



STELIO MANGIAMELI

L'esercizio dei poteri concorrenti nell'ordinamento dell'Unione europea e il suo impatto sui sistemi giuridici degli Stati membri

SOMMARIO: 1. La struttura delle Istituzioni europee e le loro finalità. – 1.1. Le fonti del Diritto comunitario e il sistema della concorrenza con le fonti nazionali. – 1.2. Il ravvicinamento delle legislazioni. – 1.3. L'art. 235 TCEE e i poteri impliciti. – 2. L'evoluzione dell'ordinamento europeo: dall'AUE a Maastricht. – 3. L'introduzione delle regole sulle competenze. – 4. Il Trattato di Lisbona e il riparto delle competenze tra Unione europea e Stati membri. – 4.1. Il consolidamento delle regole sulla competenza. – 4.2. I limiti, la tipologia e le enumerazioni delle competenze. – 5. L'esperienza della concorrenza europea.

1. La struttura delle Istituzioni europee e le loro finalità.

I poteri concorrenti nell'ordinamento dell'Unione europea non sono una recente acquisizione e richiedono un esame un po' particolare rispetto a ciò che comunemente la teoria del federalismo intende per competenze concorrenti; e la ragione di ciò risiede nella struttura e nella storia stessa delle Istituzioni europee.

Nel caso dell'Unione europea occorre ricordare che il suo riparto delle competenze male si presta a essere esaminato secondo le regole classiche di un riparto federale dei poteri, fondato sull'enumerazione dei poteri conferiti dagli Stati membri all'entità sopranazionale¹. Anche perché gli Stati fondatori non avevano intenzione di dare vita a un processo di aggregazione federale, ma semplicemente a una Comunità di scopo² (secondo il modello della *Zweckverband funktioneller Integration*³). E ancora oggi, nonostante il processo di integrazione europeo sia andato avanti in modo considerevole, il superamento delle teorie funzionaliste non ha portato ad un accoglimento pieno di teorie federali dell'integrazione e ripetutamente da più parti,

¹ Come già sostenuto in altra sede (S. MANGIAMELI, *La competenza europea, il suo esercizio e l'impatto sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *L'ordinamento europeo - L'esercizio delle competenze*, a cura di S. Mangiameli, Milano 2006, 1 ss., 5), il livello comunitario non si attiene rigorosamente alla competenza per materia e, almeno sino al Trattato di Lisbona, non contemplava, diversamente dalla tradizione degli ordinamenti federali, alcuna reale enumerazione sopranazionale dei poteri.

² V. E.B. HAAS, *The Uniting of Europe*, Stanford University Press, 1958; ID., *Beyond the Nation-State: Functionalism and International Organization* (1964), Colchester, ECPR Press, 2008.

³ H.P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen 1972.

anche autorevoli, come la Corte costituzionale tedesca, si sottolinea che l'Unione europea non è (e non sarà mai) uno Stato federale⁴.

Questo, peraltro, non vuol dire che nel disegno delle Istituzioni europee non sia stato presente l'orizzonte federalista sin dall'inizio, grazie anche alla presenza di personalità come Altiero Spinelli⁵. Inoltre, nel tempo, elementi di federalismo sono stati previsti o progressivamente introdotti nei Trattati europei, o – ancora prima – applicati per opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE⁶.

Tanto è vero ciò che anche in un settore come quello della definizione dei poteri dell'Unione europea è ormai invalsa la terminologia di “competenze esclusive”, “competenze concorrenti” e “poteri residuali”, tipica della teoria federale, e ciò nonostante in questo ambito residui ancora molto del modello funzionalista e della tecnica originaria adoperata per la determinazione di compiti delle Istituzioni europee.

Chi esamina le versioni originali dei Trattati europei, noterà subito la peculiarità degli articoli che indicano gli “scopi” e i “fini” delle entità sopranazionali. Questi non sono comparabili con quelli contenuti nelle Costituzioni federali, perché le federazioni, ancorché sottoposte al principio dei poteri enumerati, non nascono in genere con finalità di carattere settoriale e limitato (come invece accade per le organizzazioni internazionali di scopo), ma esprimono la convivenza di una comunità generale nella quale sono in rilievo tanto gli individui, quanto le unità costitutive (Stati membri, regioni, province, *Länder*, ecc.) che in genere danno vita all'alleanza: il *foedus*⁷.

Se si leggono gli articoli iniziali dei Trattati originari, ci si accorge che gli Stati membri, all'affermazione secondo cui essi istituiscono tra loro una “Comunità” (art. 1 TCECA e art. 1 TCEE), fanno seguire una disposizione nella quale sono enunciati i settori di riferimento della Comunità stessa, che fu sin dall'inizio l'“istituzione di un mercato comune” (art. 2 TCECA e art. 2 TCEE).

A volere essere precisi, in realtà, sussisteva una vera e propria discrasia tra queste disposizioni iniziali dei Trattati e i rispettivi preamboli. In particolare, quello della CECA appariva intriso oltre misura di principi generali e di valori politici delle Comunità: si va dalla

⁴ Come ribadito in più passaggi della *Lissabon-Urteil* del 30 giugno 2009 (BVerfG 123, 267). Sulla sentenza si vedano i commenti di A. ANZON DEMMIG, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella “sentenza Lissabon” del Tribunale Costituzionale Federale tedesco*, in *Giur. Cost.*, 2009, 5213 ss.; J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte costituzionale Federale Tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2009, 973 ss.; S. MANGIAMELI, *Unchangeable core elements of national constitutions and the process of European integration. For a criticism to the theory of the “controlimiti” (counter-limits / Schranken-Schranken)*, in *Teoria del Diritto e dello Stato*, 2010, 1 68 ss.

⁵ V. A. SPINELLI, E. ROSSI, *Per un'Europa libera e unita. Progetto d'un manifesto (1941)*, conosciuto come *Il manifesto di Ventotene*, Mondadori, Milano 2006.

⁶ Cfr. A. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Riv. Dir. Int.*, 1994, 926 ss.; R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Cedam, Padova 2004.

⁷ Sul punto, v. E. DI SALVATORE, *Federalismo (voce)*, in S. Mangiameli (a cura di), *Dizionario costituzionale – Dizionario sistematico*, Il Sole 24 ore, Milano 2008, 20 ss.

“pace mondiale”, alla creazione di una “profonda comunità fra i popoli (europei)” e al “destino ormai comune” di questi popoli, attraverso il superamento di “rivalità secolari” tra i popoli europei, “contrapposti da sanguinose scissioni”. Più misurato appare il Preambolo del Trattato CEE, dove si parla di “scambi”, “lealtà nella concorrenza”, “politica commerciale comune”, “soppressione delle restrizioni agli scambi internazionali”, “occupazione” e “progresso economico e sociale”; ma dove, pur sempre si fa riferimento all’eliminazione delle “barriere che dividono l’Europa” e al rafforzamento delle “difese della pace e della libertà”⁸.

Tutto ciò, però, non meraviglia, atteso che nel processo di integrazione economica, avviato nel 1951 con il TCECA e concluso nel 1957 con la stipula dei Trattati CEE ed EURATOM, si era consumata la vicenda della “Comunità politica europea”, caratterizzata da intenti autenticamente federali e legata al Trattato sulla “Comunità Europea di Difesa” concluso il 27 maggio 1952, ma caduto il 30 agosto 1954, per opera della mancata ratifica della Francia⁹.

La limitazione di orizzonte entro cui fu contenuta l’integrazione europea, spiega, perciò, non solo il diverso tenore del Preambolo del 1957, ma soprattutto la circostanza che le attribuzioni della Comunità fossero espresse, non secondo un linguaggio federale, quanto piuttosto secondo quello tipico dei trattati, in occasione della formazione di organizzazioni internazionali (come del resto era accaduto con il TCECA).

Nel caso dell’art. 3 del TCECA e dell’art. 3 del TCEE, non può dirsi che si sia scritto una vera e propria enumerazione di poteri, ma semplicemente elencato una serie di compiti, più programmatici nel TCECA e più specifici, ma pur sempre programmatici nel TCEE (atteso il tenore dell’espressione “alle condizioni e secondo il ritmo ...”). Per questo motivo si è detto che la competenza europea sia stata definita in modo funzionalista e secondo una tecnica incrementale e, rispetto a questo modo di definire la competenza, non sarebbero direttamente

⁸ Per un’analisi sull’evoluzione dei preamboli dei Trattati e sull’efficacia delle sue affermazioni, v. S. MANGIAMELI, *Preamble*, in H.-J. Blanke, S. Mangiameli (Eds.), *The Treaty on European Union (TEU) – A Commentary*, Springer, Heidelberg, 2013, 3 ss. Su entrambi i profili, si vedano inoltre G. AMATO, *Costituzione europea. Ma a che serve il preambolo?*, www.astrid-online.it, 2004; A. CANTARO, C. MAGNANI, *L’ambiguo preambolo: atto formalmente internazionalistico, dichiarazione sostanzialmente costituzionale*, in *Studi sulla Costituzione europea, Quad. di Rass. Dir. Eur.*, 2005, 51 ss.; J.A. CORRIENTE CORDOBA, *Valoracion Juridica de los preambulos de los tratados internacionales*, Pamplona 1973; C. CURTI GIALDINO, *Preambolo*, in C. Curti Gialdino (Ed.), *Codice operativo dell’Unione europea*, Simone, Napoli 2012; P.F. GROSSI, *A proposito del preambolo nella Costituzione dell’Unione europea*, in *Arch. Giur.*, 2004, 435 ss.; L. FUMAGALLI, *Preambolo*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, Giuffrè, Milano 2014, 3 ss. e 363 ss.; P. HÄBERLE, *Präambel in Text und Kontext von Verfassungen*, in J. Listl, H. Schambeck (Eds.), *Demokratie in Anfechtung und Bewahrung: Festschrift für Johannes Broermann*, Duncker & Humblot, Berlin 1982, 209 ss.; A.-C. KULOW, *Inhalte und Funktionen der Präambel des EG-Vertrages*, PCO, Bayreuth 1997; J. MEYER, *Präambel*, in J. Meyer (Ed.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden 2003, 1 ss.; L. MILIOPOULOS, *Die Präambel*, in A. Marchetti, C. Demesmay (Eds.), *Der Vertrag von Lissabon*, Nomos, Baden-Baden 2010, 35 ss.; R. MONACO, *Preambolo*, in R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell’Acciaio. Commentario*, Giuffrè, Milano 1970, 30 ss.; J. TAJADURA TEJADA, *Funzione e valore dei preamboli costituzionali*, in *Quad. Cost.*, 2003, 509 ss.; A. TRABUCCHI, *Preambolo*, in R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea. Commentario*, Giuffrè, Milano 1965, 18 ss.

⁹ V. S. BERTOZZI, *La Comunità europea di difesa*, Giappichelli, Torino 2003.

applicabili le tipiche categorie federali delle competenze esclusive, concorrenti e residuali, sebbene la giurisprudenza europea – già prima dell'intervento "ordinatore" del Trattato di Lisbona – avesse tentato di inquadrare le singole politiche attribuite all'UE in tre tipi di competenza (esclusiva, condivisa e complementare)¹⁰.

1.1. Le fonti del Diritto comunitario e il sistema della concorrenza con le fonti nazionali.

Diversamente dalle statuizioni che definiscono i fini e i compiti, le Istituzioni europee hanno avuto un profilo di carattere federale sin dall'inizio della loro strutturazione, per via del particolare modo in cui hanno agito le loro fonti legali (in particolare, regolamenti e direttive¹¹). Infatti, il diritto delle Comunità è stato sempre direttamente efficace nei confronti di individui e Stati membri¹², senza necessità di un atto interno di ricezione neppure per le direttive al ricorrere di determinati presupposti (v. *infra*), ma la loro azione è stata teleologicamente fissata a determinati settori e non ha – o, quanto meno, non ha avuto sino a un determinato momento – un carattere di "competenza generale", dal momento che occorre sempre una stretta consequenzialità tra l'atto normativo e gli obiettivi di carattere strettamente economico.

