v. Parere 2/91, cit., punti 10 e 11.

internazionale sulle norme interne è richiesto al fine di innescare l'esclusività delle competenze esterne dell'Unione?<sup>101</sup> Per rispondere a tale interrogativo la Corte di giustizia si è servita di paradigmi argomentativi che riecheggiano le tre declinazioni del principio della *preemption*.

L'approccio più risalente si rifà alla preclusione di campo, nel senso che la Corte si limita ad accertare la coincidenza tra il settore assoggettato alla legislazione dell'Unione e quello che l'accordo internazionale in questione intende disciplinare. Se tali settori coincidono, ne discenderà il carattere esclusivo della competenza dell'Unione a stipulare il predetto accordo; in caso contrario, la competenza avrà natura concorrente. Nella sentenza *AETS*, ad esempio, la Corte ha affermato che «dato che la materia dell'AETS rientra nella sfera disciplinata dal regolamento n. 543/69, la competenza a negoziare e concludere l'accordo di cui trattasi spetta alla Comunità a far data dall'entrata in vigore di detto regolamento», con esclusione di «qualsiasi competenza concorrente degli Stati membri».<sup>102</sup> Nel parere 2/92, invece, la Corte ha ritenuto che i provvedimenti comunitari vigenti non disciplinavano tutti i settori cui si riferiva la Terza decisione OCSE sul trattamento nazionale, sicché la competenza a partecipare alla stessa doveva ritenersi ripartita.<sup>103</sup> La Corte è pervenuta alla stessa conclusione nel parere 1/94 con riferimento all'accordo TRIPS, posto che in alcuni dei settori da esso interessati – ad esempio quello dei brevetti – il legislatore comunitario non aveva adottato alcuna misura di armonizzazione.<sup>104</sup>

In altre occasioni, la Corte ha compiuto un'analisi «globale e concreta», che non si limita a confrontare l'ambito applicativo dalle norme interne con quello delle disposizioni dell'accordo internazionale in questione, ma prende in esame anche «la natura e il contenuto» dei due articolati normativi.<sup>105</sup> Ai fini del riconoscimento di una competenza esclusiva, pertanto, «non è neces-

<sup>101</sup> Sul punto, L. Rossi, *Conclusione di accordi internazionali*, cit., p. 1027.

<sup>102</sup> Sentenza *AETS*, cit. punto 31, corsivo aggiunto.

<sup>103</sup> Parere 2/92 della Corte 24 marzo 1995, Competenza della Comunità o di una delle sue istituzioni a partecipare alla terza decisione modificata del Consiglio dell'OCSE relativa al trattamento nazionale, in *Racc.* 1995 p. I-00521, punto 34.

<sup>104</sup> Parere 1/94 della Corte del 15 novembre 1994, Competenza della Comunità a stipulare accordi internazionali in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale, in *Racc.* 1994 p. I-05267, punto CIII. Da ultimo, si veda però la Sentenza della Corte del 18 luglio 2013, *Daichi Sankyo Co. Ltd e Sanofi-Aventis Deutschland GmbH c. DEMO Anonymos Vio-michaniki kai Emporiki Etairia Farmakon*, Causa C-414/11, non pubblicata, punti 45-61, in cui la Corte ha rilevato che, a seguito dell'estensione della politica commerciale comune agli «aspetti commerciali della proprietà intellettuale», l'Accordo TRIPS rientra «pienamente» nella competenza esclusiva dell'Unione.

<sup>105</sup> Parere 1/03, cit., punto 133.

sario che sussista una concordanza completa tra il settore disciplinato dall'accordo internazionale e quello della normativa comunitaria» (preclusione di campo)<sup>106</sup> né che vi siano «contraddizioni tra [le] disposizioni della convenzione» e quelle normative interne (preclusione diretta),<sup>107</sup> purché le disposizioni dell'accordo siano tali da «pregiudicare l'applicazione uniforme e coerente delle norme comunitarie e il corretto funzionamento del sistema che esse istituiscono». Tale approccio, noto come «dottrina degli effetti» e caratterizzato da evidenti congruenze con il paradigma della preclusione indiretta, è stato criticato in quanto concettualmente ambiguo e suscettibile di estendere significativamente i confini delle competenze esclusive dell'Unione.<sup>108</sup> Occorre peraltro rilevare che, tanto nella sentenza *Open skies*<sup>109</sup> quanto nel parere 1/03,<sup>110</sup> l'applicazione di tale criterio si è tradotta in un'indagine ermeneutica particolarmente accurata circa le possibili interferenze fra la disciplina convenzionale e quella interna.<sup>111</sup> Al contrario, nella recente sentenza *Pringle*, la Corte ha apoditticamente affermato che il Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità «non compromett[eva] affatto l'obiettivo perseguito [...] dal regolamento (UE) n. 407/2010 del Consiglio, dell'11 maggio 2010, che istituisce un meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria» e poteva pertanto essere concluso e ratificato dagli Stati membri dell'Eurozona.<sup>112</sup>

Vi sono, poi, casi in cui la Corte si è soffermata unicamente sull'esistenza di contrasti palesi tra le norme contenute nella disciplina interna e quelle degli accordi internazionali in questione. Tale impostazione, che ricorda quella della preclusione diretta, si riscontra, ad esempio, nella sentenza *Commissione c. Grecia*,<sup>113</sup> in cui la Corte ha statuito che la Repubblica ellenica era venuta

<sup>106</sup> Ivi, punto 126.

<sup>107</sup> Parere 2/91, cit., punto 25; sentenza della Corte del 5 novembre 2002, *Commissione c. Danimarca (Open Skies)*, Causa C-467/98, in *Racc.* 2002 p. I-09519, punti 82 e 101.

<sup>108</sup> Si veda al riguardo il Parere 1/03, punto 47, in cui il Governo del Regno Unito afferma che tale criterio «non è né chiaro né preciso, il che genera incertezze ed è inaccettabile in materia di limitazione delle competenze degli Stati membri». In dottrina, si vedano in particolare le considerazioni critiche di L. ROSSI, *Conclusioni di accordi*, cit., p. 1010.

<sup>109</sup> Sentenza *Open Skies*, cit., punti 88-112.

<sup>110</sup> Parere 1/03, cit., punti 134-173.

<sup>111</sup> Si consideri, in particolare, il punto 153, in cui la Corte osserva che l'applicazione di una norma sulla competenza stabilita dalla Convenzione di Lugano avrebbe potuto portare alla designazione di un giudice diverso da quello che sarebbe stato designato ai sensi delle disposizioni del regolamento n. 44/2001.

<sup>112</sup> Sentenza della Corte in seduta plenaria del 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c. Gouvernement of Ireland, Ireland e The Attorney General*, Causa C-370/12, non ancora pubblicata, punto 106.

<sup>113</sup> Sentenza della Corte del 12 febbraio 2009, *Commissione c. Grecia*, Causa C-45/07, in *Racc.* 2009 p. I-00701.

meno ai suoi obblighi derivanti, *inter alia*, dal principio di leale collaborazione per aver sottoposto all'Organizzazione marittima internazionale una proposta idonea a modificare alcuni accordi internazionali trasfusi, per il tramite di un regolamento, nell'ordinamento dell'Unione. Difatti, se l'iniziativa del governo greco fosse andata a buon fine, si sarebbe venuta a creare una discrasia tra le disposizioni degli accordi internazionali e quelle della disciplina interna.<sup>114</sup>

Ad una più attenta analisi, peraltro, nell'ambito delle relazioni esterne si evidenziano dei *topoi* argomentativi che non trovano corrispondenza nella giurisprudenza relativa all'applicazione del principio della *preemption* nella sfera interna. In primo luogo, la Corte di giustizia ha ritenuto che può esservi un'incidenza sulle norme comuni anche quando le disposizioni dell'accordo internazionale controverso siano in gran parte coincidenti con dette norme.<sup>115</sup> Al riguardo, si è affermato che, anche in caso di perfetta corrispondenza fra la normativa dell'Unione e quella dell'accordo, l'adozione di obblighi nei confronti degli Stati terzi potrebbe ridurre il margine operativo del legislatore dell'Unione.<sup>116</sup> In secondo luogo, la Corte di giustizia ha statuito che l'inserimento nell'accordo di una clausola c.d. di disgiunzione – che sancisce la deferenza dell'accordo nei confronti delle regole comuni – non esclude la possibilità d'incidenza su queste ultime ma può, al contrario, costituirne l'indice.<sup>117</sup> In terzo luogo, la giurisprudenza ha precisato che per determinare se l'accordo riguarda un settore «già in gran parte disciplinato» da norme dell'Unione occorre tenere conto non soltanto dello stato attuale del diritto dell'Unione nel settore interessato, ma anche delle sue prospettive di evoluzione, qualora esse siano prevedibili al momento dell'analisi.<sup>118</sup>

Nel complesso, tali percorsi argomentativi possono far sì che il medesimo atto dell'Unione produca, nella sfera esterna, un ambito di esclusività più esteso dell'area in cui, sul piano interno, preclude l'intervento degli Stati. Ciò non deve sorprendere: l'esclusività delle competenze esterne discende infat-

<sup>114</sup> Ivi, punti 22 e 23.

<sup>115</sup> Parere 2/91 del 19 marzo 1993, in *Racc.* p. I-1061, punto 26 e sentenza del 5 novembre 2002, *Commissione c. Danimarca*, Causa C-467/98, *Racc.* p. I-9519, punto 82.

<sup>116</sup> Conclusioni riunite dell'avvocato generale Tizzano del 31 gennaio 2002, *Commissione c. Regno Unito*, *Commissione c. Danimarca*, *Commissione c. Svezia*, *Commissione c. Finlandia*, *Commissione c. Belgio*, *Commissione c. Lussemburgo*, *Commissione c. Austria*, *Commissione c. Germania*, Cause da C-467/98 a C-472/98, C-475/98 e C-476/98, in *Racc.* 2002 p. I-09427, punto 72: «nelle materie coperte da norme comuni gli Stati membri non possano concludere accordi internazionali neppure se il loro testo riproducesse letteralmente quello delle norme comuni o rinviasse a queste».

<sup>117</sup> Parere 1/03 del 7 febbraio 2006, *Racc.* p. I-1145, punto 130.

<sup>118</sup> Ivi, punto 126.

ti dall'«incidenza» di un accordo internazionale sulle norme comuni;<sup>119</sup> la *preemption* nell'ambito delle competenze interne consegue, invece, al «conflitto» fra le norme nazionali ed il diritto derivato. Posto che la nozione di «incidenza» è intrinsecamente più ampia di quella di «conflitto», risulta del tutto naturale che la limitazione dei poteri degli Stati sia più estesa sul piano esterno che sul piano interno.

Tali dissimmetrie in sede applicativa rispecchiano, del resto, la diversa natura giuridica dei due principî in esame:<sup>120</sup> la *preemption* è un effetto del diritto derivato che inibisce *reversibilmente*, ossia fino all'eventuale abrogazione degli atti in questione, l'*esercizio* delle competenze nazionali sul piano interno;<sup>121</sup> l'esclusività ai sensi dell'art. 3, n. 2, ultima parte, TFUE è sospensivamente condizionata al rischio d'incidenza sulle norme comuni adottate in un dato settore, ma scaturisce dal diritto primario ed ha l'effetto di privare *irreversibilmente* gli Stati membri della *titolarità* della loro competenza esterna nella materia interessata.<sup>122</sup> Difatti, mentre l'art. 2, n. 2,

<sup>119</sup> Sul punto E. CANNIZZARO, *Le relazioni esterne della Comunità: verso un nuovo paradigma unitario?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 2, 2007, p. 223 e ss.; Idem, *Unity and Pluralism in the EU's Foreign Relations Power*, in C. BARNARD (a cura di), *The Fundamentals of European Law revisited*, Oxford University Press, Oxford, 2007; Idem, *Fragmented Sovereignty? The European Union and its Member States in the International Arena*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 13, 2003, pp. 35-57; A. LANG, *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, in M. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. I, p. 804 e ss.; L. ROSSI, *Conclusione di accordi internazionali e coerenza del sistema: l'esclusività della competenza comunitaria*, cit., p. 1008 ss.; A. TIZZANO, *Note in tema di relazioni esterne dell'Unione europea*, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 31 e ss.; E. BARONCINI, S. CAFARO, C. NOVI, *Le relazioni esterne dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2012.

<sup>120</sup> Così P. EECKHOUT, *EU external relations law*, Oxford University Press, Oxford, 2011 p. 118: «It may be helpful to look at the doctrine of exclusive implied powers (or AETR) as located somewhere between pure conflict pre-emption and a *priori* Treaty-based exclusive competence, such as in matters of commercial policy and conservation of fish resources». A favore dell'assimilazione tra esclusività esterna implicita e *preemption* legislativa è, invece, R. SCHÜTZE, *Parallel External Powers in the European Community: From 'Cubist' Perspectives Towards 'Naturalist' Constitutional Principles?*, in *Yearbook of European Law*, 2004, pp. 260-265.

<sup>121</sup> Si rinvia alle considerazioni svolte infra al paragrafo 3.2.

<sup>122</sup> Cfr. Parere della Corte del 19 marzo 1993, *Convenzione OIL n. 170 in materia di sicurezza durante l'impiego delle sostanze chimiche sul lavoro*, Parere 2/91, in Racc. 1993 p. I-01061, punto 9: «La natura esclusiva o meno della competenza della Comunità non soltanto deriva dalle norme del Trattato, ma può anche dipendere dalla portata dei provvedimenti che le istituzioni comunitarie hanno emanato in applicazione di dette norme e che possono privare gli Stati membri di una competenza di cui precedentemente godevano a titolo transitorio»; Parere della Corte del 15 novembre 1994, n. 1/94, in Racc. 1994 p. I-05267, punto 96 «L'Unione «acquista una competenza esterna esclusiva in misura corrispondente» agli atti adottati sul piano interno.

ultimo periodo, TFUE e la Dichiarazione n. 18 prevedono chiaramente che, se l'Unione cessa di esercitare la propria competenza concorrente, gli Stati membri possono nuovamente esercitare i loro poteri,<sup>123</sup> l'assenza di un'analoga previsione nell'ambito delle competenze esclusive permette di dedurre *a contrario* che l'abrogazione delle regole comuni adottate nella sfera interna non comporta la reviviscenza delle corrispondenti competenze statali sul piano esterno.

### 3. Preemption e competenze concorrenti

Il fenomeno della *preemption* appare consustanziale alle competenze concorrenti, definite all'art. 2, n. 2, TFUE come i settori in cui gli «Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria». La *preemption*, difatti, «disciplina il rapporto di concorrenzialità proprio di questa tipologia di competenza»<sup>124</sup> e «riguarda l'uso esaustivo o meno ad opera della Comunità di una competenza ad essa attribuita a titolo concorrente».<sup>125</sup> Non sorprende, pertanto, che le prime pronunce giurisprudenziali relative al principio di preclusione riguardavano due settori di competenza concorrente: il mercato interno e la politica agricola comune.

Peraltro, le competenze concorrenti di cui all'art. 4 TFUE comprendono settori in cui l'Unione dispone di poteri d'intensità variabile.<sup>126</sup> Innanzitutto, ai sensi dell'art. 4, nn. 3 e 4, TFUE, nei settori della ricerca, dello sviluppo tecnologico e dello spazio, nonché della cooperazione allo sviluppo e dell'aiuto umanitario – che costituiranno oggetto di specifico

<sup>123</sup> Né l'art. 2, n. 2, TFUE né la Dichiarazione n. 18 appaiono suscettibili di applicazione in via analogica alle competenze esclusive esterne. Cfr. le Conclusioni dell'avvocato generale Kokott del 27 giugno 2013, *Commissione c. Consiglio (Convenzione europea servizi accesso condizionato)*, Causa C-137/12, non ancora pubblicate, in cui si esclude che il protocollo n. 25 relativo all'esercizio della competenza concorrente possa delimitare, direttamente o indirettamente, la portata della competenza esclusiva dell'Unione per la conclusione di trattati internazionali di cui all'art. 3, n. 2, ultima parte, TFUE.

<sup>124</sup> R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 517. Si veda inoltre E. CANNIZZARO, *Sovranità degli Stati ed esercizio di competenze dell'Unione Europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2000, p. 241-265.

<sup>125</sup> K. LENAERTS, *Les répercussions des compétences de la Communauté européenne sur les compétences externes des Etats membres et la question de "preemption"*, In P. DEMARET (a cura di), *Relations extérieures de la Communauté européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*, 1986, p. 42.

<sup>126</sup> P. DE PASQUALE, *Il riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, n. 1, pp. 60-69.

approfondimento nell'ambito del paragrafo 4.1 dedicato alle competenze «parallele» – l'esercizio da parte dell'Unione delle proprie competenze non può «avere per effetto di impedire agli Stati membri di esercitare la loro».<sup>127</sup> Inoltre, lo stesso elenco di competenze concorrenti di cui all'art. 4, n. 2, TFUE abbraccia materie piuttosto eterogenee: vi sono settori in cui l'Unione ha sempre avuto a disposizione strumenti incisivi, quali il mercato interno e la politica agricola comune; settori originariamente ascrivibili alla cooperazione intergovernativa, quali la cooperazione giudiziaria in materia penale; settori in cui l'intervento dell'Unione è soggetto alla facoltà degli Stati membri di prevedere misure di protezione rafforzata, come l'ambiente. All'interno di ciascun settore, inoltre, vi sono ambiti in cui il diritto primario sembra porre ulteriori vincoli al fenomeno della preclusione enfatizzando le prerogative degli Stati: è il caso, ad esempio, dei servizi di interesse economico generale.

Per comodità d'esposizione, saranno innanzitutto esaminate due questioni di carattere transettoriale, che interessano il fenomeno della *preemption* nel contesto di tutte le competenze concorrenti: la definizione di «competenza concorrente» alla luce del protocollo n. 25 ed il principio di reversibilità. In seguito, si procederà alla disamina individuale di alcuni settori (mercato interno, politica agricola comune, ambiente, cooperazione giudiziaria in materia penale, servizi di interesse economico generale) per valutare le principali limitazioni settoriali imposte dal diritto primario al principio della preclusione.

### 3.1. La definizione di «competenza concorrente»

Secondo alcuni Autori, la definizione di «competenza concorrente» di cui all'art. 2, n. 2, TFUE come ambito in cui in cui gli Stati membri «esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria» sarebbe riconducibile alla logica del c.d. federalismo duale: una stessa materia non può essere contestualmente disciplinata da norme dell'Unione e norme nazionali.<sup>128</sup> Tale concezione si tradurrebbe in un *favor* per la preclusione di campo, che rispecchia tale separazione fra azione dell'Unione e intervento degli Stati. Le forme più blande di *preemption*, invece, dovreb-

<sup>127</sup> Artt. 4, nn. 3 e 4, TFUE.

<sup>128</sup> Sul punto R. SCHÜTZE, *Lisbon and the Federal Order of Competences: a Prospective Analysis*, in *European Law Review*, vol. 33, n. 5, 2008, pp. 714-717. Tale tesi era già stata espressa con riferimento al corrispondente articolo del Trattato costituzionale da H. BRIBOSIA, *La répartition des compétences entre l'Union et ses Etats Membres*, in M. DONY e E. BRIBOSIA (a cura di) *Commentaire de la Constitution de l'Union Européenne*, p. 59.

bero ritenersi abolite, nella misura in cui consentono la coesistenza, nella medesima materia, di norme dell'Unione e norme nazionali.<sup>129</sup>

Tale *reductio ad unum* delle tipologie di preclusione, peraltro, sembra smentita dalla previsione, da parte del TFUE, di varie clausole di armonizzazione minima nei settori di competenza concorrente.<sup>130</sup> L'espresso riconoscimento agli Stati membri della facoltà di introdurre misure di protezione rafforzata rispetto agli atti adottati dal legislatore dell'Unione,<sup>131</sup> difatti, appare incompatibile con l'affermazione di un'automatica preclusione dell'intervento statale nei settori in cui l'Unione ha esercitato i propri poteri.<sup>132</sup> Inoltre, come rilevato in dottrina, l'art. 2, n. 2, TFUE esclude l'intervento degli Stati soltanto *nella misura in cui* l'Unione ha esercitato i propri poteri, affidando quindi alle istituzioni dell'Unione il compito di determinare l'intensità del proprio intervento e, di conseguenza, la portata della preclusione dell'azione degli Stati.<sup>133</sup> Il protocollo n. 25 allegato al Trattato di Lisbona, poi, prevede espressamente che, nell'ambito delle competenze concorrenti, «quando l'Unione agisce in un determinato settore, il campo di applicazione di questo esercizio di competenza copre unicamente gli elementi disciplinati dall'atto dell'Unione in questione e non copre pertanto l'intero settore».

L'illustrazione dell'esercizio delle competenze concorrenti contenuta nel protocollo n. 25 sembra capovolgere il precedente scenario interpretativo, ponendo *hors de la loi* la preclusione di campo e facendo salve unicamente le tipologie di *preemption* meno intense. Ciò sarebbe del tutto coerente con la

<sup>129</sup> Sul punto R. SCHÜTZE, *Lisbon and the Federal Order of Competences: a Prospective Analysis*, in *European Law Review*, vol. 33, n. 5, 2008, pp. 714-717. Tale lettura è altresì presa in considerazione da G. GAJA e A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Laterza, Roma, 2012, p. 140.

<sup>130</sup> In tal senso, *ivi*, p. 141.

<sup>131</sup> Nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ad esempio, l'art. 82, n. 2, TFUE consente al legislatore dell'Unione di stabilire «norme minime» per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale. Nel contesto della politica sociale, del pari, l'art. 153, n. 2, lett. b), TFUE permette l'adozione di «prescrizioni minime applicabili progressivamente» in materia di ambiente di lavoro, condizioni di lavoro, sicurezza sociale, ecc.. In materia di ambiente, l'art. 193 TFUE afferma che i provvedimenti dell'Unione in tale settore «non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere e di prendere provvedimenti per una protezione ancora maggiore».

<sup>132</sup> P. CRAIG, *Competence: Clarity, Conferral, Containment and Consideration*, in *European Law Review*, vol. 29, n. 3, 2004, pp. 334.

<sup>133</sup> P. CRAIG e G. DE BÚRCA, *EU Law*, quinta edizione, OUP, Oxford, 2011, p. 84; P. CRAIG, *Competence: Clarity, Conferral, Containment and Consideration*, in *European Law Review*, vol. 29, n. 3, 2004, pp. 334-335.

tendenza delle precedenti revisioni dei Trattati istitutivi, orientate al contenimento del fenomeno della *preemption* e della deriva centripeta delle competenze, secondo le indicazioni della dichiarazione di Laeken.<sup>134</sup> Contro tale tesi si pone, peraltro, l'espressa previsione, nella parte terza del TFUE, del potere dell'Unione di stabilire norme uniformi.<sup>135</sup> Anche la prassi legislativa successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona sembra confermare la liceità di forme di regolamentazione esaustiva.<sup>136</sup> Del pari, il protocollo n. 25 non ha impedito alla Corte di giustizia di dichiarare, anche in tempi recenti, che alcuni campi erano stati interamente occupati da atti dell'Unione.<sup>137</sup>

In definitiva, dalla definizione di «competenza concorrente», di cui all'art. 2, n. 2, TFUE ed al protocollo n. 25, non sembrano evincersi indicazioni generali circa l'applicazione del principio della *preemption* nell'ambito delle competenze concorrenti.<sup>138</sup> Sembra invece di poter rinvenire in tali disposizioni

<sup>134</sup> Cfr. la Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione europea, allegata alle Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 14 e 15 dicembre 2001, SN 300/1/01 REV1, pp. 21-22.

<sup>135</sup> Nell'ambito del mercato interno, ad esempio, l'art. 118 TFUE autorizza il legislatore dell'Unione a stabilire misure «per la creazione di titoli europei al fine di garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione e per l'istituzione di regimi di autorizzazione, di coordinamento e di controllo centralizzati a livello di Unione».

<sup>136</sup> Nel contesto delle competenze dell'Unione in materia di energia, ad esempio la Direttiva 2010/30/UE del Parlamento e del Consiglio, del 19 maggio 2010, concernente l'indicazione del consumo di energia e di altre risorse dei prodotti connessi all'energia, mediante l'etichettatura ed informazioni uniformi relative ai prodotti, *GU L 153* del 18.6.2010, pp. 1-12, all'art. 3, n. 1, lettera b), prevede che «per i prodotti disciplinati dalla presente direttiva, [è] vietato apporre etichette, marchi, simboli o iscrizioni, i quali non siano conformi ai requisiti della presente direttiva e dei pertinenti atti delegati».

<sup>137</sup> Si veda, ad esempio, la sentenza della Corte del 14 aprile 2011, *Vlaamse Dierenartsenvereniging VZW (C-42/10, C-45/10 e C-57/10) e Marc Janssens (C-42/10 e C-45/10) c. Belgische Staat*, Cause riunite C-42/10, C-45/10 e C-57/10, in *Racc.* 2011 p. I-02975, punto 61, in cui si afferma che la decisione 2003/803, in materia di politica agricola comune, definisce «un documento uniforme [...] le cui forme e il cui contenuto sono imposti agli Stati membri, fatti salvi adeguamenti di minore importanza, tassativamente previsti all'allegato II, C, punto 4, della citata decisione»; sentenza della Corte del 14 gennaio 2010, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c. Plus Warenhandels-gesellschaft mbH, Causa C-304/08*, in *Racc.* 2010 p. I-00217, punto 45, ove si legge che l'allegato I della direttiva 2005/29 prevede «un elenco esaustivo di 31 pratiche commerciali» e che «solo tali pratiche possono essere considerate sleali senza una valutazione caso per caso». Entrambe tali pronunce fanno riferimento, peraltro, ad atti adottati prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

<sup>138</sup> Al riguardo, R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 2010, p. 523 afferma che, nell'ambito delle competenze concorrenti, «il principio della *pre-emption* è differentemente modulato per certi settori». Cfr. inoltre J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 135: «Il protocollo 25 ha chiarito [che] per le competenze concorrenti il concetto di prelazione significa solo che gli stati membri perdono la capacità di

l'intento di limitare l'applicazione del paradigma della preclusione di campo, sebbene di ciò non vi siano conferme dirette.<sup>139</sup> Non è peraltro escluso che la giurisprudenza possa valorizzare tali riferimenti contenuti nel diritto primario e dedurne un canone ermeneutico che escluda, fino a prova contraria, l'applicazione della preclusione di campo, contribuendo così al contenimento del fenomeno della *preemption*.

### 3.2. Il principio di reversibilità

Posto che la definizione di «competenza concorrente» non sembra avere, allo stato, particolare influenza sull'applicazione del principio della *preemption* nell'ambito delle competenze concorrenti, occorre interrogarsi se un altro elemento comune a tale categoria di competenze, ossia il principio di reversibilità, possa contribuire alla chiarificazione o al contenimento del fenomeno della *preemption* in tale ambito.

In via preliminare, occorre rilevare che l'espressione «principio di reversibilità» può essere intesa in due sensi.<sup>140</sup> Nella sua accezione «costituzionale», indica la riduzione delle competenze dell'Unione che consegue ad una revisione dei Trattati mediante la procedura di revisione ordinaria<sup>141</sup> ovvero, secondo alcuni, la procedura di revisione semplificata.<sup>142</sup> Tale riduzione può tanto consistere nella completa restituzione agli Stati membri della titolarità della competenza in un determinato settore, quanto nella «degradazione» di una data materia ad una categoria di competenza che prevede un più ampio intervento degli Stati membri (es. da competenza esclusiva a competenza concorrente, da competenza concorrente a competenza di sostegno ecc.). Nella sua accezione «legislativa», invece, la reversibilità indi-

fare uso della loro competenza in modo autonomo, nella misura in cui un settore è disciplinato da un atto di diritto derivato».

<sup>139</sup> Sia consentito il rinvio alle considerazioni espresse in A. ARENA, *The Doctrine of Union Preemption in the EU Internal Market: Between Sein and Sollen*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 17, 2011, pp. 526-527.

<sup>140</sup> Al riguardo si veda R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 2010, p. 517.

<sup>141</sup> La Dichiarazione n. 18 relativa alla delimitazione delle competenze fa espressamente rinvio alla procedura di revisione ordinaria, di cui all'art. 48, nn. 2-5, TFUE, quale strumento «per accrescere o ridurre le competenze attribuite all'Unione». Cfr. inoltre M. FRAGOLA, *Deficit democratico e procedura di revisione dei trattati nel processo di integrazione europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, n. 3, pp. 629-642.

<sup>142</sup> In tal senso R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 2010, nota 30, che ammette il ricorso alla procedura di revisione semplificata esclusivamente per la modifica in senso regressivo della parte terza del TFUE.

vidua le conseguenze derivanti dall'abrogazione di un atto legislativo adottato nell'ambito di una competenza concorrente, ossia la facoltà degli Stati di utilizzare nuovamente i poteri il cui esercizio era, fino a quel momento, precluso dall'atto in questione.<sup>143</sup>

La restituzione agli Stati, previa revisione dei Trattati, della titolarità di una competenza in un determinato settore appare, per ragioni di carattere politico-economico, al momento piuttosto remota.<sup>144</sup> Risulta quindi difficile valutarne la valenza ai fini della chiarificazione e del contenimento del fenomeno della *preemption*. Peraltro, se tale eventualità dovesse realizzarsi, si porrebbe il problema dell'efficacia preclusiva degli atti di diritto derivato adottati nelle materie restituite agli Stati membri. La sottrazione di competenze all'Unione, difatti, impedisce alla stessa di adottare nuovi atti, ma non conduce, di per sé, alla decadenza degli atti in vigore, i quali continuerebbero a precludere agli Stati di esercitare le competenze rinazionalizzate. In tali circostanze non sembra possibile applicare, in maniera speculare, la soluzione adottata dalla Corte di giustizia in occasione dell'affermazione delle competenze esclusive della Comunità,<sup>145</sup> ossia condizionare sospensivamente la vigenza degli atti adottati dall'Unione alla loro sostituzione ad opera dei legislatori nazionali. Sarebbe infatti difficile riconciliare tale carattere «cedevole» della legislazione sovranazionale con il principio del primato del diritto dell'Unione. Anche l'abrogazione di tali atti da parte dell'Unione non sarebbe priva d'inconvenienti: secondo il principio del *contrarius actus*, difatti, l'abrogazione di un atto richiede l'esperimento della medesima procedura utilizzata per la sua adozione. L'effettiva riespansione delle competenze statali, pertanto, potrebbe essere differita *sine die* non solo dall'inerzia della Commissione,<sup>146</sup> ma anche dal voto contrario di una minoranza degli Stati membri (gli atti dell'Unione, difatti, sono prevalentemente adottati a maggioranza qualificata, se non all'unanimità).<sup>147</sup> Sembra pertanto che la solu-

<sup>143</sup> Sul punto M. DONY, *Droit de l'Union Européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2012, p. 72.

<sup>144</sup> Così R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 2010, p. 512.

<sup>145</sup> Sentenza della Corte del 5 maggio 1981, *Commissione c. Regno Unito di Gran Bretagna e d'Irlanda del Nord*, Causa 804/79, in *Racc.* 1981 p. 01045, punto 21; sentenza della Corte del 13 dicembre 1973, *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders c. NV Indiamex e società di fatto De Belder*, Cause riunite 37 e 38/73, in *Racc.* 1973 p. 01609, punti 18/20.

<sup>146</sup> Nella dichiarazione n. 18 si precisa, peraltro, che la Commissione ha dichiarato che presterà «particolare attenzione» alle richieste, presentate uno o più dei membri del Consiglio, di proposte di abrogazione.

<sup>147</sup> Sul punto A. VON BOGDANDY e J. BAST, *The Federal Order of Competence, Principles of European Constitutional Law*, seconda edizione, Hart, Oxford, 2009, a p. 304, rilevano

zione più soddisfacente per assicurare l'effettivo rimpatrio delle competenze sia l'inserimento, all'interno dell'atto di revisione, di una *sunset clause*, ossia un termine alla cui scadenza il diritto derivato vigente nel settore interessato decade *ipso iure*, ovvero di procedure di abrogazione *ad hoc*, che richiedano maggioranze meno ampie rispetto a quelle richieste per l'adozione degli atti abrogandi (come suggerito dal Gruppo di lavoro V della Convenzione europea per l'abrogazione degli atti adottati in base alla clausola di flessibilità).<sup>148</sup>

La reversibilità «legislativa», ossia attuata mediante l'abrogazione di atti di diritto derivato, fornisce alcuni spunti di chiarificazione sulla natura degli effetti preclusivi prodotti dal diritto derivato sulle competenze degli Stati membri. Secondo un primo orientamento dottrinale, l'esercizio da parte dell'Unione delle proprie competenze concorrenti priva irrevocabilmente gli Stati membri della competenza a legiferare nel settore interessato.<sup>149</sup> In base a tale impostazione, l'abrogazione di un atto dell'Unione farebbe venir meno la disciplina in esso contenuto ma non il suo effetto preclusivo nei confronti dell'azione statale, con la conseguenza che il campo occupato da tale atto resterebbe non disciplinato, a meno che l'Unione non decida di occuparlo nuovamente.<sup>150</sup> Secondo un altro orientamento, invece, quando l'Unione esercita una competenza concorrente non priva gli Stati membri della titolarità di dette competenze,<sup>151</sup> ma si limita ad inibirne temporaneamente l'esercizio. Di conseguenza, l'abrogazione di un atto dell'Unione comporta il «risveglio» della competenza nazionale «dormiente», la quale può nuovamente essere esercitata al fine di colmare la lacuna.<sup>152</sup>

Alcune pronunce della Corte di giustizia hanno contribuito ad alimentare tali incertezze. Emblematica è al riguardo la sentenza *Cidrerie*.<sup>153</sup> La

che «it would be a grave error to assume that qualified majorities, let alone unanimity, in the Council are always autonomy-friendly».

<sup>148</sup>Convenzione europea, Relazione finale del Gruppo di lavoro V - "Competenze complementari", 2002, pp. 16-17: «L'articolo 308 dovrebbe prevedere che gli atti adottati ai suoi sensi possono essere abrogati a maggioranza qualificata».

<sup>149</sup>L. W. GORMLEY, *Free Movement of Goods and Pre-emption of State Power*, in C. BARNARD, A. ARNULL, M. DOUGAN e E. SPAVENTA (a cura di), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart, Oxford, 2011, pp. 373-374.

<sup>150</sup>D. DITTERT, *Die ausschliesslichen Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im System des EG Vertrags*, p. 131.

<sup>151</sup>M. ZULEEG, *Vorbehaltene Kompetenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiete des Umweltschutzes*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1987, p. 281.

<sup>152</sup>R. SCHÜTZE, *Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, pp. 1040-1041.

<sup>153</sup> Sentenza della Corte del 12 ottobre 2000, *Cidrerie Ruwet SA c. Cidre Stassen SA e HP Bulmer Ltd*, Causa C-3/99, in *Racc.* 2000 p. I-08749. Si veda inoltre F. CAPELLI, *Direttive di armonizzazione totale, direttive di armonizzazione parziale e direttive opzionali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2000, pp. 755-764.

direttiva 75/106 aveva realizzato un'armonizzazione completa nel settore degli imballaggi preconfezionati vietando lo smercio degli imballaggi non conformi alle specifiche di cui all'allegato III della direttiva.<sup>154</sup> Tale divieto era stato successivamente abrogato dalla direttiva 79/1005,<sup>155</sup> ma il Belgio non aveva modificato la propria legislazione, continuando a vietare la commercializzazione degli imballaggi non rientranti nei parametri contenuti nel predetto allegato III.<sup>156</sup> La competenza di tale Stato membro a disciplinare il commercio degli imballaggi in questione doveva ritenersi (ancora) preclusa dalla direttiva 75/106 o poteva nuovamente essere esercitata a seguito dell'abrogazione del conferente divieto realizzata dalla direttiva 79/1005? La motivazione della sentenza sembra ispirarsi a quest'ultima impostazione: la Corte, difatti, ha dapprima rilevato che, per effetto della direttiva 79/1005, la direttiva 75/106 non vietava più la commercializzazione degli imballaggi non conformi,<sup>157</sup> quindi ha affermato che «[i]n assenza di armonizzazione delle legislazioni nazionali» il divieto contenuto nella legislazione belga doveva essere valutato alla luce dell'attuale art. 34 TFUE come misura ad effetto equivalente ad una restrizione quantitativa alla libera circolazione delle merci.<sup>158</sup> Il dispositivo della sentenza, invece, sembra fare propria la logica opposta, nella misura in cui afferma che «la direttiva 75/106 [...] non consente agli Stati membri di vietare [...] lo smercio di imballaggi preconfezionati» non conformi all'allegato III di detta direttiva.<sup>159</sup>

La consacrazione normativa, ad opera del Trattato di Lisbona, del principio della reversibilità legislativa fornisce una risposta a tali interrogativi. L'art. 2, n. 2, TFUE, difatti, afferma espressamente che, nelle materie di competenza concorrente, gli Stati membri «esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria». La dichiarazione n. 18 specifica che quest'ultima eventualità si realizza proprio quando le Istituzioni dell'Unione abrogano un atto legislativo. Pertanto, sembra potersi

<sup>154</sup> Direttiva 75/106/CEE del Consiglio, del 19 dicembre 1974, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al precondizionamento in volume di alcuni liquidi in imballaggi preconfezionati, *GU L* 42 del 15.2.1975, pp. 1–13.

<sup>155</sup> Direttiva 79/1005/CEE del Consiglio, del 23 novembre 1979, che modifica la direttiva 75/106/CEE per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative al precondizionamento in volume di alcuni liquidi in imballaggi preconfezionati, *GU L* 308 del 4.12.1979, pp. 25–29.

<sup>156</sup> S. ILLARI, *La direttiva CEE 75/106 e la sua trasposizione nell'ordinamento belga: alcune considerazioni a prima lettura*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, pp. 427–430.

<sup>157</sup> Sentenza *Cidre rie Ruwet*, cit., punto 43.

<sup>158</sup> Ivi, punto 46.

