

EMANUELA PISTOIA

Limiti
all'integrazione
differenziata
dell'Unione
europea



EMANUELA PISTOIA Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea

ISBN 978-88-6611-686-8



9 788866 116868

€ 20,00



CACUCCI EDITORE
BARI

Volume pubblicato con il contributo del Centro di eccellenza in diritto europeo, Università Roma Tre e della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Teramo.

In copertina: Umberto Boccioni, *Forme uniche della continuità nello spazio*

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

— 24 —

EMANUELA PISTOIA

LIMITI
ALL'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA
DELL'UNIONE EUROPEA



CACUCCI
EDITORE
2018

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

Direzione

Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

Comitato scientifico

Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio,
Paolo Fois, Marc Jaeger, Diego J. Liñán Nogueras, Paolo Mengozzi,
Bruno Nascimbene, Mario Sarcinelli, Giuseppe Tesauro,
Christian Tomuschat, Gian Luigi Tosato, Claudio Zanghì

Comitato dei referees

Roberto Adam, Roberto Baratta, Franco Botta, Ruggiero Cafari Panico,
Andrea Cannone, Giovanni Cellamare, Gianluca Contaldi, Carmela Decaro,
Giuseppe Di Gaspare, Angela Di Stasi, Ugo Draetta, Italo Garzia,
Pietro Gargiulo, Edoardo Greppi, Roberto Mastroianni, Lina Panella,
Franca Papa, Nicoletta Parisi, Marco Pedrazzi, Piero Pennetta, Lucia S. Rossi,
Girolamo Strozzi, Michele Vellano, Gabriella Venturini, Gianfranco Viesti

I volumi pubblicati in questa Collana sono sottoposti a referaggio anonimo, con la sola eccezione di quelli caratterizzati dalla particolare autorevolezza scientifica o dalla specifica competenza dell'Autore nell'argomento trattato.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2018 Cacucci Editore - Bari

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

a papà e mamma, grazie

INDICE

INTRODUZIONE

1. Il <i>processo</i> di integrazione europea e le difficoltà tecniche del suo avanzamento	1
2. Il legame funzionale tra integrazione differenziata e <i>processo</i> di integrazione europea	4
3. Nozione di integrazione differenziata e distinzione tra differenziazione interna ed esterna all'ordinamento europeo	7
4. Considerazioni d'insieme sugli strumenti di differenziazione utilizzati nell'ordinamento dell'Unione	11
5. Esternalizzazione e integrazione differenziata: individuazione del relativo ambito di indagine	13
6. Obiettivi e piano dell'analisi	19

CAPITOLO I

LA DIFFERENZIAZIONE INTERNA ALL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE

Sezione I

I limiti di carattere materiale

1. Uniti negli obiettivi?	23
2. I limiti materiali applicabili allo strumento generalista della cooperazione rafforzata	27
3. La generale assenza di limiti materiali negli strumenti di differenziazione settoriali	31
4. Sull'esistenza di uno "zoccolo duro" non passibile di differenziazione	33

Sezione II

I limiti di carattere procedurale ed istituzionale

5. Il consenso alla differenziazione degli Stati membri che non ne usufruiscono	39
6. Il principio di apertura e la ricostruzione del diritto a rinunciare alla differenziazione	41

7. La disciplina della partecipazione al processo decisionale nel Consiglio	45
8. Il funzionamento unitario delle istituzioni non rappresentative degli Stati membri: punti di forza e debolezze	47
9. Limiti procedurali specifici della cooperazione rafforzata: l'attivazione "in ultima istanza"	50
10. Spazi per la differenziazione atipica in relazione all'Eurozona	53
10.1 La differenziazione atipica nei due pilastri dell'Unione bancaria (UBE)	53
10.2 La differenziazione atipica nella proposta di direttiva sulla <i>repatriation</i> del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance (TSCG)	57
10.3 La differenziazione atipica nella proposta di regolamento sulla <i>repatriation</i> del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità (TMES)	58
10.4 Un tentativo di valutazione complessiva	60

CAPITOLO II

LA DIFFERENZIAZIONE ESTERNA PREVISTA NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Sezione I

Il Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità (TMES)