Pur tuttavia, già in questa fase poteva parlarsi di esclusività e di concorrenza dei poteri europei, non in relazione agli oggetti o alle politiche riconosciuti di competenza della Comunità, bensì con riferimento alle fonti legali istituite dai Trattati. Infatti, con la previsione dell'ordinamento comune i Trattati hanno istituito un sistema di fonti concorrenti con quello interno degli Stati membri¹³; e la previsione stessa di "regolamenti" e "direttive",

¹⁰ Nondimeno, l'appartenenza di una determinata materia a una delle menzionate categorie dipendeva dall'inquadramento che della medesima aveva dato la giurisprudenza. Il che non rendeva chiaro il sistema delle competenze, tanto da far parlare di "autentico labirinto di atti e procedure" (A. D'ATENA, *Modelli federali e sussidiarietà nel riparto delle competenze normative tra l'Unione europea e gli Stati membri*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, 59 ss., 63). La complicazione derivante dalla "frammentarietà" di un riparto delle competenze privo di un'eshaustiva elencazione è, altresì, rilevato da R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principia di reversibilità*, in *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, a cura di C. Zanghi, L. Panella, Torino 2009, 109 ss., 111. In senso meno negativo, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova 2010, 99.

¹¹ Attualmente regolati (in modo non dissimile dal passato) dall'art. 288, commi 2 e 3, TFUE: "Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi".

¹² Da questo punto di vista, si ricorda la fondamentale sentenza della Corte di giustizia, 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*, secondo cui: "La comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini. Pertanto il diritto comunitario (...), nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi".

¹³ V. S. MANGIAMELI, *Integrazione europea e diritto costituzionale*, in Id., *L'esperienza costituzionale europea*, cit., 11 ss.

per via della loro disciplina positiva, poteva fare pensare, nel primo caso, all'esercizio di un potere normativo che rendeva esclusiva l'appartenenza degli oggetti disciplinati all'ordine europeo; mentre, nel caso delle direttive, la normazione europea, preservando un intervento legislativo dello Stato membro, istituiva nel campo di disciplina interessato una concorrenza di fonti legali della Comunità e dello Stato membro¹⁴.

A tal riguardo, occorre ricordare che in determinati settori il Trattato CEE prevedeva che la Comunità potesse disporre mediante regolamenti¹⁵; oppure per mezzo di regolamenti o direttive¹⁶; o, ancora, solo con direttive¹⁷.

Nella concreta applicazione del Trattato la Corte di Giustizia europea ha potuto così elaborare progressivamente una qualificazione delle diverse competenze, muovendo dal presupposto – assai peculiare – che “la Comunità agisce normalmente sulla base di poteri specifici che non devono necessariamente risultare in termini espressi da puntuali disposizioni del Trattato, potendo anche essere dedotti, in modo implicito, dalle disposizioni medesime”¹⁸.

In particolare, ha sottolineato che quando la competenza ad adottare i provvedimenti nell'ambito di una politica comune (quella della pesca) è passata “pienamente e definitivamente alla Comunità”, gli Stati membri “non hanno più il diritto di esercitare una competenza autonoma nella materia in questione e possono agire solo in mancanza di una adeguata azione del Consiglio e soltanto in veste di gestori dell'interesse comune”¹⁹.

Inoltre, con riferimento alle ipotesi in cui il legislatore comunitario poteva agire con regolamento o con direttiva, come in materia di politica agricola comune, la Corte ha sempre parlato di un “potere discrezionale” della Comunità “corrispondente alle responsabilità che gli artt. 40 e 43 del Trattato gli attribuiscono”²⁰; e analogo potere è stato riconosciuto in via

¹⁴ In senso analogo, v. A. D'Atena, *Modelli federali e sussidiarietà*, cit., 60, il quale osserva che “i regolamenti sono espressione di una sorta di *konkurrierende Gesetzgebung*: la competenza concorrente alla tedesca. Si tratta (...) di una competenza, la quale mette uno dei soggetti da essa interessati in condizione di limitare variamente le competenze dei soggetti con i quali è chiamato a concorrere, permettendogli persino di 'scacciarle' (...). Quanto alle direttive, il modello utilizzabile è quello della competenza concorrente convenzionalmente detta all'italiana (...). Una competenza, costruita sulla base di un riparto, non già (solo) orizzontale – o per materia – ma (anche) verticale: o per tipo di disciplina”.

¹⁵ Divieto di discriminazione, art. 7; eliminazione delle discriminazioni nei trasporti, art. 79; aiuti di Stato, art. 94; fondo sociale europeo, art. 125.

¹⁶ Come nel caso dell'agricoltura, art. 43; della libera circolazione dei lavoratori, art. 49; della concorrenza, art. 87.

¹⁷ Come nel caso di dazi doganali, art. 14; tariffa doganale comune, art. 21; di diritto di stabilimento art. 54 (in part. par. 3, lett. g), art. 56 e art. 57; dei servizi, art. 63; dei capitali, art. 69 e art. 70; del ravvicinamento delle legislazioni, art. 100 e art. 101; della politica economica di congiuntura, art. 103; di bilancia dei pagamenti, art. 107; della politica commerciale comune, artt. 111, 112 e 113.

¹⁸ Corte di giustizia, parere 2/94, 28 marzo 1996, Adesione della Comunità alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

¹⁹ Corte di giustizia, sentenza 16 dicembre 1981, C-269/80, *Regina / Robert Tymen*.

²⁰ Corte di giustizia, sentenza 13 novembre 1990, C-331/88 *The Queen, the Minister of Agriculture / ex parte FEDESA e altri*.

implicita, una volta superato il periodo transitorio, nel caso della politica commerciale comune, in cui le istituzioni comunitarie avrebbero perciò “un ampio potere discrezionale”²¹.

Ora, risulta evidente come nel primo caso si sia ritenuto che il Trattato abbia dato luogo ad una esclusività dell’ordinamento europeo, attraverso una efficacia immediata e diretta delle norme del Trattato e dei regolamenti; mentre nel secondo caso il Trattato abbia voluto rimettere al legislatore comunitario la scelta tra il rendere un certa materia di competenza esclusiva, oppure il dare luogo ad una concorrenza tra le fonti europee (direttive) e le fonti legislative nazionali.

Infine, prescindendo da tutta l’evoluzione susseguente, in cui la Corte di Giustizia ha finito con l’alterare profondamente la figura della direttiva stessa²², nel caso in cui il Trattato prevedeva che la Comunità potesse emanare solo questo tipo di atto, può dirsi che la “direttiva” dava luogo ad una concorrenza obbligatoria tra le fonti²³. Essa, infatti, non solo avrebbe vincolato, “per quanto riguarda il risultato da raggiungere”, ma soprattutto avrebbe onerato gli Stati membri destinatari a conformare il loro ordinamento ai principi previsti dalla direttiva, evitando, peraltro, nel termine di pendenza dell’adeguamento, di adottare atti contrari alla realizzazione della conformazione dell’ordinamento interno al diritto comunitario (c.d. *stand-still*)²⁴; l’unica eccezione a detto obbligo poteva darsi solo nell’ipotesi in cui i principi della direttiva fossero già vigenti nell’ordinamento dello Stato membro²⁵.

1.2. Il ravvicinamento delle legislazioni.

Tra i casi di concorrenza tra le fonti (comunitarie e nazionali), in cui le norme del Trattato prevedevano che la Comunità poteva intervenire solo con “direttive” e in cui, in via di principio, si voleva effettivamente che della materia non fossero espropriati gli Stati membri, il più peculiare risultava essere quello dell’art. 100 TCEE. Infatti, il potere di realizzare il

²¹ Corte di giustizia, sentenza, 19 novembre 1998, C-150/94, *Regno Unito / Consiglio*.

²² Infatti, preso atto, per un verso, che nella prassi sono frequenti direttive dettagliate, contenenti disposizioni dal contenuto precettivo chiaro, preciso che non lasciano agli Stati che ne sono destinatari margini di apprezzamento nella trasposizione e, per altro verso, che sono numerosi i casi di mancata, non corretta o non tempestiva attuazione di direttive da parte degli Stati membri, la Corte di giustizia ha nel tempo attenuato la mancanza di effetti diretti delle direttive. Così, è stato ammesso il diritto dei singoli di invocare quelle precise e dettagliate dinanzi ai giudici nazionali quand’anche non recepite (sentenze 17 dicembre 1970, C-33/70, *SACE*; 14 dicembre 1974, C-41/74, *Van Duyn*). L’effetto diretto, tuttavia, in tali casi è solo verticale (fra singoli e pubbliche amministrazioni) e non anche orizzontale (fra privati): cfr. sentenze 14 luglio 1994, C-91/92, *Faccini Dori*; 22 giugno 1989, C-103/83, *Fratelli Costanzo*. Per un’approfondita rassegna giurisprudenziale in argomento, v. P. MORI, Art. 288, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, cit., 2249 ss., in part. 2258 ss.

²³ V. B. CONFORTI, *Sulle direttive della Comunità economica europea*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.* 1972, 225 ss.; F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano 1983; M.R. SAULLE, *Direttiva comunitaria*, in *Enc. Dir.*, Agg. II, Milano Giuffrè, 1998, 292 ss.

²⁴ Corte di giustizia, sentenze 4 dicembre 1974, C-41/74, *van Duyn*; 15 marzo 1983, C-145/82, *Commissione / Italia*; 18 dicembre 1997, C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*.

²⁵ Corte di giustizia, sentenza, 23 maggio 1985, C-29/84, *Commissione / Germania*.

ravvicinamento delle legislazioni nazionali, riconosciuto al Consiglio, prevedendone la deliberazione all'unanimità, imponeva al livello sopranazionale di raggiungere come risultato che gli Stati membri fossero semplicemente indotti a legiferare sulla base di una serie di principi comuni, per rendere maggiormente compatibili le diverse legislazioni nazionali tra di loro²⁶.

In sostanza questo particolare potere normativo, esplicabile solo con direttiva, si realizzava (ma il principio – come vedremo – è rimasto nel tempo immutato) con il ravvicinamento delle legislazioni nazionali “nella misura necessaria all’instaurazione e al funzionamento del mercato comune”²⁷.

Si badi che il Trattato, accanto a questo potere di carattere concorrente, formulato in modo generale, aveva previsto anche diverse fattispecie di ravvicinamento o, come anche si esprimeva il Trattato di “armonizzazione” o di “coordinamento”, che acquisivano un carattere speciale rispetto alla previsione di carattere generale, le quali, prevedendo in genere la deliberazione della direttiva con il voto a maggioranza semplice o qualificata, assumevano anche una indole derogatoria²⁸.

Ai fini del presente lavoro, però, non rileva tanto che la deliberazione nel caso dell’art. 100 TCEE fosse presa all’unanimità; bensì appaiono avere un qualche risalto le condizioni che consentivano l’adozione dell’atto di ravvicinamento, giacché erano queste che concretizzavano la competenza della Comunità, non definibile appunto in via preventiva attraverso una materia.

Da questo punto di vista, la norma del Trattato prevedeva che il ravvicinamento dovesse avere “un’incidenza diretta sull’instaurazione o sul funzionamento del mercato comune”. Questa espressione, per quanto vincolata al principio di proporzionalità espresso dall’articolo 3, lettera h, TCEE (“il ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune”) e conseguenza del mezzo previsto dall’art. 2 TCEE (“La Comunità ha il compito di promuovere, mediante l’instaurazione di un mercato comune”), per raggiungere i fini propri della Comunità (“... uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell’insieme della Comunità, un’espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette

²⁶ V. U. DRAETTA, *Articolo 100*, in R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, *Commentario CEE*, Milano, Giuffrè, 1965 783 ss.; S. PUGLISI, *Ravvicinamento delle legislazioni*, in E. Pennacchini, R. Monaco, L. Ferrari Bravo, *Manuale di diritto comunitario*, coordinato da S. Puglisi, vol. I, Torino, UTET, 1983, 288 ss.; F. CARUSO, *Unificazione del diritto, diritto uniforme e ravvicinamento delle legislazioni nella CEE*, in *NNDI, App.*, vol. VII, Torino UTET, 1987, 972 ss.; R. MASTROIANNI, *Ravvicinamento delle legislazioni nel diritto comunitario*, in *Digesto, Discipline pubblicistiche*, vol. XII, UTET, Torino, 1996, 457 ss.; J. EASSON, *EEC Directives for the Harmonisation of Laws: Some Problems of Validity, Implementation and Legal Effect*, in *Yearbook of European Law*, 1981, 1 ss.; V. VIGNES, *The Harmonisation of National Legislation and EEC*, in *E. L. Rev.*, 1990 358 ss.