<sup>159</sup> Ivi, parte prima del dispositivo.

concludere che l'abrogazione di un atto dell'Unione determina anche l'immediata cessazione dei suoi effetti preclusivi, con conseguente riapertura all'intervento statale dell'ambito precedentemente disciplinato da tale atto, fino alla sua eventuale rioccupazione da parte della normativa dell'Unione.

### 3.3. *L'applicazione della preemption in alcuni settori di competenza concorrente: il mercato interno*

Dopo aver analizzato due aspetti comuni al complesso delle competenze concorrenti, ossia la definizione di tali competenze ed il principio di reversibilità, occorre esaminare l'applicazione del principio della *preemption* nell'ambito di specifici settori di competenza concorrente. Tale disamina inizierà dal mercato interno, in cui il fenomeno della *preemption* si è manifestato in tempi molto risalenti.

Fin dagli esordi della Comunità, il mercato comune si è presentato come un settore in cui era necessario realizzare un elevato livello di integrazione. Secondo il rapporto Spaak, la fusione dei mercati nazionali rappresentava «una necessità assoluta» per evitare lo spreco di risorse e razionalizzare la produzione europea.<sup>160</sup> A tal fine, il Trattato di Roma poneva a disposizione del legislatore comunitario diverse basi giuridiche, generali e settoriali, per adottare misure di ravvicinamento delle legislazioni nazionali. L'approvazione di tali misure, almeno fino all'Atto unico europeo, è avvenuta all'unanimità.

Alla luce di tali premesse, non sorprende che il principio della *preemption* abbia fatto la sua comparsa nell'ambito del mercato interno nella sua variante più intensa, vale a dire la preclusione di campo. Emblematica è, al riguardo la sentenza *Unger* del 1964.<sup>161</sup> Il regolamento 3/58, uno dei primi atti legislativi adottati dal Consiglio della CEE, aveva armonizzato alcuni aspetti della sicurezza sociale dei lavoratori migranti prevedendo che gli stessi, una volta iscritti presso un'istituzione assistenziale di uno Stato membro, beneficiavano dell'indennità di malattia anche in caso di temporanea dimora nel territorio di un altro Stato membro.<sup>162</sup> La sig.ra Unger, residente ed iscritta presso un istituto di previdenza ad Amsterdam, si era recata per motivi familiari a Münster ove aveva beneficiato di cure mediche. Al suo ritorno nei Paesi Bassi, peraltro, l'indennità di malattia le era stata negata in quanto,

<sup>160</sup> Comitato intergovernativo della Conferenza di Messina, Rapporto dei Capi di delegazione ai ministri degli affari esteri (Rapporto Spaak), Bruxelles, 1956, p. 13.

<sup>161</sup> Sentenza della Corte del 19 marzo 1964, *M.K.H. Unger in Hoekstra c. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*, Causa 75/63, in Racc. 1964 p. 351.

<sup>162</sup> Regolamento (CEE) n. 3/58 del Consiglio del 25 settembre 1958 per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti, *GU* 30 del 16.12.1958, pp. 563-596.

secondo la legislazione nazionale, era prevista unicamente per i soggiorni all'estero previamente autorizzati e rispondenti a determinati requisiti. La Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione del regolamento 3/58, ha rilevato che lo stesso non prevedeva «alcuna eccezione a svantaggio degli interessati, in specie per quanto riguarda il motivo del soggiorno all'estero» e che pertanto precludeva l'applicazione di norme interne che subordinassero l'indennità di malattia in caso di soggiorno all'estero «a condizioni più rigorose di quelle applicabili nell'ipotesi in cui l'interessato si sia ammalato mentre si trovava nel territorio dello stato cui appartiene l'ente previdenziale».<sup>163</sup>

La Corte di giustizia ha continuato ad applicare regolarmente il paradigma della preclusione di campo almeno fino alla fine degli anni '70, come risulta dalle sentenze *Maris*<sup>164</sup> e *Ratti*.<sup>165</sup> La prima riguardava ancora una volta la materia della sicurezza sociale dei lavoratori migranti, in cui il citato regolamento 3/58 era stato nel frattempo sostituito dal regolamento 1408/71,<sup>166</sup> un provvedimento di più ampio respiro in cui, fra le altre cose, si prevedeva che le richieste ed i documenti presentati dai lavoratori, beneficiari del regime di previdenza sociale contenuto nel regolamento, non potevano essere respinti dalle autorità di uno Stato membro per la circostanza di essere redatti nella lingua ufficiale di un altro Stato membro. Il Tribunale del lavoro del circondario di Anversa, peraltro, si era interrogato se tale previsione trovasse applicazione anche a favore dei lavoratori cittadini dello Stato membro del giudice adito. La Corte di giustizia, statuendo in sede pregiudiziale, ha affermato che la conferente disposizione del regolamento 1408/71 «esclude[va] [...] l'applicazione di qualsiasi disposizione eventualmente divergente o contrastante, in vigore in uno degli Stati membri»<sup>167</sup> e che gli Stati non avevano «alcuna facoltà di stabilire [...] distinzioni in ragione della cittadinanza o della residenza delle persone interessate».<sup>168</sup> Nella

<sup>163</sup> Sentenza *Unger*, cit., punto 2, ultimo capoverso, della parte in diritto.

<sup>164</sup> Sentenza della Corte del 6 dicembre 1977, *Marguerite Maris, in Reboulet c. Office national des pensions pour travailleurs salariés*, Causa 55/77, in Racc. 1977 p. 02327. Si veda il commento di D. WYATT, *Recent Cases on Regulation 1408/71. Article 84(4): The Language of Claims*, in *European Law Review*, 1978, pp. 399-400.

<sup>165</sup> Sentenza della Corte del 5 aprile 1979, *Procedimento penale a carico di Tullio Ratti*, Causa 148/78, in Racc. 1979 p. 01629.

<sup>166</sup> Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, *GU L* 149 del 5.7.1971, pp. 2-50.

<sup>167</sup> *Ivi*, punto 18.

<sup>168</sup> *Ivi*, punto 19.

sentenza *Ratti*,<sup>169</sup> del 1979, la Corte si è invece occupata dell'interpretazione della direttiva n. 73/173 relativa alla classificazione, all'imballaggio e all'etichettatura dei preparati pericolosi. Secondo lo schema della preclusione di campo, la Corte ha affermato che, in tale materia, gli Stati membri non potevano stabilire «condizioni più restrittive, né più precise di quelle della direttiva di cui trattasi, o comunque da queste diverse».<sup>170</sup>

Nel corso degli anni '80 si sono verificati due importanti mutamenti nelle disposizioni di diritto primario relative al mercato interno. In primo luogo, l'Atto unico europeo ha previsto la possibilità di adottare a maggioranza qualificata misure relative al ravvicinamento delle legislazioni nazionali per l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. In secondo luogo, è stata introdotta la facoltà per gli Stati membri di derogare a tali misure di armonizzazione attraverso il meccanismo di controllo previsto all'art. 100 A, n. 4, CEE ovvero in virtù di clausole di salvaguardia inserite «nei casi appropriati» nelle stesse misure di armonizzazione in base al par. 5 di tale articolo.

La deroga di cui al par. 4 dell'art. 100 A CEE,<sup>171</sup> in apparenza suscettibile di avere un'incidenza diretta nel contenimento del fenomeno della *preemption*, ha ricevuto scarsa applicazione nella prassi.<sup>172</sup> Tale previsione, però, ha assunto un forte valore simbolico in quanto, insieme al par. 5 del medesimo articolo, ha portato per la prima volta nel testo del Trattato «il lessico della *non-preemption*»,<sup>173</sup> incrinando «l'ortodossia costituzionale della *preemption*»<sup>174</sup> e consentendo ai modelli di preclusione più blandi di venire alla

<sup>169</sup> Sentenza della Corte del 5 aprile 1979, *Procedimento penale a carico di Tullio Ratti*, Causa 148/78, in Racc. 1979 p. 01629.

<sup>170</sup> Ivi, punto 33.

<sup>171</sup> Per alcune impressioni «a caldo» su tale clausola si vedano in particolare C. EHLER-MANN, *The internal market following the Single european act*, in *Common market law review*, vol. 24, 1987, pp. 361 e ss.; P. PESCATORE, *Some critical remarks on the Single european act*, in *Common market law review*, vol. 24, 1987, pp. 9 e ss..

<sup>172</sup> Si vedano, ad esempio, la sentenza della Corte del 13 settembre 2007, *Land Oberösterreich e Repubblica d'Austria c. Commissione*, Cause riunite C-439/05 P e C-454/05 P, in Racc. 2007 p. I-07141; sentenza del Tribunale di primo grado dell'8 novembre 2007, *Regno dei Paesi Bassi c. Commissione*, Causa T-234/04, in Racc. 2007 p. II-04589; sentenza del Tribunale di primo grado del 27 giugno 2007, *Regno dei Paesi Bassi c. Commissione*, Causa T-182/06, in Racc. 2007 p. II-01983. Per un esame di alcune applicazioni di tale deroga si veda L. KRAMER, *Environmental Protection and Article 30 EEC Treaty*, in *Common market law review*, vol. 30, 1993, p. 111.

<sup>173</sup> G. BERMAN, *Taking subsidiarity seriously: federalism in the European Community and the United States*, in *Columbia Law Review*, vol. 94, n. 2, 1994, p. 360.

<sup>174</sup> L'espressione è di S. WEATHERILL, *Beyond preemption? Shared competence and constitutional change in the European Community*, in D. O'KEEFE e P. TWOMEY (a cura di), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Wiley Chancery Law, 1994, p. 22.

luce. A ciò si è accompagnato un radicale ripensamento, da parte della Commissione, delle strategie per il completamento del mercato interno: la portata dell'armonizzazione è stata circoscritta ai soli ambiti in cui il principio del mutuo riconoscimento non era sufficiente a garantire la libera circolazione<sup>175</sup> e l'intensità del ravvicinamento delle legislazioni è stata in molti casi ridotta, limitandosi alla predisposizione di norme minime o alla disciplina dei soli aspetti essenziali della materia armonizzata.<sup>176</sup>

Tali mutamenti si sono ben presto riverberati sull'applicazione del principio della *preemption* da parte della Corte di giustizia. E' proprio tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 che i paradigmi della preclusione diretta e della preclusione indiretta si sono gradualmente affiancati a quello della preclusione di campo. Significativa è, a tale riguardo, la sentenza *Gallaber*.<sup>177</sup> In tale occasione la Corte si è soffermata, secondo il modello della preclusione diretta, sul tenore letterale della Direttiva del Consiglio 89/622/CEE,<sup>178</sup> statuendo che la disposizione della direttiva in base alla quale sui pacchetti di sigarette dovevano essere apposte avvertenze sui pericoli per la salute pari ad «almeno il 4% di ciascuna faccia» aveva natura di prescrizione minima e non doveva pertanto ritenersi preclusiva rispetto ad una normativa britannica che innalzava tale soglia al 6% per i produttori nazionali.<sup>179</sup> Del pari, nella sentenza *Leclerc-Siplec*,<sup>180</sup> un attento esame del testo e delle finalità della direttiva 89/552/CEE sull'esercizio delle attività televisive<sup>181</sup> ha consentito alla Corte di affermare che le norme minime da essa previste non ostavano a che uno Stato membro vietasse la diffusione di messaggi pubblicitari

<sup>175</sup> Si veda la Comunicazione della Commissione sulle conseguenze della sentenza emessa dalla corte di giustizia delle Comunità Europee, il 20 febbraio 1979, nella causa 120/78 («Cassis de Dijon»), *GU C* 256 del 3.10.1980, pp. 2-3.

<sup>176</sup> Libro bianco della Commissione al Consiglio Europeo di Milano, *Il completamento del mercato interno*, COM(85) 310 final, 14 giugno 1985, punti 60 e ss..

<sup>177</sup> Sentenza della Corte del 22 giugno 1993, *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte: Gallaber Ltd e altri*, Causa C-11/92, in *Racc.* 1993 p. I-03545, con nota di G. ROBERT, *Common Market Law Review*, 1994, pp. 165-171. Si veda inoltre l'analisi di S. WEATHERILL, *Regulating the Internal Market: Result Orientation in the Court of Justice*, in *European Law Review*, 1994, pp. 55-67.

<sup>178</sup> Direttiva 89/622/CEE del Consiglio, del 13 novembre 1989, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri riguardanti l'etichettatura dei prodotti del tabacco.

*GU L* 359 dell' 8.12.1989, pp. 1-4.

<sup>179</sup> Sentenza *Gallaber*, cit., punti 20-22.

<sup>180</sup> Sentenza della Corte del 9 febbraio 1995, *Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec c. TF1 Publicité SA e M6 Publicité SA*, Causa C-412/93, in *Racc.* 1995 p. I-00179.

<sup>181</sup> Direttiva 89/552/CEE del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, *GU L* 298 del 17.10.1989, pp. 23-30.

in favore del settore economico della distribuzione da parte delle emittenti televisive stabilite nel suo territorio.<sup>182</sup> Peraltro, in altre occasioni, la Corte ha continuato a fare ricorso al paradigma della preclusione di campo: nella sentenza *Commissione c. Portogallo*,<sup>183</sup> ad esempio, la Corte ha ritenuto che la direttiva 90/425 relativa ai controlli veterinari<sup>184</sup> ostava al divieto d'importazione di suini provenienti da altri Stati membri adottato dalle autorità portoghesi per motivi sanitari, in quanto tale direttiva aveva realizzato un'armonizzazione completa delle misure di salvaguardia contro le malattie dei suini, cosicché gli Stati membri non avevano più alcuna «competenza per adottare [...] misure diverse» da quelle previste dalla direttiva e dalle relative misure di attuazione.<sup>185</sup>

Anche in tempi più recenti, i paradigmi della preclusione diretta, indiretta e di campo hanno continuato ad alternarsi – e talvolta a combinarsi – nelle pronunce in materia di mercato interno. Nella sentenza *Plus Warenhandels-gesellschaft*,<sup>186</sup> ad esempio, la Corte ha applicato il modello della preclusione di campo nell'affermare che la direttiva 2005/29 sulle pratiche commerciali sleali<sup>187</sup> ostava ad una normativa nazionale che proibiva, in via generale, le pratiche commerciali che subordinano all'acquisto di beni o servizi la partecipazione ai giochi a premi, in quanto «solo» le trentuno pratiche contenute nell'«elenco esaustivo» di cui all'allegato I della predetta direttiva potevano essere considerate sleali senza una valutazione caso per caso.<sup>188</sup> Nella sentenza *Cindu Chemicals*,<sup>189</sup> invece, sembra aver prevalso la logica della preclusione indiretta: la Corte ha affermato che la direttiva

<sup>182</sup> Sentenza *Leclerc-Siplec*, cit., punti 42-48.

<sup>183</sup> Sentenza della Corte del 26 maggio 1993, *Commissione c. Repubblica portoghese (importazione suini)*, Causa C-52/92, in *Racc.* 1993 p. I-02961.

<sup>184</sup> Direttiva 90/425/CE del Consiglio, del 26 giugno 1990, relativa ai controlli veterinari e zootecnici applicabili negli scambi intracomunitari di taluni animali vivi e prodotti di origine animale, nella prospettiva della realizzazione del mercato interno, *GU L* 224 del 18.8.1990, pp. 29-41.

<sup>185</sup> Sentenza della Corte del 26 maggio 1993, *Commissione c. Repubblica portoghese*, Causa C-52/92, in *Racc.* 1993 p. I-02961.

<sup>186</sup> Sentenza della Corte del 14 gennaio 2010, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c. Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*, Causa C-304/08, in *Racc.* 2010 p. I-00217.

<sup>187</sup> Direttiva 2005/29/CE del Parlamento e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), *GU L* 149 dell'11.6.2005, pp. 22-39.

<sup>188</sup> Sentenza *Plus Warenhandels-gesellschaft*, cit., punto 45.

<sup>189</sup> Sentenza della Corte del 15 settembre 2005, *Cindu Chemicals BV e altri (C-281/03) e Arch Timber Protection BV (C-282/03) c. College voor de toelating van bestrijdingsmiddelen*, Cause riunite C-281/03 e C-282/03, in *Racc.* 2005 p. I-08069.

76/769, sulle sostanze ed i preparati pericolosi,<sup>190</sup> non consentiva ad uno Stato membro di assoggettare a condizioni diverse da quelle ivi previste l'immissione sul mercato e l'uso di un determinato biocida, in quanto «l'obiettivo della direttiva», ossia l'eliminazione degli ostacoli agli scambi delle sostanze pericolose nell'ambito del mercato interno, «non pot[eva] essere realizzato se gli Stati membri fossero [stati] liberi di ampliare gli obblighi da essa previsti».<sup>191</sup> Da ultimo, nella sentenza *Sky Italia*,<sup>192</sup> la Corte si è attestata su una posizione di preclusione diretta nel rilevare che la direttiva 2010/13, sui servizi di media audiovisivi,<sup>193</sup> non ostava alla previsione di tetti di affollamento pubblicitari differenziati per le emittenti a pagamento e per quelle gratuite, dal momento che il considerando n. 83 di tale direttiva prevedeva espressamente la facoltà di stabilire «norme più rigorose o più particolareggiate e, in alcuni casi, condizioni differenti per le emittenti televisive soggette alla loro giurisdizione».<sup>194</sup>

### 3.4. (Segue) *La politica agricola comune*

Al pari del mercato comune, anche la politica agricola comune è stata inizialmente caratterizzata da una forte spinta centripeta. In tale settore, lo strumento d'elezione del legislatore comunitario è stato l'istituzione di organizzazioni comuni dei mercati ai sensi dell'art. 40, n. 2, lett. c), CEE. Tali organizzazioni comportavano l'adozione di regole uniformi ed esaustive in tema di «regolamentazioni dei prezzi, sovvenzioni sia alla produzione che alla distribuzione dei diversi prodotti, sistemi per la costituzione di scorte e per il riporto, meccanismi comuni di stabilizzazione all'importazione o all'esportazione».<sup>195</sup>

Nelle pronunce pregiudiziali relative all'interpretazione dei primi regolamenti istitutivi di organizzazioni comuni dei mercati, il criterio della pre-

<sup>190</sup> Direttiva 76/769/CEE del Consiglio, del 27 luglio 1976, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri relative alle restrizioni in materia di immissione sul mercato e di uso di talune sostanze e preparati pericolosi, *GU L* 262 del 27.9.1976, pp. 201–203.

<sup>191</sup> Sentenza *Cindu Chemicals*, cit., punto 44.

<sup>192</sup> Sentenza della Corte del 18 luglio 2013, *Sky Italia Srl c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, Causa C-234/12, non ancora pubblicata.

<sup>193</sup> Direttiva 2010/13/UE del Parlamento e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), *GU L* 95 del 15.4.2010, pp. 1–24.

<sup>194</sup> Sentenza *Sky Italia*, cit., punto 13.

<sup>195</sup> Art. 40, n. 3, CEE.

clusione di campo risulta espresso in termini piuttosto enfatici. Ad esempio, nella sentenza *Bollmann*, relativa al regime di prelievi previsto dal regolamento 22/62 per gli scambi intracomunitari e con Paesi terzi di prodotti del settore del pollame,<sup>196</sup> la Corte ha affermato che «gli Stati membri, nella misura in cui hanno conferito alla Comunità poteri normativi in materia tariffaria, allo scopo di garantire un corretto funzionamento del mercato comune agricolo, non hanno più facoltà di svolgere attività normativa in questo campo».<sup>197</sup> Analogamente, nella successiva sentenza *Granaria*,<sup>198</sup> la Corte ha ritenuto che l'introduzione, a livello nazionale, di deroghe al prelievo, previsto dal regolamento 120/67,<sup>199</sup> per l'importazione di alcune categorie di cereali da Paesi terzi si poneva «in contrasto con la ripartizione delle competenze fra Stati membri e Comunità».<sup>200</sup>

A partire dagli anni '70, il paradigma della preclusione indiretta inizia gradualmente ad affiancarsi a quello della preclusione di campo nell'ambito della giurisprudenza relativa alle organizzazioni comuni dei mercati. Nella sentenza *Amsterdam Bulb*,<sup>201</sup> ad esempio, alla Corte era stato chiesto di chiarire se il regolamento 369/75 precludesse l'introduzione a livello nazionale di prezzi minimi d'esportazione verso i Paesi terzi per varietà di bulbi diverse da quelle per le quali la Commissione aveva fissato dei prezzi minimi. Discostandosi dalle pronunce precedenti, nelle quali la mera istituzione di un'organizzazione comune dei mercati nel settore interessato era stata ritenuta preclusiva per l'intervento statale, la Corte di giustizia ha affermato che la compatibilità delle misure nazionali con i regolamenti comunitari relativi ai bulbi doveva essere esaminata alla luce «dello scopo e degli obiettivi» di tali regolamenti.<sup>202</sup> In particolare, po-

<sup>196</sup> Regolamento del Consiglio (CEE) n. 22/62 del 4 aprile 1962 relativo alla graduale attuazione di un'organizzazione comune dei mercati nel settore del pollame, *GU* 30 del 20.4.1962, pp. 959-988.

<sup>197</sup> Sentenza della Corte del 18 febbraio 1970, *Hauptzollamt Hamburg-Oberelbe c. Firma Paul G. Bollmann*, Causa 40/69, in *Racc.* 1970 p. 69. Il principio della *preemption* è espresso in maniera ancora più incisiva al punto 1 della massima: «gli Stati membri, nella misura in cui hanno conferito alla Comunità poteri normativi in un determinato settore perdono ogni facoltà di svolgere attività normativa nel medesimo settore».

<sup>198</sup> Sentenza della Corte del 30 novembre 1972, *NV Granaria Graaninkoopmaatschappij c. Produktschap voor Veevoeder*, Causa 18/72, in *Racc.* 1972 p. 01163.

<sup>199</sup> Regolamento n. 120/67/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1967, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore dei cereali, *GU* 117 del 19.6.1967, pp. 2269-2283.

<sup>200</sup> Sentenza *Granaria*, cit., punti 15/17.

<sup>201</sup> Sentenza della Corte del 2 febbraio 1977, *Amsterdam Bulb B.V. c. Produktschap voor Siergewassen*, Causa 50/76, in *Racc.* 1977 p. 00137, con nota di F. CAPELLI, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1977, pp. 296-297.

<sup>202</sup> Ivi, punto 9.

sto che la loro finalità era la stabilizzazione dei prezzi per incentivare le esportazioni, la Corte ha statuito che la definizione a livello nazionale di prezzi minimi d'esportazione per i prodotti non oggetto di regolazione comunitaria doveva ritenersi ammissibile nella misura in cui contribuiva al perseguimento di tale obiettivo.<sup>203</sup> Analogamente, nella sentenza *Bussone*,<sup>204</sup> la Corte era stata chiamata a statuire sulla compatibilità con i regolamenti comunitari relativi all'organizzazione comune dei mercati nel settore delle uova di alcune disposizioni italiane che prevedevano il pagamento di un corrispettivo per il rilascio di dispositivi di etichettatura da apporre sugli imballaggi delle uova. Anche in questo caso, la Corte ha affermato che «la soluzione della questione relativa alla compatibilità fra l'organizzazione del mercato creata dai regolamenti nn. 2771/75 [...] 2772/75 e 95/69 ed una normativa interna adottata per l'attuazione dei suddetti testi [andava] ricercata tenendo presenti le finalità dei regolamenti».<sup>205</sup> Pertanto, dopo aver riscontrato che l'organizzazione comune del mercato delle uova si fondava sulla concorrenza imperniata sulla qualità e non aveva come obiettivo l'uniformità dei prezzi,<sup>206</sup> la Corte ha statuito che la disciplina italiana doveva ritenersi compatibile con i regolamenti comunitari di settore.<sup>207</sup>

Anche nell'ambito della Politica agricola comune sono state attuate riforme nell'intensità e nella portata dell'intervento del legislatore.<sup>208</sup> Tale mutamento d'impostazione si è riverberato sulla giurisprudenza, che ha gradualmente iniziato ad utilizzare anche la terza tipologia di *preemption*, vale a dire la preclusione diretta. Nella sentenza *Compañía Española de Comercialización de Aceite*,<sup>209</sup> ad esempio, alla Corte di giustizia era stato chiesto di accertare se il regolamento n. 136/66, relativo al settore dei grassi,<sup>210</sup> pre-

<sup>203</sup> Ivi, punto 30 «al giudice nazionale va quindi risposto che non può essere considerata incompatibile con il diritto comunitario una norma interna che stabilisca prezzi minimi all'esportazione nei paesi terzi di talune varietà di bulbi diverse da quelle per le quali la commissione ha fissato prezzi minimi del regolamento n. 369/75, non deroghi al sistema comunitario, non ne limiti la portata e miri, al pari di questo, a stabilizzare i prezzi negli scambi con i Paesi terzi».

<sup>204</sup> Sentenza della Corte del 30 novembre 1978, *Francesco Bussone c. Ministro dell'agricoltura e foreste*, Causa 31/78, in Racc. 1978 p. 02429.

<sup>205</sup> Ivi, punto 43.

<sup>206</sup> Ivi, punti 45 e 46.

<sup>207</sup> Ivi, punto 47.

<sup>208</sup> Sul punto, R. SCHÜTZE, *Reforming the 'CAP': From Vertical to Horizontal Harmonization*, in *Yearbook of European Law*, vol. 28, n. 1, 2009, pp. 352 e ss.

<sup>209</sup> Sentenza della Corte del 1 ottobre 2009, *Compañía Española de Comercialización de Aceite SA*, Causa C-505/07, in Racc. 2009 p. I-08963.

<sup>210</sup> Regolamento n. 136/66/CEE del Consiglio, del 22 settembre 1966, relativo all'attua-

cludesse l'istituzione di un meccanismo nazionale finanziato privatamente di acquisizione e di ammasso dell'olio d'oliva. Al riguardo, la Corte, attenendosi al modello della preclusione diretta, si è limitata a constatare che, «alla luce della formulazione» del regolamento in questione, si evinceva che lo stesso trovava applicazione «unicamente ai casi di ammasso privato che beneficino di un finanziamento comunitario»<sup>211</sup> e pertanto «non osta[va] [...] all'istituzione di un meccanismo di ammasso privato finanziato privatamente».<sup>212</sup> Nella sentenza *Winkel*,<sup>213</sup> invece, la Corte ha dapprima esaminato la compatibilità con il «dettato» del regolamento 1254/99,<sup>214</sup> relativo al settore delle carni bovine, di una normativa nazionale che subordinava il diritto al premio per vacca nutrice a talune condizioni conformi a pratiche usuali di allevamento,<sup>215</sup> quindi, esclusa la preclusione diretta, ha verificato se le condizioni poste dalla disciplina nazionale rispettavano «l'obiettivo» del diritto derivato applicabile.<sup>216</sup>

### 3.5. (Segue) *L'ambiente*

Per meglio comprendere l'applicazione del principio della *preemption* in materia ambientale, occorre brevemente ripercorrere i mutamenti che hanno interessato le competenze dell'Unione in quest'area. Posto che il Trattato di Roma non conteneva basi giuridiche specifiche in tema di ambiente, l'azione comunitaria in tale settore si è inizialmente fondata sugli artt. 100 e 235 CEE (ora 115 e 352 TFUE). Queste basi giuridiche «indirette»<sup>217</sup> richiedevano l'unanimità in seno al Consiglio, nonché un collegamento fra la misura di protezione ambientale e l'instaurazione del mercato comune (nel caso dell'art. 100 CEE) ovvero il perseguimento di uno degli scopi della Comunità per i quali il Trattato non aveva previsto i necessari poteri d'azione (nel caso dell'art. 235 CEE).<sup>218</sup> Le misure così adottate, dal 1973 annunciate

zione di un'organizzazione comune dei mercati nel settore dei grassi, *GU* 172 del 30.9.1966, pp. 3025-3035.

<sup>211</sup> Ivi, punto 44.

<sup>212</sup> Ivi, punto 46.

<sup>213</sup> Sentenza della Corte del 28 febbraio 2008, *A. G. Winkel c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, Causa C-446/06, in *Racc.* 2008 p. I-01167.

<sup>214</sup> Regolamento (CE) n. 1254/1999 del Consiglio del 17 maggio 1999 relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore delle carni bovine, *GUL* 160 del 26.6.1999, pp. 21-47.

<sup>215</sup> Sentenza *Winkel*, cit., punti 30-41.

<sup>216</sup> Ivi, punti 41-49.

<sup>217</sup> Sul punto B. NASCIBENE, *Ambiente (tutela dell')* (*Diritto comunitario*), in *Nov. Dig. It.*, App., I, Torino, 1980, p. 274.

<sup>218</sup> Cfr. M. HESSION e R. MACRORY, *Maastricht and the Environmental Policy of the Com-*

in successivi programmi d'azione definiti dal Consiglio,<sup>219</sup> avevano spesso il carattere di prescrizioni minime.<sup>220</sup> L'introduzione, nella parte terza del Trattato CEE, di un titolo dedicato all'ambiente si deve all'Atto unico europeo. Tale titolo consta di tre articoli: l'art. 191 TFUE, che illustra gli obiettivi dell'azione dell'Unione in materia ambientale; l'art. 192 TFUE, che autorizza l'adozione di provvedimenti di protezione; l'art. 193 TFUE, che prevede che i suddetti provvedimenti non impediscono agli Stati membri «di mantenere e di prendere provvedimenti per una protezione ancora maggiore».

L'espresso riconoscimento, all'art. 193 TFUE, della facoltà degli Stati di adottare misure di protezione rafforzata ha indotto alcuni Autori ad annoverare l'ambiente fra le competenze c.d. «parallele», nelle quali l'adozione di atti di diritto derivato non esclude l'intervento degli Stati membri.<sup>221</sup> Occorre pertanto domandarsi se tale previsione<sup>222</sup> contribuisce o meno al contenimento degli effetti preclusivi del diritto derivato adottato in materia di ambiente.<sup>223</sup>

Secondo alcuni Autori, l'art. 193 TFUE costituirebbe un vincolo «forte» al fenomeno della *preemption* in materia ambientale, in quanto escluderebbe in ogni caso l'applicazione del paradigma della preclusione di campo:<sup>224</sup> una

*munity: Legal Issues of a New Environmental Policy*, in D. O'KEEFFE e P. TWOMEY (a cura di) *Legal issues of the Maastricht Treaty*, pp. 151 e ss..

<sup>219</sup> Si veda, ad esempio, la Dichiarazione del Consiglio delle Comunità europee e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, del 22 novembre 1973, concernente un programma di azione delle Comunità europee in materia ambientale, GU C 112 del 20.12.1973, pp. 1-53.

<sup>220</sup> Per alcuni esempi di tali provvedimenti si veda R. SCHÜTZE, *Cooperative federalism constitutionalised: the emergence of complementary competences in the EC legal order*, in *European Law Review*, vol. 31, n. 2, 2006, nota 36.

<sup>221</sup> In tal senso A. VON BOGDANDY e J. BAST, *The Federal Order of Competences*, in A. VON BOGDANDY e J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, seconda edizione, Hart, Oxford, 2009, pp. 294-295; R. SCHÜTZE, *Cooperative federalism constitutionalised: the emergence of complementary competences in the EC legal order*, in *European Law Review*, vol. 31, n. 2, 2006, pp. 171-179.

<sup>222</sup> Ad esempio, in materia di politica sociale, l'art. 153, n. 4, secondo trattino, espressamente riconosce la facoltà degli Stati membri di introdurre o mantenere misure che prevedono una maggiore protezione di quella assicurata dagli atti dell'Unione.

<sup>223</sup> E' stato altresì sostenuto che la formulazione dell'art. 191, n. 1, TFUE, ove si legge che la politica ambientale dell'Unione «contribuisce a perseguire» determinati obiettivi, costituisce un limite all'intensità dell'intervento dell'Unione alla stregua del principio di sussidiarietà, che in materia ambientale trova un campo d'azione privilegiato. Sul punto S. AMADEO, *Commento all'art. 174 CE*, in A. TIZZANO (a cura di) *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 873; P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, Napoli, 2000, pp. 117 e ss..

<sup>224</sup> Tale è la tesi di R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 375-376.

misura nazionale di protezione rafforzata, in altre parole, non potrebbe in alcun caso ritenersi incompatibile con il diritto derivato per la sola circostanza di riguardare la medesima materia occupata da quest'ultimo. Tale tesi trova conferma non solo nella sentenza *Fornasar*,<sup>225</sup> in cui si legge che «la normativa comunitaria non mira, nel settore dell'ambiente, ad un'armonizzazione completa»,<sup>226</sup> ma soprattutto nella sentenza *Tridon*,<sup>227</sup> in cui la Corte ha riconosciuto che l'art. 193 TFUE autorizza gli Stati membri ad introdurre misure di protezione più intensa anche nei casi in cui tale facoltà non è esplicitamente prevista nei provvedimenti adottati *ex art.* 192 TFUE.<sup>228</sup>

Secondo un altro orientamento, l'art. 193 TFUE costituirebbe soltanto un vincolo «debole»: in materia ambientale la Corte di giustizia dovrebbe impiegare preferibilmente i paradigmi della preclusione diretta e della preclusione indiretta, ma non le sarebbe inibito servirsi, all'occorrenza, dello strumento della preclusione di campo.<sup>229</sup> In effetti, in almeno un'occasione la Corte sembra aver riconosciuto effetti preclusivi di campo a misure comunitarie di protezione adottate nell'ambito del titolo relativo all'ambiente. Nella causa *Commissione c. Paesi Bassi*,<sup>230</sup> in particolare, la Corte era stata chiamata a statuire sulla compatibilità tra la normativa olandese relativa alla spedizione dei rifiuti in altri Stati membri ed il regolamento 259/93, avente analogo oggetto. Il Governo olandese, al riguardo, aveva sostenuto che la propria normativa doveva ritenersi compatibile con il regolamento, interpretato alla luce degli obiettivi della politica ambientale comunitaria, in quanto

<sup>225</sup> Sentenza della Corte del 22 giugno 2000, *Procedimento penale a carico di Giancarlo Fornasar, Andrea Strizzolo, Giancarlo Toso, Lucio Mucchino, Enzo Peressutti e Sante Chiarcoso*, Causa C-318/98, in *Racc.* 2000 p. I-04785.

<sup>226</sup> Sentenza *Fornasar*, cit., punto 46, primo periodo.

<sup>227</sup> Sentenza della Corte del 23 ottobre 2001, *Procedimento penale a carico di Xavier Tridon*, Causa C-510/99, in *Racc.* 2001 p. I-07777, punto 45: «i regolamenti nn. 3626/82 o 338/97 [...] non impediscono agli Stati membri di adottare o mantenere misure più rigorose, [...] l'adozione o il mantenimento delle suddette misure sono previsti, per quanto riguarda il regolamento n. 3626/82, dall'art. 15 e, per quanto concerne il regolamento n. 338/97, che è stato adottato sulla base dell'art. 130 S, n. 1, del Trattato CE (divenuto [192 TFUE]), dall'art. 130 T del Trattato CE (divenuto [193 TFUE]), secondo il quale i provvedimenti di protezione adottati in virtù dell'articolo 130 S non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere e di prendere provvedimenti per una protezione ancora maggiore, che devono essere compatibili con il Trattato».

<sup>228</sup> In tal senso S. AMADEO, *Commento all'art. 176 CE*, in A. TIZZANO (a cura di) *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 884-885.

<sup>229</sup> In tal senso J. JANS, *European Environmental Law*, Europa Law Publishing, Gorningen, 2000, p. 118.

<sup>230</sup> Sentenza della Corte del 14 ottobre 2004, *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi (spedizioni di rifiuti)*, Causa C-113/02, in *Racc.* 2004 p. I-09707.

era finalizzata «al maggior ricupero possibile dei rifiuti nella Comunità».<sup>231</sup> La Corte, peraltro, ha affermato che tale obiettivo non giustificava la mancata applicazione delle disposizioni contenute nel regolamento, in quanto i presupposti per opporsi alla spedizioni dei rifiuti erano stati «tassativamente stabiliti dal contesto giuridico comunitario».<sup>232</sup>

Sebbene tali elementi risultino insufficienti per accantonare definitivamente la tesi del vincolo «forte»,<sup>233</sup> al momento, la tesi del vincolo «debole» appare quella che descrive più accuratamente l'incidenza dell'art. 193 TFUE sugli effetti preclusivi dei provvedimenti dell'Unione in materia di ambiente adottati in base all'art. 192 TFUE. Significativa è, al riguardo, la sentenza *Deponiezweckverband Eiterköpfe*, in cui la Corte di giustizia ha valutato la compatibilità della disciplina tedesca sul deposito ecocompatibile dei rifiuti urbani con la direttiva 1999/31/CE, relativa alle discariche di rifiuti. Applicando lo schema della preclusione indiretta, la Corte ha infatti rilevato che la misura nazionale «persegui[va] lo stesso obiettivo della direttiva»,<sup>234</sup> vale a dire «la riduzione dell'inquinamento dell'acqua e dell'aria riducendo la discarica dei rifiuti biodegradabili»,<sup>235</sup> e doveva pertanto ritenersi «conforme alla direttiva, letta alla luce dell'art. [193 TFUE]».<sup>236</sup>

Il vincolo contenuto nell'art. 193 TFUE, peraltro, non limita gli effetti preclusivi delle misure dell'Unione nei confronti dei provvedimenti nazionali che assicurano una protezione ambientale meno intensa rispetto agli standard sovranazionali. Nella sentenza *Valčiukienė*,<sup>237</sup> ad esempio, alla Corte era stato richiesto di chiarire se la direttiva 2001/42<sup>238</sup> ostava ad una normativa nazio-

<sup>231</sup> Ivi, punto 23.

<sup>232</sup> Ivi, punto 25.

<sup>233</sup> Nella sentenza *Commissione c. Paesi Bassi (spedizioni di rifiuti)*, l'argomentazione che la disciplina belga potesse costituire una misura di maggiore protezione rispetto a quella fissata dal regolamento 259/93 non è stata chiaramente articolata – in effetti non vi è alcun riferimento esplicito all'art. 193 TFUE nella motivazione della pronuncia – e potrebbe quindi essere stata rigettata soltanto perché la Corte ha ritenuto che la normativa olandese fosse in realtà ispirata a logiche diverse dalla tutela dell'ambiente.