1. Oggetto del TMES	65
2. Caratteri della differenziazione attuata tramite il TMES	66
2.1 La sfera soggettiva del TMES e le modalità della sua definizione	66
2.2 Il TMES e gli Stati UE estranei all'Eurozona	69
3. La scelta dell'esternalizzazione differenziata e i rapporti con le basi giuridiche presenti nei Trattati	70
4. I riflessi dell'esternalizzazione del Meccanismo	75
4.1 sul piano dell'applicabilità del diritto dell'Unione allo strumento istitutivo	75
4.2 sul piano dell'applicabilità del diritto dell'Unione, inclusa la Carta dei diritti fondamentali, alle attività del Meccanismo	78
4.3 sul piano istituzionale	84
4.4 sul ruolo della Corte di giustizia	92
5. Il valore della disposizione-cornice nei Trattati istitutivi	97

*Sezione II**I trattati serventi rispetto ad atti di diritto derivato*

6. L'accordo sul Tribunale unificato dei brevetti (TUB)	100
6.1 La collocazione nel pacchetto sul brevetto unitario e la conseguente differenziazione variabile	100
6.2 La scelta dell'esternalizzazione nonostante la disponibilità di basi giuridiche	104
6.3 La questione della compatibilità dell'Accordo TUB con i Trattati UE, alla luce del Parere 1/09 e di alcune sentenze della Corte di giustizia	108
7. L'accordo sul trasferimento e la messa in comune dei contributi al Fondo di risoluzione unico (TMC)	113
7.1 La complementarità dell'Accordo TMC rispetto al regolamento SRM e la differenziazione corrispondente tra i due strumenti	113
7.2 La scelta dello strumento intergovernativo per esercitare le competenze statali di esecuzione degli strumenti normativi "comunitari"	116

CAPITOLO III

LA DIFFERENZIAZIONE ESTERNA OCCASIONALE

*Sezione I**Il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance (TSCG)*

1. Oggetto del TSCG	119
2. Le tre differenziazioni realizzate tramite il TSCG	121
3. La scelta dell'esternalizzazione differenziata in luogo della modifica dei Trattati	124
4. La scelta di non utilizzare le norme sulla cooperazione rafforzata	127
5. La questione della compatibilità del TSCG con il diritto dell'Unione	134
5.1 I vincoli di compatibilità posti dal TSCG e la questione della loro applicabilità alla Carta sui diritti fondamentali	134
5.2 Il ruolo delle istituzioni dell'Unione, con particolare riferimento alla Commissione	136
5.3 L'impatto del Vertice euro sul ruolo delle istituzioni dell'Unione	138
5.4 I compiti attribuiti alla Corte di giustizia	140
6. Riflessi dell'esternalizzazione attuata dal TSCG sulle competenze della Corte di giustizia	142
7. L'obbligo di incorporare il TSCG nel diritto dell'Unione europea	143

*Sezione II**Il Trattato di Prüm*

8. L'oggetto del Trattato	145
9. La scelta di ignorare le basi giuridiche presenti nei Trattati a favore di un trattato internazionale	147
10. La scelta di ignorare la cooperazione rafforzata	150
11. La questione della conformità del Trattato di Prüm al diritto dell'Unione europea, tra clausole di subordinazione ed elusione di procedure interne	152

CONCLUSIONI

1. Risultati dell'analisi e futuro dell'Unione	157
2. Prospettive future e facilità di accesso ai procedimenti di differenziazione	158
3. Prospettive future e libertà di scelta tra differenziazione interna ed esterna	160
4. Dubbi sulla libertà di scelta finora prevalsa	161
5. Argomenti a favore della scelta della cooperazione rafforzata	164
6. Ultime considerazioni sui diversi metodi nei futuri scenari di differenziazione	166