²⁷ L’attuale art. 115 TFUE fa ora riferimento al mercato interno e non più al mercato comune, con un’espressione che, secondo parte della dottrina, dovrebbe costituire una nozione più ampia: cfr. P. DE PASQUALE, O. PALLOTTA, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, cit., 1269 ss.

²⁸ Le menzionate fattispecie speciali erano contemplate dagli artt. 37; 54, lett. g); 56; 57; 99; 117 TCEE.

relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano”), non configurava una “materia”, ma un “potere dinamico” della Comunità, in quanto tale, in grado di intervenire, “nella misura necessaria”, in ogni campo che risultasse avere “incidenza diretta” sul mercato.

Così considerata la vicenda del ravvicinamento delle legislazioni, può dirsi che la Comunità *ab origine* è stata dotata di poteri concorrenti su tutta la competenza residuale degli Stati membri, la quale di fatto non avrebbe potuto più dirsi salvaguardata, ma rimessa alla decisione delle Istituzioni europee (in particolare della Commissione, cui spettava il potere di iniziativa, e del Consiglio chiamato a deliberare le direttive), atteso che le espressioni “nella misura necessaria” e “incidenza diretta”, lasciano presagire una apertura completa a considerare le forme di strumentalità, connessione, penetrazione e interferenza che tra le competenze non difficili da riscontrare.

La Corte di Giustizia, peraltro, ha considerato così penetrante questo potere della Comunità sul ravvicinamento delle legislazioni da escludere che, in presenza di una direttiva rivolta a questo scopo, gli Stati membri potessero utilizzare le disposizioni del Trattato che giustificano un regime giuridico nazionale differenziato (art. 36)²⁹. Per la medesima ragione, legata al superamento delle disparità di condizioni nazionali che costituiscono un ostacolo alla realizzazione del mercato comune, ha imposto l’obbligo del rispetto delle condizioni previste dalla direttiva, in quanto la disciplina che essa contempla “verrebbe privata del suo contenuto se le autorità nazionali competenti, nell’esercizio dei poteri loro riservati quanto alla forma e ai mezzi per l’attuazione della direttiva, non rimanessero nei limiti di valutazione indicati da tale testo. Infatti, qualsiasi superamento di questi limiti potrebbe far sorgere nuove disparità e quindi nuovi ostacoli per gli scambi ed impedire conseguentemente la libera circolazione delle merci in un settore in cui il legislatore comunitario aveva preso disposizioni per garantirla”³⁰.

Altro discorso è il peso concreto che l’art. 100 ha potuto avere (almeno sino all’adozione dell’Atto unico europeo) nella legislazione europea. Infatti, la previsione dell’art. 100 tendeva a coprire, nella formazione del mercato comune quanto non previsto già dalle altre numerose disposizioni che concorrevano, nelle diverse materie, alla sua instaurazione³¹.

Ciò che rileva è che sin dall’origine la Comunità era dotata di poteri concorrenti estesi a tutta la competenza degli Stati membri e la legislazione europea ha potuto superare gli angusti limiti della materia economica.

1.3. L’art. 235 TCEE e i poteri impliciti.

²⁹ Corte di giustizia, sentenza 5 aprile 1979, C-148/78, *Ratti*.

³⁰ Corte di giustizia, sentenza 2 dicembre 1980, C-815/79, *Cremonini e Vrankovich*.

³¹ V. M.R. Saulle, *L’armonizzazione in Europa: dal Trattato di Roma all’Atto Unico Europeo*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1989, 321 ss.

Un altro elemento che ha caratterizzato l'ordinamento europeo nel campo dell'esercizio dei poteri e che ha generato un sistema di concorrenza con il diritto degli Stati membri è derivato dall'ammissione di poteri impliciti come codificato nell'art. 235 TCEE³².

È noto che la teoria dei poteri impliciti ha precise ascendenze nel diritto federale statunitense, per via della *necessary and proper clause*³³, anche se non trascurabili elaborazioni si rinvennero nella tradizione del federalismo tedesco, fondati sul principio della *Bundestreu*³⁴. Di conseguenza, poteva ben dirsi presente nell'orizzonte dei redattori del Trattato.

L'articolo 235 del Trattato è simile a quello precedentemente esaminato sul ravvicinamento delle legislazioni, perché ha operato sulla competenza degli Stati membri, generando una concorrenza di fonti e discipline, in quanto ha ampliato anch'esso i confini dell'ordinamento europeo ben oltre i limiti della materia economica³⁵.

Mentre in una prima fase il ricorso a questa disposizione per fondare atti normativi della Comunità è stato molto cauto, e il primo atto fondato sull'art. 235 risale al 1962³⁶, a partire dalla Conferenza dei capi di Stato e di governo del dicembre 1969 all'Aja – dove il presidente francese, Pompidou, propugnò il rilancio del processo d'integrazione indicando tre obiettivi: il completamento della politica agricola; l'approfondimento, con l'ampliamento dei settori di pertinenza della Comunità; e l'allargamento, con l'accoglimento delle domande dei Paesi candidati – si pensò ad un uso più esteso del potere previsto dall'art. 235 (principio che venne ribadito dalla Conferenza di Parigi dell'ottobre 1972).

Progressivamente, l'art. 235 ha costituito la base di innumerevoli e svariati atti, sino a raggiungere un consistente numero (si calcola che ben prima dell'approvazione del Trattato di Maastricht l'articolo 235 costituisse la base per più di 700 atti normativi della Comunità).

Tutto ciò ha generato molteplici problemi nell'ordinamento europeo e ha alterato in modo sensibile le relazioni con gli ordinamenti degli Stati membri.

³² Art. 235 TCEE: "Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente Trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità, su proposta della Commissione e dopo aver consultato l'Assemblea, prende le disposizioni del caso". Si consideri che la teoria dei poteri impliciti nell'ordinamento europeo ha una portata più ampia di quella riconducibile all'articolo 235 TCEE; qui la questione sarà esaminata esclusivamente con riferimento a questo articolo del Trattato e in relazione alla problematica della concorrenza dei poteri.

³³ V. Corte Suprema, sentenza *McCulloch v. Maryland*, *Wheaton* 316 (1819).

³⁴ V. R. SMEND, *Ungeschriebenes Vefassungsrecht in monarchischen Bundesstaat*, in *Festgabe Otto Mayer*, Tübingen 1916, e ripubblicato in R. SMEND, *Staatrechtliche Abhandlungen*, Berlino 1968, 39 ss.; nonché R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), *ivi*, 271. Entrambi gli scritti sono richiamati da F.G. PIZZETTI, *Il principio di leale cooperazione nell'ordinamento europeo*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo*, Vol. I, *I principi dell'Unione*, Giuffrè, Milano 2006, 331 ss.

³⁵ V. R. Calvano, *I poteri impliciti comunitari. L'art. 308 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'Ordinamento europeo*, vol. II, *L'esercizio delle competenze*, Milano, Giuffrè, 2008, 91 ss.

³⁶ Si tratta di un regolamento relativo alle tasse compensatorie sulle merci risultanti dalla trasformazione di prodotti agricoli.

In particolare, l'utilizzo estensivo dell'art. 235 ha posto in discussione il principio di attribuzione come fondamento delle competenze delle Istituzioni europee e, da questo punto di vista, ha rappresentato un superamento dei Trattati europei medesimi, non compensato dalla circostanza che la deliberazione delle "disposizioni del caso" fosse all'unanimità. Nell'ordinamento europeo, infatti, la procedura di revisione dei Trattati e il procedimento legislativo erano già a quel tempo ben distinti e la circostanza che, comunque, il superamento del limite abbia consentito una evoluzione della Comunità, regolata nel tempo dall'assunzione delle nuove politiche nel testo del Trattato, non fa venire meno la complessità della questione. Tant'è che successivamente si sono affermate tesi interpretative restrittive dell'art. 235, per le quali le opportunità offerte da questa disposizione per captare poteri al livello europeo andavano comunque ricondotte agli articoli 2, 3 e 4 del Trattato e cioè alla stretta inerenza con i fini espressi e i compiti attribuiti alla Comunità.

Tuttavia, anche così interpretato l'articolo 235, con riferimento al problema dei poteri concorrenti, manifesta il suo peso. Infatti, non è dubbio che i poteri assunti in forza di questa disposizione siano in via di principio poteri degli Stati membri, mancando una base giuridica nel Trattato che abiliti l'intervento della Comunità; e, solo in forza della clausola di necessità, il potere non riconosciuto si congiunge a quello riconosciuto.

Questa struttura della disposizione, peraltro, determinava una concorrenza - ancora una volta - con tutta la competenza residuale degli Stati membri, in quanto non ha avuto una definizione di ambito (non essendo prevedibile la necessità) e, perciò, poteva ricadere su qualsiasi materia di competenza degli Stati membri.

A differenza, però, di quanto accadeva con l'art. 100 TCE, che prevedeva un intervento solo con direttive e instaurava un riparto sulla materia toccata che implicava l'intervento degli Stati membri, nel caso dell'art. 235, la concorrenza con la competenza di questi, porta le materie toccate dal livello nazionale a quello europeo con un rilievo della competenza europea analogo a quella di attribuzione, che genera una preclusione all'intervento degli Stati membri.

Queste due forme di concorrenza: quella che genera su materie statali l'intervento ripartito di fonti europee (per la fissazione dei principi) e statali (per la disciplina dei modi); e quella che porta materie di competenza statale nell'alveo delle attribuzioni europee, come competenze esclusive delle Istituzioni, hanno avuto l'effetto di ampliare i poteri europei oltre la materia economica e saranno profondamente rivisitate con la costituzionalizzazione dell'ordinamento europeo e, in particolare, con l'accoglimento del principio di sussidiarietà.

2. L'evoluzione dell'ordinamento europeo: dall'AUE a Maastricht.

Il salto di qualità, perciò, nel riparto di competenza tra il livello europeo e quello statale si realizza, in primo luogo, grazie alla diffusione dei poteri normativi sopranazionali, così da includere molte altre materie e oggetti, non semplicemente funzionali all'instaurazione del mercato comune, superando il carattere strettamente settoriale dei poteri europei; e, in

secondo luogo, in una misura rilevante, per effetto del processo di costituzionalizzazione dell'Europa.

Entrambi questi eventi si evidenziano, a partire dall'Atto unico europeo del 1986, nel Trattato di Maastricht del 1992 e sono ripensati nella stesura del Trattato Costituzionale del 2004, il quale – com'è noto – non ha avuto una buona fortuna, anche se la maggior parte delle sue previsioni normative hanno finito con il costituire la disciplina del Trattato di Lisbona (2007) attualmente in vigore³⁷.

La crescita dei poteri europei e la costituzionalizzazione dell'integrazione europea, in realtà, si compiono per vie diverse e con tempi molto lunghi.

Con riferimento all'esercizio dei poteri e prescindendo dall'art. 100 e dall'art. 235 TCEE, in una prima fase, il loro dimensionamento è dipeso dall'interpretazione finalistica e dalla pratica della connessione, che hanno trovato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia un valido sostegno³⁸, la quale – con la sentenza *Stauder* e altre successive³⁹ – aprì anche al riconoscimento dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo⁴⁰.