<sup>234</sup> Sentenza della Corte del 14 aprile 2005, *Deponiezweckverband Eiterköpfe c. Land Rheinland-Pfalz*, causa C-6/03, in *Racc.* p. I-02753, punto 38.

<sup>235</sup> *Ibidem*. Si veda altresì, ivi, punto 41: «Da quanto precede risulta che le soglie ed i criteri presenti in una misura nazionale come quella di cui alla causa principale perseguono lo stesso orientamento di protezione ambientale della direttiva».

<sup>236</sup> Ivi, punto 53.

<sup>237</sup> Sentenza della Corte del 22 settembre 2011, *Genovaitė Valčiukienė e altri c. Pakruojo rajono savivaldybė e altri*, Causa C-295/10, in *Racc.* 2011 p. I-08819.

<sup>238</sup> Direttiva 2001/42/CE del Parlamento e del Consiglio, del 27 giugno 2001, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente, *GU L* 197 del 21.7.2001, pp. 30–37.

nale che sottraeva alla valutazione d'impatto ambientale, prevista da tale direttiva, i piani relativi ad un unico oggetto di attività economica. Al riguardo, la Corte ha precisato che «l'obiettivo essenziale» di tale direttiva consisteva «nel sottoporre i piani e i programmi che possono avere effetti significativi sull'ambiente ad una valutazione ambientale nel corso della loro elaborazione ed anteriormente alla loro adozione». <sup>239</sup> Pertanto, la Corte ha statuito che la normativa nazionale doveva ritenersi incompatibile con la direttiva nella misura in cui ne «pregiudica[va] l'obiettivo». <sup>240</sup> Nella recente sentenza *L c. M*, <sup>241</sup> del pari, la Corte ha ritenuto che la predetta direttiva ostava ad una normativa nazionale che preservava la validità dei piani di costruzione elaborati in assenza della valutazione d'impatto ambientale, in quanto privava «di ogni effetto utile» la disposizione di quest'ultima che assoggetta ad una valutazione ambientale i piani suscettibili di avere effetti significativi sull'ambiente. <sup>242</sup>

L'idoneità dell'art. 193 TFUE a porre un vincolo, sia pure «debole», agli effetti di *preemption* dei provvedimenti *ex art.* 192 TFUE trova conferma *a contrario* nel riconoscimento di ampi effetti preclusivi a misure di protezione ambientale adottate in virtù di basi giuridiche non corredate da disposizioni equivalenti all'art. 193 TFUE, quali gli artt. 114 e 352 TFUE. Nella sentenza *Radlberger Getränkegesellschaft*, <sup>243</sup> ad esempio, la Corte ha affermato che la direttiva 94/62 sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio – adottata in base all'art. 100 A CEE (ora 114 TFUE) al fine di assicurare un alto livello di protezione dell'ambiente e di eliminare gli ostacoli al funzionamento del mercato interno <sup>244</sup> – aveva realizzato un'armonizzazione completa per quanto riguarda la marcatura e l'identificazione degli imballaggi, nonché i requisiti essenziali concernenti la loro composizione, riutilizzabilità e recuperabilità. <sup>245</sup> Del pari, nella sentenza *Gourmetterie Van den Burg*, <sup>246</sup> la Corte ha ritenuto che la direttiva 79/409 – adottata sulla base dell'art. 235 CEE (ora 352 TFUE) nell'ambito di un programma d'azione delle Comunità europee in materia ambientale <sup>247</sup> – avesse disciplinato esaurientemente i poteri

<sup>239</sup> Sentenza *Valčiukienė*, cit., punto 37.

<sup>240</sup> Ivi, punto 53.

<sup>241</sup> Sentenza della Corte del 18 aprile 2013, *L c. M*, Causa C-463/11, non ancora pubblicata.

<sup>242</sup> Ivi, punto 38.

<sup>243</sup> Sentenza della Corte del 14 dicembre 2004, *Radlberger Getränkegesellschaft mbH & Co. e S. Spitz KG c. Land Baden-Württemberg*, Causa C-309/02, in *Racc.* 2004 p. I-11763.

<sup>244</sup> Direttiva 94/62/CE del Parlamento e del Consiglio, del 20 dicembre 1994, sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, *GU L* 365 del 31.12.1994, pp. 10–23, considerando n. 1.

<sup>245</sup> Sentenza *Radlberger Getränkegesellschaft*, punto 56.

<sup>246</sup> Sentenza della Corte del 23 maggio 1990, *Procedimento penale c. Gourmetterie Van den Burg*, Causa C-169/89, in *Racc.* 1990 p. I-02143.

<sup>247</sup> Direttiva 79/409/CEE del Consiglio, del 2 aprile 1979, concernente la conservazione

degli Stati membri nel settore della conservazione degli uccelli selvatici, con la conseguenza che i Paesi Bassi non erano autorizzati ad adottare misure di protezione più rigorose di quelle previste dalla direttiva.<sup>248</sup> Da ultimo, nella sentenza *Lapin luonnonsuojelupiiri ry*,<sup>249</sup> la Corte ha statuito che il regolamento 1907/2006 sulle sostanze chimiche – adottato sulla base dell'art. 95 CE (ora 114 TFUE) per assicurare un elevato livello di protezione della salute e dell'ambiente, nonché la libera circolazione delle sostanze chimiche<sup>250</sup> – recava un elenco «esaustivo» di applicazioni per le quali può essere usato legno trattato con soluzioni a base di rame, cromo e arsenico.<sup>251</sup>

In definitiva, sembra potersi affermare che l'art. 193 TFUE costituisce un efficace strumento settoriale di contenimento degli effetti preclusivi della legislazione dell'Unione in materia ambientale adottata sulla base dell'art. 192 TFUE. Al contrario, la Corte di giustizia ha riconosciuto effetti di preclusione più intensi alle misure in tema di ambiente che poggiano su basi giuridiche non soggette ad analoghe limitazioni, quali gli artt. 114 e 352 TFUE.

### 3.6. (Segue) *La cooperazione giudiziaria in materia penale*

La materia della cooperazione giudiziaria in materia penale rientra nell'ambito dello Spazio di libertà sicurezza e giustizia, di cui al titolo V del TFUE.<sup>252</sup> Il testo

degli uccelli selvatici, *GU L 103 del 25.4.1979*, pp. 1–18, considerando n. 1.

<sup>248</sup> Sentenza *Gourmetterie Van den Burg*, cit, punti 10-16.

<sup>249</sup> Sentenza della Corte del 7 marzo 2013, *Lapin elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksen liikenne ja infrastruktuuri-vastuualue c. Lapin luonnonsuojelupiiri ry*, Causa C-358/11, non ancora pubblicata.

<sup>250</sup> Regolamento (CE) n. 1907/2006 del Parlamento e del Consiglio, del 18 dicembre 2006, concernente la registrazione, la valutazione, l'autorizzazione e la restrizione delle sostanze chimiche (REACH), che istituisce un'Agenzia europea per le sostanze chimiche, che modifica la direttiva 1999/45/CE e che abroga il regolamento (CEE) n. 793/93 del Consiglio e il regolamento (CE) n. 1488/94 della Commissione, nonché la direttiva 76/769/CEE del Consiglio e le direttive della Commissione 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE e 2000/21/CE, *GU L 396 del 30.12.2006*, pp. 1–849, considerando n. 1.

<sup>251</sup> Sentenza della Corte del 7 marzo 2013, *Lapin elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksen liikenne ja infrastruktuuri-vastuualue c. Lapin luonnonsuojelupiiri ry*, Causa C-358/11, non ancora pubblicata, punto 44.

<sup>252</sup> Per un quadro d'insieme si vedano: C. AMALFITANO, *Unione europea e giustizia penale dopo il Trattato di Lisbona*, in *Legislazione penale*, n. 3/4, 2011, pp. 645-696; R. BELFIORE, *Il futuro della cooperazione giudiziaria e di polizia nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Cassazione penale*, 2010, pp. 4428-4437; R. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma: le disposizioni generali*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, pp. 19-22; M. CASTELLANETA, *Si riducono i tempi per l'adozione degli atti di cooperazione penale*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario e internazionale*, 2007, n. 6, pp. 18-20; S. PEERS, *EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon*, in *European Law Review*, 2008, pp. 507-529.

delle conferenti disposizioni del TFUE fornisce alcune indicazioni circa l'intensità degli atti di diritto derivato che il legislatore dell'Unione può adottare in questo settore. In particolare, sembrano potersi distinguere tre modalità d'intervento.

La prima modalità d'intervento consiste nell'adozione di direttive recanti norme minime di ravvicinamento delle legislazioni adottate secondo la procedura legislativa ordinaria. Tali direttive riguardano i seguenti tre ambiti: i) elementi specifici della procedura penale quali l'ammissibilità delle prove, i diritti del reo, i diritti della vittima ed altri aspetti individuati dal Consiglio all'unanimità previa approvazione del Parlamento;<sup>253</sup> ii) la definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale;<sup>254</sup> iii) la definizione dei reati e delle sanzioni in settori oggetto di misure di armonizzazione.<sup>255</sup> Nell'ipotesi sub i) si precisa inoltre che l'adozione delle suddette norme minime «non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone»<sup>256</sup> e che le stesse «tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri».<sup>257</sup>

La seconda forma d'azione consiste nell'adozione di «misure», secondo la procedura legislativa ordinaria, intese a: a) definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria; b) prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri; c) sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari; d) facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni.

La terza linea di intervento comporta l'adozione di «misure», attraverso la procedura legislativa ordinaria, al fine di «incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri nel campo della prevenzione della criminalità».<sup>258</sup> Si precisa espressamente che tali misure non possono comportare alcun tipo di «armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri».<sup>259</sup>

<sup>253</sup> Art. 82, n. 2, TFUE.

<sup>254</sup> Art. 83, n. 1, comma 1, TFUE. Il comma 2 elenca le sfere di criminalità di cui al comma 1. Il comma 3 prevede che, in funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare, all'unanimità e previa approvazione del Parlamento, una decisione che individua altre sfere di criminalità.

<sup>255</sup> Art. 83, n. 2, TFUE. Le direttive in questione sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatta salvo il potere d'iniziativa di un quarto degli Stati membri.

<sup>256</sup> Art. 82, n. 2, comma 3, TFUE.

<sup>257</sup> Art. 82, n. 2, comma 1, ultimo periodo, TFUE.

<sup>258</sup> Art. 84, primo periodo, TFUE.

<sup>259</sup> Art. 84, secondo periodo, TFUE.

Posto che la giurisprudenza non ha ancora fornito indicazioni sull'interpretazione di tali basi giuridiche<sup>260</sup> o di atti di diritto derivato su di esse fondati, risulta difficile valutare se ed in che misura le peculiarità di ciascuna modalità d'intervento dell'Unione nel settore della Cooperazione giudiziaria in materia penale influiranno sugli effetti preclusivi dei rispettivi atti di diritto derivato. Sembra peraltro possibile affermare che, in linea di massima, gli atti rientranti nella terza tipologia d'azione avranno effetti preclusivi molto ridotti, in quanto finalizzati ad «incentivare e sostenere» l'azione degli Stati membri ed idonei a realizzare l'armonizzazione delle legislazioni nazionali. Quanto alla seconda tipologia d'intervento, poi, l'espressione «norme minime» sembra precludere al legislatore dell'Unione l'adozione di direttive idonee ad occupare un intero campo. Ciò vale *a fortiori* per le direttive relative alla materia processualpenalistica,<sup>261</sup> soggette all'ulteriore vincolo del rispetto delle tradizioni giuridiche nazionali ed all'espressa previsione della facoltà degli Stati di adottare misure di protezione rafforzata per la tutela delle persone, che potrebbe operare alla stregua dell'analogia previsione, di cui all'art. 193 TFUE, in materia ambientale. Al contrario, il diritto primario non sembra porre alcun vincolo alle «misure» ascrivibili alla prima linea d'intervento, in particolare per quanto attiene al riconoscimento delle sentenze e la disciplina dei conflitti di giurisdizione. Tali misure potranno quindi prendere la forma di direttive,<sup>262</sup> decisioni<sup>263</sup> o regolamen-

<sup>260</sup> Nella sentenza della Corte del 7 giugno 2012, *Anton Vinkov c. Nachalnik Administrativno-nakazatelna deynost*, Causa C-27/11, non ancora pubblicata, punto 42, la Corte si limita a rilevare che l'art. 82 TFUE «enuncia [...] le misure che il legislatore dell'Unione deve adottare per ottenere una completa cooperazione tra gli Stati membri nell'ambito penale e sancisce la regola secondo cui tale cooperazione deve fondarsi sul principio del riconoscimento reciproco», ritenendo tale articolo non applicabile ai fatti di causa. Del pari, nella sentenza della Corte del 22 maggio 2012, *P.I. c. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, Causa C-348/09, non ancora pubblicata, punto 25, la Corte afferma soltanto che l'art. 83, n. 1, TFUE contempla lo sfruttamento sessuale dei minori tra le «sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale» nelle quali è consentito «l'intervento del legislatore dell'Unione».

<sup>261</sup> Cfr. S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cassazione penale*, 2008, pp. 3882-3893; B. NASCIBENE, *Le traité de Lisbonne et l'espace judiciaire européen: le principe de confiance réciproque et de reconnaissance mutuelle*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2011, pp. 787-791.

<sup>262</sup> Si veda, ad esempio, la Direttiva 2011/99/UE del Parlamento e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, sull'ordine di protezione europeo, *GU L 338 del 21/12/2011*, pp. 2-18.

<sup>263</sup> Si vedano, ad esempio: la Decisione 2010/616/UE del Consiglio, del 7 ottobre 2010, relativa alla conclusione dell'accordo tra l'Unione europea e il Giappone sull'assistenza giudiziaria reciproca in materia penale

*GU L 271 del 15/10/2010*, pp. 3-3; la Decisione 2012/380/UE del Consiglio, del 22 settembre 2011, relativa alla firma, a nome dell'Unione, dell'accordo tra l'Unione europea e l'Australia sul trattamento e sul trasferimento dei dati del codice di prenotazione (Passenger Name

ti<sup>264</sup> e produrre l'intera gamma degli effetti preclusivi, dalla preclusione diretta a quella di campo.<sup>265</sup>

Questa ipotesi trova, in parte, conferma nella giurisprudenza relativa agli atti adottati sulla base delle corrispondenti disposizioni del Trattato sull'Unione europea, prima della «comunitarizzazione» della materia della Cooperazione giudiziaria in materia penale ad opera del Trattato di Lisbona.<sup>266</sup> L'art. 34, n. 2, lett. b) UE, in particolare, consentiva l'adozione (all'unanimità) di decisioni-quadro prive di efficacia diretta per il ravvicinamento delle legislazioni nazionali, al fine di realizzare gli obiettivi di cui all'art. 31 UE. Quest'ultimo non poneva vincoli quanto all'intensità dell'intervento legislativo, prevedendo il ricorso a «norme minime» esclusivamente in relazione alla definizione degli «elementi costitutivi dei reati e [delle] sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti». Sulla base del combinato disposto degli artt. 31 e 34 UE, in particolare, sono state adottate due misure, oggetto di molteplici pronunce pregiudiziali: la decisione-quadro 2001/220 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale<sup>267</sup> e la decisione-quadro 2002/584 relativa al

Record — PNR) da parte dei vettori aerei all'Agenzia australiana delle dogane e della protezione di frontiera, *GU L* 186 del 14/07/2012, pp. 2–2; la Decisione 2012/305/UE del Consiglio, del 7 giugno 2012, riguardante la conclusione dell'accordo fra l'Unione europea e la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia sull'applicazione di talune disposizioni della convenzione del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea e del relativo protocollo del 2001, *GU L* 153 del 14/06/2012, pp. 1–2.

<sup>264</sup> Si veda, ad esempio, il Regolamento (UE) n. 1077/2011 del Parlamento e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, che istituisce un'agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. *GU L* 286 del 01/11/2011, pp. 1–17.

<sup>265</sup> Ad esempio, l'art. 10 della Direttiva 2011/99/UE del Parlamento e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, sull'ordine di protezione europeo, cit., sembra contenere un elenco esaustivo di motivi di non riconoscimento di un ordine di protezione europeo da parte dell'autorità competente dello Stato di esecuzione.

<sup>266</sup> Cfr. S. MIGLIORINI, *La continuità degli atti comunitari e del terzo pilastro dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 2, 2010, pp. 421-436; A. ARENA, *Le fonti della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e la loro efficacia negli ordinamenti nazionali prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in P. DE PASQUALE e F. FERRARO (a cura di), *Il terzo pilastro dell'Unione Europea. Cooperazione intergovernativa e prospettive di comunitarizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, pp. 13-48; S. PEERS, *Finally 'Fit for Purpose'? The Treaty of Lisbon and the End of the Third Pillar Legal Order*, in *Yearbook of European Law*, 2008, pp. 47-64; E. PERILLO, *Le droit penal substantial et l'espace de liberté, sécurité et justice: deux ans après Lisbonne*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2012, pp. 577-619; D. RINOLDI, *L'assetto dello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» dopo il Trattato di Lisbona: elementi di continuità e di discontinuità*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI, D. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, pp. 627-644.

<sup>267</sup> Decisione-quadro (GAI) n. 2001/220 del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, *GU L* 82 del 22.3.2001, pp. 1–4.

mandato d'arresto europeo.<sup>268</sup> La prima si presenta, fin dal preambolo, come un provvedimento recante «norme minime sulla tutela delle vittime della criminalità».<sup>269</sup> La seconda, invece, ha un obiettivo più ambizioso: «la soppressione dell'extradizione tra Stati membri e la sua sostituzione con un sistema di consegna tra autorità giudiziarie» fondato sul principio della «libera circolazione delle decisioni giudiziarie in materia penale».<sup>270</sup> Peraltro, consapevole della potenziale incidenza di tale innovativo sistema sulle norme procedurali e sulle garanzie costituzionali degli Stati membri, il legislatore si è premurato di precisare che la decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo «non osta a che gli Stati membri applichino le loro norme costituzionali relative al giusto processo, al rispetto del diritto alla libertà di associazione, alla libertà di stampa e alla libertà di espressione negli altri mezzi di comunicazione».<sup>271</sup>

Non sorprende, pertanto, che la Corte di giustizia abbia utilizzato unicamente i paradigmi di preclusione più blandi per valutare la compatibilità delle norme nazionali con la decisione-quadro sulla posizione della vittima nel procedimento penale. Nella sentenza *Giovanardi*,<sup>272</sup> ad esempio, alla Corte era stato richiesto di chiarire se le disposizioni del decreto legislativo n. 231/2001, relative alla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, fossero compatibili con la decisione-quadro nella misura in cui non prevedevano la possibilità che le persone giuridiche fossero chiamate a rispondere dei danni cagionati alle vittime di un reato nell'ambito del processo penale. Al riguardo, la Corte ha innanzitutto rilevato che l'«unico oggetto» della decisione quadro era «la posizione delle vittime nell'ambito dei procedimenti penali» e non vi era «alcuna indicazione in base alla quale il legislatore dell'Unione avrebbe inteso obbligare gli Stati membri a prevedere la responsabilità penale delle persone giuridiche».<sup>273</sup> Inoltre, la Corte si è soffermata sulla «formulazione letterale» della decisione quadro, deducendone che la stessa non trovava applicazione alle ipotesi di responsabilità indiretta, quale quella della persona giuridica.<sup>274</sup> La Corte ha pertanto statuito che la decisione quadro doveva essere interpretata nel senso che non ostava a disposizioni nazionali quali quelle all'origine della

<sup>268</sup> Decisione-quadro (GAI) n. 2002/584 del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri - Dichiarazioni di alcuni Stati membri sull'adozione della decisione quadro, *GU L* 190 del 18.7.2002, pp. 1-20.

<sup>269</sup> Decisione-quadro 2001/220/GAI, cit., considerando n. 3.

<sup>270</sup> Decisione-quadro 2002/584/GAI, cit., considerando n. 5.

<sup>271</sup> *Ivi*, considerando n. 12, secondo comma.

<sup>272</sup> Sentenza della Corte del 12 luglio 2012, *Procedimento penale a carico di Maurizio Giovanardi e a..* Causa C-79/11, non pubblicata.

<sup>273</sup> *Ivi*, punto 45.

<sup>274</sup> *Ivi*, punti 46-48.

controversia principale.<sup>275</sup> Del pari, nella sentenza *Gueye e Sánchez*,<sup>276</sup> la Corte era stata chiamata a statuire sulla conformità alla decisione quadro in esame di regole nazionali che prevedevano l'irrogazione della sanzione obbligatoria dell'allontanamento, nei confronti degli autori di violenze commesse nell'ambito familiare, anche quando le vittime contestavano l'applicazione di tale sanzione. Anche in questa occasione la Corte ha combinato il criterio letterale e quello teleologico, rilevando che la decisione quadro non conteneva alcuna «disposizione relativa alle forme ed all'entità delle pene che gli Stati membri devono prevedere nei rispettivi ordinamenti ai fini della repressione degli illeciti penali»<sup>277</sup> e che non vi era alcuna «indicazione secondo cui il legislatore dell'Unione [...] [avesse] inteso procedere ad una armonizzazione o, quantomeno, ad un ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri per quanto attiene alle forme e all'entità delle sanzioni penali».<sup>278</sup> La Corte ha perciò concluso che la decisione quadro doveva essere interpretata nel senso che non ostava alle previsioni nazionali controverse.<sup>279</sup> Nel 2012, la decisione quadro in esame è stata sostituita dalla Direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.<sup>280</sup> Come si evince dalla denominazione di tale direttiva, nonché dal suo preambolo,<sup>281</sup> sembra lecito aspettarsi che la Corte utilizzerà prevalentemente i paradigmi della preclusione diretta e della preclusione indiretta per verificare l'esistenza di antinomie che involgono tale atto.

La Corte di giustizia, invece, non ha esitato a fare ricorso al modello della preclusione di campo, eventualmente in combinazione con altre declinazioni del principio della *preemption*, con riferimento ad alcune disposizioni della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo. Nella sentenza *Leymann e Pusovarov*<sup>282</sup> si legge chiaramente che l'«economia generale» di tale

<sup>275</sup> Ivi, punto 49.

<sup>276</sup> Sentenza della Corte del 15 settembre 2011, Procedimenti penali a carico di Magatte Gueye (C-483/09) e Valentín Salmerón Sánchez (C-1/10), Cause riunite C-483/09 e C-1/10, in Racc. 2011 p. I-08263.

<sup>277</sup> Ivi, punto 50.

<sup>278</sup> Ibid, punto 51.

<sup>279</sup> Ivi, punto 1 del dispositivo.

<sup>280</sup> Direttiva 2012/29/UE del Parlamento e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, *GU L* 315 del 14.11.2012, pp. 57-73.

<sup>281</sup> Ivi, considerando n. 11 «La presente direttiva stabilisce norme minime. Gli Stati membri possono ampliare i diritti da essa previsti al fine di assicurare un livello di protezione più elevato».

<sup>282</sup> Sentenza della Corte del 1 dicembre 2008, *Procedimento penale a carico di Artur Leymann e Aleksei Pustovarov*, Causa C-388/08 PPU, in Racc. 2008 p. I-08993.

atto è ispirata al «principio del riconoscimento reciproco» e che pertanto gli Stati membri «debbono ovvero possono rifiutare l'esecuzione di un mandato siffatto soltanto nei casi elencati agli artt. 3 e 4 della detta decisione quadro».<sup>283</sup> La preclusione di ogni intervento statale nel «campo» dei motivi di rifiuto d'esecuzione del mandato d'arresto europeo è stata ribadita nella sentenza *Mantello*<sup>284</sup> e nella sentenza *Radu*.<sup>285</sup> Il consolidamento definitivo di tale orientamento, peraltro, sembra potersi ricondurre alla sentenza *Melloni*,<sup>286</sup> in cui la Corte ha posto a fondamento del carattere esaustivo dei motivi di non esecuzione «il tenore letterale, il contesto e lo scopo» della decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo.<sup>287</sup> La meticolosità della disamina compiuta dalla Corte, che abbraccia tutti e tre i paradigmi di preclusione,<sup>288</sup> si giustifica, con ogni probabilità, in relazione all'elevato profilo dell'antinomia, che coinvolgeva il diritto ad un equo processo sancito dalla Costituzione spagnola.<sup>289</sup>

Occorre peraltro rilevare che, in relazione ad altri aspetti del mandato d'arresto europeo, la Corte di giustizia ha applicato paradigmi di preclusione meno intensi. Nella causa *Jeremy F.*,<sup>290</sup> ad esempio, il Consiglio Costituzionale francese, con il suo primo rinvio pregiudiziale,<sup>291</sup> aveva chiesto

<sup>283</sup> Ivi, punto 51.

<sup>284</sup> Sentenza della Corte del 16 novembre 2010, *Gaetano Mantello*, Causa C-261/09, in Racc. 2010 p. I-11477, punto 37: «gli Stati membri possono rifiutare l'esecuzione di un mandato siffatto soltanto nel caso di non esecuzione obbligatoria previsto dall'art. 3 della decisione quadro nonché nei casi elencati dal successivo art. 4».

<sup>285</sup> L'applicazione del paradigma della *field preemption* si evince chiaramente nella sentenza della Corte del 29 gennaio 2013, *Procedimento relativo all'esecuzione di mandati d'arresto europei emessi nei confronti di Ciprian Vasile Radu*, Causa C-396/11, non ancora pubblicata, in cui la Corte, dopo aver ribadito che «gli Stati membri possono rifiutare l'esecuzione di un mandato siffatto soltanto nei casi di non esecuzione obbligatoria previsti all'articolo 3 della stessa decisione nonché nei casi di non esecuzione facoltativa di cui ai suoi articoli 4 e 4 bis» (punto 36) si è limitata a rilevare che «la circostanza che il mandato d'arresto europeo sia stato emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale senza che la persona ricercata sia stata sentita dalle autorità giudiziarie emittenti non rientra nel novero dei motivi di non esecuzione di un siffatto mandato, quali previsti dalle disposizioni della decisione quadro 2002/584» (punto 38).

<sup>286</sup> Sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, Causa C-399/11, non ancora pubblicata.

<sup>287</sup> Ivi, punto 39.

<sup>288</sup> Ivi, punti 35-46.

<sup>289</sup> Sul punto, B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli Editore, Torino, 2013, pp. 178-183, che ravvisa in tale pronuncia un'applicazione dell'istituto della *preemption*.

<sup>290</sup> Sentenza della Corte del 30 maggio 2013, *Jeremy F. c. Premier ministre*, Causa C-168/13 PPU, non pubblicata.

<sup>291</sup> Conseil Constitutionnel, ordinanza n. 2013-314P QPC del 4 aprile 2013, 2013-314 QPC. Si vedano al riguardo i commenti di M. GAUTIER, *L'entrée timide du Conseil constitutionnel dans le système juridictionnel européen*, in *L'actualité juridique: droit administratif* 2013, pp.

alla Corte di chiarire se la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo ostava alla possibilità di prevedere, a livello nazionale, un ricorso sospensivo contro la decisione di esecuzione del mandato d'arresto, contro la decisione di assenso all'estensione di quest'ultimo o contro una consegna successiva. Accertato che la decisione quadro «non disciplina[va] esplicitamente una tale possibilità»,<sup>292</sup> la Corte ha affermato che la stessa «non preclude[va] agli Stati membri di prevedere un simile diritto» a vantaggio delle persone sottoposte a mandato d'arresto europeo.<sup>293</sup> La Corte è pervenuta a tale risultato sulla base della formulazione di alcune disposizioni della decisione quadro e del suo preambolo, il quale espressamente consente agli Stati membri di applicare «le loro norme costituzionali relative, in particolare, al diritto al giusto processo».<sup>294</sup> La Corte ha tuttavia aggiunto che, alla luce dell'«obiettivo di accelerare la cooperazione giudiziaria» perseguito dalla decisione quadro,<sup>295</sup> la previsione a livello nazionale di un ricorso sospensivo deve in ogni caso comportare il rispetto dei termini previsti dalla decisione quadro ai fini dell'adozione di una decisione definitiva.<sup>296</sup>

### 3.7. (Segue) *I servizi di interesse economico generale*

I «servizi di interesse economico generale» non figurano nell'elenco delle competenze esclusive dell'Unione, né in quello delle competenze concorrenti o in quello delle competenze di sostegno, coordinamento e completamento. Sarebbe però erroneo ritenere che la prerogativa di intervenire in tale materia spetti unicamente agli Stati membri in virtù degli artt. 4, n. 1 e 5, n. 2 TEU, posto che gli art. 14 e 106, n. 3, TFEU attribuiscono espressamente ad istituzioni dell'Unione il potere di adottare atti vincolanti con riferimento a tali servizi. Sembra pertanto che la competenza dell'Unione in materia di servizi di interesse economico generale debba ritenersi concorrente con quella degli Stati membri in virtù dell'art. 4, n. 1, TFEU.<sup>297</sup>

1086-1091; A. LEVADE, *Anatomie d'une première: renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice!*, in *La Semaine Juridique - édition générale*, 2013, n° 649, pp.1111-1114.

<sup>292</sup> Ivi, punto 37.

<sup>293</sup> Ivi, punto 51. Si vedano inoltre le considerazioni al riguardo espresse da D. BERLIN, *Dans le silence du texte, ce qui n'est pas interdit est permis... voire préconisé*, in *La Semaine Juridique - édition générale*, 2013, n° 25, pp. 1229 e ss.

<sup>294</sup> Ivi, punto 53.

<sup>295</sup> Ivi, punto 58.

<sup>296</sup> Ivi, punti 74-75.

<sup>297</sup> In tal senso, Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema Servizi di interesse economico generale: come ripartire le responsabilità tra l'UE e gli Stati membri? (parere di iniziativa), *GU C 128* del 18.5.2010, pp. 65-68, punti 2.3-2-4 «L'articolo 16 del Trattato

Tale inquadramento trova supporto nella lettera dell'art. 14 TFUE, che prefigura l'intervento dell'Unione e degli Stati membri nel settore in questione, nonché nel carattere non tassativo dell'elenco delle competenze concorrenti di cui all'art. 4, n. 2, TFUE. Inoltre, gli atti di diritto derivato relativi alle grandi industrie di rete – quali i servizi postali,<sup>298</sup> i trasporti,<sup>299</sup> l'energia<sup>300</sup> e le comunicazioni elettroniche<sup>301</sup> – ed in materia di appalti

che istituisce la Comunità europea [...] stabilisce chiaramente che l'Unione e gli Stati membri condividono la competenza e la responsabilità in materia di SIEG [...] Questa competenza concorrente tuttavia non è ancora chiaramente definita». Si veda però J. BUENDIA SIERRA, *Writing Straight with Crooked Lines: Competition Policy and Services of General Economic Interest in the Treaty of Lisbon*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT e S. RIPELY (eds.) *EU Law After Lisbon* (Oxford, OUP 2012), p. 364, secondo il quale «there is a Community legal basis for SGEIs but no Community competence, not even one that is shared with Member States».

<sup>298</sup> Direttiva 2008/6/CE del Parlamento e del Consiglio, del 20 febbraio 2008, che modifica la direttiva 97/67/CE per quanto riguarda il pieno completamento del mercato interno dei servizi postali comunitari, *GU L* 52 del 27/02/2008, pp. 3–20.

<sup>299</sup> Regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento e del Consiglio, del 24 settembre 2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità (rifusione), *GU L* 293 del 31/10/2008, pp. 3–20; Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, *GU L* 315 del 3.12.2007, pp. 1–13; Regolamento (CEE) n. 3577/92 del Consiglio, del 7 dicembre 1992, concernente l'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi fra Stati membri, *GU L* 364 del 12.12.1992, pp. 7–10.

<sup>300</sup> Direttiva 2009/72/CE del Parlamento e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE, *GU L* 211 del 14.8.2009, pp. 55–93; Direttiva 2009/73/CE del Parlamento e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE, *GU L* 211 del 14.8.2009, pp. 94–136. Cfr. M. MARLETTA, *Il Trattato di Lisbona e l'energia*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI, D. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, pp. 393–406.

<sup>301</sup> Regolamento (CE) n. 1211/2009 del Parlamento e del Consiglio del 25 novembre 2009 che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) e l'Ufficio, *GU L* 337 del 18.12.2009, pp. 1–10; Direttiva 2002/19/CE del Parlamento e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate e all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso), *GU L* 108 del 24.4.2002, pp. 7–20; Direttiva 2002/20/CE del Parlamento e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), *GU L* 108 del 24.4.2002, pp. 21–32; Direttiva 2002/21/CE del Parlamento e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), *GU L* 108 del 24.4.2002, pp. 33–50; Direttiva 2002/22/CE del Parlamento e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale), *GU L* 108 del 24.4.2002, pp. 51–77. Si veda inoltre la Direttiva 2009/136/CE del Parlamento e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti

pubblici<sup>302</sup> sono stati adottati in virtù di basi giuridiche rientranti nel mercato interno<sup>303</sup> o in altri settori di competenza concorrente, quali i trasporti.<sup>304</sup>

Il diritto primario contiene diverse disposizioni che potrebbero costituire un vincolo agli effetti di preclusione prodotti dalla legislazione dell'Unione in materia di servizi di interesse economico generale.<sup>305</sup> Il protocollo n. 26 allegato al Trattato di Lisbona ribadisce «il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti».<sup>306</sup> L'art. 14 TFUE, inoltre, precisa che i poteri dell'Unione in materia di servizi di interesse economico generale devono essere esercitati «fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi».<sup>307</sup> Con particolare riferimento, poi, al settore del servizio pubblico radiotelevisivo, il protocollo 29 ribadisce «la competenza degli Stati membri a provvedere al finanziamento del servizio pubblico di radio-diffusione» ed a conferire, definire ed organizzare la relativa «missione di servizio pubblico».

e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori, *GU L* 337 del 18.12.2009, pp. 11–36.

<sup>302</sup> Direttiva 2007/66/CE del Parlamento e del Consiglio, dell' 11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici, *GU L* 335 del 20.12.2007, pp. 31–46; Direttiva 2004/18/CE del Parlamento e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, *GU L* 134 del 30.4.2004, pp. 114–240; Direttiva 2004/17/CE del Parlamento e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, *GU L* 134 del 30.4.2004, pp. 1–113.

<sup>303</sup> È il caso della Direttiva 2008/6/CE; Direttiva 2009/72/CE; Direttiva 2009/72/CE; Direttiva 2008/6/CE; Direttiva 2002/19/CE; Direttiva 2002/20/CE; Direttiva 2002/21/CE; Direttiva 2002/22/CE; Direttiva 2004/17/CE; Direttiva 2004/18/CE.

<sup>304</sup> Tale è il caso del Regolamento (CE) n. 1008/2008; Regolamento (CE) n. 1370/2007 (anche concorrenza art. 89); Regolamento (CEE) n. 3577/92.

<sup>305</sup> Per maggiori approfondimenti, sia consentito il rinvio a A. ARENA, *I servizi di interesse generale tra disciplina sovranazionale e preclusione della potestà normativa degli Stati membri*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n. 1, 2012, pp. 17–43.

<sup>306</sup> Protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale, art. 1. Secondo D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 399, il Protocollo opererebbe un'eccessiva semplificazione del complesso tema della distribuzione delle competenze fra Stati ed Unione in materia di Servizi di interesse economico generale.

<sup>307</sup> Art. 14 TFUE, ultimo periodo.

La potenziale incidenza di tali vincoli sul contenuto del diritto primario è illustrata dall'*iter* legislativo della proposta di direttiva sui contratti di concessione.<sup>308</sup> Tale proposta si fonda su tre basi giuridiche di mercato interno (artt. 53, n. 1, 62 e 114 TFUE) e non opera alcun riferimento ai servizi di interesse economico generale ed alle conferenti disposizioni di diritto primario.<sup>309</sup> Nell'ambito del meccanismo di controllo preventivo del rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, peraltro, il Consiglio federale tedesco ed il Consiglio federale austriaco hanno evidenziato la stretta connessione tra i contratti di concessione e la fornitura dei servizi di interesse economico generale ed hanno sostenuto che il margine d'autonomia riconosciuto agli Stati membri in tale area dagli artt. 14 e 106 TFEU, nonché dal Protocollo n. 26, non dovrebbe essere compresso da un «atto di diritto derivato estremamente pervasivo» quale quello proposto dalla Commissione.<sup>310</sup> Anche il Comitato economico e sociale ha, nel proprio parere sulla proposta di direttiva,<sup>311</sup> richiamato in più punti l'art. 14 TFEU ed il Protocollo n. 26,<sup>312</sup> al fine di ribadire che le autorità nazionali, regionali e locali devono conservare un «ampio margine di discrezionalità» in merito alle modalità di organizzazione e alla prestazione dei servizi di interesse economico generale, che comporta, in positivo, il potere di «stabilire liberamente i criteri di aggiudicazione – sociali, ambientali e di qualità – secondo loro più adeguati rispetto all'obiettivo del contratto» e, in negativo, il non essere in alcun caso «obbligate a liberalizzare o a esternalizzare la prestazione dei servizi di interesse economico generale contro la propria volontà o i propri criteri».<sup>313</sup>

Tali vincoli di diritto primario, peraltro, non sembrano aver impedito alla Corte di giustizia di servirsi del paradigma della preclusione di campo in relazione ad atti adottati in questo settore. Nella sentenza *Michaniki*, ad esempio, la Corte ha rilevato che la direttiva 93/37 sugli appalti pubblici di lavori<sup>314</sup> con-

<sup>308</sup> Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, COM/2011/0897 definitivo - 2011/0437 (COD).

<sup>309</sup> Si veda altresì Commissione, Valutazione dell'impatto di un'iniziativa sulle concessioni, COM(2011) 897 final.

<sup>310</sup> Cfr. Parere motivato della Commissione affari europei del Consiglio federale austriaco dell'1 febbraio 2012; Risoluzione n. 874/11 del Bundesrat tedesco del 2 febbraio 2012; Parere motivato n. 1/2012 della Commissione per l'Unione Europea della Cortes Generales spagnola del 6 Marzo 2012.