Va ricordato, poi, che a partire dal 1970 si instaura tra gli Stati membri e in ambito europeo la cooperazione politica europea, con la quale si cerca di coordinare la politica estera degli Stati membri. Il 19 giugno del 1983 è proclamata, a Stoccarda dal Consiglio europeo, una "Dichiarazione solenne" sull'Unione europea, con la quale gli stati membri, "risolti a continuare il lavoro cominciato sulla base dei Trattati di Parigi e di Roma e a creare una Europa Unita", affermano di essere "determinati a realizzare un approccio politico comune globale e coerente e a riaffermare la loro volontà di trasformare l'intero complesso delle relazioni tra i loro Stati in un'Unione europea"⁴¹.

³⁷ V. H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (Eds.), *Governing Europe under a Constitution. The Hard Road from the European Treaties to a European Constitutional Treaty*, Springer, Heidelberg 2006; ID., *The European Union after Lisbon*, Springer, Heidelberg 2012.

³⁸ Sul ruolo avuto dalla Corte di Giustizia nel consolidamento iniziale dell'ordinamento europeo, v. S. MANGIAMELI, *La forma di governo europea*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2003, 181 ss., ora in ID., *L'esperienza costituzionale europea*, cit., 213 ss.

³⁹ Cfr.: Corte di giustizia, sentenza 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder*, in *Racc. Uff.* 1969, 419; sentenza 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Racc. Uff.* 1970, 1125; sentenza 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold*, in *Racc. Uff.* 1974, 491; sentenza 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Hauer*, in *Racc. Uff.* 1979, 3727; sentenza 13 luglio 1989, causa C-5/88, *Wachauf*, in *Racc. Uff.* 1989, 2609.

⁴⁰ L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti*, Torino 1998; H.-J. BLANKE, *Protection of Fundamental rights afforded by the European Court of Justice in Luxembourg*, in S. Mangiameli, H.-J. Blanke (Eds.), *Governing Europe under a Constitution*, Springer, Berlin Heidelberg New York 2006, 265 ss.; ID., *The Protection of Fundamental Rights in Europe*, in S. Mangiameli, H.-J. Blanke (Eds.), *The European Union after Lisbon*, Springer, Berlin Heidelberg New York 2012, 159 ss.; U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei ed i diritti costituzionali italiani*, in DPCE, 2001, 153 ss.; S. MANGIAMELI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo*, in ID., *L'esperienza costituzionale europea*, Aracne, Roma 2008, 325 ss.

⁴¹ Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe (CVCE), *Solemn Declaration on European Union* (Stuttgart, 19 June 1983).

In questo modo si sono gettate le basi per la trasformazione dell'ordinamento europeo, da settoriale a generale, con competenze non più strettamente astrette alla formazione del mercato comune, garantito da un'unica barriera doganale verso i paesi terzi.

Questo processo ha avuto un primo momento di formalizzazione nell'Atto Unico europeo del 1986 che crea il dualismo dell'Unione europea: da un lato, le "Comunità funzionanti secondo le proprie norme" e, dall'altro, la "cooperazione europea tra gli Stati firmatari in materia di politica estera, dotando l'unione dei mezzi d'azione necessari"⁴². Nell'AUE vengono gettate le basi dell'unione economica e monetaria e si afferma che l'"idea europea" è collegata a "la necessità di nuovi sviluppi (...) conformi agli auspici dei popoli democratici europei per i quali il Parlamento europeo, eletto a suffragio universale, è un mezzo di espressione indispensabile". E sempre nell'AUE si disciplinano le nuove materie che vanno oltre il "mercato comune", quali la politica sociale, la coesione economica e sociale, la formazione, la ricerca e lo sviluppo tecnologico e l'ambiente.

Il cambiamento, già in questa sede, non è semplicemente quantitativo ma qualitativo. Sia pure con l'intreccio tra metodo comunitario e intergovernativo, che caratterizzerà anche la fase successiva, già con l'AUE, se non proprio davanti a una Federazione già costituita, ci troviamo all'inizio di un processo di federalizzazione, e ciò nonostante manchino ancora molti elementi che connotano l'integrazione politica.

Con il Trattato di Maastricht ci compie un ulteriore consolidamento e chiarimento: sia per la fisionomia assunta dall'Unione europea, sia per il riordino delle discipline delle politiche europee, con l'accoglimento di quello che è stato definito, per ciò che riguarda le competenze, il "sistema a tre pilastri"⁴³.

A tal riguardo, gli articoli revisionati dei Trattati europei (TUE e TCE) rendono evidente un sistema europeo ben diverso da quello sorto a seguito delle versioni del 1957. Infatti, oltre ai temi economici, che peraltro assumono una forte valenza politica, come è il caso della moneta unica e l'affermazione del "principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza", le disposizioni dei Trattati puntano all'affermazione dell'"identità" dell'Unione⁴⁴ "sulla scena internazionale"; al rafforzamento dei diritti fondamentali "mediante l'istituzione di una cittadinanza europea"⁴⁵; e alla configurazione dell'Unione come

⁴² AUE, *Preambolo*, secondo considerando.

⁴³ V. S. MANGIAMELI, *La competenza europea, il suo esercizio e l'impatto sull'ordinamento degli Stati membri*, cit.

⁴⁴ In argomento, v. E. DI SALVATORE, *L'identità costituzionale dell'Unione Europea e degli stati membri. Il decentramento politico-istituzionale nel processo di integrazione*, Giappichelli, Milano 2008.

⁴⁵ Sulla cittadinanza europea v. E. GRABITZ, *Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft*, Köln 1970; H. P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen 1972, 187 ss., nt. 10; S. MAGIERA, *Die Europäische Gemeinschaft auf dem Wege zu einem Europa der Bürger*, in *DÖV*, 1987, 221 ss.; R. GRAWERT, *Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft*, in *Der Staat* 23, 1984, 179 ss.; F. CUOCOLO, *La cittadinanza europea (prospettive costituzionali)*, in *Pol. dir.*, 1991, 659 ss.; U. EVERLING, *Die Stellung des Bürgers in der Europäischen Gemeinschaft*, in *ZfRV*, 1992, 241 ss.; M. PIERANGELINI, *La cittadinanza europea. Un nuovo status per il soggetto comunitario*, in *Affari sociali intern.*, 1993, 181 ss.; V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, Bologna 1994; A. RANDELZHOFFER, *Marktbürgerschaft - Union - Unionsbürgerschaft - Staatsbürgerschaft*, in *FS Grabitz*, München 1995,

uno “spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima”⁴⁶. A ciò si aggiunga la solenne proclamazione di principi contenuta nella clausola di omogeneità dell'UE, per la quale “l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri”⁴⁷.

Così, è stato compiuto un processo di istituzionalizzazione di Istituzioni (Consiglio europeo), sino a quel momento, formalmente esterne all'ordine europeo e di costituzionalizzazione dell'ordinamento stesso, attraverso il rafforzamento del Parlamento europeo, con una diretta partecipazione al procedimento legislativo, come co-legislatore⁴⁸; e il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti nelle Costituzioni e nelle leggi degli Stati membri e nella Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e la Carta sociale europea, che – già ampiamente affermati grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia – sono qualificati, nell'art. 6, par. 2, TUE, principi generali del diritto comunitario e saranno successivamente proclamati nella Carta di Nizza⁴⁹.

581 ss.; S. CASSESE, *La cittadinanza europea e le prospettive di sviluppo dell'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 869 ss.; M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enc. giur., Aggiorn.*, 1996; E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza*, Milano 1997; L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino 1998, 49 ss.; S. BARTOLE, in *Quad. cost.*, 2000.

⁴⁶ In merito al quale e alla cui successiva evoluzione, v. B. NASCIBENE, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia in una prospettiva costituzionale europea*, in L.S. Rossi (a cura di), *Il Progetto di Trattato-Costituzionale. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano 2004, 273 ss.

⁴⁷ Sia consentito rinviare ai nostri S. MANGIAMELI, *La clausola di omogeneità nel Trattato dell'Unione europea e nella Costituzione europea*, in S. Mangiameli, *L'Ordinamento europeo*, vol. I, *I principi*, cit., 1 ss.; ID., *The Union's Homogeneity and Its Common Values in the Treaty on European Union*, in S. Mangiameli, H.J. Blanke (Eds.), *The European Union after Lisbon*, Springer, Heidelberg 2012, 21 ss.; ID., *Article 2 – The Homogeneity Clause*, in S. Mangiameli, H.J. Blanke (Eds.), *The Treaty on European Union – A Commentary*, cit., 21 ss. Nell'ambito dell'amplissima letteratura in argomento, si vedano altresì, anche in merito alle successive evoluzioni della clausola, V. ATRIPALDI, R. MICCÙ, *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Cedam, Padova 2003; C. CALLIESS, *Artikel 2*, in C. Calliess, M. Ruffert (Hrsg.), *EUV – AEUV – Kommentar*, C.H. Beck, München 2011, 29 ss.; C. CALLIESS, *Europa als Wertgemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht*, in *Juristen Zeitung*, 2004, 1033 ss.; L. FUMAGALLI, *Art. 2*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit. 11 ss.; F. HANSCHMANN, *Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und der Europarechtswissenschaft*, Springer, Heidelberg 2008; M. HILF, F. SCHORKOPF, *Artikel 2*, in H. Grabitz, M. Hilf, M. Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, C.H. Beck, München 2011; H.P. IPSEN, *Über Verfassungs-Homogenität in der Europäischen Gemeinschaft*, in G. Bürif, H. Murer (Hrsg.), *Das akzeptierte Grundgesetz, FS für Günter Dürig*, C.H. Beck, München 2008, 159 ss.; M. PECHSTEIN, *Artikel 2*, in R. Streinz (Hrsg.), *EUV – AEUV – Kommentar*, C.H. Beck, München 2012, 15 ss.; J. SCHWARZE, *Artikel 2*, in J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, Nomos, Baden-Baden 2012, 65 ss.

⁴⁸ V. S. MANGIAMELI, *Il ruolo del Parlamento europeo e il principio della democrazia rappresentativa*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Jovene, Napoli 2008.

⁴⁹ G. AZZARITI, *La carta dei diritti fondamentali nel “processo costituente europeo”*, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 2002, 9 ss.; A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 241 ss.; R. BIFULCO, M. CARTABIA E A. CELOTTO, *L'Europa dei Diritti; Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*,

Infine, per quello che concerne l'esercizio dei poteri da parte del livello europeo, se si effettua una comparazione tra i TCEE e il TCE, ci si avvede che le finalità della Comunità espresse dall'art. 2 e il novero delle politiche europee, enumerate dall'art. 3, del TCE nella versione assunta con il Trattato di Maastricht sono diventate incommensurabili rispetto a quelle attribuite alla Comunità all'inizio dell'esperienza europea, con il TCEE di Roma.

In particolare, il disegno della Comunità che si trae dalle finalità non appare più quello di una organizzazione internazionale regionale con scopi settoriali limitati, bensì quello di una Istituzione di carattere generale⁵⁰ e in una visione della Comunità di questo genere, le politiche e le azioni comuni, che sono lo strumento di realizzazione, non si limitano più ad essere giustificate in ragione della costruzione del mercato comune.

È di tutta evidenza che il novero delle 21 politiche enumerate nell'art. 3 (e disciplinate nel corpo del trattato), rispetto alle 11 voci enumerate del 1957, siano rappresentative di un sistema di poteri differenti da quello di una organizzazione internazionale di scopo. La Comunità, infatti, oltre a vantare un allargamento dei poteri attribuiti oltre l'ambito economico, continuava a godere di tutti gli strumenti che le consentivano di esercitare il proprio potere legislativo in concorrenza con la competenza degli Stati membri. Anzi, mentre l'art. 308 TCE riprende immutata la dizione dell'art. 235 TCEE, la disciplina sul ravvicinamento delle legislazioni si arricchisce ulteriormente con un altro articolo (art. 100A/95 TCE), che consente al Consiglio: di deliberare gli atti comunitari in questo ambito non più all'unanimità dei consensi degli Stati membri, ma anche a maggioranza; di adottare, oltre alle direttive anche i regolamenti sul ravvicinamento (che trasformano l'armonizzazione in unificazione); e di non richiedere più, come motivazione dell'atto, "l'incidenza diretta" sul mercato comune, ampliando così la sfera di azione della Comunità nell'istaurazione del mercato interno⁵¹.