<sup>311</sup> Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, GUC 191 del 29.6.2012, pp. 84–96.

<sup>312</sup> Ivi, punti 1.18, 4.6, 5.4, 5.5.

<sup>313</sup> Ivi, punto 5.5.

<sup>314</sup> Direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, GU L 199 del 9.8.1993, pp. 54–83.

teneva un «elenco tassativo» e non suscettibile d'integrazione delle cause di esclusione dalla partecipazione agli appalti per ragioni concernenti le qualità professionali dell'imprenditore, con la conseguenza che tale direttiva ostava ad una disciplina nazionale in tema di incompatibilità la quale, in attuazione della libertà d'informazione garantita dalla costituzione greca, impediva la partecipazione agli appalti pubblici ai soggetti aventi determinati ruoli in imprese attive nel settore dell'informazione.<sup>315</sup> Del pari, nella sentenza *Commissione c. Francia*,<sup>316</sup> la Corte ha ritenuto che le procedure di aggiudicazione degli appalti che gli Stati membri sono autorizzati ad utilizzare fossero «elencate tassativamente» dalla direttiva 2004/18,<sup>317</sup> con la conseguenza che la Repubblica francese era venuta meno ai propri obblighi avendo adottato e mantenuto in vigore una procedura diversa.<sup>318</sup>

In altre pronunce, invece, la Corte di giustizia ha impiegato paradigmi di preclusione più miti. Nella sentenza *Telekommunikacja Polska*,<sup>319</sup> ad esempio, la Corte ha stabilito che la Direttiva Quadro<sup>320</sup> e la Direttiva Servizio Universale,<sup>321</sup> entrambe relative ai servizi di comunicazione elettronica, non ostavano al divieto di vendite abbinate previsto dalla legislazione polacca al fine di assicurare una maggiore protezione dei consumatori nei loro rapporti con gli operatori di telecomunicazioni.<sup>322</sup> La Corte ha infatti ritenuto che, in relazione a detta finalità, le direttive lasciavano impregiudicata l'applicazione delle norme nazionali.<sup>323</sup> Del pari, nella sentenza *DHL International*,<sup>324</sup> la Corte ha afferma-

<sup>315</sup> Ivi punto 43. La Corte ha peraltro riconosciuto, al successivo punto 47, la facoltà degli Stati di prevedere «altre misure di esclusione» dirette a garantire la trasparenza e la parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza, purché siffatte misure fossero conformi al principio di proporzionalità. All'esito, però, la Corte ha ritenuto che la disposizione di legge controversa, nel prevedere una presunzione assoluta di incompatibilità, andasse al di là di quanto necessario per il conseguimento di suddette finalità.

<sup>316</sup> Sentenza della Corte del 10 dicembre 2009, *Commissione europea c. Repubblica francese*, Causa C-299/08, in *Racc.* 2009 p. I-11587, punti 28-29.

<sup>317</sup> Direttiva 2004/18/CE del Parlamento e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, *GU L* 134 del 30.4.2004, pp. 114-240.

<sup>318</sup> Ivi, punto 45.

<sup>319</sup> Corte giust., 11 marzo 2010, *Telekommunikacja Polska SA w Warszawie c. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, Causa C-522/08, in *Racc.* 2010 p. I-02079.

<sup>320</sup> Direttiva 2002/21/CE, cit..

<sup>321</sup> Direttiva 2002/22/CE del Parlamento e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, in *GU L* 108 del 24.4.2002, pp. 51-77.

<sup>322</sup> Ivi, punto 28.

<sup>323</sup> Ivi, punto 29.

<sup>324</sup> Sentenza della Corte del 13 ottobre 2011, *DHL International NV, già Express Line NV c. Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie*, Causa C-148/10, non ancora pubblicata.

to che le procedure per la gestione dei reclami previste dalla direttiva 97/67 sui servizi postali<sup>325</sup> costituivano soltanto «un quadro minimo complementare rispetto alle vie di ricorso messe a disposizione dal diritto nazionale»,<sup>326</sup> con la conseguenza che la predetta direttiva non ostava ad una normativa nazionale che rendeva obbligatoria una procedura esterna di gestione dei reclami anche per i fornitori di servizi postali non rientranti nel servizio universale.<sup>327</sup>

#### 4. Preemption ed altre categorie di competenze dell'Unione

##### 4.1. Le competenze parallele

L'art. 4, nn. 3 e 4, TFUE prevede che nei settori della ricerca, dello sviluppo tecnologico, dello spazio, della cooperazione allo sviluppo e dell'aiuto umanitario, l'Unione può esercitare la propria competenza senza che ciò «possa avere per effetto di impedire agli Stati membri di esercitare la loro».<sup>328</sup> L'esplicito riferimento alla possibilità di un intervento contestuale dell'Unione e degli Stati in tali settori ha indotto parte della dottrina a definire questi settori «competenze parallele».<sup>329</sup> Altri Autori, in considerazione della collocazione di queste materie nell'ambito dell'articolo dedicato alle competenze concorrenti, le ritengono invece competenze concorrenti *suorum generum*,<sup>330</sup> sottratte all'applicazione del principio della *preemption*.<sup>331</sup>

<sup>325</sup> Direttiva 97/67/CE del Parlamento e del Consiglio del 15 dicembre 1997 concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio, *GU L* 15 del 21.1.1998, pp. 14–25.

<sup>326</sup> Sentenza *DHL International NV*, cit., punto 47.

<sup>327</sup> *Ivi*, punti 51-52.

<sup>328</sup> S. MARCHISIO, *La politica spaziale europea: una competenza dell'Unione ancora da definire*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI, D. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, pp. 377-391.

<sup>329</sup> In tal senso, A. VON BOGDANDY e J. BAST, *The Federal Order of Competences*, in A. VON BOGDANDY e J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, seconda edizione, Hart, Oxford, 2009, p. 306; R. SCHUTZE, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 167.

<sup>330</sup> Secondo T. TRIDIMAS, *Competence after Lisbon: the elusive search for bright lines*, in D. ASHIAGBOR, N. COUNTOURIS e I. LIANOS (a cura di), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, CUP, Cambridge, 2012, pp. 47-77 p. 69, tali competenze si pongono «somewhere between shared and supporting competence».

<sup>331</sup> R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 2010, p. 523, parla al riguardo di «settori di competenza concorrente sottratti alla *pre-emption*»; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 368 rileva che a tali competenze «manca una caratteristica tipica della competenza concorrente: la progressiva perdita di competenza da parte degli Stati membri

L'intervento dell'Unione nei settori in esame può comportare l'adozione di atti vincolanti e, in assenza di specifici divieti in tal senso contenuti nella parte terza del TFUE, persino di misure di armonizzazione.<sup>332</sup> Ad esempio, in materia di ricerca e sviluppo tecnologico, l'art. 179, n. 2, TFUE fa espressamente riferimento alla «definizione di norme comuni» per permettere la cooperazione fra i ricercatori europei. Al contrario, in tema di spazio, l'art. 189, n. 2, TFUE consente l'adozione delle «misure necessarie» per contribuire alla realizzazione della politica spaziale europea, ma specifica che tali misure non possono comportare l'«armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri».

Pertanto, come è stato opportunamente rilevato in dottrina,<sup>333</sup> il fenomeno della *preemption* non può ritenersi del tutto inoperante in questi settori, posto che gli Stati membri sono comunque tenuti a non legiferare in contrasto con le «azioni», i «programmi» o le «politiche comuni» intraprese dall'Unione. Difatti, sebbene la Corte di giustizia abbia espressamente riconosciuto che «nel campo degli aiuti umanitari la competenza [dell'Unione] non è esclusiva e che agli Stati membri non è vietato esercitare collettivamente, nell'ambito del Consiglio o al di fuori di esso, i loro poteri in materia», in tali settori trovano in ogni caso applicazione i principi della leale cooperazione<sup>334</sup> e del primato.<sup>335</sup>

In definitiva, sembra che il principio della *preemption*, almeno nelle varianti della preclusione diretta e indiretta, possa trovare applicazione anche nell'ambito delle competenze parallele di cui all'art. 4, nn. 3 e 4, TFUE.

come conseguenza dell'esercizio della competenza dell'Unione». Si veda inoltre F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 108.

<sup>332</sup> Chiarissima, in tal senso, L. ROSSI, *Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences between EU and Member States?*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT e S. RIPLEY (a cura di), *EU law after Lisbon*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 102: «This is a special shared competence with no pre-emption effect, but unlike in support actions, harmonization could be possible».

<sup>333</sup> R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 167, nota 74; Idem, *Lisbon and the Federal Order of Competences: a Prospective Analysis*, in *European Law Review*, vol. 33, n. 5, 2008, p. 717: «it is simply difficult to imagine that an EU legal act has no limiting effects whatsoever on the powers of the Member States».

<sup>334</sup> J. P. JACQUÉ, *Droit Institutionnel de l'Union européenne*, 6 ed., Dalloz, Paris, 2010, p. 159 «si les États membres restent libres d'agir, il s ne peuvent mettre en cause les actions communautaires adoptées dans ces secteurs. Cette obligation découle de l'article [4, n. 3, TUE]».

<sup>335</sup> Sul punto R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 2010, p. 523, per il quale l'intervento statale in tali settori deve «porsi in armonia con le politiche dell'Unione» in virtù del principio di *primauté* e di leale cooperazione.

#### 4.2. *Le competenze di coordinamento*

L'art. 5 TFUE individua tre materie in cui l'Unione dispone di competenze di «coordinamento»: la politica economica, la politica occupazionale e la politica sociale.<sup>336</sup> L'inserimento di tali settori in un articolo a sé riflette un compromesso politico, raggiunto dal Praesidium della Convenzione europea e rifiuto nel Trattato di Lisbona,<sup>337</sup> tra quanti temevano che l'attribuzione all'Unione di una competenza concorrente avrebbe comportato effetti di preclusione troppo intensi e quanti ritenevano insufficiente l'attribuzione di una mera competenza di sostegno.<sup>338</sup> In dottrina sono emersi due orientamenti circa l'intensità dell'intervento dell'Unione in queste materie.

Secondo un primo orientamento, in questo campo l'Unione disporrebbe di poteri la cui intensità si pone a metà strada tra la competenza concorrente e la competenza di sostegno.<sup>339</sup> Tale tesi troverebbe conforto nella collocazione dell'art. 5 TFUE – posizionato tra l'art. 4 TFUE (competenze concorrenti) e l'art. 6 TFUE (competenze di sostegno) – e nella mancanza di un divieto di armonizzazione delle legislazioni nazionali analogo a quello previsto nell'ambito delle competenze concorrenti. In base a questo orientamento, pertanto, l'Unione potrebbe realizzare un certo

<sup>336</sup> Cfr. art. 2, n. 3, TFUE: «Gli Stati membri coordinano le loro politiche economiche e occupazionali secondo le modalità previste dal presente trattato, la definizione delle quali è di competenza dell'Unione». Secondo J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 136 tali settori rientrano, insieme a quelli di cui all'art. 4, nn. 3 e 4, TFUE, nel novero delle competenze concorrenti.

<sup>337</sup> Cfr. M. BARUFFI, *Il trattato di Lisbona tra vecchio e nuovo*, in M. BARUFFI (a cura di) *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, 2008, CEDAM, Padova, pp. 3-35; R. CAFARI PANICO, *L'esercizio delle competenze nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in M. BARUFFI (a cura di) *La Costituzione europea: quale Europa dopo l'allargamento*, CEDAM, Padova, 2006, pp. 79-108; F. CAPELLI, *Riflessioni sul trattato di Lisbona*, in *Bulletin européen*, 2008, n. 694, pp. 1-2; M. DE DONATIS, *L'Unione europea secondo la riforma di Lisbona*, in *Sud in Europa*, 2008, p. 5 ss.; M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not hearts*, in *Common Market Law Review*, 2008, n. 3, pp. 617-703.

<sup>338</sup> Convenzione Europea, Progetto di Costituzione, Volume I, Testo riveduto della parte I, CONV 724/03, Allegato 2, p. 68: «Il Praesidium ritiene che il carattere specifico del coordinamento delle politiche degli Stati membri nei settori economici e dell'occupazione meriti una disposizione separata». Sul punto, P. CRAIG e G. DE BÚRCA, *EU Law*, quinta edizione, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 88; R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 167, nota 75.

<sup>339</sup> R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 167; P. CRAIG, *Competence: Clarity, Conferral, Containment and Consideration*, in *European Law Review*, vol. 29, 2004, p. 338.

grado di armonizzazione anche in materia di politica economica, sociale ed occupazionale,<sup>340</sup> con conseguente preclusione dell'esercizio dei poteri normativi nazionali.<sup>341</sup>

Secondo un altro orientamento, invece, il «coordinamento» di cui all'art. 5 individua un grado di convergenza inferiore sia all'armonizzazione realizzabile nel contesto delle competenze concorrenti sia al coordinamento possibile nell'ambito delle competenze di sostegno.<sup>342</sup> All'Unione, difatti, non spetterebbe il compito di disciplinare la materia attraverso norme giuridiche vincolanti, bensì quello di elaborare linee di indirizzo politico alla luce delle quali gli Stati membri possano predisporre la disciplina (c.d. *non-regulatory powers*).<sup>343</sup> Difatti, nei settori in questione, le basi giuridiche previste nella parte terza del TFUE per lo più attribuiscono all'Unione il potere di adottare atti non vincolanti<sup>344</sup> e non legislativi.<sup>345</sup> Pertanto, in questi settori non può profilarsi alcuna antinomia fra gli atti dell'Unione ed il diritto nazionale,<sup>346</sup> il che esclude in radice l'applicazione del principio della *preemption*.

Il nodo circa l'operatività, nel settore delle competenze di coordinamento, del fenomeno della *preemption* può essere sciolto soltanto avendo riguardo alle

<sup>340</sup> R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, cit., p. 168: «the adoption of Union acts resulting in some degree of harmonisation would be constitutionally permitted under these competences».

<sup>341</sup> Al riguardo P. CRAIG, *The Treaty of Lisbon, process, architecture and substance*, in *European Law Review*, vol. 33, 2008, p. 148, afferma «while this head of competence is framed largely in terms of co-ordination, the detailed Treaty provisions concerning, for example, economic policy nonetheless accord the European Union powers to take dispositive and *peremptory action* in certain circumstances» (corsivo aggiunto).

<sup>342</sup> T. TRIDIMAS, *Competence after Lisbon: the elusive search for bright lines*, in D. ASHIAGBOR, N. COUNTOURIS e I. LIANOS (a cura di), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 56, nota 33.

<sup>343</sup> Così A. VON BOGDANDY e J. BAST, *The Federal Order of Competences*, in A. VON BOGDANDY e J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, seconda edizione, Hart, Oxford, 2009, pp. 295-296. Gli stessi Autori, peraltro, a p. 306 rilevano che il coordinamento delle politiche economiche, sociali ed occupazionali «is placed in a limbo somewhere between 'shared' and 'supplementary' competences».

<sup>344</sup> Per esempio, il titolo IX della parte terza del TFUE, rubricato «Occupazione» (artt. 145-150 TFUE), attribuisce alle istituzioni dell'Unione il potere di adottare «orientamenti» (art. 148, n. 2, TFUE), «raccomandazioni» (148, n. 4, TFUE), «misure di incentivazione» (art. 149 TFUE) e dell'istituzione di un comitato per l'occupazione a carattere consultivo «al fine di promuovere il coordinamento tra gli Stati membri per quanto riguarda le politiche in materia di occupazione e di mercato del lavoro» (art. 150 TFUE).

<sup>345</sup> In tal senso R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 2010, p. 517; M. DONY, *Droit de l'Union Européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2012, p. 74.

<sup>346</sup> Ivi, p. 295, ove si legge che in tale categoria di competenze «a conflict of laws cannot arise».

basi giuridiche previste nelle corrispondenti disposizioni della Parte Terza del TFUE. In materia di politica sociale, ad esempio, il legislatore dell'Unione può adottare sia «misure destinate a incoraggiare la cooperazione tra Stati membri [...] ad esclusione di qualsiasi armonizzazione»<sup>347</sup> sia «direttive» che fissano «prescrizioni minime applicabili progressivamente»;<sup>348</sup> la Commissione, invece, «incoraggia la cooperazione tra gli Stati membri e facilita il coordinamento della loro azione» attraverso «studi e pareri» e «organizzando consultazioni».<sup>349</sup>

Sembra pertanto che, nella misura in cui la Parte Terza del TFUE reca disposizioni che consentono alle istituzioni dell'Unione di adottare atti vincolanti, il principio della *preemption* possa trovare, almeno nelle sue declinazioni più miti, applicazione anche nell'ambito del coordinamento delle politiche sociali, economiche e di occupazione.

### 4.3. *Le competenze di sostegno*

La categoria delle competenze di «sostegno»,<sup>350</sup> ai sensi dell'art. 2, n. 5 TFUE, comprende le materie in cui l'Unione può intraprendere azioni intese a «sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, senza tuttavia sostituirsi alla loro competenza in tali settori». L'art. 6 reca un catalogo di tali materie: tutela e miglioramento della salute umana, industria, cultura, turismo, istruzione, protezione civile, cooperazione amministrativa, formazione professionale, gioventù e sport.<sup>351</sup> Sebbene il tenore letterale di tale previsione faccia pensare ad un elenco esaustivo, occorre rilevare che la Parte Terza del TFUE autorizza l'Unione ad intraprendere misure di sostegno anche in altri settori.<sup>352</sup>

<sup>347</sup> Art. 153, n. 2, lettera a), TFUE.

<sup>348</sup> Ivi, lettera b). Tali direttive possono essere adottate esclusivamente nei settori di cui all'art. 153, n. 1, lettere da a) a i).

<sup>349</sup> Art. 156, n. 1, TFUE.

<sup>350</sup> Cfr. peraltro J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 137, che fa riferimento a tali settori con la denominazione «competenze parallele». R. ADAM e A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, seconda edizione, Giappichelli, Torino, 2010, p. 43, che ritengono riconducibili alle «competenze parallele» tanto le competenze di sostegno, quanto quelle di coordinamento e quelle di cui all'art. 4, nn. 3 e 4, TFUE. Cfr. inoltre R. CAFARI PANICO, *Competenze: nasce il sistema "tripartito"*, in *Guida al diritto*, 2004, n. 10, pp. 60-62.

<sup>351</sup> S. CARBONE, *Lo sport ed il diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, pp. 597-607.

<sup>352</sup> L'art. 147, n. 1, TFUE, ad esempio, prevede che l'Unione «contribuisce ad un elevato livello di occupazione *promuovendo la cooperazione* tra gli Stati membri nonché *sostenendone* e, se necessario, *integrandone* l'azione» (corsivo aggiunto).

Quanto all'intensità dell'intervento dell'Unione nell'ambito delle competenze di sostegno, l'art. 2, n. 5, TFUE, secondo comma, TFUE consente l'adozione di «atti giuridicamente vincolanti» che «non possono comportare un'armonizzazione» delle legislazioni degli Stati membri.<sup>353</sup> Tale divieto riflette l'intenzione dei redattori di limitare l'efficacia preclusiva dell'azione dell'Unione in settori ritenuti significativi per le identità degli Stati membri.<sup>354</sup> Peraltro, la distinzione tra un mero atto vincolante ed una misura di armonizzazione non è sempre agevole,<sup>355</sup> posto che tutti gli atti vincolanti comportano un certo grado di uniformità, nella misura in cui precludono, in ogni Stato membro, l'adozione di norme nazionali incompatibili.<sup>356</sup>

Inoltre, come è emerso dalla disamina delle competenze dell'Unione nell'ambito del mercato interno, una misura di armonizzazione non produce necessariamente effetti di preclusione di campo: al contrario, la previsione nel diritto primario di una clausola di armonizzazione minima, come l'art. 193 TFUE, è in grado di limitare significativamente la portata preclusiva degli atti di diritto derivato.<sup>357</sup> L'esercizio delle competenze di sostegno, invece, può limitare in misura non trascurabile lo spazio d'intervento degli Stati membri in tali settori.<sup>358</sup> Gli atti vincolanti adottati sulla base delle competenze di sostegno, difatti, pur non potendo operare il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, precludono l'azione de-

<sup>353</sup> In materia di gioventù, istruzione e formazione professionale, peraltro, ricopre un ruolo significativo anche il c.d. metodo aperto di coordinamento, che comporta l'adozione di misure di *soft law* che non assumono in alcun caso la forma di direttive, di regolamenti o di decisioni. Cfr. A. ADINOLFI, *La politica dell'unione europea in materia di istruzione: obiettivi, competenze, strumenti d'azione*, in O. ROSELLI (a cura di) *Osservatorio della formazione giuridica*, Napoli, ESI, pp. 89-113.

<sup>354</sup> In tal senso Convenzione europea, Relazione finale del Gruppo v. (Competenze complementari), CONV 375/1/02, p. 1. Si veda inoltre C. BLUMANN e L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, quarta edizione, Litec, 2010, p. 426: «La caractéristique essentielle de ces domaines tient à la ferme volonté de brider l'intervention de l'Union».

<sup>355</sup> In tal senso P. CRAIG e G. De BÚRCA, *EU Law*, quinta edizione, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 87.

<sup>356</sup> Al riguardo, già a metà degli anni '90, K. LENAERTS, *Subsidiarity and Community Competence in the Field of Education*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 1, 1994, p. 15, rilevava che «the fact that a Community incentive measure may have the indirect effect of harmonizing [...] does not necessarily mean that it conflicts with the prohibition on harmonization».

<sup>357</sup> Si rinvia alle considerazioni espresse *supra* al paragrafo 3.5.

<sup>358</sup> Sul punto, R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 2010, p. 517, secondo il quale l'esercizio delle competenze di sostegno può «produrre una certa erosione delle sovranità statali».

gli Stati membri nella misura in cui la stessa si traduce in atti direttamente o indirettamente in contrasto con il diritto derivato.<sup>359</sup> Anche in questo caso, sembra quindi applicabile il principio della *preemption*,<sup>360</sup> quanto meno nelle sue declinazioni più blande.<sup>361</sup>

<sup>359</sup> Chiarissime, sul punto, le considerazioni di P. CRAIG, *The Treaty of Lisbon, process, architecture and substance*, in *European Law Review*, vol. 33, 2008, p. 147 «the Member States will be constrained to the extent stipulated by the legally binding act. The meaning of supporting [...] action, and hence the precise extent of EU power, varies somewhat in the different areas listed, but it is clear that the European Union has a significant degree of power in these areas, albeit falling short of harmonisation».

<sup>360</sup> *Contra* L. ROSSI, *Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences between EU and Member States?*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT e S. RIPLEY (a cura di), *EU law after Lisbon*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 101 «unlike shared competences this kind of competence [has] no preemption effect, the states remaining free, notwithstanding the EU action, to adopt national measures in the same field».

<sup>361</sup> Secondo S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Larcier, 2011, p. 162, il concetto di competenza di sostegno traduce la volontà di non occupare interamente il campo, ma di agire di concerto con gli Stati membri.

## CAPITOLO QUARTO

### PREEMPTION E DIRITTO DERIVATO

SOMMARIO: 1. *Preemption* e categorie di atti dell'Unione; 1.1. I regolamenti; 1.2. Le direttive; 1.3. Le decisioni; 1.4. Gli atti delegati e gli atti di esecuzione; 2. *Preemption* e ravvicinamento delle legislazioni nazionali; 2.1. L'armonizzazione come bilanciamento d'interessi (*re-regulatory bargain*); 2.2. Modelli di armonizzazione e poteri residui degli Stati membri; 2.3. (*Segue*) L'armonizzazione esaustiva; 2.4. (*Segue*) L'armonizzazione minima; 2.5. (*Segue*) L'armonizzazione parziale; 2.6. (*Segue*) L'armonizzazione opzionale; 3. *Preemption* e assetto dei conflitti tra diritto derivato e diritto nazionale; 3.1. I conflitti verticali; 3.2. I conflitti diagonali

Nel capitolo precedente si è verificato l'impatto del diritto primario sull'applicazione del principio della *preemption* e delle sue diverse modulazioni in relazione alle varie competenze dell'Unione. Peraltro, come rilevato nel paragrafo 4 del capitolo I, la *preemption* costituisce un effetto del diritto derivato. Nel presente capitolo, risulta pertanto opportuno analizzare i rapporti intercorrenti fra alcune caratteristiche del diritto derivato ed i suoi effetti preclusivi. In primo luogo si avrà riguardo alla forma dell'atto, verificando se ed in che misura è possibile stabilire un nesso fra le principali categorie di atti di diritto derivato ed i loro effetti sull'esercizio delle competenze nazionali. In secondo luogo, ci si soffermerà sul contenuto degli atti, rivolgendo particolare attenzione alla tecnica normativa nota come armonizzazione delle legislazioni nazionali. Difatti, il rapporto tra le varie tecniche di armonizzazione ed i poteri residui degli Stati membri è stato diffusamente approfondito in dottrina. In terzo luogo, si avrà riguardo all'assetto dei conflitti fra diritto derivato e norme nazionali, distinguendo fra i c.d. conflitti verticali ed i conflitti diagonali e verificando la valenza di tale distinzione ai fini dell'applicazione delle varie declinazioni del principio della *preemption*.

#### 1. *Preemption e categorie di atti dell'Unione*

Gli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione possono assumere diverse forme. Il carattere non esaustivo delle categorie di atti elencate all'articolo

288 TFUE è pacifico in dottrina.<sup>1</sup> La proliferazione degli strumenti dei quali le Istituzioni si servono è stata sottolineata dal Consiglio europeo di Laeken<sup>2</sup> e confermata da studi statistici sulla produzione normativa dell'Unione.<sup>3</sup> Ciò impone di circoscrivere l'oggetto d'indagine alle categorie di atti più rilevanti ai fini dello studio del fenomeno della *preemption*.

Posto che la *preemption* costituisce un effetto dei soli atti giuridici vincolanti, gli atti non vincolanti tipici (le raccomandazioni ed i pareri) e gli altri strumenti di *soft law* (come le linee guida, le comunicazioni ed i documenti di lavoro) non costituiranno oggetto di approfondimento. Inoltre, poiché il fenomeno della *preemption* attiene alla limitazione dell'esercizio delle competenze degli Stati membri, non si terrà conto degli atti che non hanno effetti sui terzi (ad esempio: i regolamenti di procedura, gli accordi interistituzionali, le proposte legislative, le posizioni comuni, ecc.) e delle decisioni rivolte agli individui, mentre saranno prese in considerazione le decisioni rivolte agli Stati e quelle senza indicazione del destinatario. Pertanto, l'analisi degli effetti preclusivi della legislazione dell'Unione sarà circoscritta ai regolamenti, alle direttive, alle decisioni, nonché agli atti delegati (articolo 290 TFUE) ed agli atti d'esecuzione (articolo 291 TFUE).

### 1.1. I regolamenti

Alcune delle pronunce più risalenti della Corte di giustizia, nel negare agli Stati membri la facoltà di adottare qualsiasi provvedimento suscettibile di modificare la portata o integrare le disposizioni di un regolamento, sembrano suggerire un legame indissolubile tra la diretta applicabilità dei regolamenti e la preclusione di campo.<sup>4</sup> Nella sentenza *Bollmann*, ad esempio,

<sup>1</sup> G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, sesta edizione, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 304 e ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, seconda edizione, Cacucci, Bari, 2010.

<sup>2</sup> Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione europea, allegata alle Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 14 e 15 dicembre 2001, SN 300/1/01 REV1, p. 22.

<sup>3</sup> A. VON BOGDANDY, F. ARNDT e J. BAST, *Legal Instruments in European Union Law and their Reform: A Systematic Approach on an Empirical Basis*, in *Yearbook of European Law*, vol. 23, n. 1, 2004, pp. 91-136.

<sup>4</sup> M. BLUMENTAL, *Implementing the Common Agricultural Policy: Aspects of the Limitations on the Powers of the Member States*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1984, p. 39: «This capacity to pre-empt or preclude national measures can be regarded as a characteristic peculiar to a Regulation (as opposed to any other form of Community legislation) and may shed some light on the nature of direct applicability under [Article 288 TFEU]»; M. WAELBROECK, *The emergent doctrine of Community pre-emption - Consent and redelegation*, in T. SANDALOW e E. STEIN (a cura di), *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, Vol. II, Oxford University Press, 1982, pp. 555-556: «during an initial period, the Court did not base its deci-

si legge: «poiché [...] il regolamento 22/62 è direttamente efficace in tutti gli Stati membri, va escluso che, salvo disposizione contraria, questi ultimi possano adottare, allo scopo di garantirne l'applicazione, provvedimenti intesi a modificarne la portata o a completarne le disposizioni».<sup>5</sup>

Dalla giurisprudenza più recente, peraltro, si evince che non sempre i regolamenti producono effetti di preclusione di campo.<sup>6</sup> Nella sentenza *Bussone*, ad esempio, la Corte ha assunto una prospettiva di preclusione diretta nel dichiarare che la diretta applicabilità di tali atti «osta all'applicazione di qualsiasi provvedimento legislativo, anche posteriore, che sia incompatibile con le disposizioni di un regolamento».<sup>7</sup> Del pari, nella sentenza *Denkavit Nederland*, la Corte ha affermato che «in presenza di un regolamento che istituisce un'organizzazione comune di mercato in un determinato settore, gli Stati membri sono tenuti ad astenersi dall'adottare qualsiasi misura che possa costituire una deroga o una violazione».<sup>8</sup>

Non mancano sentenze in cui la Corte di giustizia ha utilizzato diversi paradigmi di preclusione per verificare la compatibilità a regolamenti di norme nazionali. Emblematica è la sentenza *Compassion in world farming*,<sup>9</sup> in cui la Corte di giustizia ha utilizzato una combinazione di preclusione diretta e preclusione indiretta, lasciando sullo sfondo il paradigma della preclusione di campo. Difatti, la Corte ha dapprima affermato che gli Stati membri devono astenersi dall'adottare qualsiasi misura che possa costituire «una deroga o una violazione» della disciplina contenuta nei regolamenti istitutivi di un'organizzazione comune dei mercati; poi ha aggiunto che sono parimenti incompatibili con tale organizzazione le disposizioni nazionali «che ostano al suo buon funzionamento» e ciò anche quando la materia «non è

sions on the pre-emption doctrine as such, but on the exclusionary effect of the type of legal acts employed, i.e. regulations»; R. SCHÜTZE, *The morphology of legislative power in the European Community: legal instruments and the federal division of powers*, in *Yearbook of European Law* 2006, vol. 25, 2007, p. 116: «It was this early jurisprudence that created the myth that regulations would automatically engender occupation of the field pre-emption».

<sup>5</sup> Sentenza della Corte del 18 febbraio 1970, *Hauptzollamt Hamburg-Oberelbe c. Firma Paul G. Bollmann*, Causa 40/69, in Racc. 1970 p. 00069, punto 4.

<sup>6</sup> R. SCHÜTZE, *The morphology of legislative power in the European Community: legal instruments and the federal division of powers*, in *Yearbook of European Law*, 2006, vol. 25, 2007, p. 117.

<sup>7</sup> Sentenza della Corte del 30 novembre 1978, *Francesco Bussone c. Ministro dell'agricoltura e foreste*, Causa 31/78, in Racc. 1978 p. 02429, punto 31, corsivo aggiunto.

<sup>8</sup> Sentenza della Corte dell'8 gennaio 2002, *Denkavit Nederland BV c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij e Voedselvoorzienings- en verkoopbureau*, Causa C-507/99, in Racc. 2002 p. I-00169, punto 32, corsivo aggiunto.

<sup>9</sup> Sentenza della Corte del 19 marzo 1998, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Compassion in World Farming Ltd*, Causa C-1/96, in Racc. 1998 p. I-01251.

stata disciplinata esaustivamente dall'organizzazione comune di mercato». <sup>10</sup> Nella sentenza *Danisco Sugar*, <sup>11</sup> invece, la Corte si è servita della preclusione di campo e della preclusione indiretta, statuendo che al fine di verificare la compatibilità di una disciplina nazionale con il regolamento relativo ad un'organizzazione comune dei mercati si deve esaminare «se essa riguarda un settore disciplinato in modo esauriente dalla normativa comunitaria» ovvero «se osti al buon funzionamento dei sistemi previsti dall'organizzazione comune dei mercati». <sup>12</sup>

Mentre i regolamenti costituiscono lo strumento d'elezione nell'armamentario del legislatore dell'Unione per stabilire regole uniformi, essi non realizzano necessariamente un'armonizzazione esaustiva delle legislazioni nazionali nei settori interessati. I regolamenti possono infatti limitarsi ad introdurre standard minimi, <sup>13</sup> talvolta facendo espressamente salva la facoltà degli Stati membri di introdurre misure di protezione maggiore. <sup>14</sup> In definitiva, non sembra possibile concludere che la scelta del regolamento quale forma dell'atto comporti necessariamente l'impiego di un determinato paradigma di preclusione o un particolare modello di armonizzazione.

## 1.2. *Le direttive*

La definizione contenuta nell'art. 288 TFUE, secondo la quale le direttive vincolano lo Stato membro cui sono rivolte «per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi», ha indotto vari Autori ad ipotizzare un nucleo incompressibile di autonomia in capo agli Stati membri nell'attuazione di tali provvedimenti. <sup>15</sup> Secondo tale tesi, in altre parole, le direttive,

<sup>10</sup> Ivi, punto 41, corsivo aggiunto.

<sup>11</sup> Sentenza della Corte del 27 novembre 1997, *Danisco Sugar AB c. Allmänna ombudet*, Causa C-27/96, in Racc. 1997 p. I-06653.

<sup>12</sup> Ivi, punto 24, corsivo aggiunto.

<sup>13</sup> Si veda, ad esempio, il Regolamento (CE) n. 3690/93 del Consiglio, del 20 dicembre 1993, che istituisce un regime comunitario che stabilisce le norme relative alle informazioni minime che devono figurare nelle licenze di pesca, *GU L* 341 del 31.12.1993, pp. 93-95.

<sup>14</sup> Si veda, ad esempio, il Regolamento (CE) n. 1099/2009 del Consiglio, del 24 settembre 2009, relativo alla protezione degli animali durante l'abbattimento, *GU L* 303 del 18.11.2009, pp. 1-30, il cui art. 26 è rubricato «Disposizioni nazionali più rigorose».

<sup>15</sup> G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, sesta edizione, Giappichelli, Torino, 2013, p. 276, sostengono le direttive «si presentano come uno strumento di legislazione indiretta [...] mediante il quale non si vogliono porre in essere regole uniformi in sostituzione di quelle del diritto interno» bensì una «collaborazione tra il livello

in quanto strumento di legislazione indiretta (o a due stadi) non potrebbero in alcun caso produrre effetti di preclusione di campo.<sup>16</sup>

Questa proposizione, tuttavia, è stata confutata dalla prassi legislativa, dalla giurisprudenza e, sebbene indirettamente, dal diritto primario. E' infatti noto che, a partire dagli anni '70, il legislatore comunitario ha iniziato ad adottare direttive dai contenuti normativi chiaramente definiti (c.d. direttive dettagliate), suscettibili di svuotare la discrezionalità degli Stati membri nei settori disciplinati, producendo, in sostanza, effetti di preclusione di campo. Nella sentenza *Enka*, la Corte di giustizia ha chiarito che «la competenza lasciata agli Stati membri quanto alla forma e ai mezzi dei provvedimenti [...] è funzione del risultato» perseguito dal legislatore comunitario<sup>17</sup> e che le direttive possono essere impiegate per realizzare «una rigorosa identità fra le disposizioni nazionali». <sup>18</sup> Del pari, nella sentenza *Commissione c. Irlanda (franchigie merci personali)*,<sup>19</sup> la Corte ha espressamente affermato che, in materia di imposte indirette, gli Stati membri conservavano «solo la competenza limitata» loro attribuita dalla direttiva 69/169 e che, nel silenzio della stessa, qualsiasi intervento nazionale in deroga doveva ritenersi precluso.<sup>20</sup> Inoltre, il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità allegato al Trattato di Amsterdam ha affermato che «a parità di altre condizioni» le «direttive quadro» dovrebbero essere preferite a «misure dettagliate», implicitamente sancendo la liceità, laddove sia giustificato dall'obiettivo perseguito, delle direttive con ampi effetti preclusivi.<sup>21</sup> Sembra

normativo dell'Unione e quello nazionale»; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, seconda edizione, Cacucci, Bari, 2010, p. 267, afferma che le direttive costituiscono lo strumento «meno intrusivo nella realtà giuridica degli Stati membri» finalizzato al «raggiungimento di un obiettivo, pur nella diversità delle legislazioni statali»; A. D'ATENA, *Modelli federali e sussidiarietà nel riparto delle competenze normative tra l'Unione europea e gli Stati membri*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 1, 2005, a p. 59 rileva che «la legge quadro [...] è chiamata ad operare in ambiti nei quali sussiste uno spazio giuridicamente riservato agli Stati». Si veda inoltre L. DANIELE, *Brevi note in tema di attuazione delle Direttive comunitarie da parte degli Stati membri*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1992, fasc. 3, pp. 803-807.

<sup>16</sup> Sul punto, si veda R. SCHÜTZE, *The morphology of legislative power in the European Community: legal instruments and the federal division of powers*, in *Yearbook of European Law*, 2006, vol. 25, 2007, pp. 127-128 e dottrina ivi citata.

<sup>17</sup> Ivi, punto 11.

<sup>18</sup> Ivi, punto 12.

<sup>19</sup> Sentenza della Corte del 12 giugno 1990, *Commissione c. Irlanda*, Causa C-158/88, in *Racc.* 1990 p. I-02367.

<sup>20</sup> Ivi, punto 7.