Bologna 2001; M.P. CHITI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?*, in RTDP, 2002, 1 ss.; C. GRABENWARTER, K. PABEL, *Art. 6 - Fundamental rights - The Charter and the ECHR*, in S. Mangiameli, H.-J. Blanke (Eds.), *The Treaty on European Union (TEU) - A Commentary*, Springer, Heidelberg New York Dodrecht London 2013, 287 ss.; S. MANGIAMELI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in Id., *L'esperienza costituzionale europea*, Aracne, Roma 2008, 345 ss.; A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. Cost.*, 2001, 193 ss.; L.S. ROSSI, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE*, in *Quad. Cost.*, 2002, 567 ss.

⁵⁰ "La Comunità ha il compito di promuovere nell'insieme della Comunità (...) uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri".

⁵¹ È pur vero che, in base all'art. 100A (95), par. 4, uno Stato membro, che non ha votato l'atto di ravvicinamento, avrebbe potuto "mantenere disposizioni nazionali", giustificate dalla clausola di salvaguardia delle esigenze nazionali, espresse nell'articolo 36 (30), notificando tali disposizioni alla Commissione e precisando i motivi del mantenimento delle stesse. Tuttavia, la posizione della Comunità e dello Stato membro risulterebbe rovesciata rispetto al passato, dal momento che l'interpretazione della disposizione in questione deve essere compiuta in

In conclusione, perciò, si può affermare che, superata ormai la configurazione di una organizzazione internazionale di scopo, la Comunità – come le moderne federazioni – poteva considerarsi investita di una “competenza generale” (espressione questa da assumersi in senso dommatico), in ciò corroborata sempre dai modi in cui le fonti del diritto europeo operavano, non ultimo anche per via del principio di prevalenza del diritto europeo, riconosciuto sin dalla celebre sentenza, *Costa/Enel* del 15 luglio 1964 (causa C 6/64)⁵².

3. L'introduzione delle regole sulle competenze.

In ogni caso, sintomatico del cambiamento intercorso è che a questo punto, per la prima volta, nel corpo dei Trattati sono apparse delle regole sul riparto delle competenze tra la Comunità e gli Stati membri ed è stato possibile iniziare a distinguere una competenza esclusiva da una competenza concorrente, anche se la definizione dei due tipi di competenze può dirsi ancora sfumata e raggiunta in una maniera molto indiretta.

L'articolo 5 TCE, composto da tre paragrafi, enunciava un complesso sistema di disciplina delle competenze della Comunità. In primo luogo, si affermava che “la Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente trattato” e prende così espressione il principio di attribuzione e le competenze che vi ricadono possono considerarsi “esclusive”; anche se, alla luce di questo enunciato, i poteri esclusivi della Comunità risultavano definiti senza un chiaro contorno, sia perché il collegamento con gli articoli 3 e 4 TCE era pur sempre indiretto, sia perché ciò che determinerebbe la competenza (esclusiva) europea sarebbero comunque gli obiettivi dell'articolo 2.

In ogni caso, il “principio di attribuzione” comportava che la Comunità poteva agire (legiferare), non solo in presenza di una disposizione espressa che la abilitava all'esercizio del potere e che ne costituiva la base giuridica, ma anche qualora l'attribuzione del potere poteva essere dedotta, in modo implicito, dalle disposizioni del Trattato⁵³; mentre la nozione di “competenza esclusiva” significava che il potere attribuito a favore di una determinata fonte (quella comunitaria) determinava una preclusione per l'intervento delle fonti nazionali, o lo subordina nella validità e nell'efficacia all'intervento della fonte europea.

L'esistenza di una competenza esclusiva della Comunità ha trovato – con una

maniera restrittiva e lo Stato membro ha l'obbligo di rispettare il principio di proporzionalità nel mantenimento della disciplina nazionale solo per la stretta necessità.

⁵² E che, tuttavia, ha richiesto un lungo processo di integrale recepimento nelle giurisprudenze costituzionali degli Stati membri. In merito, v. S. MANGIAMELI, *Integrazione europea e diritto costituzionale*, cit.; E. DI SALVATORE, *The supremacy of European law in the Treaty establishing a Constitution for Europe in the light of Community experience*, in H.-J. Blanke, S. Mangiameli (Eds.), *Governing Europe under a Constitution*, cit., 20 ss. Il principio di prevalenza è ora recepito nella Dichiarazione n. 19 annessa al TUE, su cui v. E. DI SALVATORE, *Declaration Concerning Primacy*, in H.-J. Blanke, S. Mangiameli (Eds.), *The Treaty on European Union – A Commentary*, cit., 1761 ss.

⁵³ Corte di giustizia, sentenza 9 luglio 1987, cause riunite 281, 283-285 e 287/85, *Germania c. Commissione*.

formulazione negativa – espressione nel paragrafo 2 dell’articolo richiamato, per il quale “nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell’azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario”.

Come si vede questa disposizione del Trattato presuppone l’esistenza di settori di competenza esclusiva e di settori che non sono di competenza esclusiva della Comunità e in quest’ultima ipotesi non si parlava di competenza concorrente, ma del potere di intervento fuori dai campi delle competenze esclusive da parte della Comunità.

Infatti, se si assume la nozione di “competenza esclusiva” nel significato tecnico che le viene dato nella teoria del diritto federale, allora “nei settori non di competenza esclusiva” i poteri sono di competenza delle altre fonti e specificatamente delle fonti nazionali: il campo materiale fuori della competenza esclusiva è, in via di principio, di competenza degli Stati membri.

Tuttavia, in primo luogo, occorre notare che questa concorrenza di fonti legali, tra la legge europea e la legge nazionale, sui campi materiali di competenza degli Stati membri, è fondata in modo diverso rispetto alla concorrenza che derivava dal potere di intervento per il ravvicinamento delle legislazioni (art. 100/94) o per la necessità di raggiungere uno scopo della Comunità per cui manchi una base giuridica espressa nel trattato (già art. 235 e poi art. 308 TCE). Altrimenti detto, nel caso della concorrenza di fonti legali, prevista dall’art. 5, par. 2, TCE, le materie, le modalità di intervento della Comunità e gli effetti della concorrenza hanno ricevuto una diversa disciplina.

Ora, il Trattato che istituiva la Comunità europea, in realtà, non aveva né un elenco di materie esclusive, né una enumerazione di poteri concorrenti e se le competenze esclusive potevano essere in qualche misura circoscritte attraverso i fini (art. 2) e ciò che comporta l’azione della Comunità “ai fini enunciati dall’articolo 2” (artt. 3 e 4), i poteri concorrenti – eccedenti le competenze esclusive – non erano delimitati in alcun modo, rispetto ai “poteri residuali” degli Stati membri. Di conseguenza, il campo della concorrenza per la Comunità – anche sotto questo aspetto – ha coinciso integralmente con lo spazio di competenza degli Stati membri, che, nel combinato tra competenza esclusiva e concorrenza dei poteri europei, non avevano più ambiti esclusivi, per materia od oggetto, fatte salve le ipotesi – previste dal Trattato – nelle quali gli Stati membri, singolarmente, potevano in presenza di determinate condizioni (moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale) derogare legittimamente alle normative e alle politiche comuni, purché non dessero vita a situazioni discriminatorie⁵⁴.

⁵⁴ Si pensi agli artt. 30, 39, 46, 58 TCE in riferimento alle libertà di circolazione.

Differentemente dal passato, però, nel campo della concorrenza, la limitazione dei poteri della Comunità non è più vincolata finalisticamente a un effetto sul mercato comune alle necessità imposte da un fine della Comunità, bensì sarebbe derivato dalle nuove modalità che legittimavano l'adozione dell'atto europeo, da rinvenirsi nel "principio di sussidiarietà", interpretato in modo ascensionale e cioè come strumento in grado di trasferire la competenza dagli Stati membri alla Comunità, e nel "principio di proporzionalità", previsto dall'art. 5, par. 3, TCE, per il quale "l'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato".

Il principio della sussidiarietà, introdotto per la prima volta dall'Atto Unico europeo con riferimento alla sola politica ambientale⁵⁵, è assunto, con il Trattato di Maastricht, a parametro generale della competenza concorrente e presuppone che la competenza appartenga agli Stati membri, ma che questi, esercitando i loro poteri singolarmente, non possano assicurare una sufficiente realizzazione degli obiettivi di un'azione europea "a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione".

Il principio di proporzionalità, già da tempo un principio generale cardine dell'ordinamento comunitario, nell'esercizio di poteri sussidiari della Comunità, avrebbe limitato l'azione tanto delle Istituzioni europee, quanto quella degli Stati membri.

Il principio in questione avrebbe richiesto che nei settori in cui il legislatore comunitario dispone di un ampio potere discrezionale corrispondente alle responsabilità politiche che il Trattato gli attribuisce (competenze esclusive), solo il carattere manifestamente inidoneo di un provvedimento emanato possa inficiare la legittimità di un siffatto provvedimento⁵⁶.

Diversamente, negli altri campi (nei quali la competenza è assunta in via sussidiaria), il principio di proporzionalità avrebbe preteso che l'atto legislativo europeo fosse idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora fosse possibile una scelta fra più misure appropriate, si dovesse ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non dovessero essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti⁵⁷.

Il sistema appena descritto, con le sue diverse componenti, ha rappresentato l'estensione massima di competenza formalmente riconosciuta al livello europeo, dal momento che l'esercizio dei poteri legislativi assunti in via sussidiaria avrebbe comunque un effetto preclusivo nei confronti delle fonti statali, in quanto gli oggetti della concorrenza finirebbero con il ricadere nell'ambito dei poteri esclusivi della Comunità.

Non meraviglia, perciò, che questa situazione sia stata considerata come una vera e propria

⁵⁵ Art. 130 R, par. 4, AUE.

⁵⁶ Tribunale di primo grado, sentenza 5 giugno 1996, T-162/94, NMB *France/Commissione*.

⁵⁷ Dei due principi considerati, nonostante l'importanza attribuita alla sussidiarietà, quello che ha avuto una maggiore e sistematica applicazione giurisprudenziale è il principio di proporzionalità; la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul principio di sussidiarietà è ancora oggi molto limitata e scarsamente significativa. Cfr. S. MANGIAMELI, A. IACOVIELLO, *Art. 8 of Prot. (No. 2)*, in S. Mangiameli, H.J. Blanke (Eds.), *The Treaty on European Union*, cit. 1718 ss.

spogliazione della sovranità nazionale; tanto più che la produzione del diritto negli Stati membri è strettamente collegata a uno standard di democrazia molto alto, mentre le procedure legislative europee (artt. 251 e 252 TCE), pur profondamente innovate, per la presenza di un Parlamento europeo direttamente eletto a suffragio universale dai cittadini degli Stati membri, sono state accusate di essere poco democratiche⁵⁸.

Secondo questa critica il potere europeo, già particolarmente esteso, nelle forme assunte dal Trattato di Maastricht, sarebbe diventato illimitato soprattutto per le possibilità di intervento offerte dal principio di sussidiarietà, dal momento che la sussidiarietà di fatto poteva rendere il principio di attribuzione poco più di una clausola di stile, non in grado concretamente di limitare la competenza europea. Inoltre, il potere (legislativo) europeo si sarebbe identificato di fatto con una burocrazia europea politicamente non responsabile che concretamente legifererebbe e imporrebbe agli Stati membri la sua visione delle politiche previste dal Trattato; e toccherebbe, in particolare, le prerogative dei parlamenti nazionali, sede delle sovranità nazionali e della democrazia dei popoli europei. A questa situazione si cercò di reagire subito dopo l'adozione del Trattato di Maastricht e alcune correzioni furono inserite con il Trattato di Amsterdam del 1997.

Per quanto riguarda la sussidiarietà, che storicamente aveva finito con il rivestire un significato politico, il principio in questione venne dibattuto nelle Conferenze intergovernative del tempo⁵⁹, e con il Trattato di Amsterdam fu assunta la decisione di adottare un apposito protocollo (n. 30) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, nel tentativo di precisare l'applicazione e i limiti della sussidiarietà. Infatti, nel protocollo si affermava che "il principio di sussidiarietà non rimette in questione le competenze conferite alla Comunità dal trattato, come interpretato dalla Corte di Giustizia" e si aggiungeva che "la sussidiarietà è un concetto dinamico", per cui "essa consente che l'azione della Comunità, entro i limiti delle sue competenze, sia ampliata laddove le circostanze lo richiedano e, inversamente, ristretta e sospesa laddove essa non sia più giustificata".

Quanto, invece, ai parlamenti nazionali, sede della sovranità e della democrazia dei popoli europei, si è cercato di porre rimedio attraverso l'adozione con il trattato di Amsterdam di un Protocollo (n. 9) sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea, nel quale prendeva corpo un sistema di comunicazione a questi delle proposte degli atti europei e la possibilità offerta alle Commissioni degli Affari europei dei Parlamenti nazionali, per il tramite di una Conferenza (COSAC), di inviare alle Istituzioni europee "qualsiasi contributo che ritenga(no) utile sulle attività legislative dell'Unione, in particolare per quanto riguarda l'applicazione del principio di sussidiarietà, lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia nonché questioni relative ai diritti fondamentali".

⁵⁸ Si ricordano le perplessità espresse in merito al c.d. deficit democratico dal *Bundesverfassungsgericht* nella sentenza *Maastricht* del 12 ottobre 1993, in BVerfGE 89, 155.

⁵⁹ Consiglio europeo di Birmingham dell'ottobre 1992 e Consiglio europeo di Edimburgo del dicembre 1992

4. Il Trattato di Lisbona e il riparto delle competenze tra Unione europea e Stati membri.

Nelle fasi successive le vicende europee diventano alquanto contraddittorie. Spinte diverse e opposte si manifestano: per un verso, si richiede una più estesa democrazia europea e un riconoscimento più compiuto dei diritti fondamentali a livello sopranazionale; per l'altro, si contesta la dimensione raggiunta dalla legislazione europea, sia per quantità e dettaglio sia per ambito di regolamentazione. Così, accanto alle ipotesi di disegnare una democrazia e una costituzione europea, comincia a farsi strada un sentimento di contestazione verso il livello europeo e di rivendicazione dei poteri legislativi a favore degli Stati membri e di limitazione anche del ruolo politico delle Istituzioni europee. Anche la vicenda dell'allargamento dell'Unione, concretizzatasi il 1° maggio del 2004, mentre era in discussione il Trattato Costituzionale, non ha giovato all'approfondimento dei vincoli europei, quanto piuttosto ad alimentare una linea di confronto europea sul tema della limitazione dei poteri europei.

È poi noto che il processo di ratifica del TC si è interrotto per via dei referendum francese e olandese; che a questi eventi è seguito un "periodo di riflessione", durato sino alla Dichiarazione di Berlino del 25 marzo del 2007 (in occasione dei 50 anni dei Trattati di Roma), quando - sotto la presidenza di turno della Germania - riprese forza politica la necessità di rivedere i Trattati europei e l'accordo per questo obiettivo, raggiunto nel Consiglio europeo del 23 giugno 2007, portò alla stesura e alla sottoscrizione del Trattato di Lisbona (il 13 dicembre 2007)⁶⁰.

4.1. Il consolidamento delle regole sulla competenza.

Il Trattato di Lisbona, ovviamente, risente delle vicende storiche e del travaglio politico di quel tempo, e può dirsi che sia nato vecchio. Esso, infatti, non disegnava Istituzioni europee forti e non è risultato, perciò, in grado di fronteggiare la crisi economico-finanziaria che già al momento della sua entrata in vigore (il 1° dicembre 2009) cominciava a manifestarsi⁶¹.

Con riferimento al riparto delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri il Trattato di Lisbona conserva il sistema ereditato dal Trattato di Maastricht, apportando significative specificazioni e particolari limitazioni all'azione europea.

L'art. 5 TUE, nell'ambito delle Disposizioni comuni, riconsidera i caratteri del riparto delle competenze: secondo quest'articolo la delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione e il loro esercizio sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. I suddetti principi sono applicati dalle Istituzioni conformemente al

⁶⁰ Con specifico riferimento alla discussione che in questa fase ha avuto ad oggetto la nuova strutturazione del riparto delle competenze fra UE e Stati membri, v. P. COLASANTE, *Il riparto delle competenze fra Unione europea e Stati membri alla luce del Trattato di Lisbona*, in G. Marazzita (a cura di), *Il processo di integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona*, ESI, Napoli 2012, 65 ss.

⁶¹ Cfr. S. MANGIAMELI, *The European Union and the Identity of Member States*, in *L'Europe en formation*, Nice, Cife, hiver 2013.

protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità e i parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista nel protocollo⁶².

La definizione del principio di attribuzione è scritta con l'intento di precisare che questo è il criterio centrale della competenza e risulta espresso in modo enfatico nell'art. 5, par. 2, TUE⁶³ con un avverbio (esclusivamente) che ha un significato precedente analogo (espressamente) negli *Articles of Confederation*⁶⁴, il cui significato sarebbe stato l'esclusione dell'applicabilità della teoria dei poteri impliciti. Inoltre, la disposizione è stata completata dalla c.d. "clausola di residualità"⁶⁵, presente in diversi testi costituzionali a partire dal X emendamento alla Costituzione statunitense del 1789⁶⁶, la cui proclamazione ha un valore simbolico, mentre la sua efficacia concreta, nel delimitare i poteri federali, resta alquanto limitata⁶⁷.

La clausola sulla sussidiarietà e quella sulla proporzionalità sono espresse con le stesse parole con cui risultavano disciplinate nel TCE: la prima fa riferimento ai settori che non sono di competenza esclusiva dell'Unione e la seconda, anche per il carattere di principio generale dell'ordinamento europeo rivestito dal principio di proporzionalità, si riferisce a tutte le tipologie di atti legislativi e non legislativi adottati dall'Unione.

In ogni caso, il Trattato di Lisbona ha conservato la previsione della "clausola di flessibilità", la cui nuova formulazione è, però, ora frutto di un ripensamento alla luce del riparto delle competenze. Come si è detto, questa (nella formulazione dell'art. 235, prima, e dell'art. 308, TCE) ha consentito alla Comunità di adottare atti legislativi in assenza di un'esplicita base giuridica e non poche materie, che successivamente sono state introdotte nei Trattati, all'inizio sono state regolate con atti adottati in base alla clausola di flessibilità sui poteri impliciti, come la politica regionale, l'ambiente e la tutela dei consumatori.

Ora, proprio perché la clausola di flessibilità opera sul terreno della concorrenza (cioè: quando "un'azione dell'Unione appare necessaria ... senza che i trattati abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine", art. 352.1 TFUE) gli atti legislativi dell'Unione (adottati con una procedura legislativa speciale) rientrano nel quadro della procedura di controllo del principio di sussidiarietà e la Commissione "richiama l'attenzione dei parlamenti nazionali sulle proposte fondate" sulla predetta clausola (art. 325.2 TFUE). La qualcosa appare in linea

⁶² Si tratta della c.d. proceduralizzazione della sussidiarietà della quale sono investiti i parlamenti nazionali, che sarà subito oltre esaminata.

⁶³ "L'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti".

⁶⁴ Art. 2: "Each state retains its sovereignty, freedom, and independence, and every power, jurisdiction, and right, which is not by this Confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled"

⁶⁵ "Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri".

⁶⁶ "I poteri che la costituzione non attribuisce agli Stati Uniti né inibisce agli Stati, sono riservati ai singoli Stati o al popolo".

⁶⁷ S. MANGIAMELI, *La competenza europea, il suo esercizio e l'impatto sugli ordinamenti degli Stati membri*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo - L'esercizio delle competenze*, Milano 2006, 1 ss., 66

con l'evoluzione che ha avuto il principio di sussidiarietà nel Trattato di Lisbona con riferimento all'assetto della competenza concorrente e, a questa stregua, non sussisterebbe un vero cambiamento di disciplina della clausola di flessibilità nel Trattato sul funzionamento dell'UE, rispetto a quanto previsto in precedenza nel Trattato sulla Comunità europea.

Ciò che innova alla precedente disciplina della clausola di flessibilità sono i limiti di cui è circondato il potere in questione⁶⁸. Infatti, nel caso in cui le misure adottate dall'Unione, senza la previsione dei poteri d'azione da parte del Trattato, dovesse interessare i settori della "competenza complementare" (v. oltre), l'atto legislativo adottato non potrebbe "comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri" (art. 352.3 TFUE), giacché in tali casi l'armonizzazione è esclusa dai Trattati.

Ovviamente, poi, la clausola di flessibilità "non può servire di base per il conseguimento di obiettivi riguardanti la politica estera e di sicurezza comune" (art. 352.4 TFUE).

Infine, gli atti adottati in base alla clausola di flessibilità non possono pregiudicare l'applicazione delle procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle Istituzioni relative alla politica estera e di sicurezza comune, compresa la politica di difesa comune (art. 40.2. TUE).

4.2. I limiti, la tipologia e le enumerazioni delle competenze.

Con le disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (nuova denominazione del trattato sull'istituzione della Comunità europea che conserva il preambolo del 1957, senza alcuna modifica), per la prima volta il riparto delle competenze assume le caratteristiche costituzionali di un ordinamento di tipo federativo, anche se con importanti limitazioni come nel caso delle competenze sulla politica estera e di sicurezza comune (art. 2, par. 4, TFUE), compresa la politica di difesa comune, i cui svolgimenti seguono procedure intergovernative, e non federali, come risulta dall'art. 24 TUE, che ne affida la definizione e l'attuazione al Consiglio europeo e al Consiglio (con deliberazioni all'unanimità) ed esclude l'adozione di atti legislativi in questo settore⁶⁹.

Ciò si spiega benissimo con il ritardo storico con cui queste politiche, peculiari dell'idea stessa di federalismo, sono state considerate dagli Stati membri al fine di inserirle nell'ordinamento europeo.

⁶⁸ In commento alla nuova formulazione e alle differenze rispetto alla precedente, v. S. BARIATTI, *Articolo 352*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., 2551 ss.; H. SATZGER, *Artikel 352*, in R. Streinz (Hrsg.), *EUV – AEUV – Kommentar*, cit., 2622 ss.; M. ROSSI, *Artikel 352*, in C. Calliess, M. Ruffert (Hrsg.), *EUV – AEUV – Kommentar*, cit., 2731 ss.; M. GEISS, *Artikel 352*, in J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, cit., 2585 ss.

⁶⁹ Rispetto alla politica estera e di sicurezza comune, compresa la politica di difesa comune, l'esercizio delle competenze legislative dell'Unione è però salvaguardato dall'art. 40.1. TUE ("L'attuazione della politica estera e di sicurezza comune lascia impregiudicata l'applicazione delle procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle istituzioni previste dai trattati per l'esercizio delle competenze dell'Unione di cui agli articoli da 3 a 6 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea").

Inoltre, l'articolazione delle competenze e il linguaggio adoperato non sono animati da una spinta politica favorevole al livello europeo (com'era accaduto nella stesura del Trattato di Maastricht), quanto, invece, dall'intento di ridurre l'ingerenza europea nelle politiche pubbliche degli Stati membri.

Le tipologie di competenze attribuite all'Unione sono diverse e trattate in modo eterogeneo: le competenze esclusive, quelle concorrenti, quelle di coordinamento e le "azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri".

4.2.1. La competenza esclusiva.

Le competenze esclusive sono previste dall'art. 3 TFUE che elenca cinque settori: a) unione doganale; b) definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno; c) politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l'euro; d) conservazione delle risorse biologiche del mare nel quadro della politica comune della pesca; e) politica commerciale comune.

A queste si deve aggiungere la competenza estera dell'Unione europea per la conclusione di accordi internazionali, che è ricollegata alla previsione in un atto legislativo o alla necessità "per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata".