<sup>21</sup> In tal senso U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, seconda edizione, Cacucci, Bari, 2010, p. 266; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, quinta edizione, CEDAM, Padova, 2008, p. 149, nota 178.

pertanto potersi condividere l'opinione secondo la quale, in alcune occasioni, la facoltà di scelta che le direttive riconoscono agli Stati è ristretta al tipo di misure da adottare, mentre il loro contenuto è interamente determinato dalla direttiva in questione.<sup>22</sup>

L'analisi delle pronunce pregiudiziali aventi ad oggetto l'interpretazione di disposizioni contenute in direttive non sembra rivelare alcuna preferenza da parte della Corte di giustizia verso un particolare paradigma di preclusione. Nella sentenza *Gallaber*, ad esempio, la Corte sembra aver impiegato l'approccio della preclusione diretta nell'affermare che il «termine 'almeno'», figurante nella 89/622/CEE sull'etichettatura dei prodotti del tabacco, doveva essere interpretato «nel senso che gli Stati membri, se lo reputano opportuno, hanno la facoltà di riservare uno spazio maggiore a tali menzioni e avvertenze, tenuto conto del grado di sensibilizzazione del pubblico ai rischi per la salute connessi al consumo del tabacco».<sup>23</sup> La sentenza *Genovaitė Valčiukienė*, invece, si colloca nell'alveo della preclusione indiretta, nella misura in cui vi si legge che le disposizioni nazionali controverse «pregiudica[va]no l'obiettivo della direttiva 2001/42 [...] che è diretto a non sottrarre alla valutazione di impatto ambientale alcun piano che possa avere effetti significativi sull'ambiente».<sup>24</sup> La preclusione di campo, poi, è chiaramente alla base della sentenza *ex parte British and American Tobacco*, in cui si afferma che «dal momento che la questione della determinazione del tenore massimo di nicotina era stata disciplinata in modo esaustivo dal legislatore comunitario nella direttiva 90/239, gli Stati membri non erano più competenti ad adottare individualmente disposizioni relative a tale questione».<sup>25</sup>

Come si dirà più approfonditamente nel paragrafo 2, la giurisprudenza mostra altresì che le disposizioni contenute nelle direttive possono realizzare diversi tipi di ravvicinamento delle legislazioni nazionali, che spaziano

<sup>22</sup> Così S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, 2005, p. 73, che aggiunge: «Thus the discretion as far as form and methods are concerned does not mean that Member States necessarily have a margin in terms of policy making».

<sup>23</sup> Sentenza della Corte del 22 giugno 1993, *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte: Gallaber Ltd e altri*, Causa C-11/92, in *Racc.* 1993 p. I-03545, punto 20.

<sup>24</sup> Sentenza della Corte del 22 settembre 2011, *Genovaitė Valčiukienė e altri c. Pakruojo rajono savivaldybė e altri*, Causa C-295/10, in *Racc.* 2011 p. I-08819, punto 53.

<sup>25</sup> Sentenza della Corte del 10 dicembre 2002, *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco Ltd e Imperial Tobacco Ltd*, Causa C-491/01, in *Racc.* 2002 p. I-11453, punto 77; si veda inoltre la Sentenza della Corte del 23 maggio 1990, *Procedimento penale c. Gourmetterie Van den Burg*, Causa C-169/89, in *Racc.* 1990 p. I-02143, punto 9.

dall'armonizzazione totale<sup>26</sup> a quella parziale,<sup>27</sup> dall'armonizzazione opzionale<sup>28</sup> a quella minima.<sup>29</sup>

### 1.3. Le decisioni

Dal combinato disposto dell'art. 288, n. 4, TFUE e dell'art. 297, n. 2, TFUE si evince che vi sono due tipi di decisioni: le «decisioni che designano i destinatari», obbligatorie «soltanto nei confronti di questi» a seguito della notifica agli stessi (art. 297, n. 2, terzo comma, TFUE), e le «decisioni che non designano i destinatari», obbligatorie in tutti i loro elementi e pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea. Tale distinzione è rilevante ai fini della determinazione degli effetti preclusivi di tali atti.

La dottrina ha ricondotto al novero delle decisioni che non designano i destinatari (c.d. *Beschluss*) atti di natura fortemente eterogenea: decisioni relative alla composizione di istituzioni o organi dell'Unione;<sup>30</sup> decisioni relative alla nomina di membri di istituzioni dell'Unione;<sup>31</sup> decisioni che autorizzano l'avvio di negoziati internazionali, designano i negoziatori ed autorizzano la

<sup>26</sup> Sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, *Centre hospitalier universitaire de Besançon c. Thomas Dutruieux e Caisse primaire d'assurance maladie du Jura*, Causa C-495/10, non ancora pubblicata 19-20: «la direttiva 85/374 ha per oggetto il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di responsabilità del produttore per i danni causati dal carattere difettoso dei suoi prodotti [...] la suddetta direttiva persegue, sugli aspetti che disciplina, un'armonizzazione totale delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri».

<sup>27</sup> Sentenza della Corte del 12 ottobre 2000, *Cidrerie Ruwet SA c. Cidre Stassen SA e HP Bulmer Ltd*, Causa C-3/99, in *Racc.* 2000 p. I-08749, punto 43: «La direttiva 75/106 [...] per effetto della direttiva 79/1005, è diventata una direttiva di armonizzazione parziale. Infatti, gli Stati membri sono stati nuovamente autorizzati a consentire lo smercio di imballaggi preconfezionati di volume nominale non compreso tra quelli previsti».

<sup>28</sup> Sentenza della Corte del 15 dicembre 1982, *Commissione c. Regno di Danimarca*, Causa 211/81, in *Racc.* 1982 p. 04547, punto 30: «si desume dal sistema delle direttive di cui è causa che queste hanno inteso attenersi, in una prima fase, alla formula di semplice 'armonizzazione opzionale', la quale evita agli Stati sprovvisti delle attrezzature di controllo necessarie di dover rilasciare essi stessi i marchi e i contrassegni CEE».

<sup>29</sup> Sentenza della Corte del 1° dicembre 1998, *Procedimento penale a carico di André Ambry*, Causa C-410/96, in *Racc.* 1998 p. I-07875, punto 23: «Dall'art. 8 della stessa direttiva risulta inoltre che l'obbligo di prevedere tali garanzie costituisce, come le altre norme di tutela contenute nella direttiva, un obbligo minimo».

<sup>30</sup> Ad esempio, la decisione del Consiglio europeo sulle formazioni e sulla presidenza del Consiglio ex art. 16, nn. 6 e 9, TFUE e art. 236 TFUE; la decisione del Consiglio europeo sulla composizione del Parlamento ex art. 14, par. 2, secondo comma, TUE; la decisione del Consiglio sulla composizione del Comitato economico e sociale ex art. 301, secondo comma, TFUE.

<sup>31</sup> Ad esempio, la decisione del Consiglio europeo di nomina della Commissione europea ex art. 17, n. 7, terzo comma, TUE.

conclusione di accordi internazionali;<sup>32</sup> decisioni sostanzialmente normative a portata generale per la previsione di norme di dettaglio in materie già disciplinate da regolamenti o direttive;<sup>33</sup> decisioni in materia di PESC.<sup>34</sup>

Peraltro, molte di tali sottocategorie appaiono *ictu oculi* inidonee a produrre effetti preclusivi nei confronti dell'esercizio delle competenze statali. Tale è il caso delle decisioni «organizzative», relative alla composizione o alla nomina di membri degli organi dell'Unione, che di norma assolvono la propria funzione senza creare obblighi a carico di alcun soggetto o inibire l'impiego di alcuna prerogativa statale.<sup>35</sup> Del pari, nel caso delle decisioni relative alla conclusione di accordi internazionali, gli effetti preclusivi derivano, eventualmente, dall'accordo concluso dall'Unione, piuttosto che dalla decisione.<sup>36</sup> Ancora, le decisioni in materia di PESC sembrano soggiacere ad una disciplina autonoma, come chiarito dall'art. 24, n. 1, secondo comma, TUE.<sup>37</sup>

Non resta pertanto che analizzare gli effetti preclusivi delle decisioni senza indicazione del destinatario aventi carattere normativo.<sup>38</sup> Premesso

<sup>32</sup> Art. 218, n. 3 e 6, TFUE.

<sup>33</sup> L'art. 114, n. 1, TFUE, ad esempio, consente al legislatore dell'Unione di adottare «misure» – e quindi anche decisioni – relative al ravvicinamento delle legislazioni nazionali per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.

<sup>34</sup> Così U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, seconda edizione, Cacucci, Bari, 2010, p. 275.

<sup>35</sup> Ivi, a pp. 275-276, rileva che tali decisioni non dovrebbero essere neanche ricomprese tra le decisioni che non designano i destinatari ex art. 288, n. 4, TFUE.

<sup>36</sup> Ivi, p. 276.

<sup>37</sup> «La politica estera e di sicurezza comune è soggetta a norme e procedure specifiche».

<sup>38</sup> In materia di mercato interno, si consideri, ad esempio, la Decisione n. 624/2007/CE del Parlamento e del Consiglio, del 23 maggio 2007, che istituisce un programma d'azione doganale nella Comunità (Dogana 2013), *GU L* 154 del 14/06/2007, pp. 25-31; Decisione n. 768/2008/CE del Parlamento e del Consiglio, del 9 luglio 2008, relativa a un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti e che abroga la decisione 93/465/CEE, *GU L* 218 del 13/08/2008, pp. 82-128; Decisione n. 716/2009/CE del Parlamento e del Consiglio, del 16 settembre 2009, che istituisce un programma comunitario a sostegno di attività specifiche nel campo dei servizi finanziari, dell'informativa finanziaria e della revisione contabile, *GU L* 253 del 25/09/2009, pp. 8-16; Decisione n. 1673/2006/CE del Parlamento e del Consiglio, del 24 ottobre 2006, relativa al finanziamento della normalizzazione europea, *GU L* 315 del 15/11/2006, pp. 9-12; Decisione n. 1496/98/CE del Parlamento e del Consiglio del 22 giugno 1998 che istituisce un programma d'azione per una maggiore sensibilizzazione degli operatori del diritto al diritto comunitario (Azione Robert Schuman), *GU L* 196 del 14/07/1998, pp. 24-27; Decisione n. 128/1999/CE del Parlamento e del Consiglio del 14 dicembre 1998 sull'introduzione coordinata di un sistema di comunicazioni mobili e senza fili (UMTS) della terza generazione nella Comunità, *GU L* 17 del 22/01/1999, pp. 1-7; Decisione n. 90/683/CEE del Consiglio, del 13 dicembre 1990, concernente i moduli relativi alle diverse fasi delle procedure di valutazione della confor-

che, secondo la dottrina, le disposizioni contenute in tali decisioni possono avere effetti diretti anche nei rapporti orizzontali,<sup>39</sup> alcune indicazioni quanto ai loro possibili effetti preclusivi si rinvencono nella sentenza *Latchways*.<sup>40</sup> In tale occasione, alla Corte di giustizia era stato chiesto di chiarire se la decisione 93/465, recante le norme per l'utilizzazione della marcatura «CE» attestante la conformità alle direttive di armonizzazione tecnica, consentiva o meno l'apposizione facoltativa della marcatura «CE» su un prodotto che non rientrava nell'ambito di applicazione di una di tali direttive, ma rispondeva ai requisiti tecnici da essa imposti. In tale occasione la Corte ha imboccato la strada della preclusione indiretta, rilevando che l'obiettivo della decisione era quello di evitare ogni possibile confusione nell'impiego della marcatura «CE»<sup>41</sup> e che consentire l'apposizione di tale marcatura anche su prodotti estranei alle direttive di armonizzazione tecnica avrebbe avuto come conseguenza «di fare sorgere un rischio di confusione sul significato di tale marcatura».<sup>42</sup> La Corte ne ha perciò dedotto che la decisione 93/465 dovesse ritenersi preclusiva rispetto all'apposizione, a titolo facoltativo, della marcatura «CE» su un prodotto che non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva ai sensi della quale essa viene apposta, anche qualora tale prodotto soddisfacesse i requisiti tecnici definiti dalla medesima.<sup>43</sup>

Quanto alle decisioni che specificano i destinatari, occorre ulteriormente distinguere tra le decisioni rivolte a persone fisiche o giuridiche e le decisioni indirizzate agli Stati membri. Le prime, suscettibili di produrre effetti diretti anche nei rapporti orizzontali,<sup>44</sup> sono obbligatorie esclusivamente nei confronti della persona fisica o giuridica cui sono rivolte, il che esclude in radice la possibilità che la loro adozione possa limitare l'esercizio delle competenze degli Stati membri. Le seconde, invece, poten-

mità, da utilizzare nelle direttive di armonizzazione tecnica, *GU L 380 del 31/12/1990*, pp. 13–26; Decisione del Consiglio n. 93/465/CEE, del 22 luglio 1993, concernente i moduli relativi alle diverse fasi delle procedure di valutazione della conformità e le norme per l'apposizione e l'utilizzazione della marcatura CE di conformità, da utilizzare nelle direttive di armonizzazione tecnica, *GU L 220 del 30/08/1993*, pp. 23–39.

<sup>39</sup> Così U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, seconda edizione, Cacucci, Bari, 2010, p. 278.

<sup>40</sup> Sentenza della Corte del 21 ottobre 2010, *Latchways plc e Eurosafe Solutions BV c. Kedge Safety Systems BV e Consolidated Nederland BV*, Causa C-185/08, in *Racc.* 2010 p. I-09983.

<sup>41</sup> Ivi, punto 62.

<sup>42</sup> Ivi, punto 63.

<sup>43</sup> Ivi, punto 64.

<sup>44</sup> Così G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, sesta edizione, Giapichelli, Torino, 2013, p. 299.

zionalmente dotate di efficacia diretta nei soli rapporti verticali,<sup>45</sup> possono produrre effetti preclusivi nei confronti dello Stato o degli Stati cui sono rivolte.

L'intensità degli effetti preclusivi della decisioni rivolte agli Stati, peraltro, appare piuttosto variabile. Tali decisioni, innanzitutto, possono essere usate per ridurre l'efficacia preclusiva di regolamenti o direttive permettendo agli Stati membri di derogare alla disciplina ivi prevista. Questo è il caso, ad esempio, delle decisioni della Commissione adottate in attuazione del meccanismo di salvaguardia previsto all'art. 114, nn. 4 e ss., TFUE.<sup>46</sup>

Le decisioni rivolte agli Stati possono poi produrre effetti di preclusione indiretta. In due sentenze relative alla encefalopatia spongiforme bovina (BSE), *Eurostock Meat Marketing*<sup>47</sup> e *Denkavit Nederland*<sup>48</sup> la Corte ha escluso che l'adozione, da parte della Commissione, di decisioni ad applicazione differita per contrastare la BSE potesse ritenersi preclusiva rispetto all'adozione di provvedimenti cautelari nazionali. La Corte ha raggiunto tale conclusione principalmente sulla base delle finalità deducibili dai preamboli delle decisioni in questione.<sup>49</sup> L'impiego del paradigma della preclusione in-

<sup>45</sup> Sentenza della Corte del 7 giugno 2007, *Carp Snc di L. Moleri e V. Corsi c. Ecorad Srl*, Causa C-80/06, in *Racc.* 2007 p. I-04473, punti 21-22: «A norma dell'art. 249 CE, la decisione 1999/93 è quindi unicamente vincolante per gli Stati membri, che, ai sensi dell'art. 4, ne sono i soli destinatari. Di conseguenza, [...] un singolo non può far valere, nell'ambito di una controversia per responsabilità contrattuale che lo vede opposto ad un altro singolo, la violazione da parte di quest'ultimo degli artt. 2 e 3 nonché degli allegati II e III della decisione 1999/93».

<sup>46</sup> Si veda, da ultimo, la Decisione della Commissione n. 2010/561/UE, del 25 maggio 2010, relativa alle disposizioni nazionali notificate dalla Danimarca concernenti l'aggiunta di nitrati ad alcuni prodotti a base di carne, *GU L 247* del 21/09/2010, pp. 55-65; Decisione della Commissione n. 2011/510/UE, del 4 agosto 2011, recante proroga del periodo previsto dall'articolo 114, paragrafo 6, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea in relazione alle disposizioni nazionali che mantengono i valori limite per piombo, bario, arsenico, antimonio, mercurio, nitrosammine e sostanze nitrosabili nei giocattoli notificate dalla Germania a norma dell'articolo 114, paragrafo 4, *GU L 214* del 19/08/2011, pp. 15-18; Decisione della Commissione, n. 2012/160/UE, del 1° marzo 2012, relativa alle disposizioni nazionali notificate dal governo federale tedesco che mantengono i valori limite per piombo, bario, arsenico, antimonio, mercurio, nitrosammine e sostanze nitrosabili nei giocattoli dopo l'entrata in vigore della direttiva 2009/48/CE del Parlamento e del Consiglio sulla sicurezza dei giocattoli, *GU L 80* del 20/03/2012, pp. 19-29.

<sup>47</sup> Sentenza della Corte del 5 dicembre 2000, *Eurostock Meat Marketing Ltd c. Department of Agriculture for Northern Ireland*, Causa C-477/98, in *Racc.* 2000 p. I-10695.

<sup>48</sup> Sentenza della Corte del 22 giugno 2011, *Staat der Nederlanden c. Denkavit Nederland BV e a.* Causa C-346/09, in *Racc.* 2011 p. I-05517.

<sup>49</sup> Sentenza *Eurostock Meat Marketing*, cit., punto 69 «Risulta a sufficienza dai considerando della decisione 97/534 che il rischio presentato dal materiale specifico a rischio esisteva ben prima dell'adozione di tale decisione, che numerosi comitati scientifici internazionali avevano già raccomandato l'eliminazione di siffatto materiale, che la Commissione approvava le misure già adottate da taluni Stati membri e ch'essa considerava la

diretta risulta ancora più chiaramente nella sentenza *Österreichischer Zuchtverband für Ponys*,<sup>50</sup> in cui la Corte ha affermato che «l'obiettivo principale» della decisione 92/353/CEE, relativa ai criteri di riconoscimento delle organizzazioni che tengono libri genealogici per gli equidi registrati, era quello di conferire alle autorità competenti degli Stati membri «un potere discrezionale che consenta loro [...] di respingere la domanda di riconoscimento presentata da una nuova associazione o organizzazione»<sup>51</sup> quando «nello Stato membro interessato esistono già una o più organizzazioni o associazioni riconosciute ufficialmente per una stessa razza di equidi e il riconoscimento della nuova organizzazione o associazione mette in pericolo la conservazione di questa razza, o compromette il funzionamento o il programma di miglioramento o selezione di un'organizzazione o associazione esistente».<sup>52</sup> La Corte ne ha quindi dedotto che la decisione ostava al riconoscimento alle associazioni esistenti di «un diritto soggettivo di esigere dalle autorità competenti interessate che esse rifiutino il riconoscimento chiesto da una nuova associazione o organizzazione».<sup>53</sup>

Nella sentenza *Hahn*, invece, la Corte di giustizia sembra essersi attestata su un'impostazione di *rule preemption*.<sup>54</sup> Le disposizioni nazionali controverse qualificavano come nocivi i prodotti ittici in cui veniva rilevata la presenza di contaminazione da *Listeria monocytogenes*. Il sig. Hahn, sottoposto a procedimento penale per la violazione di tali disposizioni, aveva peraltro rilevato che l'imposizione a livello nazionale di un regime di tolleranza zero nei confronti di tale forma di contaminazione sarebbe stata preclusa dalla decisione 94/356, che aveva invece optato per un approccio più mite, confermato dall'uso di espressioni come «proporzioni inammissibili» e «riduzione sufficiente [...] del tasso [...] di listeria».<sup>55</sup> Al riguardo, la Corte si è limitata a constatare che «tali disposizioni non impedi[vano] agli Stati membri di giudicare come livello accettabile per determinati rischi solamente la tolleranza zero».<sup>56</sup>

decisione 97/534 come una misura d'urgenza minima, idonea ad essere estesa alla luce di nuove informazioni scientifiche».

<sup>50</sup> Sentenza della Corte dell'11 novembre 2004, *Österreichischer Zuchtverband für Ponys, Kleinpferde und Spezialrassen c. Burgenländische Landesregierung*, Causa C-216/02, in *Racc.* 2004 p. I-10683.

<sup>51</sup> Ivi, punto 34.

<sup>52</sup> Ivi, punto 35.

<sup>53</sup> Ivi, punto 36.

<sup>54</sup> Sentenza della Corte del 24 ottobre 2002, *Procedimento penale a carico di Walter Hahn*, Causa C-121/00, in *Racc.* 2002 p. I-09193.

<sup>55</sup> Ivi, punto 22.

<sup>56</sup> *Ibid.*, punto 33.

#### 1.4. *Gli atti delegati e gli atti di esecuzione*

In quanto dotati di efficacia vincolante, anche gli atti c.d. di terzo grado, ossia atti di diritto derivato adottati sulla base di un altro atto di diritto derivato (c.d. atto base), possono limitare l'esercizio delle competenze degli Stati membri.<sup>57</sup>

Gli effetti preclusivi degli atti di terzo grado sono piuttosto variabili posto che, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, tale categoria comprendeva un ampio spettro di provvedimenti: dagli atti sostanzialmente normativi agli atti di mera esecuzione.<sup>58</sup> Sebbene la Corte di giustizia abbia affermato che «i punti essenziali dell[a] disciplina» devono essere contenuti nell'atto base,<sup>59</sup> ha esercitato al riguardo un sindacato tradizionalmente poco invasivo,<sup>60</sup> riconoscendo alle istituzioni comunitarie «ampie facoltà di valutazione e d'azione» nella predisposizione degli atti di terzo grado.<sup>61</sup>

Nella sentenza *Vlaamse Dierenartsenvereniging*,<sup>62</sup> ad esempio, la Corte di giustizia ha attribuito ampi effetti preclusivi alla decisione della Commissione 2003/803/CE, recante un modello uniforme di passaporto per animali domestici, adottata sulla base del regolamento 998/2003, che regola i movimenti transfrontalieri di animali da compagnia. La questione pregiudiziale aveva ad oggetto la compatibilità con tale decisione di una normativa nazionale che prevedeva la registrazione di alcuni dati sugli animali da compagnia mediante l'apposizione di etichette adesive su dati precedenti registrati nei relativi passaporti. Al riguardo la Corte ha rilevato che gli «adeguamenti di minore importanza» che gli Stati potevano apportare al modello uniforme

<sup>57</sup> Sul punto P. CRAIG, *Delegated Acts, Implementing Acts and the New Comitology Regulation*, in *European Law Review*, 2011, pp. 671-682; F. FERRARO, *Le fonti del diritto dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, n. 1, p. 75; A. MASSON, *La hiérarchie des normes de droit dérivé dans le projet de traité modificatif: vers la fin de la confusion?*, in *Europe*, 2008, n. 1, pp. 4-9; E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti dell'Unione europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2005, pp. 651-668; P. D'ELIA, *Il sistema delle fonti del diritto nel progetto di trattato costituzionale dell'Unione Europea*, in *La Comunità internazionale*, 2004, pp. 317-332.

<sup>58</sup> P. CRAIG e G. DE BÚRCA, *EU Law*, quinta edizione, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 116.

<sup>59</sup> Sentenza della Corte del 17 dicembre 1970, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel c. Köster, Berodt & Co.*, Causa 25/70, in Racc. 1970 p. 01161, punto 6.

<sup>60</sup> Così P. CRAIG e G. DE BÚRCA, *EU Law*, cit., p. 137.

<sup>61</sup> Sentenza della Corte del 30 ottobre 1975, *Rey Soda c. Cassa Conguaglio Zuccheri*, Causa 23/75, in Racc. 1975 p. 01279, punto 11.

<sup>62</sup> Sentenza della Corte del 14 aprile 2011, *Vlaamse Dierenartsenvereniging VZW (C-42/10, C-45/10 e C-57/10) e Marc Janssens (C-42/10 e C-45/10) c. Belgische Staat*, Cause riunite C-42/10, C-45/10 e C-57/10, in Racc. 2011 p. I-02975.

di passaporto per animali erano «tassativamente previsti all'allegato II, C, punto 4, della citata decisione». <sup>63</sup> La Corte ne ha dedotto che la normativa nazionale relativa all'utilizzo delle etichette adesive portava «a modificare la presentazione imposta per il modello di passaporto» e doveva per ciò solo ritenersi incompatibile con la decisione 2003/803/CE. <sup>64</sup>

In altre pronunce, quali *Feinchemie Schwebda*<sup>65</sup> e *Lafforgue*,<sup>66</sup> la Corte di giustizia ha invece impiegato modelli di preclusione più blandi. Inoltre, gli atti di terzo grado possono assolvere la funzione di ridurre l'efficacia preclusiva dell'atto base. Gli atti legislativi, difatti, spesso prevedono meccanismi di salvaguardia in base ai quali la Commissione, al ricorrere di determinate condizioni, può autorizzare uno o più Stati membri a derogare alla disciplina armonizzata contenuta nell'atto base. <sup>67</sup> Siffatte autorizzazioni in deroga, di norma, assumono la forma di decisioni. <sup>68</sup>

Il Trattato di Lisbona, come è noto, ha ripartito gli atti di terzo grado in atti delegati ed atti legislativi. <sup>69</sup> Le due qualificazioni si escludono a vicenda,

<sup>63</sup> Ivi, punto 61.

<sup>64</sup> Ivi, punto 64.

<sup>65</sup> Sentenza della Corte del 22 maggio 2008, *Feinchemie Schwebda GmbH e Bayer Crop-Science AG c. College voor de toelating van bestrijdingsmiddelen*, Causa C-361/06, in *Racc.* 2008 p. I-03865.

<sup>66</sup> Sentenza della Corte del 29 giugno 1994, *Claire Lafforgue, nata Baux, e François Baux c. Château de Calce SCI e Société Coopérative de Calce*, Causa C-403/92, in *Racc.* 1994 p. I-02961.

<sup>67</sup> Si veda, ad esempio, la Direttiva 2002/56/CE del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alla commercializzazione dei tuberi-seme di patate, *GU L 193* del 20.7.2002, pp. 60–73, che all'art. 17, n. 2, prevede che la Commissione possa autorizzare misure più rigorose di quelle previste nei propri allegati per contrastare determinati organismi nocivi.

<sup>68</sup> Si vedano, ad esempio, la Decisione della Commissione n. 2005/200/CE, del 2 marzo 2005, che autorizza l'Estonia, la Lettonia, la Lituania e Malta ad adottare prescrizioni più restrittive per quanto riguarda la presenza di *Avena fatua* nelle sementi di cereali, *GU L 70* del 16.3.2005, pp. 19–20; Decisione della Commissione n. 2004/3/CE, del 19 dicembre 2003, che autorizza, per la commercializzazione di tuberi-seme di patate nella totalità o in parte del territorio di taluni Stati membri, l'adozione di misure più rigorose di quelle previste negli allegati I e II della direttiva 2002/56/CE del Consiglio c. alcune malattie, *GU L 2* del 6.1.2004, pp. 47–49; Decisione della Commissione n. 95/75/CE, del 10 marzo 1995, che autorizza la Finlandia ad adottare disposizioni più restrittive per quanto riguarda la presenza di «avena fatua» nelle sementi di cereali, *GU L 60* del 18.3.1995, pp. 30–30; Decisione della Commissione n. 74/531/CEE, del 16 ottobre 1974, che autorizza il Regno dei Paesi Bassi ad adottare disposizioni più restrittive per quanto riguarda la presenza di *Avena fatua* nelle sementi di cereali, *GU L 299* del 7.11.1974, pp. 13–13.

<sup>69</sup> Sul punto G. CAGGIANO, *Atti delegati e di esecuzione tra equilibrio istituzionale e comitologia*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, pp. 31–32; E. CANNIZZARO, *Il sistema delle fonti dell'Unione nel nuovo Trattato di riforma*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, pp. 12–13; U. DRAETTA, *La funzione legislativa ed esecutiva dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, pp. 677–694.

in quanto comportano l'applicazione di procedure diverse. Inoltre, mentre gli atti di esecuzione possono avere portata individuale (decisioni) o generale (regolamenti, direttive), gli atti delegati possono soltanto assumere portata generale.<sup>70</sup> Occorre verificare se tale classificazione può avere ripercussioni sugli effetti preclusivi degli atti di terzo grado.

La portata degli atti delegati è espressamente circoscritta alla modifica o all'integrazione di «elementi non essenziali» di un atto legislativo.<sup>71</sup> Perciò, sembrerebbe che un atto delegato non possa incidere sensibilmente sulla portata preclusiva dell'atto base, ad esempio trasformando regole minime in regole uniformi ovvero introducendovi clausole di preclusione espressa. Peraltro, la Commissione ha affermato che il legislatore dell'Unione può «regolamentare solo in parte un dato settore, lasciando [...] alla Commissione la responsabilità di integrare la normativa attraverso atti delegati». Ciò sembra prefigurare un modello di regolamentazione «in due tempi», in cui il legislatore si limita a fissare i punti essenziali di una disciplina destinata a divenire esaustiva attraverso le integrazioni apportate da uno o più atti delegati.<sup>72</sup>

D'altra parte, la capacità degli atti delegati di *modificare* elementi non essenziali degli atti legislativi potrebbe essere intesa come antitetica a quella di *integrare* tali atti. In altre parole, il legislatore potrebbe affidare agli atti delegati il compito di abrogare alcune prescrizioni contenute nell'atto base, riducendone così gli effetti preclusivi.<sup>73</sup> Tale interpretazione, come si è visto, sarebbe pienamente in linea con l'uso degli atti di terzo grado quale strumento per autorizzare gli Stati membri a derogare alle regole armonizzate previste in atti legislativi.

Le indicazioni fornite dalla Commissione circa la portata degli atti delegati non vincolano il legislatore.<sup>74</sup> D'altra parte, anche se quest'ulti-

<sup>70</sup> Punto 2.2., ultimo paragrafo: «Onde garantire l'uniforme esecuzione di un atto giuridicamente vincolante dell'Unione, la Commissione potrà di fatto ricorrere a singoli provvedimenti o a dati di portata generale. Si evince invece con chiarezza dall'enunciato dell'articolo 290 che la Commissione mai avrà la facoltà di adottare un atto delegato che verta su una misura di carattere individuale».

<sup>71</sup> B. DRIESSEN, *Delegated legislation after the Treaty of Lisbon: An analysis of Article 290 TFEU*, in *European Law Review*, 2010, pp. 837-848.

<sup>72</sup> Punto 2.3, quinto paragrafo: «La Commissione è del parere che per stabilire se una misura 'integri' l'atto di base, il legislatore dovrebbe valutare se il futuro provvedimento aggiunga in concreto nuove norme non essenziali che modificano il quadro dell'atto legislativo, lasciando alla Commissione un margine di valutazione».

<sup>73</sup> In tal senso P. CRAIG e G. DE BÚRCA, *EU Law*, quinta edizione, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 115: «The word 'supplement' [...] has in the past been used in a symmetrical manner with 'amend', such that the former connotes the addition of non-essential elements, while the latter captures the deletion thereof».

<sup>74</sup> Punto 1, terzo paragrafo.

mo abbracciasse il modello della regolamentazione «in due tempi» ipotizzato dalla Commissione, non è certo che la Corte di giustizia ne asseveri la conformità al Trattato. Sembra, pertanto, che indicazioni certe circa gli effetti preclusivi di un atto delegato possano trarsi unicamente da «gli obiettivi, il contenuto, la portata e la durata» della delega contenuta dall'atto base.

Quanto agli atti di esecuzione, il TFUE non definisce la loro portata, limitandosi a precisare che essi possono essere adottati «[a]llorché sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione». <sup>75</sup> Se lo scopo di tali atti è garantire l'uniformità, non sembra irragionevole presumere che gli stessi possano produrre ampi effetti preclusivi sulle competenze nazionali. <sup>76</sup> A differenza degli atti delegati, gli atti di esecuzione non potranno ampliare o ridurre la portata preclusiva dell'atto base.

## 2. Preemption e ravvicinamento delle legislazioni nazionali

Mentre nel paragrafo 1 ci si è occupati dei rapporti fra l'effetto della *preemption* e la forma del diritto derivato, nel presente paragrafo occorre soffermarsi sulle eventuali correlazioni tra tale effetto ed il contenuto degli atti dell'Unione e, segnatamente, degli atti finalizzati all'armonizzazione delle legislazioni nazionali. La dottrina, difatti, ha da tempo evidenziato come il ravvicinamento delle normative degli Stati membri ad opera del diritto derivato può incidere in misura diversa sui poteri che residuano in capo agli Stati membri, distinguendo, al riguardo, una pluralità di «modelli» di armonizzazione. Quando la Corte di giustizia è chiamata a valutare la compatibilità di una norma nazionale con una disposizione contenuta in un atto finalizzato al ravvicinamento delle legislazioni, l'accertamento del modello di armonizzazione impiegato risulta dirimente ai fini della configurabilità di un'antinomia con la norma nazionale. Al fine di comprendere le relazioni esistenti tra i diversi modelli di armonizzazione e l'applicazione del principio della *preemption*, peraltro, occorre esaminare brevemente la logica sottesa al ravvicinamento delle legislazioni nell'ambito del diritto dell'Unione europea.

<sup>75</sup> Art. 291, n. 2, TFUE.

<sup>76</sup> Punto 2.3, ultimo paragrafo: «il legislatore ha la facoltà di regolamentare in forma piena e integrale un ambito d'azione affidando alla Commissione il compito di garantirne l'attuazione armonizzata attraverso l'adozione di provvedimenti attuativi».

### 2.1. *L'armonizzazione come bilanciamento d'interessi (re-regulatory bargain)*

Il fenomeno del ravvicinamento delle legislazioni nazionali, pur non costituendo una novità nel campo del diritto internazionale, ha assunto un rilievo centrale nel contesto del diritto dell'Unione europea.<sup>77</sup> Già nel Rapporto Spaak, l'armonizzazione delle legislazioni nazionali (c.d. «integrazione positiva») rappresentava, insieme all'eliminazione delle misure nazionali restrittive degli scambi (c.d. «integrazione negativa»), uno degli strumenti per realizzare la fusione dei mercati, ritenuta una «necessità assoluta» per espandere e stabilizzare la produzione europea ed assicurare il miglioramento delle condizioni di vita e lo sviluppo armonioso delle relazioni tra gli Stati membri della Comunità.<sup>78</sup> Attualmente, l'armonizzazione delle legislazioni nazionali non è circoscritta al mercato interno,<sup>79</sup> ma è una tecnica normativa utilizzata in una molteplicità di altri campi, tra i quali la giustizia penale,<sup>80</sup> la giustizia civile,<sup>81</sup> l'emissione di moneta,<sup>82</sup> la politica sociale,<sup>83</sup> le reti transeuropee,<sup>84</sup> il diritto d'asilo<sup>85</sup> e la politica commerciale.<sup>86</sup>

La diversità di discipline nazionali discende, da un diverso contemporaneo, nei vari Stati membri, degli interessi in gioco. Ad esempio, uno Stato membro può prevedere forme di tutela più intensa del diritto di difesa dell'imputato mentre un altro può accordare priorità alle esigenze di accer-

<sup>77</sup> Così R. MASTROIANNI, *Ravvicinamento delle legislazioni nel diritto comunitario*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XII, Milano, UTET, 1997, p. 459.

<sup>78</sup> Comitato intergovernativo della Conferenza di Messina, Rapporto dei Capi di delegazione ai ministri degli affari esteri (Rapporto Spaak), Bruxelles, 1956, p. 13.

<sup>79</sup> Con specifico riferimento al mercato interno, oltre alle basi giuridiche trasversali di cui agli artt. 114 e 115 TFUE, si rinviengono le seguenti basi giuridiche settoriali: l'articolo 46 del TFUE, relativo alla libera circolazione dei lavoratori, e gli articoli 50, 52 (2) e 53 del TFUE, per quanto riguarda il diritto di stabilimento. L'articolo 53, in particolare, autorizza il Consiglio ad adottare direttive intese a facilitare il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli. Ai sensi dell'articolo 62 del TFUE, gli articoli 52, n. 2 e 53 del TFUE si applicano anche nel contesto della libera circolazione dei servizi, la cui liberalizzazione può essere anche effettuata per mezzo di direttive adottate sulla base dell'articolo 59 del TFUE. L'art. 113 TFUE consente l'armonizzazione delle legislazioni delle imposte indirette. L'art. 118 TFUE, invece, consente di istituire strumenti di protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale.

<sup>80</sup> Art. 67, n. 3; art. 82, n. 1, TFUE; art. 83, n. 2, TFUE.

<sup>81</sup> Art. 81, TFUE.

<sup>82</sup> Art. 128, n. 2, TFUE.

<sup>83</sup> Art. 151, terzo comma, TFUE.

<sup>84</sup> Art. 171, n. 1, TFUE.

<sup>85</sup> Art. 78, n. 2, TFUE.

<sup>86</sup> Art. 207, n. 1, TFUE.

tamento e repressione dei reati.<sup>87</sup> Del pari, uno Stato può anteporre l'interesse delle emittenti a reperire fonti di finanziamento a quello dei consumatori di non essere soggetti ad un quantitativo eccessivo di pubblicità.<sup>88</sup> L'idea di fondo dell'armonizzazione è operare un bilanciamento a livello sovranazionale tra tali interessi (*re-regulatory bargain*) che ne assicuri un livello di tutela accettabile in tutta l'Unione.<sup>89</sup>

Le misure di armonizzazione adottate nell'ambito del mercato interno, difatti, perseguono di norma almeno due obiettivi: la libera circolazione (ad esempio, dei prodotti farmaceutici) e la tutela di un interesse di natura non economica (ad esempio, la salute pubblica) che, in assenza di armonizzazione, gli Stati potrebbero invocare per limitare la libera circolazione. Nel predisporre la disciplina armonizzata, il legislatore dell'Unione non può limitarsi ad eliminare le divergenze tra le discipline nazionali in nome del funzionamento del mercato interno, ma deve anche tener conto degli interessi non economici sottesi a tali discipline. Un obbligo in tal senso, espressamente previsto all'art. 114, n. 3, TFUE<sup>90</sup> e da altre disposizioni di diritto primario,<sup>91</sup> è stato in più occasioni ribadito dalla giurisprudenza.<sup>92</sup>

<sup>87</sup> Cfr., da ultimo, la Sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, Causa C-399/11, non ancora pubblicata. Si vedano inoltre le considerazioni espresse in A. RUGGIERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2013, n. 2, pp. 399 e ss..

<sup>88</sup> Cfr., sul punto, la Sentenza della Corte del 18 luglio 2013, *Sky Italia Srl c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, Causa C-234/12, non ancora pubblicata.