Come si vede ciò che è di esclusiva competenza dell'UE è alquanto limitato e rinvia alla tradizione più remota del sorgere dell'ordinamento europeo. Il regime giuridico della competenza esclusiva è espresso nell'art. 2.1 TFUE e, in base a questo, l'esclusività si sostanzia nel potere di disciplina legislativa del settore da parte dell'UE, ma non si esclude per questo un possibile intervento degli Stati membri. Questi, infatti, possono ancora legiferare nei settori di esclusiva competenza dell'UE "se sono autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione"⁷⁰.

4.2.2. La competenza concorrente (verticale).

Diversamente da quanto accade per la competenza esclusiva, nel riparto tra UE e Stati membri la competenza concorrente mantiene una considerevole estensione.

In primo luogo, l'art. 4.1 TFUE, afferma che "L'Unione ha competenza concorrente con quella degli Stati membri quando i trattati le attribuiscono una competenza che non rientra nei settori di cui agli articoli 3 e 6", adottando così una definizione residuale: ciò che non rientra nella competenza esclusiva e neppure nelle azioni di sostegno, coordinamento e

⁷⁰ Da queste caratteristiche A. D'ATENA, *Modelli federali e sussidiarietà*, cit., 64, deduce che tale competenza "a ben vedere esclusiva non è (o, almeno, non è sino in fondo)", poiché gli Stati membri sarebbero titolari di un'autonomia (e non necessitante delega) e propria competenza di attuazione. Nello stesso senso, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova 2010, 102.

completamento, è competenza concorrente. Tanto più che per alcuni settori di competenza i Trattati si astengono dal dare una precipua definizione.

In secondo luogo, l'art. 4.2. contiene una ricca enumerazione di settori (ben 11), che non esauriscono la competenza concorrente, ma ne costituiscono i "principali" settori⁷¹.

L'enumerazione, perciò, non ha un carattere tassativo, ma semplicemente ricognitivo. Essa non delimita l'estensione della competenza concorrente e altri settori predeterminati dai Trattati e non predeterminati da questi vi rientrano.

In via di principio, la concorrenza europea implica che l'esercizio della competenza da parte dell'Unione comporta una preclusione per le fonti degli Stati membri (concorrenza verticale). Sicché, "gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria"; e "gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria" (art. 2, par. 2, TFUE).

Tuttavia, le "regole generali" sulla competenza, da sole, non spiegano per intero lo spazio della concorrenza europea che, pur invariato rispetto a *Maastricht*, risulta adesso punteggiato da una serie di limiti e riserve a favore dello Stato membro, per cui la concorrenza dei poteri non si presta ad una considerazione di carattere unitario.

Di conseguenza, ubbidendo al principio che "la portata e le modalità d'esercizio delle competenze dell'Unione sono determinate dalle disposizioni dei trattati relative a ciascun settore" (art. 5, par. 6, TFUE), bisognerà guardare alla disciplina dei Trattati per i singoli settori, per definire nel dettaglio i caratteri della concorrenza.

Inoltre, l'esercizio delle competenze concorrenti dell'UE è subordinato al rispetto del principio di sussidiarietà (art. 5.3 TUE), il quale è in grado di determinare conseguenze sugli atti adottati in un duplice senso, grazie alle disposizioni del Protocollo no. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato al TUE, che prevede la possibilità che la corretta applicazione degli stessi principi sia oggetto sia di un controllo (di natura politica) *ex ante* sia di un controllo (di natura giudiziaria) *ex post*.

Dal primo punto di vista, le disposizioni del Protocollo realizzano la c.d. proceduralizzazione del principio di sussidiarietà, giacché, nell'ambito del procedimento legislativo, viene previsto un "sub-procedimento" volto alla verifica *ex ante* del rispetto del medesimo principio, il c.d. *early warning system*. Tale controllo ha come protagonisti i Parlamenti nazionali degli Stati membri.

Infatti, sul presupposto che "i progetti di atti legislativi sono motivati con riguardo ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità (e che) ogni progetto di atto legislativo dovrebbe essere accompagnato da una scheda contenente elementi circostanziati che consentano di

⁷¹ a) mercato interno, b) politica sociale, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato, c) coesione economica, sociale e territoriale, d) agricoltura e pesca, tranne la conservazione delle risorse biologiche del mare, e) ambiente, f) protezione dei consumatori, g) trasporti, h) reti transeuropee, i) energia, j) spazio di libertà, sicurezza e giustizia, k) problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato.

valutare il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità” (Art. 5 del Prot. No. 2), a ciascuno dei parlamenti nazionali o a ciascuna camera di uno di questi parlamenti è data facoltà (entro otto settimane dalla data di trasmissione di un progetto di atto legislativo), di “inviare ai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione un parere motivato che espone le ragioni per le quali ritiene che il progetto in causa non sia conforme al principio di sussidiarietà” (art. 6, comma 1, Prot. No. 2).

All’invio di questi pareri possono, peraltro, partecipare anche i parlamenti regionali con poteri legislativi, ma spetta all’ordinamento interno di ciascuno Stato membro stabilire se ciò possa avvenire e, soprattutto, con quali effetti (vincolanti o meno) rispetto all’espressione della volontà del Parlamento nazionale o di una sua singola Camera (art. 6, comma 1, ult. Periodo, Prot. No. 2). A questo proposito, va incidentalmente osservato che vi sono casi di Stati membri a struttura regionale/federale che hanno dato notevole risalto al ruolo dei Parlamenti regionali con poteri legislativi (v., ad esempio, i casi del Belgio e della Spagna)⁷².

L’art. 7 dello stesso Protocollo stabilisce le conseguenze che da questo controllo *ex ante* possono derivare sull’iter legislativo⁷³. Infatti, vi sono effetti diversi a seconda che i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà da parte di un progetto di atto legislativo rappresentino (1) meno di 1/3; (2) almeno 1/3 (c.d. “cartellino giallo”); (3) la maggioranza semplice dei voti attribuiti ai Parlamenti nazionali (c.d. “cartellino arancione”). I voti dei Parlamenti nazionali sono due per ognuno di essi (entrambi all’unica Camera, se lo Stato membro ha un sistema monocamerale; uno per ogni Camera, se si tratta di un sistema bicamerale). Non è stata, invece, recepita nel Protocollo la proposta del meccanismo del c.d. “cartellino rosso”. Meccanismo, questo, la cui attivazione sarebbe stata subordinata al raggiungimento della soglia dei 2/3 dei voti e che avrebbe comportato l’obbligo di ritiro del progetto da parte della Commissione.

Se i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà da parte di un progetto di atto legislativo rappresentano meno di 1/3 dei voti attribuiti in totale ai Parlamenti nazionali, vi è solo l’obbligo – per le Istituzioni o gli Stati membri proponenti – di “tenerne conto”.

Invece, ai sensi del par. 2, comma 1, dell’art. 7 del Protocollo, “qualora i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà da parte di un progetto di atto legislativo rappresentino *almeno un terzo* dell’insieme dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali (...), il progetto deve essere riesaminato”. Si tratta del meccanismo del c.d. *cartellino giallo*, peraltro attivabile con una soglia inferiore di voti (almeno 1/4), nel caso in cui la proposta di atto legislativo sia stata presentata sulla base dell’art. 76 TFUE, in materia di cooperazione giudiziaria e di polizia (art. 7, par. 2, comma 1, ult. parte, del Protocollo).

⁷² Per un’approfondita disamina di tutte le procedure previste a tal uopo negli Stati membri dotati di Parlamenti regionali con poteri legislativi, v. S. MANGIAMELI, H.-J. BLANKE, *Art. 6 of Prot. No. 2*, in H.-J. Blanke, S. Mangiameli (Eds.), *The Treaty on European Union*, cit., 1669 ss.

⁷³ In merito, si rinvia altresì a S. MANGIAMELI, P. COLASANTE, *Art. 7 of Prot. No. 2*, in H.-J. Blanke, S. Mangiameli (Eds.), *The Treaty on European Union*, cit., 1710 ss.

Infine, il meccanismo del c.d. “cartellino arancione” scatta quando “i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà da parte di una proposta di atto legislativo rappresentino almeno la *maggioranza semplice* dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali” (art. 7, par. 3, comma 1).

Anche per il c.d. cartellino arancione vi è l’obbligo di riesame del progetto di atto legislativo, che, però, è espressamente previsto solo in capo alla Commissione, la quale – al termine del riesame – può decidere di mantenere la proposta, di modificarla o di ritirarla (par. 3, comma 1, ult. parte). E, “qualora scelga di mantenerla, la Commissione spiega, in un parere motivato, perché ritiene la proposta conforme al principio di sussidiarietà”. In ogni caso “tale parere motivato e i pareri motivati dei parlamenti nazionali sono sottoposti al legislatore dell’Unione affinché ne tenga conto”. Quest’ultimo obbligo non sembra distanziarsi molto da quello previsto nel meccanismo del cartellino giallo.

Ciò che invero differenzia le due procedure è, quindi, quanto previsto per le fasi successive a quella dell’iniziativa nelle lett. a) e b) del par. 3 dell’art. 7. In primo luogo, il legislatore dell’Unione (Parlamento europeo e Consiglio), prima della conclusione della prima lettura, “esamina la compatibilità della proposta legislativa con il principio di sussidiarietà, tenendo particolarmente conto delle ragioni espresse e condivise dalla maggioranza dei parlamenti nazionali, nonché del parere motivato della Commissione” (lett. a).

Inoltre, la lett. b) introduce la possibilità che uno dei due co-legislatori europei possa bloccare definitivamente la proposta per contrarietà al principio di sussidiarietà. In particolare, “se, a maggioranza del 55% dei membri del Consiglio o a maggioranza dei voti espressi in sede di Parlamento europeo, il legislatore ritiene che la proposta non sia compatibile con il principio di sussidiarietà, la proposta legislativa non forma oggetto di ulteriore esame”.

E’ bene rilevare che il c.d. cartellino arancione non è mai scattato, mentre il c.d. cartellino giallo ha ricevuto due applicazioni⁷⁴.

La scarsa (o nulla, nel caso del c.d. cartellino arancione) attivazione dei meccanismi di controllo *ex ante* del principio di sussidiarietà non sembra imputabile a un reale soddisfacimento degli Stati membri circa l’applicazione europea del principio di sussidiarietà, se solo si pensa che le Dichiarazioni di Nizza e di Laeken, da cui è nato il dibattito sull’istituzione della procedura di controllo in parola, avevano rilevato la necessità di implementare meccanismi che evitassero il persistente ampliamento strisciante delle competenze europee. Sembra allora più realistico pensare che la mancata attivazione sia stata

⁷⁴ Nel primo caso, ha riguardato la “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) e l’azione congiunta dei Parlamenti nazionali ha determinato il ritiro della medesima da parte della Commissione. Nel secondo – e più recente – caso, il meccanismo è scattato in relazione alla “proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea” (COM (2013) 534) e la Commissione deve ancora formulare la propria determinazione in merito.

soprattutto dovuta all'inadeguatezza del sistema di coordinamento interparlamentare⁷⁵ (la cui principale concretizzazione è costituita dalla COSAC⁷⁶) e ai tempi ristretti entro cui i Parlamenti dovrebbero agire (otto settimane)⁷⁷, oltre che a una verosimile scarsa fiducia dei Parlamenti nazionali circa l'efficacia di questo rimedio.

4.2.3. La competenza concorrente (orizzontale).

A prescindere da quanto detto, i paragrafi 3 e 4 del medesimo articolo 4 indicano già altri settori che devono essere considerati necessariamente di competenza concorrente, ma per i quali valgono alcune limitazioni di disciplina. Negli ambiti considerati dal paragrafo 3 (ricerca, sviluppo tecnologico e spazio), l'Unione avrebbe la "competenza per condurre azioni, in particolare la definizione e l'attuazione di programmi, senza che l'esercizio di tale competenza possa avere per effetto di impedire agli Stati membri di esercitare la loro". Nel paragrafo 4, poi, vengono in discussione i settori "della cooperazione allo sviluppo e dell'aiuto umanitario", rispetto ai quali l'Unione avrebbe la "competenza per condurre azioni e una politica comune, senza che l'esercizio di tale competenza possa avere per effetto di impedire agli Stati membri di esercitare la loro".