<sup>89</sup> L'espressione è di S. WEATHERILL, *Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market*, in C. BARNARD e J. SCOTT (a cura di), *The Law of the Single European Market*, Hart, Oxford, 2002, p. 52.

<sup>90</sup> Art. 114, n. 4, TFUE: «La Commissione, nelle sue proposte di cui al paragrafo 1 in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici. Anche il Parlamento ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, cercheranno di conseguire tale obiettivo».

<sup>91</sup> Si veda, ad esempio, l'art. 167, n. 4, TFUE: «L'Unione tiene conto degli aspetti culturali nell'azione che svolge a norma di altre disposizioni dei trattati, in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture»; art. 168, n. 1, TFUE: «Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana».

<sup>92</sup> Sentenza della Corte del 7 novembre 2000, *Granducato del Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-168/98, in *Racc.* 2000 p. I-09131, punto 32: «in mancanza di un intervento comunitario, gli Stati membri possono [...] imporre provvedimenti nazionali che perseguano un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato e giustificato da ragioni imperative di interesse generale, ivi compresa la tutela dei consumatori. [...] Sono in particolare ostacoli di questo tipo che l'art. 57, par. 2, del Trattato consente alla Comunità di eliminare, al fine di facilitare l'accesso alle attività autonome e all'esercizio delle medesime. Nell'adottare tali misure, il legislatore comunitario tiene conto dell'interesse generale perseguito

Il legislatore dell'Unione può operare un bilanciamento d'interessi *sub specie aeternitatis* ovvero consentire agli Stati di adattarlo alle proprie esigenze. Nel primo caso, la misura di ravvicinamento delle legislazioni sarà di norma esaustiva e non consentirà agli Stati membri di invocare deroghe contenute nel diritto primario per sottrarsi alla disciplina armonizzata<sup>93</sup> (il c.d. «primato applicativo del diritto secondario»)<sup>94</sup>. La ragione è evidente: consentire agli Stati membri di invocare ragioni di interesse generale per sottrarsi alla disciplina armonizzata equivarrebbe a rimettere in discussione il bilanciamento tra tali ragioni ed altri interessi confliggenti operato a livello sovranazionale.<sup>95</sup>

Tale punto è illustrato chiaramente dalla sentenza *Commissione c. Danimarca*,<sup>96</sup> in cui la Commissione aveva contestato al Regno di Danimarca di aver esteso gli obblighi di notifica previsti dalla direttiva 67/548, relativa alla classificazione, all'imballaggio ed all'etichettatura delle sostanze pericolose, anche a sostanze per le quali detta direttiva non imponeva alcun obbligo. Il Governo

*dai diversi Stati membri e dispone un livello di protezione di questo interesse che risulti accettabile nella Comunità»; sentenza della Corte del 5 ottobre 2000, Repubblica federale di Germania c. Parlamento e Consiglio dell'Unione europea, Causa C-376/98, in Racc. 2000 p. I-08419, punto 88: «qualora le condizioni per far ricorso agli artt. 100 A, 57, n. 2, e 66 come fondamento giuridico siano soddisfatte, non può impedirsi al legislatore comunitario di basarsi su tali fondamenti giuridici per il fatto che la tutela della sanità pubblica sia determinante nelle scelte da operare». In dottrina, si veda B. DE WITTE, *Non-market Values in InternalMarket Legislation*, in N. SHUIBHNE (a cura di) *Regulating the Internal Market*, 2006, pp. 68-69.*

<sup>93</sup> Sentenza della Corte del 5 aprile 1979, *Procedimento penale a carico di Tullio Ratti*, Causa 148/78, in Racc. 1979 p. 01629, punto 36 «allorché [...] direttive comunitarie dispongono l'armonizzazione dei provvedimenti necessari per garantire la tutela della salute animale ed umana e aprtono procedure comunitarie di controllo della loro osservanza, il ricorso all'art. 36 perde la sua giustificazione e i controlli appropriati vanno allora effettuati ed i provvedimenti di tutela adottati secondo lo schema tracciato dalla direttiva d'armonizzazione»; sentenza della Corte del 14 dicembre 2004, *Radlberger Getränkegesellschaft mbH & Co. e S. Spitz KG c. Land Baden-Württemberg*, Causa C-309/02, in Racc. 2004 p. I-11763, punto 53: «qualsiasi misura nazionale in un settore che costituisce oggetto di un'armonizzazione esaustiva a livello comunitario deve essere valutata in rapporto alle disposizioni di tale misura di armonizzazione e non di quelle del diritto primario».

<sup>94</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Trstenjak del 11 febbraio 2010, *Commissione c. Germania*, Causa C-160/08, in Racc. p. I-03713, punto 105: «È assodato che il primato applicativo del diritto derivato impedisce di invocare cause di giustificazione sancite dal diritto primario per legittimare lesioni delle libertà fondamentali, qualora il pregiudizio riguardi un settore in cui le cause di giustificazione sono soggette ad un'armonizzazione integrale [...] Infatti, se fosse possibile contrapporre una facoltà concessa dal diritto primario ad un divieto sancito dal diritto derivato [...] verrebbe compromesso l'ambito applicativo delle norme secondarie».

<sup>95</sup> Si rinvia alle considerazioni espresse in A. ARENA, *La sentenza Wilson: il funzionamento del mercato comune tra armonizzazione, pre-emption e ricorsi giurisdizionali di diritto interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1, 2008, pp. 162-163.

<sup>96</sup> Sentenza della Corte del 14 ottobre 1987, *Commissione c. Regno di Danimarca*, Causa 278/85, in Racc. 1987 p. 04069.

danese aveva affermato che la disciplina nazionale, pur divergente da quella contenuta nella direttiva, risultava conforme alla finalità generale perseguita dal legislatore comunitario, ossia la tutela della salute umana e dell'ambiente. La Corte di giustizia ha però rilevato che tale obiettivo costituiva «solo una delle finalità della direttiva, l'altra essendo l'eliminazione degli ostacoli agli scambi intracomunitari delle sostanze di cui trattasi».<sup>97</sup> La Corte ne ha quindi dedotto che le previsioni della direttiva non costituivano «norme minime di protezione» ma una «normativa completa» che precludeva agli Stati di adottare misure di protezione rafforzata di uno degli obiettivi perseguiti dall'intervento comunitario.<sup>98</sup>

La definizione a livello sovranazionale di un equilibrio definitivo ed immutabile fra i vari interessi confliggenti, peraltro, non risulta sempre possibile o opportuno. In alcune circostanze, difatti, è la stessa misura dell'Unione che consente agli Stati membri di prevedere una tutela più intensa (armonizzazione minima) o meno intensa (armonizzazione opzionale) di uno degli interessi ad essa sottesi ovvero di perseguire considerazioni di altra natura (armonizzazione parziale). In questi casi, la misura di armonizzazione avrà effetti preclusivi più miti, consentendo l'intervento statale ma al contempo delimitandone i contenuti e la portata.

## 2.2. Modelli di armonizzazione e poteri residui degli Stati membri

Come accennato, la dottrina ha classificato le misure di armonizzazione in diversi «modelli» a seconda della portata e del contenuto dei poteri che residuano in capo agli Stati membri, distinguendo tra armonizzazione esautistica, minima, parziale ed armonizzazione opzionale.<sup>99</sup> Mentre, come si vedrà, tali categorie sono concettualmente ben definite, risulta spesso complesso determinare, nel caso concreto, quale di tali modelli sia stato impiegato. Il legislatore dell'Unione, difatti, può inserire clausole che corrispondono ad un dato modello di armonizzazione nel corpo di una misura che, nel complesso, è riconducibile ad un diverso modello di armonizzazione. Questo è il caso, ad esempio, della direttiva sui servizi di media audiovisivi,<sup>100</sup> una direttiva di armonizzazione minima che presenta aspetti di armonizzazione parziale, esautistica ed opzionale.<sup>101</sup>

<sup>97</sup> Ivi, punto 22.

<sup>98</sup> Ivi.

<sup>99</sup> Sul punto P.J. SLOT, *Harmonisation*, in *European Law Review*, vol. 21, n. 5, 1996, pp. 378-387.

<sup>100</sup> Direttiva 2010/13/UE del Parlamento e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), GU L 95 del 15.4.2010, pp. 1-24.

<sup>101</sup> Per un'analisi puntuale dei modelli di armonizzazione impiegati nella Direttiva 2010/13 si

### 2.3. (Segue) *L'armonizzazione esaustiva*

Dal punto di vista concettuale, l'armonizzazione esaustiva (anche detta «totale» o «completa») è il modello più lineare, in quanto comporta la sostituzione di una pluralità di normative nazionali con uno standard uniforme che preclude l'adozione di norme divergenti ad opera dei legislatori nazionali (tale divieto è talvolta espresso attraverso una specifica «clausola di esclusività»)<sup>102</sup>. Inoltre, l'armonizzazione esaustiva priva lo Stato ospitante della possibilità di invocare le deroghe espresse previste dal TFUE, nonché le esigenze imperative riconosciute dalla giurisprudenza, per giustificare misure restrittive nei confronti dei prodotti o dei fattori produttivi beneficiari della misura di armonizzazione («clausola di libera circolazione»)<sup>103</sup>.

Quindi, se una misura di armonizzazione relativa ad alcuni servizi contiene una clausola di libera circolazione, lo Stato ospitante deve affidarsi ai controlli effettuati dallo Stato d'origine per quanto riguarda la conformità dei servizi originari di tale Stato con le norme armonizzate. La Corte di giustizia ha chiaramente affermato che lo Stato ospitante non può «adottare unilateralmente provvedimenti correttivi o di difesa, destinati ad ovviare all'eventuale trasgressione, da parte di un altro Stato membro, delle norme» armonizzate.<sup>104</sup> Ciò premesso, fermo restando il diritto dei privati di agire in via risarcitoria dinanzi ai giudici dello Stato ospitante, la Corte di giustizia ha chiarito che l'unica forma di tutela per lo Stato ospitante è quella «di proporre un ricorso per inadempimento in base all'art. [258 TFUE] o di chiedere alla Commissione di intervenire direttamente nei confronti di detto Stato membro a norma dell'art. [259 TFUE]».<sup>105</sup>

In sintesi, la combinazione di una clausola di esclusività e di una clausola di libera circolazione<sup>106</sup> svuota del tutto la competenza dello Stato ospitante

veda, R. MASTROIANNI, *Territorialità e Paese di origine nelle direttive sui servizi di media audiovisivi e sulle pratiche commerciali sleali*, in AIDA, vol. XVII-2008, Milano, 2009, pp. 3 e ss.; Idem, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, seconda edizione, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 79 e ss..

<sup>102</sup> Sebbene impieghi una diversa nozione di «exclusivity clause», si veda C. BARNARD, *The substantive law of the EU: The Four Freedoms*, terza edizione, Oxford University Press, Oxford, 2007.

<sup>103</sup> Così M. DOUGAN, *Minimum Harmonisation and the Internal Market*, in *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, pp. 866 e ss..

<sup>104</sup> Sentenza della Corte del 23 maggio 1996, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*, Causa C-5/94, in *Racc.* 1996 p. I-02553, punto 20.

<sup>105</sup> Sentenza della Corte del 10 settembre 1996, *Commissione c. Regno del Belgio*, Causa C-11/95, in *Racc.* 1996 p. I-04115, punto 36.

<sup>106</sup> E. D. CROSS, *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, pp. 458-459.

a disciplinare la materia armonizzata. In sostanza, l'armonizzazione esaustiva comporta la preclusione di campo.<sup>107</sup> Tuttavia, non è sempre agevole accertare se un dato atto realizza o meno l'armonizzazione esaustiva di un determinato aspetto, posto che solo di rado le clausole di esclusività sono formulate in modo espresso. Di norma, il provvedimento dell'Unione si limita a prevedere uno o più requisiti, lasciando ad un momento successivo la determinazione se il legislatore dell'Unione intendeva escludere la possibilità per gli Stati membri di introdurre requisiti ulteriori o divergenti.

Nell'ambito delle relazioni esterne, la Corte ha, in più occasioni, affermato il carattere esclusivo della competenza dell'Unione quando l'accordo controverso riguardava settori soggetti a misure di armonizzazione completa sul piano interno.<sup>108</sup> Nel parere 1/94, ad esempio, la Corte ha statuito che la Comunità disponeva di una competenza esterna esclusiva nei settori in cui, sul piano interno, «ha realizzato un'armonizzazione completa del regime di accesso a un'attività indipendente, poiché il mantenimento da parte degli Stati membri di una certa libertà di negoziare coi Paesi terzi potrebbe incidere [...] sulle norme comuni così adottate». La Corte, peraltro, ha concluso che la competenza a concludere il GATS fosse ripartita con gli Stati membri, in quanto non tutti i settori di servizi contemplati dall'accordo GATS erano disciplinati da norme di armonizzazione completa.<sup>109</sup>

#### 2.4. (Segue) *L'armonizzazione minima*

A differenza dell'armonizzazione esaustiva, l'armonizzazione minima consente agli Stati membri di introdurre misure di protezione più intensa del minimo armonizzato, a condizione che le stesse non sfiorino il «tetto» costituito dalle norme di diritto primario e, in particolare, da quelle relative alla libera circolazione.<sup>110</sup> Proprio come le clausole di esclusività, le clausole di armonizzazione minima – vale a dire le disposizioni che consentono l'adozione di misure

<sup>107</sup> In tal senso S. WEATHERILL, *Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market*, in C. BARNARD e J. SCOTT (a cura di), *The Law of the Single European Market*, Hart, Oxford, 2002, pp. 58-59; M. DOUGAN, *Minimum Harmonisation and the Internal Market*, in *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, p. 854.

<sup>108</sup> Parere 1/94, cit., punto 96; sentenza *Open Skies*, cit., punto 84; parere 2/92, cit., punto 33.

<sup>109</sup> Parere 1/94, cit., punto XCVII. La Corte è pervenuta alla medesima conclusione nel parere 2/92, cit., punti 34-35.

<sup>110</sup> Sul punto F. DE CECCO, *Room to move? Minimum Harmonization and Fundamental Rights*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, pp. 9-30; M. DOUGAN, *Minimum Harmonisation and the Internal Market*, in *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, pp. 853-885; P. ROTT, *Minimum Harmonisation for the completion of the Internal Market? The example of consumer sales law*, in *Common Market Law Review*, vol. 40, 2003, pp. 1107-1135.

nazionali di maggiore protezione – sono spesso implicite.<sup>111</sup> Di conseguenza, la determinazione del modello di armonizzazione impiegato e, di conseguenza, il margine di manovra lasciato al legislatore nazionale, spesso si risolve in una questione interpretativa suscettibile di condurre ad una pluralità di esiti.<sup>112</sup>

L'armonizzazione minima è spesso associata ad una clausola di libera circolazione: finché un dato prodotto si conforma alle prescrizioni minime, lo Stato di destinazione non può ostacolarne o impedirne l'accesso nel proprio territorio, anche se ha deciso di imporre alle merci nazionali il rispetto di requisiti più rigorosi.<sup>113</sup> Peraltro, anche tale clausola è spesso implicita, con la conseguenza che la facoltà dello Stato di destinazione di estendere l'applicazione delle proprie norme più severe anche ai prodotti originari di altri Stati membri potrà essere accertata soltanto dalla Corte di giustizia.

Nella sentenza *Aber-Waggon*,<sup>114</sup> ad esempio, l'articolo 3, n. 1, della direttiva 80/51/CEE imponeva agli Stati membri di garantire che talune categorie di aeromobili di nuova immatricolazione nel loro territorio rispettassero standard di emissioni sonore «almeno pari» a quelli previsti dalla direttiva.<sup>115</sup> Secondo la legge tedesca, al contrario, la registrazione di aeroplani già immatricolati in un altro Stato membro era subordinata al rispetto di norme più severe di quelle armonizzate. La Corte ha desunto dalla formulazione della direttiva che il legislatore comunitario aveva adottato soltanto degli standard minimi.<sup>116</sup> Gli Stati membri, pertanto, restavano liberi di assoggettare la prima immatricolazione nel loro territorio di velivoli già immatricolati in un altro Stato membro al rispetto di norme acustiche più severe di quelle previste dalla direttiva, a condizione che tali norme fossero compatibili con le disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione.<sup>117</sup>

<sup>111</sup> Si consideri ad esempio la Sentenza della Corte del 19 ottobre 1995, *Hans Hönic c. Comune di Stockach*, Causa C-128/94, in *Racc.* 1995 p. I-03389, relativa all'interpretazione di una disposizione della direttiva 88/166 che indicava, in centimetri, la dimensione delle gabbie per le galline. Si trattava di una misura di armonizzazione esaustiva o di armonizzazione minima? Alla luce delle finalità perseguite dalla direttiva, la Corte ha ritenuto che le relative disposizioni dovessero essere considerate prescrizioni minime.

<sup>112</sup> Sul punto, R. MASTROIANNI, *Ravvicinamento delle legislazioni nel diritto comunitario*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XII, Milano, UTET, 1997, p. 472.

<sup>113</sup> Sul punto, S. WEATHERILL, *Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market*, in C. BARNARD e J. SCOTT (a cura di), *The Law of the Single European Market*, Hart, Oxford, 2002, pp. 58-63.

<sup>114</sup> Sentenza della Corte del 14 luglio 1998, *Aber-Waggon GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, Causa C-389/96, in *Racc.* 1998 p. I-04473.

<sup>115</sup> Direttiva 80/51/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1979, per la limitazione delle emissioni sonore degli aeromobili subsonici, *GU L 18* del 24.1.1980, pp. 26-28.

<sup>116</sup> Sentenza *Aber-Waggon*, cit., punto 15.

<sup>117</sup> Ivi.

In un altro filone giurisprudenziale, tuttavia, la Corte è pervenuta alla conclusione opposta, ossia che lo Stato ospitante non poteva limitare il movimento transfrontaliero di merci conformi alle norme armonizzate, ma non alle norme più severe introdotte da tale Stato.<sup>118</sup> Inoltre, nella nota sentenza *Germania c. Parlamento e Consiglio (pubblicità del tabacco)*,<sup>119</sup> uno dei motivi che hanno portato la Corte ad annullare la direttiva 98/43<sup>120</sup> era che la direttiva, a differenza di altre direttive di armonizzazione minima, «non conteneva disposizioni che assicurassero la libera circolazione dei prodotti conformi alle sue disposizioni».<sup>121</sup> In altri termini, la direttiva prevedeva una clausola di armonizzazione minima ma non una clausola di libera circolazione che garantisse che i prodotti conformi ai requisiti minimi armonizzati avrebbero potuto essere immessi sul mercato senza restrizioni da parte degli Stati membri che avevano emanato norme più severe.

Quantificare la portata preclusiva delle misure di armonizzazione minima non è agevole. Da un lato, a differenza dell'armonizzazione esaustiva, i provvedimenti che stabiliscono norme minime non comportano l'occupazione di un intero settore, in quanto consentono l'adozione di norme nazionali più severe rispetto al minimo armonizzato. Tuttavia, questo modello di armonizzazione limita sensibilmente i poteri dello Stato membro ospitante, posto che lo stesso potrà solo introdurre norme più severe (non più miti o comunque diverse) e, se la misura contiene una clausola di libera circolazione, dovrà circoscrivere l'applicazione di tali norme al contesto nazionale.

Nell'ambito delle relazioni esterne, la Corte ha escluso che l'adozione nella sfera interna di misure di armonizzazione minima<sup>122</sup> costituisca una

<sup>118</sup> Sentenza della Corte del 23 maggio 1990, *Procedimento penale c. Gourmetterie Van den Burg*, Causa C-169/89, in *Racc.* 1990 p. I-02143, punto 15: «l'art. 14 della direttiva non conferisce ad uno Stato membro il potere di attribuire ad una determinata specie, che non è né una specie migratrice né una specie minacciata, una protezione più rigorosa, mediante un divieto d'importazione e di smercio, di quella disposta dalla normativa dello Stato membro sul cui territorio vive l'uccello di cui trattasi».

<sup>119</sup> Sentenza della Corte del 5 ottobre 2000, *Repubblica federale di Germania c. Parlamento e Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-376/98, in *Racc.* 2000 p. I-08419.

<sup>120</sup> Direttiva 98/43/CE del Parlamento e del Consiglio del 6 luglio 1998 sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco, *GU L 213* del 30.7.1998, pp. 9-12.

<sup>121</sup> Sentenza *Repubblica federale di Germania c. Parlamento e Consiglio dell'Unione europea*, cit., punto 104.

<sup>122</sup> Parere 2/91, cit., punto 18; Parere 1/03, cit., punti 123-127; Si vedano inoltre le Conclusioni dell'Avvocato Generale Poiras Maduro del 1 ottobre 2009, *Commissione c. Svezia*, Causa C-246/07, in *Racc.* 2010 p. I-03317, punto 30 e Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 20 novembre 2007, *The Queen, su istanza di International Association of Indepen-*

prova sufficiente del carattere esclusivo della competenza esterna in tali settori, essendo a tal fine necessaria la dimostrazione di un'effettiva incidenza dell'accordo internazionale controverso sulla normativa adottata. Nel parere 2/91, in particolare, tanto la disciplina interna quanto quella convenzionale avevano natura di prescrizioni minime, il che, secondo la Corte, eliminava in radice ogni rischio di interferenza tra i due articolati normativi,<sup>123</sup> anche se gli stessi riguardavano lo stesso settore.<sup>124</sup> Nel medesimo parere, la Corte ha però affermato che le previsioni contenute nella parte III della Convenzione OIL n. 170 potevano incidere su alcune direttive comunitarie, in materia di sostanze e preparati pericolosi, che non avevano carattere di armonizzazione minima.<sup>125</sup>

### 2.5. (Segue) *L'armonizzazione parziale*

L'armonizzazione parziale è per certi versi simile all'armonizzazione minima, in quanto non preclude del tutto l'intervento del legislatore nazionale nella materia armonizzata. Nel caso dell'armonizzazione parziale, peraltro, la normativa nazionale potrà disciplinare soltanto aspetti della materia armonizzata *diversi* da quelli contemplati dagli strumenti comunitari e non, come nel caso dell'armonizzazione minima, sostituire le norme dell'Unione con norme più severe.

Distinguere l'armonizzazione minima da quella parziale può rivelarsi, anche dal punto di vista concettuale, piuttosto complesso. Per esempio, se la normativa nazionale subordina la concessione di un'autorizzazione ad un requisito aggiuntivo rispetto a quelli previsti dalla misura di armonizzazione, si tratta di una norma più rigorosa o della disciplina di un aspetto non espressamente regolato dalla misura di armonizzazione?

A complicare ulteriormente il quadro concorre la circostanza che la Corte potrebbe essere indotta a considerare parziale l'armonizzazione realizzata da un dato atto al fine di salvaguardare l'effetto utile di una clausola di armonizzazione minima contenuta in un altro atto dell'Unione. Ad esempio, nella sentenza *De Agostini*,<sup>126</sup> la Corte di giustizia ha ritenuto che la direttiva *Tele-*

*dent Tanker Owners (Intertanko) e altri c. Secretary of State for Transport*, Causa C-308/06, in *Racc.* 2008 p. I-04057, punto 47.

<sup>123</sup> Parere 2/91, cit., punti 18 e 21.

<sup>124</sup> Parere 1/03, cit., punto 127.

<sup>125</sup> Parere 2/91, cit., punti 22-26.

<sup>126</sup> Sentenza della Corte del 9 luglio 1997, *Konsumentombudsmannen (KO) c. De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) e TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 e C-36/95)*, Cause riunite C-34/95, C-35/95 e C-36/95, in *Racc.* 1997 p. I-03843.

visione senza frontiere avesse armonizzato le legislazioni nazionali in materia di pubblicità televisiva «solo in parte» e non ostava quindi all'applicazione di norme nazionali volte a tutelare i consumatori.<sup>127</sup> E ciò perché la direttiva 84/450 sulla pubblicità ingannevole,<sup>128</sup> recante una clausola di armonizzazione minima, sarebbe stata «svuotata di contenuto», se gli Stati membri fossero stati privati di qualsiasi possibilità di adottare misure più severe nei confronti degli inserzionisti stranieri.<sup>129</sup>

Per fortuna, l'armonizzazione parziale è solitamente contrassegnata dall'inserimento di clausole di «deferenza» o di «subordinazione» che servono a chiarire il rapporto dell'atto in cui sono inserite con altri atti dell'Unione e con il diritto nazionale.<sup>130</sup> La direttiva 2006/123 relativa ai servizi nel mercato interno<sup>131</sup> fornisce diversi esempi di entrambi i tipi di clausole di subordinazione: l'articolo 1 elenca una serie di aspetti che la direttiva «non riguarda», lasciando così impregiudicate le prerogative statali in tali aree,<sup>132</sup> l'articolo 3 si occupa del rapporto tra tale direttiva ed altri atti di diritto dell'Unione.<sup>133</sup>

In definitiva, si può affermare che l'armonizzazione parziale non occupa un intero campo e, rispetto all'armonizzazione minima, lascia gli Stati membri relativamente liberi di disciplinare gli aspetti non contemplati dalla misura di armonizzazione, nella misura in cui gli stessi non rientrano nell'ambito di altri atti dell'Unione. La natura parziale dell'armonizzazione realizzata nella sfera interna, inoltre, ha in più occasioni indotto la Corte di giustizia ad escludere la possibile incidenza di accordi internazionali sulle norme comuni.<sup>134</sup>

<sup>127</sup> *Ivi*, punto 32.

<sup>128</sup> Direttiva 84/450/CEE del Consiglio del 10 settembre 1984 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di pubblicità ingannevole, *GU L* 250 del 19.9.1984, pp. 17–20.

<sup>129</sup> Sentenza *De Agostini*, cit., punto 37.

<sup>130</sup> Per alcuni esempi di clausole di subordinazione nel diritto derivato si veda E. D. CROSS, Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis, in *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, pp. 456–457.

<sup>131</sup> Direttiva 2006/123/CE del Parlamento e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, *GU L* 376 del 27.12.2006, pp. 36–68.

<sup>132</sup> *Ivi*, art. 1, nn. 2 e 3: «La presente direttiva non riguarda la liberalizzazione dei servizi d'interesse economico generale riservati a enti pubblici o privati, né la privatizzazione di enti pubblici che forniscono servizi. La presente direttiva non riguarda né l'abolizione di monopoli che forniscono servizi né gli aiuti concessi dagli Stati membri cui si applicano le regole comunitarie di concorrenza».

<sup>133</sup> *Ivi*, art. 1, n. 1: «Se disposizioni della presente direttiva confliggono con disposizioni di altri atti comunitari che disciplinano aspetti specifici dell'accesso ad un'attività di servizi o del suo esercizio in settori specifici o per professioni specifiche, le disposizioni di questi altri atti comunitari prevalgono e si applicano a tali settori o professioni specifiche».

<sup>134</sup> Parere 1/94, cit., punto CIII; Parere 2/00 della Corte del 6 dicembre 2001, *Protocollo di Cartagena*, in *Racc.* 2001 p. I-09713, punto 46.

## 2.6. (Segue) *L'armonizzazione opzionale*

Un'altra tecnica di armonizzazione frequentemente impiegata è l'armonizzazione opzionale. Essa comporta la previsione di una clausola di libera circolazione ma non di una clausola di esclusività. Di norma, l'armonizzazione opzionale permette la coesistenza di due discipline: una, contenuta nella misura di armonizzazione, destinata a regolare le situazioni transfrontaliere; un'altra, definita da ciascuno Stato in maniera generalmente più indulgente rispetto alla disciplina armonizzata, per le situazioni puramente interne.

Molti Autori hanno ravvisato nel termine «opzionale» una facoltà di scelta per gli operatori economici: se gli stessi intendono commerciare a livello transfrontaliero si conformeranno alla disciplina armonizzata; se invece desiderano operare a livello locale potranno scegliere se rispettare le regole armonizzate oppure quelle dello Stato membro di stabilimento.<sup>135</sup> In realtà, la facoltà di scelta spetta agli Stati, che hanno l'opzione di sottoporre certe fattispecie, di norma quelle aventi carattere puramente interno, a requisiti meno rigorosi di quelli previsti nella misura di armonizzazione.<sup>136</sup>

L'armonizzazione opzionale può assumere due diverse forme. Può presentarsi come una clausola inserita in una misura di armonizzazione che consente agli Stati membri di sottoporre le situazioni puramente interne ad una disciplina più mite (quindi, in sostanza, una clausola di armonizzazione minima al contrario, ma circoscritta a determinate fattispecie). In alternativa, l'armonizzazione opzionale può assumere la veste di un plesso di norme che si applicano esclusivamente alle situazioni transfrontaliere (c.d. «29° regime»)<sup>137</sup>. Un esempio del primo tipo di armonizzazione opzionale è l'articolo 26 della Direttiva sui servizi di media audiovisivi,<sup>138</sup> che prevede che in relazione alle trasmissioni televisive “destinate esclusivamente per

<sup>135</sup> C. BARNARD, *The substantive law of the EU: The Four Freedoms*, terza edizione, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 599.

<sup>136</sup> L'affermazione che le imprese hanno facoltà di «opzione» fra la disciplina armonizzata e la disciplina nazionale più indulgente è, in effetti, equivalente a quella che il cliente di una pizzeria ha l'«opzione» fra un conto da 4 euro ed uno da 5 euro, laddove la pizza marinara costa 4 euro e la pizza margherita ne costa 5.

<sup>137</sup> Cfr. M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea*, Rapporto al Presidente della Commissione Europea José Manuel Barroso, 2010, p. 93, che auspicava la combinazione di tale tecnica normativa con l'armonizzazione esaustiva realizzata mediante regolamenti.

<sup>138</sup> Direttiva 2010/13/UE del Parlamento e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), *GU L 95* del 15.4.2010, pp. 1–24.

il territorio nazionale” gli Stati membri possono stabilire norme più permissive di quelle contenute nella direttiva quanto al numero di interruzioni pubblicitarie autorizzate nel corso dei programmi ed i tetti di affollamento orario.<sup>139</sup> Un esempio del secondo tipo di armonizzazione opzionale è il Regolamento recante lo statuto della società europea, che ha creato un nuovo tipo societario al fine di superare gli ostacoli dovuti alle disparità dei diritti societari nazionali.<sup>140</sup>

### 3. Preemption e assetto dei conflitti tra diritto derivato e diritto nazionale

I due paragrafi precedenti hanno posto in risalto le correlazioni esistenti fra alcune caratteristiche degli atti dell’Unione ed i loro effetti preclusivi sull’esercizio delle competenze nazionali. L’accertamento dell’antinomia fra norma dell’Unione e norma nazionale, secondo tale impostazione, segue un approccio *top-down*: la norma dell’Unione, in ragione delle sue caratteristiche, determina il paradigma analitico-argomentativo che la Corte di giustizia utilizzerà per valutare se la norma nazionale si pone in conflitto con essa. Ad esempio, se la norma dell’Unione ha carattere esaustivo, la Corte applicherà il criterio della preclusione di campo, ritenendo incompatibili con essa tutte le norme nazionali che si collocano all’interno del suo ambito di applicazione. Se invece la norma dell’Unione ha natura di prescrizione minima, la Corte riterrà in conflitto con essa le disposizioni nazionali che recano requisiti diversi o più miti, ma considererà compatibili le norme che assicurano una protezione più intensa.

L’esame della giurisprudenza, peraltro, suggerisce che in alcune circostanze la Corte di giustizia segue un approccio *bottom-up*, in cui il criterio impiegato per accertare l’esistenza di un’antinomia è determinato non già dalle caratteristiche della norma dell’Unione o della norma nazionale, bensì dall’assetto del conflitto astrattamente configurabile fra tali norme. A tale riguardo, occorre distinguere fra conflitti verticali e diagonali: i primi intercorrono fra norme dell’Unione e norme nazionali aventi prevalentemente il medesimo oggetto; i secondi riguardano norme dell’Unione e norme nazio-

<sup>139</sup> Ivi, art. 26: «gli Stati membri hanno la facoltà, nel rispetto del diritto dell’Unione, di prevedere condizioni diverse da quelle di cui all’articolo 20, paragrafo 2, e all’articolo 23 per le trasmissioni televisive destinate unicamente al territorio nazionale che non possono essere ricevute, direttamente o indirettamente, dal pubblico in uno o più altri Stati membri».

<sup>140</sup> Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell’8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE), *GU L 294* del 10.11.2001, pp. 1–21.

nali che hanno primariamente oggetti diversi.<sup>141</sup> In particolare, sembra che, in assenza di indicazioni esplicite da parte del legislatore o dei redattori dei Trattati, la Corte impieghi nell'analisi dei conflitti verticali paradigmi che sottendono una nozione di antinomia più ampia rispetto a quelli utilizzati per la ricognizione dei conflitti diagonali.<sup>142</sup>

### 3.1. *I conflitti verticali*

I conflitti verticali, come accennato, intercorrono fra norme dell'Unione e norme nazionali aventi il medesimo oggetto.<sup>143</sup> Posto che, nella prassi, è relativamente improbabile che l'ambito applicativo di due norme, peraltro poste in essere da legislatori diversi, sia perfettamente coincidente, la definizione di conflitti verticali dovrebbe essere intesa come relativa alle antinomie tra norme che regolano *prevalentemente* le medesime fattispecie.<sup>144</sup>

I conflitti verticali rappresentano un grave *vulnus* nel rapporto fra norme dell'Unione e norme nazionali in quanto possono incidere in modo significativo sull'equilibrio di interessi sotteso alla normativa dell'Unione. Non sorprende, pertanto, che la Corte di giustizia esamini tali conflitti attraverso l'applicazione di paradigmi analitico-argomentativi, quali la preclusione di campo o l'armonizzazione esaustiva, che comportano una significativo svuotamento delle competenze statali.

Nella sentenza *De Agostini*,<sup>145</sup> ad esempio, la Corte ha ritenuto che la direttiva 89/552/CEE sull'esercizio delle attività televisive, che conteneva

<sup>141</sup> Sulla nozione di conflitto diagonale si veda R. KRÄMER, *The Notion of Diagonal Conflicts as a Key Concept of European Conflicts Law*, in C. JOERGES (a cura di), *New Patterns of conflict and their sociological and legal re-constructions*, ARENA Report n. 4/11, 2011, p. 158: «A diagonal conflict should be characterised as a conflict between different policy goals pursued at different levels of government».

<sup>142</sup> Sul punto C. SCHMID, *Vertical and Diagonal Conflicts in the Europeanisation Process: Preliminary Thoughts on a Methodological Reconstruction of the Interface between European and National Law on a Conflict of Laws Basis*, in C. JOERGES e O. GERSTENBERG (a cura di), *Private Governance, democratic constitutionalism and supranationalism*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1998, pp. 185-190. A p. 186, peraltro, l'Autore precisa che «this approach is meant to supplemtn rather than replace the pre-emption approach».

<sup>143</sup> Cfr. C. SCHMID, *op. cit.*, p. 187: «a hierarchical conflict consists in the superposition of two norms or institutions sharing the same subject matter».

<sup>144</sup> Cfr. R. KRÄMER, *op. cit.*, p. 148: «A direct conflict consists of the overlapping of two norms from different legal orders sharing the same or functionally-equivalent subject matter».

<sup>145</sup> Sentenza della Corte del 9 luglio 1997, *Konsumentombudsmannen (KO) c. De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) e TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 e C-36/95)*, cause riunite C-34/95, C-35/95 e C-36/95, in *Racc.* 1997 p. I-03843, punti 57 e 60.

«un insieme completo di disposizioni *specificamente dirette* a tutelare i minorenni nei confronti [...] della pubblicità televisiva»,<sup>146</sup> ostava ad alcune disposizioni svedesi anch'esse «*specificamente dirette* a controllare il contenuto della pubblicità televisiva nei confronti dei minorenni».<sup>147</sup> A fronte della natura verticale del conflitto, la Corte non avrebbe potuto consentire l'applicazione della disciplina nazionale, in quanto ciò avrebbe rimesso in discussione il bilanciamento di interessi operato dal legislatore comunitario tra la tutela dei minori e la libera circolazione dei servizi televisivi.

Nella sentenza *Wilson*, del pari, la Corte ha ritenuto che la direttiva 98/5/CE avesse realizzato la completa armonizzazione dei requisiti preliminari richiesti ai fini dell'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica professionale,<sup>148</sup> con la conseguenza che lo Stato membro ospitante non poteva richiedere agli avvocati europei il superamento di un colloquio inteso a verificare la padronanza delle lingue di tale Stato membro.<sup>149</sup> Anche in questo caso, la Corte non ha ritenuto tollerabile una diversa disciplina nazionale per l'accesso alla professione forense degli avvocati europei, posto che la liberalizzazione di tale aspetto costituiva la ragion d'essere della direttiva 98/5. Al contrario, la Corte ha in tale occasione lasciato intendere che gli Stati membri e gli ordini professionali dispongono di un certo margine di manovra nella definizione e nell'applicazione di regole deontologiche relative all'esercizio della professione da parte di tali avvocati, un aspetto meno centrale rispetto alla disciplina contenuta nella direttiva.<sup>150</sup>

La Corte di giustizia si è mostrata determinata a salvaguardare non solo l'assetto d'interessi cristallizzato nel diritto derivato, ma anche le prerogative degli organi delegati dal legislatore dell'Unione ad operare tale bilanciamento in un momento successivo. Nella sentenza *Commissione c. Germania*,<sup>151</sup> ad esempio, la Corte ha statuito che il nuovo quadro regolamentare in materia di comunicazioni elettroniche ostava ad una normativa tedesca che stabiliva, in linea di principio, di non sottoporre a obblighi *ex ante* i nuovi mercati emergenti, in quanto tale normativa effettuava direttamente un

<sup>146</sup> Ivi, punto 57, corsivo aggiunto.

<sup>147</sup> Ivi, punto 60, corsivo aggiunto.

<sup>148</sup> Sentenza della Corte del 19 settembre 2006, *Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, Causa C-506/04, in *Racc.* 2006 p. I-08613, punto 66.

<sup>149</sup> Ivi, punto 70.