In questi casi, perciò, i trattati prevedono una "concorrenza orizzontale" tra il potere di disciplina delle materie considerate da parte degli Stati membri e l'intervento consentito all'Unione in queste. L'atto giuridico con cui l'Unione interviene, ancorché vincolante per gli Stati membri, non preclude l'intervento delle loro fonti; semmai qui, come negli altri casi in cui la concorrenza è orizzontale, a dirimere le eventuali antinomie tra le norme, interviene il "principio di leale cooperazione", per il quale "l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati" (art. 4.3. TUE)⁷⁸.

In particolare, in forza di questo principio sulla legislazione degli Stati membri gravano alcuni obblighi previsti espressamente dai Trattati, e cioè: adottano *ogni misura* "conseguente agli atti delle istituzioni dell'Unione", "facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti

⁷⁵ Nello stesso senso si esprime P. STANCANELLI, Art. 5, in C. Curti Gialdino (a cura di), Codice dell'Unione Europea operativo, Simone 2012, 90.

⁷⁶ Conferenza degli organismi specializzati negli affari comunitari ed europei dei Parlamenti dell'Unione europea. Sulla COSAC e in generale sul coordinamento interparlamentare, v. C. STORINI, *La difficile parlamentarizzazione dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, 257 ss.

⁷⁷ Profilo, questo, sottolineato anche da P. BURJÄGER, *La via procedurale alla sussidiarietà: la partecipazione dei Parlamenti nazionali e delle assemblee regionali nel Trattato di Lisbona e i relativi problemi*, in *Il Trattato di Lisbona e le Regioni: il controllo di sussidiarietà*, a cura di J. Woelk e P. Bußjäger, 51 ss., 55.

⁷⁸ H.-J. BLANKE, Article 4 – *The Relations Between the EU and the Member States*, in H.-J. Blanke, S. Mangiameli (Eds.), *The Treaty on European Union (TEU) – A Commentary*, cit., 185 ss.

e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione".

4.2.4. La competenza "complementare".

L'art. 6 TFUE introduce un terzo tipo di competenza dell'Unione europea, senza definirlo, che è stata qualificata come "complementare"⁷⁹. Si tratta dello svolgimento di "azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri".

Per i settori interessati, che sono sette ed enumerati espressamente («a) tutela e miglioramento della salute umana, b) industria, c) cultura, d) turismo, e) istruzione, formazione professionale, gioventù e sport, f) protezione civile, g) cooperazione amministrativa»), la competenza dell'Unione è sottoposta dall'art. 2.5 TFUE a una doppia limitazione: in primo luogo, lo svolgimento dell'azione europea non può sostituirsi alla competenza degli Stati membri nei settori considerati; in secondo luogo, "gli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione adottati in base a disposizioni dei trattati relative a tali settori non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri".

Come si vede, anche in questo caso potremmo dire di essere in presenza di una concorrenza orizzontale tra Unione e Stati membri, solo che i confini di azione dell'Unione, oltre a essere definiti dai verbi: "sostenere", "coordinare" e "completare", rispetto ai poteri di disciplina dei settori considerati che spettano agli Stati membri, sono ulteriormente marcati dalla circostanza che la normativa europea non può determinare un'armonizzazione delle legislazioni statali. Questi settori, infatti, non possono essere inseriti in un processo di uniformità legislativa e, pur interessando le loro vicende il livello europeo, i Trattati dispongono espressamente una salvaguardia della differenziazione nazionale. Altrimenti detto, i settori della competenza complementare potrebbero essere intesi come settori che caratterizzano l'identità di ciascun Stato membro, in quanto tale, tutelata direttamente dall'art. 4.2. TUE.

4.2.5. La concorrenza orizzontale nelle politiche economiche, occupazionali e sociali.

Infine, anche nel caso dell'art. 5 TFUE, ovviamente, si trovano ambiti di competenza concorrente, sia pure intesa in senso lato e con una disciplina diversa da quella espressa dai Trattati per la competenza concorrente in senso stretto. Anche in questa ipotesi siamo in presenza di una "concorrenza orizzontale" tra il potere attribuito all'Unione e la competenza degli Stati membri.

⁷⁹ F. Caruso, *La disciplina dell'esercizio delle competenze di Stati membri ed Unione nel Trattato di Lisbona*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 943.

Nell'articolo 5 sono richiamati: le politiche economiche, l'euro, le politiche occupazionali e le politiche sociali. Per questi ambiti, il cui rilievo è enorme, l'estensione del potere concorrente dell'UE è determinata in modo puntuale. L'Unione europea non è indicata come il livello di coordinamento, in quanto sono gli Stati membri che "coordinano le loro politiche economiche nell'ambito dell'Unione"; al livello europeo (al Consiglio) compete l'adozione di "misure", e cioè di una disciplina di carattere modale sulla cui base gli Stati membri effettuano il loro coordinamento. In alcune ipotesi, poi, sono indicate alcune specificazioni sulle c.d. "misure", come "gli indirizzi di massima"; gli "orientamenti"; e le "disposizioni specifiche" (per gli Stati membri la cui moneta è l'euro), le quali sono in grado di delimitare efficacemente l'esercizio dei poteri europei, in quanto indicano il contenuto stesso della misura che l'Unione può adottare.

La scelta di prevedere solo una disciplina modale, come competenza dell'Unione, per le politiche economiche, occupazionali e sociali degli Stati membri, anche se altre lacune si possono ravvisare nella politica monetaria e in quella fiscale, fa comprendere quanto poco lungimiranti siano stati i governi degli Stati membri nel prevedere i poteri che avrebbero dovuto mettere insieme nel livello europeo, onde fare fronte alla crisi economica e finanziaria che, nello stesso tempo dell'entrata prevista dal Trattato di Lisbona, si abbatteva sull'Europa, cogliendola profondamente impreparata⁸⁰.

5. L'esperienza della concorrenza europea.

L'ordinamento europeo è stato sin dall'inizio un sistema di relazioni tra Istituzioni comuni, Stati membri e cittadini. Questo sistema di relazioni, una volta definita la capacità di integrazione del diritto comune e la sua prevalenza sul diritto nazionale, ha dato luogo a continui aggiustamenti delle competenze, che si sono avuti in via di fatto, attraverso le clausole sull'esercizio dei poteri, contenute nei trattati, e con l'adeguamento del riparto delle competenze alle esigenze politiche che si sono nel tempo, via via, manifestate. Questo modo di procedere difficilmente cambierà; ancora di recente, a proposito del contrasto alla crisi economica e dei poteri conferiti in particolare alla Commissione di formulare raccomandazioni sulla politica di bilancio degli Stati membri, si è ampiamente discusso se alcuni atti normativi dell'Unione avessero una base sufficientemente sicura nei Trattati.

Dal complicato intreccio tra prassi, acquisizioni politiche e poteri codificati si ricava il convincimento che l'ordinamento europeo non sia immediatamente confrontabile, non solo con un ordinamento statale tradizionale, ma anche con uno Stato federale. Il suo diritto per quanto sia capace di prevalere sul diritto statale, non è mai dotato di quella pienezza che il potere federale da tempo ormai conosce. Ciò ha comportato una maggiore estensione dei poteri concorrenti con una variegata tipologia. Infatti, la competenza concorrente, in via di

⁸⁰ In merito, sia consentito rinviare a S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere*, Relazione tenuta al XXVIII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, in www.rivistaaic.it, 4/2013.

principio consente meglio di ogni altro tipo di competenza di coniugare le esigenze dell'uniformità con quelle della differenziazione, le prime volte a realizzare la disciplina comune, le seconde in grado di soddisfare l'adattamento del diritto alle condizioni territoriale. In questo senso, la competenza concorrente in generale e quella europea in particolare va ascritta al novero degli strumenti con cui si realizza una forma del federalismo cooperativo (art. 4.3TUE).

Tuttavia, proprio la competenza concorrente, che esprime la flessibilità delle relazioni normative tra Istituzioni europee e Stati membri, anche con gradazioni differenti, che vanno dalla sostituzione della fonte statale con quella europea (concorrenza verticale), alla semplice previsione di misure e indirizzi di massima (concorrenza orizzontale), appare essere quella che genera una certa conflittualità all'interno del sistema europeo; in questa prospettiva, nella scrittura del Trattato di Lisbona si è cercato di disciplinare quanto più è possibile nel dettaglio il potere concorrente dell'Unione europea, apponendo una serie di limiti a questo, non superabili neppure attraverso il principio di sussidiarietà, nell'intento di salvaguardare meglio i poteri normativi degli Stati membri.

L'esperienza più recente ci ha mostrato come questa scelta sia stata poco opportuna e stia alla base di una serie di inconvenienti registratisi in occasione della crisi economica, facendo assumere proprio al riparto delle competenze concorrenti scritto nei Trattati europei un carattere di inadeguatezza rispetto alla mutevolezza delle situazioni storiche. Ciò è dimostrato in modo particolare dai vincoli imposti all'Unione con riferimento ai poteri concorrenti relativi alle politiche economiche, occupazionali e sociali e, soprattutto, alla costruzione del mercato interno, caratterizzato dalla contraddittorietà tra il potere concorrente verticale dell'Unione e le possibilità di deroga degli Stati membri⁸¹. Con il Trattato di Lisbona, infatti, il mercato interno (e non più comune) diventa una materia di competenza concorrente; la prima e la più importante tra quelle enumerate nell'art. 4.2 TFUE. Su questa competenza insiste anche una competenza esclusiva dell'Unione: la "definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno" (art. 3.1, lett. b, TFUE), che ne ritaglia una parte. Per il resto al mercato interno dovrebbe applicarsi, per intero, la disciplina della competenza concorrente: esercizio del potere europeo solo in via sussidiaria, e cioè solo se un obiettivo possa essere conseguito meglio a livello di Unione (art. 5.3 TUE), sottoposto al regime di controllo previsto dal protocollo n. 2 e con effetto di "concorrenza verticale", preclusivo per gli Stati membri di esercitare la loro competenza nella misura in cui l'Unione abbia esercitato la propria competenza e sino a quando non decida di cessare di esercitarla (art. 2.2 TFUE). In realtà, le misure relative al riavvicinamento delle legislazioni, poste alla base dell'instaurazione e del funzionamento del mercato interno (art. 114 TFUE), sono

⁸¹ V. Art. 26 TFUE (1. L'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati. // 2. Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati. // 3. Il Consiglio, su proposta della Commissione, definisce gli orientamenti e le condizioni necessari per garantire un progresso equilibrato nell'insieme dei settori considerati.).



disciplinate in modo da consentire la notifica di deroghe da parte degli Stati membri, sulle quali si apre la verifica della Commissione, “se esse costituiscano o no uno strumento di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata nel commercio tra gli Stati membri e se rappresentino o no un ostacolo al funzionamento del mercato interno” (Art. 114.6 TFUE), e la possibilità che “la Commissione o qualsiasi Stato membro può adire direttamente la Corte di giustizia dell’Unione europea ove ritenga che un altro Stato membro faccia un uso abusivo dei poteri contemplati dal presente articolo” (Art. 114.9 TFUE).

Il potere concorrente in un sistema di governo multilivello – almeno questa sembra essere il contributo che può trarsi dall’esperienza europea – dà i suoi frutti migliori in termini di flessibilità e adeguatezza delle competenze, se il concreto uso del potere è sottoposto a un accordo, che ha un carattere eminentemente politico, tra i titolari della competenza condivisa, piuttosto che se si prevede una disciplina dettagliata di limiti e vincoli del suo esercizio, che crea zone di competenza esclusiva per uno dei due titolari della competenza condivisa. Infatti, le competenze concorrenti appartengono a quella parte dei poteri legislativi che non possono avvantaggiarsi, per definizione, del principio di esclusività.