<sup>150</sup> Ivi, punto 74. Si veda altresì la sentenza della Corte del 3 febbraio 2011, *Donat Cornelius Ebert c. Budapesti Ügyvédi Kamara*, Causa C-359/09, in *Racc.* 2011 p. I-00269 punti 40-42.

<sup>151</sup> Sentenza della Corte del 3 dicembre 2009, *Commissione c. Germania*, Causa C-424/07, in *Racc.* 2009 p. I-11431.

bilanciamento degli obiettivi perseguiti dalla Direttiva quadro, mentre tale compito spettava unicamente all'Autorità nazionale di regolamentazione individuata dalla disciplina sovranazionale.<sup>152</sup> Del pari, nella sentenza *Commissione c. Polonia*,<sup>153</sup> la Corte ha dichiarato che la legislazione polacca adottata per recepire la Direttiva Accesso fosse incompatibile con tale direttiva nella misura in cui imponeva agli operatori pubblici di reti di comunicazione un obbligo generale di negoziare contratti per l'accesso, senza prevedere il coinvolgimento dell'Autorità nazionale di regolamentazione<sup>154</sup> nella valutazione del grado di concorrenza effettiva nel mercato interessato<sup>155</sup> e senza consentire la soppressione o modifica dell'obbligo in questione a fronte dell'intensificazione della concorrenza.<sup>156</sup>

### 3.2. I conflitti diagonali

I conflitti diagonali intercorrono tra norme di diritto derivato e norme nazionali aventi oggetti diversi.<sup>157</sup> A differenza dei conflitti verticali, molti conflitti diagonali sono involontari, in quanto sorgono fra norme aventi ambiti d'applicazione prevalentemente distinti, che s'intersecano con riferimento a fattispecie aventi rilievo marginale per entrambe le norme.

Mentre appare del tutto ragionevole impedire che gli Stati sottopongano le medesime materie regolate a livello sovranazionale ad una disciplina diversa (conflitti verticali), un esito così *tranchant* non trova giustificazione rispetto alle norme nazionali che investono solo tangenzialmente la disciplina dell'Unione (conflitti diagonali), in quanto tali conflitti sono di norma inidonei ad incidere in maniera apprezzabile sul bilanciamento d'interessi sotteso alla regolamentazione dell'Unione.

Significativa è al riguardo la sentenza *Irish Creamery*,<sup>158</sup> in cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con la disciplina comunitaria relativa ad alcune organizzazioni comuni dei mercati di un'imposta

<sup>152</sup> Ivi, punto 93.

<sup>153</sup> Sentenza della Corte del 13 novembre 2008, *Commissione c. Polonia*, Causa C-227/07, in *Racc.* 2008 p. I-08403.

<sup>154</sup> Ivi, punto 43.

<sup>155</sup> Ivi, punto 40.

<sup>156</sup> Ivi.

<sup>157</sup> Sul punto C. JOERGES, *European Law as Conflict of Laws*, in C. JOERGES e J. NEYER (a cura di), *Deliberative Supranationalism' Revisited*, EU Working Paper 2006/20, pp. 15-32, reperibile presso il sito: <<http://cadmus.iue.it/dspace/handle/1814/6251>>.

<sup>158</sup> Sentenza della Corte del 10 marzo 1981, *Irish Creamery Milk Suppliers Association e altri c. Governo d'Irlanda e altri; Martin Doyle e altri c. An Taoiseach e altri*, Cause riunite 36 e 71/80, in *Racc.* 1981 p. 00735.

nazionale temporanea sul valore di determinati prodotti agricoli, alcuni dei quali rientranti in tali mercati. Al riguardo, la Corte ha affermato che spettava al giudice nazionale valutare se tale imposta avesse «effettivamente prodotto effetti che ostacolano il funzionamento dei congegni contemplati dalle organizzazioni comuni di mercato», fornendo però le seguenti linee guida: «un'imposta [...] che colpisca un numero elevato di prodotti può essere neutra nel senso che non provoca modifiche della struttura della produzione agricola. Per contro, se l'imposta incita i produttori a sostituire parzialmente la produzione delle merci tassate con la produzione di altre merci non tassate, l'imposta rischia di produrre una distorsione su vari mercati». <sup>159</sup> In altre parole, secondo tale impostazione, il rischio di incompatibilità con la disciplina sovranazionale, da valutare secondo il paradigma della preclusione indiretta, è più intenso nel caso di una misura nazionale che colpisce esclusivamente o principalmente i prodotti soggetti alle organizzazioni comuni dei mercati (conflitto verticale) rispetto ad un'imposta che riguarda un'ampia gamma di prodotti alcuni dei quali rientranti nelle suddette organizzazioni (conflitto diagonale).

Del pari, nella sentenza *Industrias de Deshidratación Agrícola*, <sup>160</sup> la Corte si è pronunciata sulla compatibilità con i regolamenti relativi all'organizzazione comune dei mercati nel settore dei foraggi essiccati di una normativa nazionale che fissava alcuni requisiti per i foraggi verdi o freschi da trasformare. Al riguardo, la Corte ha rilevato che sebbene l'organizzazione comune dei mercati nel settore dei foraggi essiccati riguardasse un certo numero di prodotti risultanti dalla trasformazione dei foraggi freschi, questi ultimi non costituivano, di per sé, oggetto della disciplina comunitaria. <sup>161</sup> A fronte della natura diagonale del conflitto in esame, la Corte, ponendosi nuovamente in una prospettiva di *obstacle preemption*, ha statuito che la disciplina nazionale non ostava al buon funzionamento dell'organizzazione comune dei mercati. <sup>162</sup>

Un altro *topos* argomentativo utilizzato di frequente dalla Corte nell'analisi dei conflitti diagonali è quello dell'armonizzazione parziale: posto che il legislatore sovranazionale non ha inteso disciplinare la materia in tutti i suoi aspetti, la normativa dell'Unione non osta a misure nazionali generali che riguardino anche tali aspetti. Emblematica è, al riguardo, la citata sentenza *De Agostini*. <sup>163</sup> Si è già riferito che, con tale pronuncia, la Corte ha risolto

<sup>159</sup> Ivi, punto 20.

<sup>160</sup> Sentenza della Corte del 25 marzo 2004, *Industrias de Deshidratación Agrícola SA c. Administración del Estado*, Causa C-118/02, in *Racc.* 2004 p. I-03073.

<sup>161</sup> Ivi, punto 21.

<sup>162</sup> Ivi, punto 25.

<sup>163</sup> Sentenza *De Agostini*, cit.

il conflitto verticale tra le norme volte a tutelare i minori dalla pubblicità televisiva contenute nella direttiva 89/552/CEE e le norme svedesi aventi il medesimo fine dichiarando che queste ultime erano incompatibili con l'«insieme completo» di disposizioni contenuto nella direttiva. In tale occasione, peraltro, la Corte si è anche pronunciata sul conflitto diagonale tra la predetta direttiva ed una «*normativa generale* relativa alla tutela dei consumatori contro la pubblicità ingannevole»,<sup>164</sup> applicabile anche – ma non solo – alla pubblicità televisiva.<sup>165</sup> Al riguardo, la Corte ha osservato che il coordinamento delle legislazioni nazionali in materia di pubblicità televisiva realizzato dalla direttiva era «*soltanto parziale*»<sup>166</sup> e non aveva perciò l'effetto di «*escludere completamente ed automaticamente l'applicazione di norme diverse da quelle che riguardano specificamente la trasmissione e la distribuzione dei programmi*»,<sup>167</sup> quali quelle previste dalla disciplina svedese in materia di pubblicità ingannevole.<sup>168</sup>

Vengono inoltre in linea di conto due pronunce pregiudiziali in cui alla Corte è stato chiesto di chiarire se le direttive rientranti nel c.d. nuovo quadro regolamentare in materia di comunicazioni elettroniche ostavano ad alcune normative nazionali relative alla tutela dei consumatori. Nella sentenza *Telekommunikacja Polska*,<sup>169</sup> la normativa nazionale controversa vietava agli operatori di comunicazione di subordinare la fornitura di servizi di comunicazione a quella di altri servizi (c.d. vendite abbinate). Secondo la Corte, tale divieto era finalizzato ad assicurare «una maggiore protezione dei consumatori nei loro rapporti con gli operatori di servizi di telecomunicazioni»,<sup>170</sup> un'esigenza che, sebbene contemplata dalla Direttiva Quadro, non costituiva oggetto di «una completa armonizzazione» a livello sovranazionale. La Corte ha quindi concluso che la disciplina contenuta nel nuovo quadro regolamentare «*lascia[va] impregiudicata l'applicazione delle norme dell'Unione in materia di tutela dei consumatori e delle relative norme nazionali in conformità del diritto dell'Unione*». <sup>171</sup> Nella sentenza *Deutsche Telekom*,<sup>172</sup>

<sup>164</sup> Ivi, punto 38.

<sup>165</sup> Ivi, punto 7.

<sup>166</sup> Ivi, punto 32.

<sup>167</sup> Ivi, punto 33.

<sup>168</sup> Ivi, punto 38 e punto 1 del dispositivo.

<sup>169</sup> Sentenza della Corte dell'11 marzo 2010, *Telekommunikacja Polska SA w Warszawie c. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, Causa C-522/08, in *Racc.* 2010 p. I-02079.

<sup>170</sup> Ivi, punto 28.

<sup>171</sup> Ivi, punto 29.

<sup>172</sup> Sentenza della Corte del 5 maggio 2011, *Deutsche Telekom AG c. Germania*, Causa C-543/09, non ancora pubblicata.

la Corte ha statuito sulla relazione tra la Direttiva Servizio Universale<sup>173</sup> ed una normativa tedesca che impone alle imprese che assegnano i numeri di telefono di mettere a disposizione delle imprese fornitrici di elenchi telefonici non solo i dati relativi ai propri abbonati, ma anche quelli di abbonati di imprese terze. Al riguardo, la Corte ha osservato che la Direttiva Servizio Universale non aveva realizzato «un'armonizzazione completa» degli obblighi di comunicazione gravanti sulle imprese che assegnano numeri di telefono<sup>174</sup> e ne ha dedotto che «gli Stati membri continuano ad essere competenti al fine di determinare se, in un contesto nazionale specifico, determinate informazioni supplementari debbano essere messe a disposizione dei terzi».<sup>175</sup> La Corte ha aggiunto che gli obblighi previsti dalla disciplina nazionale rientravano nel capitolo della Direttiva Servizio Universale relativo ai diritti degli utenti, ambito nel quale il legislatore dell'Unione non aveva operato un'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali.<sup>176</sup>

<sup>173</sup> Direttiva 2002/22/CE del Parlamento e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (Direttiva Servizio Universale), in *GU L* 108 del 24.4.2002, pp. 51-77, come modificata dalla Direttiva 2009/136/CE del Parlamento e del Consiglio del 25 novembre 2009, in *GU L* 337 del 18.12.2009, pp. 11-36.

<sup>174</sup> Sentenza *Deutsche Telekom*, cit., punti 37-39.

<sup>175</sup> Ivi, punto 39.

<sup>176</sup> Ivi, punto 41.



## CONCLUSIONI

Un saggio del 1982 era intitolato *The emergent doctrine of Community pre-emption*.<sup>1</sup> Venticinque anni dopo, un altro contributo titolava *The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption*.<sup>2</sup> Il presente lavoro suggerisce che il principio di preclusione stia per vedere finalmente la luce nell'ambito del diritto dell'Unione europea, come testimoniato dal riferimento diretto alla «*preemption* comunitaria» contenuto nelle conclusioni dell'Avvocato generale Colomer nella causa *Bud*.<sup>3</sup> Il Trattato di Lisbona, introducendo un elenco esaustivo delle competenze esclusive dell'Unione, ha difatti eliminato uno dei principali ostacoli all'indagine scientifica della *preemption*, ossia la difficoltà di distinguere i casi in cui l'intervento degli Stati membri è inibito *ab origine* dalla natura esclusiva della competenza dell'Unione da quelli in cui l'azione statale è preclusa in quanto suscettibile di confliggere con gli atti di diritto derivato adottati nel contesto di una competenza non esclusiva.

Dopo aver definito il principio della *preemption* come il paradigma analitico-argomentativo utilizzato per la ricognizione dei conflitti fra diritto derivato e norme nazionali, il presente lavoro ha evidenziato che, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, tale principio assume tre diverse declinazioni, tendenzialmente corrispondenti alle tre tipologie della *doctrine of federal preemption* applicata dai giudici statunitensi: in base al criterio della preclusione diretta, vi è antinomia quando la misura nazionale confligge apertamente con una o più disposizioni dell'atto di diritto derivato; secondo il modello della preclusione indiretta, invece, il conflitto sorge se la norma nazionale interferisce con il funzionamento, ostacola le finalità o pregiudica l'effetto utile della norma dell'Unione; seguendo il canone della preclusione di campo, poi, la norma nazionale è considerata incompatibile con quella dell'Unione se interessa l'ambito disciplinato dalla norma sovranazionale.

<sup>1</sup> M. WAELBROECK, *The emergent doctrine of Community pre-emption - Consent and re-delegation*, in T. SANDALOW e E. STEIN (a cura di), *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, vol. II, Oxford University Press, 1982, pp. 548-580.

<sup>2</sup> R. SCHÜTZE, *Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, pp. 1023-1048.

<sup>3</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 5 febbraio 2009, *Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*, Causa C-478/07, in *Racc.* 2009 p. I-07721.

Mentre negli Stati Uniti d'America i giudici si servono di un quadro strutturato d'analisi per applicare l'istituto della *preemption*, la Corte di giustizia non sembra seguire un *iter* logico predeterminato: i tre paradigmi di preclusione trovano applicazione talvolta isolatamente, altre volte congiuntamente, senza una scansione prestabilita.

Si è, poi, sottolineato che il principio della *preemption* svolge una funzione di particolare importanza per il processo d'integrazione europea: garantire l'uniforme applicazione del diritto derivato ed evitarne l'elusione da parte degli Stati membri. L'uniformità prodotta dalla *preemption* – soprattutto nella sua declinazione più intensa, la preclusione di campo – consente di rimediare a varie ipotesi di fallimento del mercato e ad alcuni limiti intrinseci della disciplina sovranazionale, quali la «cattura» da parte dei soggetti regolati delle autorità nazionali deputate all'applicazione della regolamentazione e l'insufficiente rappresentanza nel processo politico di ciascuno Stato membro dei soggetti di altri Stati membri. Il fenomeno della *preemption*, peraltro, riduce la capacità della normativa dell'Unione di adattarsi ai cambiamenti e comporta la soppressione della c.d. concorrenza fra ordinamenti, che in alcune circostanze può produrre effetti benefici.

Inoltre, si è evidenziato come il fenomeno della *preemption* possa avere ripercussioni sul processo decisionale sovranazionale e, segnatamente, sulla costruzione del consenso in seno al Consiglio. Generalmente, il raggiungimento del consenso nelle materie già soggette a *preemption* appare più agevole rispetto alle materie in cui gli Stati dispongono ancora di poteri autonomi d'intervento. Invece, l'adozione di un atto dotato di ampi effetti preclusivi risulta tendenzialmente più ardua rispetto all'approvazione di un atto che lascia maggiore libertà d'azione agli Stati membri, a meno che nella materia in questione non vi sia un'avvertita e condivisa esigenza di uniformità. Pertanto, in determinate circostanze, una certa ambiguità, nella formulazione delle proposte legislative, quanto agli effetti preclusivi che gli atti produrranno una volta entrati in vigore, costituisce una necessità politica per facilitarne l'approvazione.

Sebbene il fenomeno della *preemption* sia piuttosto risalente – ve ne è traccia già nella sentenza *Unger* del 1964,<sup>4</sup> di alcuni mesi antecedente alla sentenza *Costa c. Enel* – l'atteggiamento nei suoi confronti del diritto primario si è gradualmente modificato. Nell'impianto originario dei Trattati istitutivi, su cui si era innestato il Compromesso di Lussemburgo, il fenomeno

<sup>4</sup> Sentenza della Corte del 19 marzo 1964, *M.K.H. Unger in Hoekstra c. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*, Causa 75/63, in Racc. 1964 p. 351.

<sup>5</sup> Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, Causa 6/64, in Racc. p. 01129.

della *preemption* si inseriva armonicamente nella concezione fluida del riparto verticale di competenze ed era, per certi versi, legittimato dall'unanimità richiesta in seno al Consiglio per l'adozione degli atti di diritto derivato. Con il crescere della consapevolezza della deriva centripeta delle competenze, le successive revisioni dei Trattati hanno cercato di chiarire e contenere l'applicazione del principio della *preemption*.

Significativi sono, al riguardo, i principî di sussidiarietà e proporzionalità come declinati nel Protocollo allegato al Trattato di Amsterdam, ossia come limite all'intensità dell'azione dell'Unione ed alla sua interferenza con l'esercizio delle competenze degli Stati membri. Con il Protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona, tali principî si sono inoltre tradotti in obblighi di motivazione, a carico della Commissione, nell'elaborazione delle proposte legislative. Mentre l'applicazione dei principî di proporzionalità e sussidiarietà da parte della Corte di giustizia, in sede di sindacato di legittimità sugli atti dell'Unione, e dei parlamenti nazionali, nell'ambito del meccanismo del c.d. allarme preventivo, non sembra aver contribuito al contenimento del fenomeno della *preemption*, l'imposizione di obblighi di motivazione in capo alla Commissione sembra invece aver favorito la chiarificazione degli effetti preclusivi di alcune proposte legislative, attraverso la loro dettagliata illustrazione nella c.d. analisi d'impatto.

Maggiori incertezze circondano, invece, il rapporto fra il fenomeno della *preemption* ed il principio del rispetto delle identità nazionali. Se prevarrà l'orientamento che concepisce l'art. 4, n. 2, TUE come una deroga al principio del primato, tale clausola non avrà alcuna influenza sulla *preemption*, in quanto interesserà una fase (la risoluzione dell'antinomia) logicamente posteriore a quella in cui interviene il principio della *preemption* (l'accertamento dell'antinomia). Al contrario, alcune pronunce della Corte di giustizia suggeriscono che nell'*identity clause* possa ravvisarsi un limite all'esercizio delle competenze dell'Unione suscettibile di orientare la scelta del legislatore sovranazionale verso forme d'intervento aventi effetti preclusivi meno intensi nei confronti delle prerogative statali. In tale prospettiva, la clausola di cui all'art. 4, n. 2, TUE potrebbe rivelarsi un utile strumento per il contenimento del fenomeno della *preemption*.

L'analisi del fenomeno della *preemption* nell'ambito delle competenze esclusive ha condotto a risultati, per certi versi, inattesi. La definizione di tali competenze come materie in cui solo l'Unione ha il potere di adottare atti vincolanti, difatti, sembrerebbe rendere del tutto irrilevante la questione degli effetti preclusivi sull'esercizio delle competenze statali prodotti dal diritto derivato adottato in tali materie. Peraltro, è emerso che il fenomeno della *preemption* ha svolto un ruolo fondamentale nella fase iniziale dello

sviluppo delle competenze esclusive, contribuendo alla loro emersione in via pretoria ed al graduale «sgombero» della previgente normativa degli Stati membri. Inoltre, nell'assetto attuale, il diritto derivato concorre alla concreta delimitazione delle competenze esclusive e definisce la portata dell'azione statale autorizzata dall'Unione in tali materie.

Si è inoltre analizzato il rapporto tra il fenomeno della *preemption* e la previsione di cui all'art. 3, n. 2, ultima parte, TFUE, secondo la quale le competenze esterne dell'Unione devono ritenersi esclusive nella misura in cui l'adozione di un accordo internazionale possa «incidere su norme comuni» adottate sul piano interno. In particolare, è emerso che nell'applicazione di tale previsione, la quale affonda le sue radici nella nota sentenza *AETS*, la Corte di giustizia segue percorsi argomentativi che, per certi versi, ricalcano le tre tipologie di *preemption* evidenziate nella sfera interna. Peraltro, il criterio dell'«incidenza» sulle norme comuni ha talvolta assunto declinazioni applicative più invasive, nei confronti delle prerogative degli Stati membri, rispetto al principio della *preemption*. Inoltre, la natura giuridica di quest'ultimo fenomeno si è rivelata, in ultima analisi, sostanzialmente diversa da quella dell'esclusività delle competenze esterne dell'Unione che discende dall'esercizio dei poteri sovranazionali nella sfera interna.

Il fenomeno delle *preemption*, invece, è risultato connaturato alle competenze concorrenti e sembra aver trovato espresso riconoscimento nella definizione di tali competenze contenuta nell'art. 2, n. 2, TFUE. Il Protocollo n. 25 sottende un generico *favor* verso le declinazioni più blande del principio della *preemption* (preclusione diretta ed indiretta), ma non sembra proibire il ricorso al paradigma della preclusione di campo. E' inoltre emerso che il fenomeno della *preemption* assume modulazioni diverse in alcuni settori di competenza concorrente. Nell'ambito del mercato interno e della politica agricola comune, ad esempio, si è riscontrata una tendenza verso la differenziazione: mentre fino agli anni '70 la giurisprudenza ha utilizzato quasi esclusivamente il paradigma della preclusione di campo, alcuni rilevanti cambiamenti intervenuti negli anni '80 (introduzione del voto a maggioranza qualificata, mutamento delle strategie della Commissione nella redazione delle proposte legislative, ecc.) hanno comportato il graduale affiancamento alla *field preemption* dei paradigmi della preclusione indiretta e della preclusione diretta. In materia di ambiente, invece, si è verificato un affievolimento del fenomeno della *preemption*: da quando la legislazione sovranazionale in ambito ambientale è stata adottata in virtù di una base giuridica *ad hoc*, l'espreso riconoscimento nel diritto primario della facoltà degli Stati di adottare provvedimenti di protezione più intensa sembra aver impedito o comunque fortemente limitato l'impiego, da parte della Corte di giustizia, del criterio

della preclusione di campo. Al contrario, l'esame della giurisprudenza ha rivelato che gli atti dell'Unione aventi incidenza sulla materia ambientale adottati in virtù di basi giuridiche generali (quali gli artt. 114 e 352 TFUE) sono in grado di produrre anche effetti preclusivi più intensi.

Si è inoltre avuto riguardo al rapporto fra la *preemption* ed alcune caratteristiche del diritto derivato, tra le quali la forma degli atti. Sebbene la definizione delle direttive *ex art. 288 TFUE*, come atti che vincolano gli Stati membri solo quanto ai risultati da raggiungere, sembri prefigurare effetti preclusivi più ridotti rispetto a quelli prodotti dai regolamenti, direttamente applicabili ed obbligatori in tutti i loro elementi, l'esame della giurisprudenza ha evidenziato che, in realtà, le direttive possono comportare l'applicazione del paradigma della preclusione di campo, così come i regolamenti possono produrre effetti preclusivi molto blandi, circoscritti alla preclusione diretta. Del pari, la significativa eterogeneità delle decisioni (senza destinatario, rivolte a Stati membri, ecc.) non ha consentito di associare tale categoria di atti ad una specifica tipologia di effetti preclusivi.

Al contrario, è emersa una chiara correlazione fra il modello di armonizzazione utilizzato negli atti di diritto derivato ed i loro effetti di *preemption* sull'esercizio delle competenze nazionali. In particolare, mentre l'armonizzazione esaustiva comporta invariabilmente effetti di preclusione di campo, gli altri tipi di armonizzazione consentono l'intervento degli Stati membri, ma ne circoscrivono in diversa misura il contenuto e la portata. La valenza euristica dei modelli di armonizzazione ai fini dello studio del fenomeno della *preemption*, peraltro, risulta limitata dalla non sempre agevole classificazione delle clausole di armonizzazione e dalla potenziale compresenza di diversi modelli di armonizzazione all'interno del medesimo atto.

Inoltre, si è evidenziata una tendenziale correlazione tra i paradigmi di preclusione impiegati dalla Corte di giustizia e l'assetto delle antinomie fra diritto derivato e diritto nazionale. In particolare, si è osservato che nell'ambito dei conflitti verticali, relativi a norme dell'Unione e norme nazionali aventi prevalentemente il medesimo oggetto, la Corte sembra prediligere strumenti analitico-argomentativi, quali la preclusione di campo e l'armonizzazione esaustiva, più invasivi nei confronti delle prerogative statali rispetto ai criteri impiegati in presenza di conflitti diagonali, ossia fra norme dell'Unione e norme nazionali aventi prevalentemente ad oggetto fattispecie diverse. I conflitti diagonali, difatti, sono spesso involontari e generalmente inidonei ad incidere in maniera apprezzabile sul bilanciamento d'interessi operato dal legislatore dell'Unione.

Il quadro complessivo che è emerso dall'esame della *preemption* nell'ambito del diritto dell'Unione europea è quello di un principio che, pur svolgendo un ruolo di primo piano nell'effettivo riparto di poteri fra Unione e

Stati membri, risulta oscuro ed imprevedibile nella sua dimensione applicativa. Ciò costituisce una fonte di significative incertezze per gli operatori del diritto, in quanto il ricorso a ciascun paradigma di *preemption* produce effetti preclusivi di diversa intensità, limitando in misura più o meno estesa l'esercizio delle competenze degli Stati membri. Tali incertezze possono a loro volta tradursi in un ostacolo al processo d'integrazione europea. Il timore di effetti preclusivi non preventivati può significativamente ritardare l'approvazione di una proposta legislativa, come testimoniato dal travagliato *iter* legislativo della direttiva sui servizi nel mercato interno.<sup>6</sup> In un momento successivo all'adozione del diritto derivato, inoltre, gli Stati membri non sono sempre in grado di determinare con esattezza la portata dei poteri che residuano in capo ad essi e rischiano perciò di travalicare inconsapevolmente tali limiti. Del pari, i singoli non possono fare pieno affidamento sulle norme nazionali, posto che queste ultime possono in qualsiasi momento essere dichiarate incompatibili con il diritto derivato sulla base di un paradigma di preclusione che non è dato conoscere in anticipo.

Molteplici sono le proposte avanzate in dottrina per porre rimedio a tali criticità. Secondo un primo orientamento,<sup>7</sup> il paradigma della preclusione indiretta dovrebbe essere preferito rispetto agli altri tipi di *preemption*, in quanto consente di modulare la portata dell'intervento nazionale a seconda del suo livello d'incidenza sulle finalità perseguite dall'Unione. La Corte di giustizia dovrebbe quindi operare un bilanciamento fra le esigenze di uniformità ed i vantaggi offerti dalla disciplina nazionale in termini di rappresentatività, capacità di adattamento ai cambiamenti, innovatività e sperimentazione.

Secondo un altro orientamento,<sup>8</sup> il ricorso generalizzato al paradigma della preclusione indiretta si risolverebbe in un'eccessiva compressione delle prerogative degli Stati membri a causa della propensione della Corte di giustizia ad interpretare estensivamente e teleologicamente gli atti di diritto derivato. Il principio di sussidiarietà, introdotto per limitare gli effetti preclusivi del diritto derivato, dovrebbe allora indurre ad accordare preferenza al modello della preclusione diretta. Quest'ultimo, difatti, limita l'esercizio delle competenze statali in misura inferiore rispetto agli altri tipi di *preemption*, risente meno dell'ipertrofia interpretativa da cui sarebbe affetta la giurisprudenza della Corte di giustizia, consente la coesistenza fra norme

<sup>6</sup> Sul punto G. BERARDIS, *La direttiva generale in materia di servizi*, in F. BESTAGNO e L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 30 e ss.

<sup>7</sup> E. CROSS, *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, pp. 467-471.

<sup>8</sup> A. GOUCHA SOARES, *Pre-emption, Conflicts of Powers and Subsidiarity*, in *European Law Review*, vol. 23, n. 2, 1998, pp. 139-145.

dell'Unione e norme nazionali che non prescrivono condotte antitetiche ed è pienamente coerente con un modello di intervento sovranazionale minimo, che lascia a ciascuno Stato membro il compito di integrare le regole comuni in funzione delle proprie specifiche esigenze.

Entrambe le proposte, peraltro, presuppongono l'esistenza di un livello ideale di *preemption*. In realtà, l'intensità ottimale dell'intervento dell'Unione non può essere determinata in astratto, ma deve essere parametrata alle esigenze di uniformità che caratterizzano, in un dato momento, l'ambito interessato dall'azione sovranazionale. In materia di ambiente, ad esempio, la strategia dell'armonizzazione minima si è rivelata vincente, in quanto l'imposizione di regole uniformi avrebbe impedito ai singoli Stati membri di introdurre misure di protezione rafforzata, ostacolando il conseguimento degli obiettivi di cui all'art. 191 TFUE.<sup>9</sup> In ambito societario, invece, l'intento di permettere alle imprese di operare su scala europea senza dover scegliere una forma societaria disciplinata da una determinata legislazione nazionale poteva essere realizzato unicamente introducendo uno statuto uniforme per la società europea.<sup>10</sup> In materia di tutela dei consumatori nei rapporti transfrontalieri, poi, sebbene l'armonizzazione minima sia in un primo momento apparsa la soluzione più efficace, il frammentato quadro normativo che ne è risultato ha portato alla luce un'esigenza di maggiore uniformità che potrà essere soddisfatta soltanto mediante l'armonizzazione completa di alcuni aspetti fondamentali dei contratti dei consumatori.<sup>11</sup>

Altri esponenti della dottrina non hanno espresso preferenza per uno dei tipi di preclusione, ma hanno proposto l'introduzione di criteri che guidino l'applicazione del principio della *preemption* ai singoli casi. Un Autore ha sostenuto che il principio di sussidiarietà potrebbe fornire lo spunto per l'elaborazione, da parte della Corte di giustizia, di una presunzione di non preclusione sul modello statunitense.<sup>12</sup> Un altro Autore si è spinto oltre, ravvisando nel

<sup>9</sup> Si vedano, *a contrario*, le considerazioni critiche di R. L. GLICKSMAN, *Federal Preemption by Inaction*, in W. W. BUZBEE (a cura di), *Preemption choice: the theory, law, and reality of federalism's core question*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 167-191, secondo il quale il ricorso eccessivo alla *preemption by inaction* da parte dei giudici statunitensi avrebbe impedito ai singoli Stati di rimediare all'inerzia del Congresso nella lotta al cambiamento climatico.

<sup>10</sup> Regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE), in *GU L* 294 del 10.11.2001, pagg. 1-21, considerando n° 3.

<sup>11</sup> Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio sui diritti dei consumatori, dell'8 ottobre 2008, COM(2008) 614 def., pp. 5-9.

<sup>12</sup> E. A. YOUNG, *Protecting Member State Autonomy in the European Union: Some Cautionary Tales From American Federalism*, in *New York University Law Review*, vol. 77,

principio di sussidiarietà un criterio di «proporzionalità federale» che imporrebbe alla Corte di giustizia di annullare gli atti dell'Unione che incidono in misura sproporzionata sull'autonomia normativa degli Stati membri.<sup>13</sup>

L'intento dichiarato di entrambe le proposte è la tutela dell'autonomia degli Stati membri dagli effetti centripeti prodotti dall'applicazione del principio di preclusione. Più che alla chiarificazione della *preemption*, pertanto, tali tesi sono orientate al contenimento del fenomeno, assumendo un'impostazione valutativa piuttosto che conoscitiva.<sup>14</sup> Peraltro, pur riconoscendo l'opportunità di limitare l'erosione dell'autonomia statale ad opera della *preemption*, l'auspicata applicazione, da parte della Corte di giustizia, del principio di sussidiarietà come vincolo agli effetti preclusivi del diritto derivato si scontra con il *favor integrationis* che ha costantemente animato detta Istituzione. Quest'ultima, infatti, dovrebbe assumere il ruolo di custode dell'equilibrio dei poteri tra Stati ed Unione, un ruolo che, secondo alcuni Autori, potrebbe essere utilmente ricoperto soltanto da un organo la cui composizione assicuri un'equilibrata rappresentanza degli interessi degli Stati e di quelli dell'Unione.<sup>15</sup> Inoltre, fino ad ora la Corte di giustizia è apparsa restia a sindacare le valutazioni di opportunità operate dal legislatore dell'Unione attraverso il principio di sussidiarietà,<sup>16</sup> sicché appare inverosimile che tale principio – e non, piuttosto, quello del rispetto delle identità nazionali – possa evolvere nel senso indicato dai citati Autori.

Le altre soluzioni elaborate in ambito statunitense, del pari, non appaiono idonee a porre rimedio alle criticità che caratterizzano l'applicazione del principio della *preemption* nell'ordinamento dell'Unione. Una di tali soluzioni, ad esempio, è consistita nell'adozione di ordini esecutivi presidenziali<sup>17</sup>

2002, p. 1717: «the introduction of the principle of subsidiarity [...] provides [...] firmer support for an interpretive 'presumption against preemption' in the EU than exists in the United States».

<sup>13</sup> R. SCHÜTZE, *Subsidiarity after Lisbon: reinforcing the safeguards of federalism?*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 68, 2009, pp. 525-536.

<sup>14</sup> Su tale distinzione si veda H. Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke Verlag, Leipzig/Wien, 1934, tr. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952, pp. 59-60.

<sup>15</sup> Ad esempio, J. WEILER, U. HALTERN e F. MAYER, *European Democracy and Its Critique: Five Uneasy Pieces*, in *West European Politics*, 1995, p. 38, proponevano di affidare le controversie relative all'applicazione del principio di sussidiarietà ad un Consiglio Costituzionale per la Comunità, presieduto dal presidente della Corte di giustizia e composto da giudici delle corti costituzionali degli Stati membri.

<sup>16</sup> Sul punto G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, sesta edizione, Giappichelli, Torino, 2013, p. 77-78.

<sup>17</sup> Si veda, in particolare, l'ordine esecutivo del Presidente degli Stati Uniti d'America, del 4 agosto 1999, n. 13132 (c.d. *Federalism Executive Order*), relativo all'efficacia preclusiva

che impongono alle agenzie federali di precisare e limitare la portata preclusiva delle normative da esse applicate.<sup>18</sup> Posto che l'attuazione del diritto dell'Unione è tutt'ora prevalentemente appannaggio degli Stati membri, piuttosto che di agenzie o organismi dell'Unione, l'adozione di accorgimenti analoghi a quelli introdotti negli Stati Uniti avrebbe una scarsa incidenza sul fenomeno della *preemption* nell'ambito dell'Unione europea.

I limiti delle soluzioni elaborate dalla dottrina nel contenimento del fenomeno della *preemption* non devono, però, porre sullo sfondo il fondamentale contributo che l'indagine scientifica può fornire alla chiarificazione di tale fenomeno. Si ritiene, infatti, che una più diffusa consapevolezza della *preemption* potrebbe indurre gli attori del processo legislativo sovranazionale ad indicare con maggiore chiarezza gli effetti preclusivi degli atti dell'Unione. La prassi della Commissione consistente nel valutare l'incidenza degli atti proposti sulle prerogative degli Stati membri rappresenta, come accennato, un incoraggiante segnale in tal senso. Inoltre, una migliore comprensione del funzionamento della *preemption* consentirebbe l'instaurazione di un proficuo contraddittorio in occasione dell'applicazione di tale principio da parte della Corte di giustizia, contribuendo alla formazione di un coerente *corpus* giurisprudenziale nonché, eventualmente, all'elaborazione di un quadro strutturato per l'analisi dei singoli casi che assicuri una maggiore prevedibilità delle pronunce e rafforzi la certezza del diritto. La completa emersione del principio della *preemption* nell'ambito del diritto dell'Unione europea rappresenta, in definitiva, uno sviluppo fortemente auspicabile.

della regolamentazione federale. Si veda inoltre il memorandum sulla *preemption* del Presidente degli Stati Uniti d'America del 20 maggio 2009.

<sup>18</sup> Sul punto, C. M. SHARKEY, *Inside Agency Preemption*, in *Michigan Law Review*, vol. 110, 2012, pp. 52-596.



## BIBLIOGRAFIA

- R. ADAM e A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, seconda edizione, Giappichelli, Torino, 2010.
- A. ADINOLFI, *I Parlamenti nazionali di fronte al Trattato di Lisbona. Le ricadute a livello interno e dell'Unione europea: un'introduzione*, in R. ZACCARIA (a cura di) *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, Grafo, 2011, p. 256 e ss.
- A. ADINOLFI, *La politica dell'unione europea in materia di istruzione: obiettivi, competenze, strumenti d'azione*, in O. ROSELLI (a cura di) *Osservatorio della formazione giuridica*, ESI, Napoli, p. 89 e ss.
- S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 3882 e ss.
- S. AMADEO, *Commento all'art. 174 CE*, in A. TIZZANO (a cura di) *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Giuffrè, Miano, 2004, p. 873 e ss.
- S. AMADEO, *Commento all'art. 176 CE*, in A. TIZZANO (a cura di) *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Giuffrè, Miano, 2004, p. 884 e ss.
- C. AMALFITANO, *Unione europea e giustizia penale dopo il Trattato di Lisbona*, in *Legislazione penale*, n. 3/4, 2011, p. 645 e ss.
- A. ARENA, *La sentenza Wilson: il funzionamento del mercato comune tra armonizzazione, pre-emption e ricorsi giurisdizionali di diritto interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, pp. 158 e ss.
- A. ARENA, *Le fonti della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e la loro efficacia negli ordinamenti nazionali prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in P. DE PASQUALE e F. FERRARO (a cura di), *Il terzo pilastro dell'Unione Europea: Cooperazione intergovernativa e prospettive di comunitarizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, p. 13 e ss.
- A. ARENA, *The Doctrine of Union Preemption in the EU Internal Market: Between Sein and Sollen*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 17, 2011, pp. 481 e ss.
- A. ARENA, *I servizi di interesse generale tra disciplina sovranazionale e preclusione della potestà normativa degli Stati membri*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n. 1, 2012, pp. 17-43.
- A. ARENA, «Aggiungere è sottrarre»? *Le competenze esclusive esterne alla luce del trattato di Lisbona tra armonizzazione ed effetto di preclusione*, in L. DANIELE (a cura di), *Studi in ricordo del Prof. Francesco Caruso*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 219 e ss.
- R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 2010, p. 523 e ss.
- C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, terza edizione, OUP, Oxford, 2007.

- E. BARONCINI, S. CAFARO, C. NOVI, *Le relazioni esterne dell'Unione Europea*, Giapichelli, Torino, 2012.
- M. BARUFFI, *Rafforzato il principio di sussidiarietà : protagonisti i parlamenti nazionali*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario e internazionale*, 2007, n. 6, p. 15 e ss.
- M. BARUFFI, *Il trattato di Lisbona tra vecchio e nuovo*, in M. BARUFFI (a cura di) *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, 2008, CEDAM, Padova, p. 3 e ss.
- S. BATTAGLIA, «Preenzione», in *Grande dizionario della lingua italiana*, tomo XIV, p. 102 e ss.
- C. BATTISTI e G. ALESSIO, «Preenzione», in *Dizionario etimologico italiano*, Firenze, 1954, p. 3057 e ss.
- R. BELFIORE, *Il futuro della cooperazione giudiziaria e di polizia nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 4428 e ss.
- G. BERARDIS, *La direttiva generale in materia di servizi*, in F. BESTAGNO e L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 27 e ss..
- G. BERMANN, *Taking subsidiarity seriously: federalism in the European Community and the United States*, in *Columbia Law Review*, vol. 94, n. 2, 1994, p. 331 e ss.
- N. BERNARD, *The future of European economic law in the light of the principle of subsidiarity*, in *Common Market Law Review*, vol 33, 1996, p. 633 e ss.
- V. BETTIN, *La convenzione europea e le competenze esterne implicite dell'Unione europea*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2004, p. 1156 e ss.
- P. BILANCIA, *The Role and the Power of European and National Parliaments in the Dynamics of Integration*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2009, p. 273 e ss.
- H. BLACK *Black's Dictionary of Law Containing of the Terms and Phrases of American and English Ancient and Modern*, 1891.
- C. BLUMANN e L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, quarta edizione, Litec, 2010.
- M. BLUMENTAL, *Implementing the Common Agricultural Policy: Aspects of the Limitations on the Powers of the Member States*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1984, p. 28 e ss.
- G. BOCCARDO, *Dizionario della Economia Politica e del Commercio*, vol. 4, Torino, 1863.
- A. BONOMO, *Commerce Power e Corti Supreme (Parte Prima)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1999, p. 39 e ss.
- C. BRADLEY e J. KELLEY, *The Concept of International Delegation*, in *Law and contemporary problems*, vol. 71, 2008, p. 1 e ss..
- H. BRIBOSIA, *La répartition des compétences entre l'Union et ses Etats Membres*, in M. DONY e E. BRIBOSIA (a cura di) *Commentaire de la Constitution de l'Union Européenne*, p. 47 e ss.
- J. BUENDIA SIERRA, *Writing Straight with Crooked Lines: Competition Policy and Services of General Economic Interest in the Treaty of Lisbon*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT e S. RIPLEY (eds.) *EU Law After Lisbon* (Oxford, OUP 2012), p. 347 e ss.
- W. BYRNE, *A dictionary of English Law*, Sweet & Maxwell, Londra, 1923.
- R. CAFARI PANICO, *Competenze: nasce il sistema "tripartito"*, in *Guida al diritto*, 2004, n. 10, pp. 60 e ss.

- R. CAFARI PANICO, *L'esercizio delle competenze nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in M. BARUFFI (a cura di) *La Costituzione europea: quale Europa dopo l'allargamento*, CEDAM, Padova, 2006, pp. 79-108.
- R. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma: le disposizioni generali*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 19 e ss.
- G. CAGGIANO, *Atti delegati e di esecuzione tra equilibrio istituzionale e comitologia*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 31 e ss.
- E. CANNIZZARO, *Sovranità degli Stati ed esercizio di competenze dell'Unione Europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2000, p. 241 e ss.
- E. CANNIZZARO, *Fragmented Sovereignty? The European Union and its Member States in the International Arena*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. 13, 2003, p. 35 e ss.
- E. CANNIZZARO, *La dottrina della guerra preventiva e la disciplina internazionale sull'uso della forza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 171 e ss.
- E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti dell'Unione europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2005, p. 651 e ss.
- E. CANNIZZARO, *Le relazioni esterne della Comunità: verso un nuovo paradigma unitario?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 223 e ss.
- E. CANNIZZARO, *Unity and Pluralism in the EU's Foreign Relations Power*, in C. BARNARD (a cura di), *The Fundamentals of European Law revisited*, OUP, Oxford, 2007, p. 193 e ss.
- E. CANNIZZARO, *Il sistema delle fonti dell'Unione nel nuovo Trattato di riforma*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 12 e ss.
- E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 447 e ss.
- F. CAPELLI, *Nota alla sentenza della Corte di giustizia del 2 febbraio 1977 Amsterdam Bulb*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1977, p. 296 e ss.
- F. CAPELLI, *Riflessioni sul trattato di Lisbona*, in *Bulletin européen*, 2008, n. 694, pp. 1 e ss.
- S. CARBONE, *Lo sport ed il diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 597 e ss.
- M. CARTABIA, *"Unità nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2005, p. 583 e ss.
- M. CASTELLANETA, *Si riducono i tempi per l'adozione degli atti di cooperazione penale*, in *Guida al diritto: diritto comunitario e internazionale*, 2007, n. 6, pp. 18 e ss.
- D. CHARNY, *Competition Among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the "Race to the Bottom" in the European Communities*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 32, 1991, pp. 428 e ss.
- J. CHITTY, *A treatise on the laws of commerce and manufactures*, vol. 1, Londra, 1824
- F. COCKFIELD, *The European Union: Creating The Single Market*, 1994.
- W. COHEN, *Congressional Power to Define State Power to Regulate Commerce: Consent and Preemption*, in T. SANDALOW e E. STEIN (a cura di) *Courts and free markets: perspectives from the United States and Europe*, vol. 2, 1982, p. 523 e ss.
- M. CONDINANZI, *L'uso della forza e il sistema di sicurezza collettiva*, in S. CARBONE, R. LUZZATTO e A. SANTA MARIA (a cura di) *Istituzioni di Diritto Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 423 e ss.

- R. COVER, *Forward: Nomos and Narrative*, in *Harvard Law Review*, vol. 97, 1983, p. 4 e ss.
- P. CRAIG e G. DE BÚRCA, *EU Law*, quinta edizione, OUP, Oxford, 2011
- P. CRAIG, *Competence and Member State Autonomy: Causality, Consequence and Legitimacy*, in H. MICKLITZ e B. DE WITTE (a cura di) *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, 2012, p. 11 e ss.
- P. CRAIG, *Competence: Clarity, Conferral, Containment and Consideration*, in *European Law Review*, vol. 29, 2004, p. 323 e ss.
- P. CRAIG, *The Treaty of Lisbon, process, architecture and substance*, in *European Law Review*, vol. 33, 2008, p. 137 e ss.
- P. CRAIG, *The Lisbon Treaty: Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford, 2010, p. 159 e ss.
- P. CRAIG, *Delegated Acts, Implementing Acts and the New Comitology Regulation*, in *European Law Review*, 2011, p. 671 e ss.
- P. CRAIG, *The ECJ and Ultra Vires Action: A Conceptual Analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, p. 395 e ss.
- P. CRAIG, *Subsidiarity: A Political and Legal Analysis*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 50, 2012, p. 82 e ss.
- M. CREMONA, *External relations and external competence of the European Union: the emergence of an integrated policy*, in P. CRAIG e G. DE BÚRCA (a cura di), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, p. 217 e ss.
- E. CROSS, *Pre-emption of Member State law in the European Economic Community: A framework for analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, p. 447 e ss.
- A. CYGAN, *The Parliamentarisation of EU Decision-Making? The Impact of the Treaty of Lisbon on National Parliaments*, in *European Law Review*, n. 4, 2011, p. 480 e ss.
- A. D'ATENA, *Modelli federali e sussidiarietà nel riparto delle competenze normative tra l'Unione europea e gli Stati membri*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2005, p. 59 e ss.
- P. D'ELIA, *Il sistema delle fonti del diritto nel progetto di trattato costituzionale dell'Unione Europea*, in *La Comunità internazionale*, 2004, p. 317 e ss.
- L. DANIELE, *Competenze comunitarie e competenze degli Stati membri*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1982, p. 249 e ss.
- L. DANIELE, *Brevi note in tema di attuazione delle Direttive comunitarie da parte degli Stati membri*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1992, p. 803 e ss.
- L. DANIELE, *Il Trattato di Roma e l' Atto Unico a confronto: qualche considerazione*, in *Jus*, 1992, p. 145 e ss.
- L. DANIELE, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 61 e ss.
- L. DANIELE, *Le istituzioni politiche dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: verso un nuovo equilibrio?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 50 e ss.
- L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Giuffré, Milano, 2010.
- A. DASHWOOD, M. DOUGAN, B. RODGER, E. SPAVENTA e D. WYATT, *European Union Law*, Oxford, 2011.
- A. DASHWOOD, *The Limits of European Community Powers*, in *European Law Review*, vol. 21, 1996, pp. 113 e ss.
- G. DAVIES, *Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place at the Wrong Time*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 63 e ss.

- S. DE BELLIS, *L'integrazione fra i parlamenti nazionali e le istituzioni comunitarie dopo Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 609 e ss.
- G. DE BÚRCA, *Reappraising Subsidiarity's Significance after Amsterdam*, in *Jean Monnet Working Papers*, vol. 1, 1999, p. 27 e ss.
- F. DE CECCO, *Room to move? Minimum Harmonization and Fundamental Rights*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 9 e ss.
- M. DE DONATIS, *L'Unione europea secondo la riforma di Lisbona*, in *Sud in Europa*, 2008, p. 5 e ss.
- P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, Napoli, 2000, p. 117 e ss.
- P. DE PASQUALE, *Il riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 60 e ss.
- P. DE PASQUALE, *L'esercizio delle competenze dell'Unione europea ed il principio di sussidiarietà*, in T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN (a cura di), *Atti del Convegno in memoria di Luigi Sico*, Napoli, 2011, p. 211 e ss.
- B. DE WITTE, *Non-market values in internal market legislation*, in N. SHUIBHNE (a cura di) *Regulating the Internal Market*, 2006, p. 61 e ss.
- G. DI FEDERICO, *The Impact of the Lisbon Treaty on EU Antitrust Enforcement: Enhancing Procedural Guarantees Through Article 6 TEU*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2010, pp. 805 e ss.
- D. DITTELT, *Die ausschliesslichen Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im System des EG Vertrags*, Peter Lang, Francoforte 2001.
- M. DONY, *Droit de l'Union Européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2012.
- M. DOUGAN, *Minimum Harmonisation and the Internal Market*, in *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, p. 853 e ss.
- M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not hearts*, in *Common Market Law Review*, 2008, n. 3, p. 617 e ss.
- S. DOUGLAS-SCOTT, *Constitutional Law of the European Union*, Harlow, 2002.
- U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione Europea: Parte Istituzionale*, Milano, 2009
- U. DRAETTA, *La funzione legislativa ed esecutiva dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 677 e ss.
- B. DRIESSEN, *Delegated legislation after the Treaty of Lisbon: An analysis of Article 290 TFEU*, in *European Law Review*, 2010, p. 837 e ss.
- A. EASSON, *Legal Approaches to European Integration: The Role of Court and Legislator in the Completion of the European Common Market*, in *Journal of European Integration*, vol. 12, 1989, p. 108 e ss.
- F. EASTERBROOK, *Antitrust and the Economics of Federalism*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 26, 1983, p. 23 e ss.
- P. EECKHOUT, *EU external relations law*, Oxford University Press, Oxford, 2011
- N. EMILIOU, *The Death of Exclusive Competence?*, in *European Law Review*, 1996, p. 294 e ss.
- R. EPSTEIN e M. GREVE, *Conclusion: Preemption Doctrine and its Limits*, in R. EPSTEIN e M. GREVE (a cura di), *Federal preemption: states' powers, national interests*, AEI Press, Washington, 2007, p. 312 e ss.

- F. FABBRINI e K. GRANAT, "Yellow card, but no foul": *The role of the national parliaments under the subsidiarity protocol and the Commission proposal for an EU regulation on the right to strike*, in *Common market law review*, 2013, p. 115 e ss.
- F. FERRARO, *Le fonti del diritto dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 75 e ss.
- P. FOIS, *La problematica degli accordi degli Stati membri nella sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 31 marzo 1971*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1972, p. 432 e ss.
- P. FOIS, *Riflessioni sul principio di legalità nel diritto internazionale contemporaneo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2013, p. 361 e ss.
- M. FRAGOLA, *Deficit democratico e procedura di revisione dei trattati nel processo di integrazione europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, p. 629 e ss.
- G. GAJA e A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Laterza, Roma, 2012.
- D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, Giuffrè, Milano, 2011.
- S. GARDBAUM, *The Breath vs. the Depth of Congress's Commerce Power: The Curious History of Preemption During the Lochner Era*, in R. A. EPSTEIN e M. S. GREVE (a cura di), *Federal preemption: states' powers, national interests*, AEI Press, Washington, D.C., 2007, p. 68 e ss.
- S. GARDBAUM, *The Nature of Preemption*, in *Cornell Law Review*, vol. 79, 1994, p. 767 e ss.
- M. GAUTIER, *L'entrée timide du Conseil constitutionnel dans le système juridictionnel européen*, in *L'actualité juridique: droit administratif*, 2013, p. 1086 e ss.
- M. GENNART, *Les Parlements nationaux dans le Traité de Lisbonne: évolution ou révolution*, in *Cahiers de droits européens*, 2010, p. 17 e ss.
- A. GIARDINA, *Sulla competenza a stipulare della Comunità economica europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1971, p. 609 e ss.
- R. GLICKSMAN, *Federal Preemption by Inaction*, in W. W. BUZBEE (a cura di), *Preemption choice: the theory, law, and reality of federalism's core question*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 167 e ss.
- L. GORMLEY, *Free Movement of Goods and Pre-emption of State Power*, in C. BARNARD, A. ARNULL, M. DOUGAN e E. SPAVENTA (a cura di), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart, Oxford, 2011, p. 371 e ss.
- A. GOUCHA SOARES, *Pre-emption, Conflicts of Powers and Subsidiarity*, in *European Law Review*, vol. 23, n. 2, 1998, p. 132 e ss.
- R. GRANGER, «Préemption», in E. VERGÉ, G. RIPERT (a cura di) *Répertoire de droit commercial et des sociétés*, Dalloz, Parigi, 1958, p. 599 e ss.
- C. GRAY, *The US National Security Strategy and the new "Bush Doctrine" on Preemptive Self-defense*, in *Chinese Journal of International Law*, 2002, p. 437 e ss.
- B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 2012, p. 263 e ss.
- B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona: tra riserva di competenze statali e «controlimiti europeizzati»*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2012, p. 152 e ss.

- B. GUASTAFERRO, *The European Union as a Staatenverbund? The endorsement of the principle of conferral in the Treaty of Lisbon*, in M. TRYBUS e L. RUBINI (a cura di), *The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy*, Elgar, Cheltenham, 2012, p. 117 e ss.
- B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli Editore, Torino, 2013.
- R. GUASTINI, *Enunciati interpretativi*, in *Ars interpretandi*, 1997, p. 45 e ss.
- V. GUIZZI, *Il ruolo dei parlamenti nazionali dopo Lisbona: il caso italiano*, in T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN (a cura di), *Atti del Convegno in memoria di Luigi Sico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, p. 719 e ss.
- H. HALLECK, *International law or rules regulating the intercourse of states in peace and war*, San Francisco, 1861, p. 589.
- D. HAWKINS et al., *Delegation Under Anarchy: States, International Organizations and Principal-agent Theory*, in D. HAWKINS et al. (a cura di), *Delegation and Agency in International Organizations*, CUP, Cambridge 2006, p. 3 e ss.
- M. HESSION e R. MACRORY, *Maastricht and the Environmental Policy of the Community: Legal Issues of a New Environmental Policy*, in D. O'KEEFE e P. TWOMEY (a cura di) *Legal issues of the Maastricht Treaty*, p. 151 e ss.
- D. HOWLETT, *Dictionary of Medieval Latin from British Sources*, tomo XII, 1981.
- G. ISAAC e M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, decima edizione, Parigi, 2012.
- F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2007.
- F. JACOBS e K. KARST, *The 'Federal' Legal Order, The U.S.A. and Europe compared: A juridical perspective*, in M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE e J. WEILER (a cura di), *Integration through Law*, 1986, p. 169 e ss.
- J. JACQUÉ, *Droit Institutionnel de l'Union européenne*, Sesta edizione, Parigi, 2010
- J. JANS e H. VEDDER, *European Environmental Law After Lisbon*, quarta edizione, Europa Law Publishing, Groningen, 2012.
- C. JOERGES, *European Law as Conflict of Laws*, in C. JOERGES e J. NEYER (a cura di), *Deliberative Supranationalism' Revisited*, EUI Working Paper 2006/20, pp. 15-32, reperibile presso il sito: <<http://cadmus.iue.it/dspace/handle/1814/6251>>.
- H. KALIMO, *Reflections on the scope and pre-emptive effects of Community legislation - A case study on Directive 2002/95/EC Restrictions on Hazardous Substances (RoHS)*, in *Jean Monnet Working Papers*, n. 6, 2003.
- H. KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke Verlag, Leipzig/Wien, 1934, tr. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952.
- P. KIIVER, *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, n.1, pp. 77 e ss.
- J. KLABBERS, *Restraints on the Treaty-making Power of Member States Deriving from EU Law: Towards a Framework for Analysis*, in E. CANNIZZARO (a cura di), *The European Union as an Actor of International Relations*, L'Aia, 2002, pp. 151 e ss.
- E. KLEIN, *A Comprehensive etymological dictionary of the English language*, Elsevier, Amsterdam, 1971.

- T. KONSTADINIDES, *Division of Powers in European Union Law*, Alphen aan den Rijn, 2009.
- T. KONSTADINIDES, *Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the Framework of National Constitutional Settlement*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 13, pp. 195 e ss.
- R. KRÄMER, *The Notion of Diagonal Conflicts as a Key Concept of European Conflicts Law*, in C. JOERGES (a cura di), *New Patterns of conflict and their sociological and legal re-constructions*, ARENA Report n. 4/11, 2011, pp. 145 e ss.
- M. KUMM e V. FERRES COMELLA, *The Primacy Clause of the Constitutional Treaty and the Future of Constitutional Conflict in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, vol. 3, pp. 473 e ss.
- R. L. GLICKSMAN, *Federal Preemption by Inaction*, in W. W. BUZBEE (a cura di), *Preemption choice: the theory, law, and reality of federalism's core question*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 167 e ss.
- J. LAFFONT e J. TIROLE, *The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture*, in *Quarterly Journal of Economics*, vol. 106, 1991, pp. 1089 e ss.
- A. LANG, *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, in M. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. I, pp. 804 e ss.
- T. LEE, *International Relations Theory and Preemptive War: The Vitality of Sovereign Equality Today*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 67, n. 4, 2004, pp. 147 e ss.
- K. LENAERTS, *Les répercussions des compétences de la Communauté européenne sur les compétences externes des Etats membres et la question de "preemption"*, in P. DEMARET (a cura di), *Relations extérieures de la Communauté européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*, 1986, pp. 37 e ss.
- K. LENAERTS, *Subsidiarity and Community Competence in the Field of Education*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 1, 1994, p. 1 e ss.
- A. LEVADE, *Anatomie d'une première: renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice!*, in *La Semaine Juridique - édition générale*, 2013, n° 649, pp. 1111 e ss.
- M. LEVINE e J. FORRENCE, *Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis*, in *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 6, 1990, pp. 167 e ss.
- I. LIANOS, *Competition law in the European Union after the Treaty of Lisbon*, in D. ASHIAGBOR, N. COUNTOURIS e I. LIANOS (a cura di), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 252 e ss.
- A. LUCARELLI, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1, 2011, pp. 261 e ss.
- M. MADURO, *We the Court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart, Oxford, 1998.
- G. MAJONE, *Two Logics of Delegation: Agency and Fiduciary Relations in the EU Governance*, in *European Union Politics*, vol. 2, 2001, p. 103 e ss.
- S. MARCHISIO, *La politica spaziale europea: una competenza dell'Unione ancora da definire*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI, D. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, pp. 377 e ss.
- J. MARKUSEN et al., *Competition in Regional Environmental Policies when Plant Locations are Endogenous*, in *Journal of Public Economics*, vol. 56, 1995, pp. 55 e ss.

- M. MARLETTA, *Il Trattato di Lisbona e l'energia*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI, D. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, pp. 393 e ss.
- A. MASSON, *La hiérarchie des normes de droit dérivé dans le projet de traité modificatif: vers la fin de la confusion?*, in *Europe*, 2008, n. 1, pp. 4 e ss.
- R. MASTROIANNI, *Ravvicinamento delle legislazioni nel diritto comunitario*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XII, Milano, UTET, 1997, p. 457 e ss.
- R. MASTROIANNI, *Competenze delle comunità europee*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 1089 e ss.
- A. MELANO DI PORTULA, *Dizionario Analitico di Diritto e di Economia Industriale e Commerciale*, Torino, 1843.
- S. MIGLIORINI, *La continuità degli atti comunitari e del terzo pilastro dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 2, 2010, pp. 421 e ss.
- A. MIGNOLLI, *La politica commerciale dell'unione europea nell'era della globalizzazione*, in G. TOSATO e G. BONVICINI (a cura di), *Le relazioni internazionali dell'Unione europea dopo i Trattati di Amsterdam e Nizza*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 141 e ss.
- G. MONTI, *New Directions in EC Competition Law*, in T. TRIDIMAS e P. NEBBIA (a cura di), *European Union Law for the Twenty-First Century*, vol. 2, Oxford, Hart, 2004, p. 177 e ss.
- M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea*, Rapporto al Presidente della Commissione Europea José Manuel Barroso, 2010.
- C. MORVIDUCCI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, n. 1, pp. 83 e ss.
- F. MUNARI, *Le relazioni esterne*, in *Sud in Europa*, n. 1, 2008, reperibile presso il sito: <[www.sudineuropa.net](http://www.sudineuropa.net)>.
- B. NASCIMBENE, *Ambiente (tutela dell') (Diritto comunitario)*, in *Nov. Dig. It., App.*, I, Torino, 1980, pp. 274 e ss.
- B. NASCIMBENE, *Le traité de Lisbonne et l'espace judiciaire européen: le principe de confiance réciproque et de reconnaissance mutuelle*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2011, pp. 787 e ss.
- N. NEUWAHL, *Joint Participation in International Treaties and the Exercise of Power by the EEC and its Member States: Mixed Agreements*, in *Common Market Law Review*, 1991, p. 721 e ss.
- R. NOLL, *Economic Perspectives on the Politics of Regulation*, in R. SCHMALENSSEE e R. WILLIG (a cura di) *Handbook of Industrial Organization*, pp. 1253 e ss.
- J. NOWAK e R. ROTUNDA, *Constitutional Law*, sesta edizione, West, St. Paul, 2000
- S. PEERS, *EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon*, in *European Law Review*, 2008, pp. 507-529.
- S. PEERS, *Finally 'Fit for Purpose'? The Treaty of Lisbon and the End of the Third Pillar Legal Order*, in *Yearbook of European Law*, 2008, pp. 47 e ss.
- E. PERILLO, *Le droit penal substantial et l'espace de liberté, sécurité et justice: deux ans après Lisbonne*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2012, pp. 577 e ss.

- A. PERRAUD-CHARMANTIER, *Petit dictionnaire de droit*, Parigi, 1948.
- P. PESCATORE, *Opinion 1/94 on "Conclusion" of the WTO Agreement: Is There an Escape from a Programmed Disaster?*, in *Common Market Law Review*, 1999, pp. 387 e ss.
- R. PHILLIMORE, *Commentaries upon international law*, vol. 3, Filadelfia, 1854.
- P. PICONE, *La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 2, 2003, pp. 329 e ss.;
- M. POLLACK, *The Engines of European Integration: Delegation, Agency, and Agenda Setting in the EU*, OUP, Oxford, 2003.
- O. PORCHIA, *La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il Trattato di riforma e la ripartizione delle competenze*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, pp. 631 e ss.
- R. POSNER, *Taxation by Regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, 1971, pp. 22 e ss.
- S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, OUP, Oxford, 2005.
- R. QUADRI, *Diritto Internazionale Pubblico*, quinta edizione, Liguori, Napoli, 1968.
- S. RAPALJE e R. LAWRENCE, *A Dictionary American and English Law with Definitions of the Terms of the Canon and Civil Laws*, Frederick C. Linn & Co, Jersey City, 1888.
- W. RICH, *Modern Constitutional Law*, West, Eagan, 2011.
- D. RINOLDI, *L'assetto dello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» dopo il Trattato di Lisbona: elementi di continuità e di discontinuità*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI, D. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, pp. 627 e ss.
- G. ROBERT, *Case C-11 /92, R v. Secretary of State for Health, Ex Parte Gallaber Ltd (and others)*, Judgment of 22 June 1993, in *Common Market Law Review*, 1994, pp. 165 e ss.
- R. ROMANO, *Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle*, in *Journal of Law Economics and Organization*, vol. 1, 1985, pp. 225 e ss.
- L. ROSSI, *Conclusione di accordi internazionali e coerenza del sistema: l'esclusività della competenza comunitaria*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2007, p. 1008 e ss.;
- L. ROSSI, *Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences between EU and Member States?*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT e S. RIPLEY (a cura di), *EU law after Lisbon*, OUP, Oxford, 2012, p. 84 e ss.
- P. ROTT, *Minimum Harmonisation for the completion of the Internal Market? The example of consumer sales law*, in *Common Market Law Review*, vol. 40, 2003, pp. 1107 e ss.
- A. RUGGIERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2013, n. 2, pp. 399 e ss.
- F. SCHARPF, *Introduction: The Problem-Solving Capacity of Multi-Level Governance*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 4, 1997, pp. 522 e ss.
- C. SCHMID, *Vertical and Diagonal Conflicts in the Europeanisation Process: Preliminary Thoughts on a Methodological Reconstruction of the Interface between European and National Law on a Conflict of Laws Basis*, in C. JOERGES e O. GERSTENBERG (a cura di), *Private Governance, democratic constitutionalism and supranationalism*, Ufficio delle pubblicazioni delle Comunità europee, Lussemburgo, 1998, pp. 185-190.

- C. SCHROEDER, *Supreme Court Preemption Doctrine*, in W. W. BUZBEE (a cura di), *Preemption choice: the theory, law, and reality of federalism's core question*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 119 e ss.
- R. SCHÜTZE, *Parallel External Powers in the European Community: From 'Cubist' Perspectives Towards 'Naturalist' Constitutional Principles?*, in *Yearbook of European Law*, 2004, pp. 225 e ss.
- R. SCHÜTZE, *Cooperative federalism constitutionalised: the emergence of complementary competences in the EC legal order*, in *European Law Review*, vol. 31, n. 2, 2006, pp. 167 e ss.
- R. SCHÜTZE, *Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, pp. 1023 e ss.
- R. SCHÜTZE, *The morphology of legislative power in the European Community: legal instruments and the federal division of powers*, in *Yearbook of European Law*, vol. 25, 2007, pp. 91 e ss.
- R. SCHÜTZE, *Lisbon and the Federal Order of Competences: a Prospective Analysis*, in *European Law Review*, vol. 33, n. 5, 2008, pp. 709 e ss.
- R. SCHÜTZE, *From dual to cooperative federalism: the changing structure of European law*, OUP, Oxford, 2009.
- R. SCHÜTZE, *Reforming the 'CAP': From Vertical to Horizontal Harmonization*, in *Yearbook of European Law*, vol. 28, n. 1, 2009, pp. 37 e ss.
- R. SCHÜTZE, *Subsidiarity after Lisbon: reinforcing the safeguards of federalism?*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 68, 2009, pp. 525 e ss.
- R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, CUP, Cambridge, 2012.
- T. SCOVAZZI, *Le competenze della CEE nel settore della pesca marina*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1977, pp. 86 e ss.
- C. SHARKEY, *Inside Agency Preemption*, in *Michigan Law Review*, vol. 110, 2012, pp. 521 e ss.
- S. SIEBERSON, *Dividing Lines Between the European Union and Its Member States: The Impact of the Treaty of Lisbon*, T.M.C. Asser Press, l'Aia, 2008.
- P. SLOT, *Harmonisation*, in *European Law Review*, vol. 21, n. 5, 1996, pp. 378 e ss.
- M. SPENCE, *Nonprice Competition*, in *American Economic Review*, vol. 67, 1977, pp. 255 e ss.
- G. STIGLER, *Price and Nonprice Competition*, in *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968, pp. 149 e ss.
- G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, Sesta edizione, Giappichelli, Torino, 2013.
- M. SZYDŁO, *Leeway of Member States in Shaping the Notion of an 'Undertaking' in Competition Law*, *World Competition*, 2010, n. 4, pp. 549 e ss.
- G. TESAURO, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.
- G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Settima edizione, CEDAM, Padova, 2012.
- C. TIEBOUT, *A Pure Theory of Local Expenditures*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 64, 1956, pp. 416 e ss.
- A. TIZZANO, *La controversia tra Consiglio e Commissione in materia di competenza a stipulare della CEE*, in *Il Foro italiano*, 1971, IV, Col. 339 e ss.

- A. TIZZANO, *Lo Sviluppo delle Competenze Materiali delle Comunità Europee*, in *Rivista di diritto europeo*, vol. 2, 1981, pp. 139 e ss.
- A. TIZZANO, *Note in tema di relazioni esterne dell'Unione europea*, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 31 e ss.
- J. TRACHTMAN, *International Regulatory Competition: Externalization and Jurisdiction*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 34, 1993, pp. 47 e ss..
- L. TRIBE, *American Constitutional Law*, terza edizione, Foundation Press, New York, 2000.
- T. TRIDIMAS e P. EECKHOUT, *The external competence of the Community and the case-law of the Court of Justice: Principle versus Pragmatism*, in *Yearbook of European Law*, 1994, vol. 14, pp. 143 e ss.
- T. TRIDIMAS, *Competence after Lisbon: the elusive search for bright lines*, in D. ASHIAGBOR, N. COUNTOURIS e I. LIANOS (a cura di), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 47 e ss.
- L. UBERTAZZI, *Esaurimento comunitario della proprietà industriale ed importazioni da Paesi terzi*, in *Il Foro italiano*, 1982, IV, col. 249 e ss.
- A. UBICINI e E. GIRARDIN, *La Questione d'Oriente innanzi l'Europa*, Milano, 1834
- R. VAN DEN BERGH, *Regulatory Competition or Harmonization of Laws? Guidelines for the European Regulator*, in A. MARCIANO e J. JOSSELIN (a cura di) *The Economics of Harmonizing European Law*, 2002, pp. 27 e ss.
- R. VAN DEN BERGH, *The Subsidiarity Principle in European Community Law: Some Insights from Law and Economics*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 1, 1994, pp. 337 e ss.
- S. VAN DEN BOGAERT, *Qualified Majority Voting in the Council: First Reflections on the New Rules*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, n.1, pp. 97 e ss.
- P. VAN DEN BOSSCHE, *In Search of Remedies for Non-Compliance: The Experience of the EC*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 3, 1996, pp. 371 e ss.
- S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Larcier, 2011
- G. VILLALTA PUIG e B. AL-HADDAB, *The Common Commercial Policy after Lisbon: An Analysis of the Reforms*, in *European Law Review*, n. 2, 2011, pp. 289 e ss.
- U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Seconda edizione, Cacucci, Bari, 2010.
- U. VILLANI, *Principi democratici e ruolo dei parlamenti nazionali nel Trattato di Lisbona*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI, D. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, pp. 785 e ss.
- D. VOGEL, *Trading Up and Governing Across: Transnational Governance and Environmental Protection*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 4, 1997, pp. 556 e ss.
- A. VON BODANDY e J. BAST, *The federal order of competences*, in A. VON BODANDY e J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2009, pp. 275 e ss.

- A. VON BOGDANDY e S. SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common market law review*, 2011, vol. 48, pp. 1419 e ss.
- A. VON BOGDANDY, F. ARNDT e J. BAST, *Legal Instruments in European Union Law and their Reform: A Systematic Approach on an Empirical Basis*, in *Yearbook of European Law*, vol. 23, n. 1, 2004, pp. 91 e ss.
- M. WAELBROECK, *L'arrêt AETR et les compétences externes de la Communauté économique européenne*, in *Integration*, 1971, pp. 79 e ss..
- M. WAELBROECK, *The emergent doctrine of Community pre-emption - Consent and redelegation*, in SANDALOW e STEIN (a cura di), *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, 1982, pp. 548 e ss.
- G. WAGNER, *The Economics of Harmonisation: The Case of Contract Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 39, 2002, pp. 995 e ss.
- H. WALDOCK, *The regulation of the use of force by individual states in international law*, in *Hague Recueil*, vol. 81, 1952, pp. 451 e ss.
- H. WALLACE e W. WALLACE, *Policy-Making in The European Union*, OUP, Oxford, 2000.
- S. WEATHERILL, *Regulating the Internal Market: Result Orientation in the Court of Justice*, in *European Law Review*, 1994, pp. 55 e ss.
- S. WEATHERILL, *Beyond preemption? Shared competence and constitutional change in the European Community*, in D. O'KEEFE e P. TWOMEY (a cura di), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, 1994, pp. 13 e ss.
- S. WEATHERILL, *Law and Integration in the European Union*, OUP, Oxford, 1995
- S. WEATHERILL, *Competence Creep and Competence Control*, in *Yearbook of European Law*, vol. 23, 2004, pp. 1 e ss.
- S. WEATHERILL, *Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market*, in C. BARNARD e J. SCOTT (a cura di), *The Law of the Single European Market*, Hart, Oxford, 2002, pp. 41 e ss.
- S. WEATHERILL, *Cases and materials on EU law*, OUP, Oxford, 2007.
- J. WEILER, *The Community system: The dual character of supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, vol. 1, 1981, pp. 267 e ss.
- J. WEILER, *Community, Member States and European Integration: is the Law Relevant?*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 21, 1982, pp. 39 e ss.
- J. WEILER, *Il sistema comunitario europeo: struttura giuridica e processo politico*, il Mulino, Bologna, 1985.
- J. WEILER, *The Trasformation of Europe*, in *Yale Law Review*, vol. 100, 1991, pp. 2405 e ss.
- J. WEILER, U. HALTERN e F. MAYER, *European Democracy and Its Critique: Five Uneasy Pieces*, in *West European Politics*, 1995, pp. 4 e ss.
- J. WEILER, *The Reformation of European Constitutionalism*, in *Journal of Common Market Studies*, 1997, vol. 35, pp. 97 e ss.
- J. WEILER, *The Constitution of Europe: "Do The New Clothes Have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*, CUP, Cambridge, 1999.
- L. WINTERS, *International Economics*, Routledge, London, 1991.

- E. YOUNG, *Protecting Member State Autonomy in the European Union: Some Cautionary Tales From American Federalism*, in *New York University Law Review*, vol. 77, 2002, pp. 1612 e ss.
- S. ZELLMER, *When Congress Goes Unheard: Savings Clauses' Rocky Judicial Reception*, in W. W. BUZBEE (a cura di), *Preemption choice: the theory, law, and reality of federalism's core question*, Cambridge University Press, Cambridge; New York, 2009, pp. 144 e ss.
- J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2013.
- J. ZILLER, *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, Il Mulino, 2007.
- M. ZULEEG, *Vorbehaltene Kompetenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiete des Umweltschutzes*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1987.



FINITO DI STAMPARE PRESSO LA  
LITOGRAFIA CELEBRANO - POZZUOLI (NA)  
NEL MESE DI SETTEMBRE 2013

La sempre più marcata dimensione internazionale ed europea che il diritto sta assumendo nell'esperienza giuridica contemporanea è fenomeno che, pur essendo di percezione generale, non sempre è affrontato avendo coscienza degli specifici strumenti di indagine necessari.

Per contribuire alla diffusione di tali strumenti, i direttori della presente Collana si propongono di promuovere la pubblicazione di monografie, anche di dimensioni contenute, e di opere collettanee aventi ad oggetto temi di diritto internazionale, pubblico e privato, e di diritto dell'Unione europea che siano al tempo stesso attuali e di ampio respiro. Gli argomenti trattati dovranno infatti essere capaci di suscitare l'interesse di ambienti scientifici e professionali vasti e diversificati, in modo da accrescere la sensibilità dei lettori per le problematiche giuridiche internazionali ed europee e fornire loro gli elementi necessari per rispondere alle sfide che il diritto di fonte non nazionale ci lancia quotidianamente.

Le opere da inserire nella Collana dovranno perciò rispondere a elevati standard qualitativi di livello internazionale, il cui rispetto sarà assicurato da una selezione rigorosa, affidata ad un sistema di *peer review* in forma anonima.

Il volume esamina l'applicazione ad opera della Corte di giustizia dell'Unione Europea del principio della *preemption* quale strumento analitico-argomentativo per la ricognizione delle antinomie fra diritto derivato e diritto nazionale. Dopo aver definito la nozione di *preemption*, il lavoro si sofferma sul rapporto fra l'esercizio delle competenze dell'Unione, sul piano esterno ed interno, e la progressiva erosione dei poteri che residuano in capo agli Stati membri. Il testo analizza inoltre gli effetti preclusivi associati alle principali categorie di atti di diritto derivato ed ai modelli di ravvicinamento delle legislazioni impiegati dal legislatore dell'Unione. In ultimo, il lavoro espone le criticità che al momento caratterizzano l'applicazione del principio della *preemption* in diritto dell'Unione Europea e discute alcune possibili soluzioni per porvi rimedio.

**Amedeo Arena** è ricercatore di diritto dell'Unione Europea presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II". Ha conseguito un master in diritto europeo presso il King's College London e un master in diritto internazionale presso la New York University, dove è anche stato borsista Fulbright e *research associate* presso la School of Law. Ha completato un dottorato di ricerca in ordine internazionale e tutela dei diritti individuali ed è stato assegnista di ricerca in diritto dell'Unione Europea presso il Dipartimento di scienze internazionalistiche e di studi sul sistema politico ed istituzionale europeo dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

ISBN 978-88-6342-583-3



9 788863 425833