BIBLIOGRAFIA	169
--------------	-----

INTRODUZIONE

1. Il *processo* di integrazione europea e le difficoltà tecniche del suo avanzamento

L'Unione europea, così come le Comunità economiche che l'hanno preceduta, si caratterizza per una connotazione dinamica sconosciuta tanto alle organizzazioni internazionali quanto alle formazioni statali. I trattati istitutivi non solo, infatti, possono essere modificati come tutti i trattati internazionali e come anche è usuale per molte, o molta parte delle, costituzioni degli Stati, prevedendo anzi allo scopo procedure determinate, ma precisano nel preambolo di collocarsi nell'ambito di un *processo*, del quale costituiscono una tappa. L'obiettivo politico *del processo* è dichiarato fin dal Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE): la creazione di "una unione sempre più stretta fra i popoli europei". Lo si afferma nel preambolo del Trattato di Roma istitutivo della CEE, lo si ribadisce nel Trattato di Maastricht istitutivo dell'Unione europea – il quale è stato notoriamente in vigore parallelamente al Trattato di Roma fino alla "riforma di Lisbona" del 2007, sicché per quasi due decenni l'obiettivo suddetto è stato perseguito in parallelo a mezzo di due trattati diversi –, lo si ripete ancora in ambedue gli epigoni di questi due trattati che sono il frutto della predetta riforma: lo stesso Trattato sull'Unione europea e il Trattato sul suo funzionamento¹. L'esistenza di un *processo* di integrazione europea traspariva già dal preambolo del Trattato istitutivo della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA), che seppure in maniera assai vaga ne delineava anche l'obiettivo in termini giuridici: la creazione "di istituzioni capaci di orientare il destino ormai comune". Assolutamente esplicita sui termini giuridici dell'obiettivo finale era invece la Dichiarazione Schuman che ha avviato la creazione della CECA: la costituzione di una Federazione europea. Questo obiettivo politico ideale del pro-

¹ È doveroso precisare che il Trattato di Roma, istitutivo della CEE, e il Trattato di Maastricht, istitutivo dell'Unione europea, tecnicamente sono ancora in vigore: sono i due Trattati su cui si fonda l'Unione europea a seguito della riforma di Lisbona – il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e il Trattato sull'Unione europea – cui (peraltro solo nel primo caso) è stata cambiata la denominazione. Ci si è riferiti a tali trattati come agli epigoni dei primi perché in effetti determinano un cambiamento profondo della struttura organizzativa dell'Unione.

cesso di integrazione non è mai comparso in atti vincolanti, neppure nella bozza di Trattato nota come “Progetto Spinelli”, lanciata senza successo dal Parlamento europeo nel 1984 sotto l’impulso di personalità di dichiarata ispirazione federalista². Esso non è minimamente menzionato nella Dichiarazione di Roma del 2016, con cui i Capi di Stato e di governo hanno considerato il futuro dell’Unione nell’anniversario dei sessant’anni dai Trattati di Roma. Quella Dichiarazione si caratterizza in verità per l’orizzonte temporale assai ridotto (“In the ten years to come...”) e per il conseguente carattere contingente degli obiettivi; nel passaggio in cui sembra accennare a un futuro più lontano, essa parla di “Europe” in modo generico, cosa che peraltro non sembra casuale vista l’attuale eterogeneità di vedute tra Stati membri³. Nonostante l’obiettivo della transizione verso una federazione non costituisca in alcun modo oggetto di obblighi e a scanso di equivoci neppure sia nominato, il modello federale è necessariamente il punto di arrivo ideale del processo evolutivo in cui si incardinano i Trattati.

Ci si è soffermati sull’elemento dinamico che caratterizza i Trattati sull’integrazione europea perché storicamente e a tutt’oggi esso sembra la chiave di lettura preferibile della c.d. integrazione differenziata. Quest’ultima si è infatti affermata a seguito del diverso atteggiamento degli Stati membri verso il *processo*: ancorché tutti ne siano parte, talvolta non ne condividono i modi e/o i tempi di avanzamento.

Una certa asimmetria tra partecipazione al processo e adesione alle concrete modalità e ai tempi dello stesso è emersa fin dall’istituzione della CEE, nel 1957. Il Trattato di Roma stabilisce infatti diverse deroghe, che rappresentano senz’altro forme di integrazione differenziata limitate come ambito ma rilevanti come impatto economico, a favore di vari Stati⁴. Ad esempio, seppure sotto il controllo delle nuove istituzioni comunitarie, la Francia ha potuto continuare ad applicare gli aiuti all’esportazione e le tasse speciali all’importazione esistenti nella zona del franco, in deroga alle norme sull’Unione doganale⁵; il Lussemburgo, “in ragione della particolare situazione della sua agricoltura”, ha potuto mantenere le restrizioni quantitative all’importazione di certi prodotti e applicare, nei rapporti con i Paesi Bassi e il Belgio, il regime previsto dalla Convenzione di Unione economica belgio-lussemburghese del 1921⁶; per un certo numero di anni la Repubblica federale tedesca ha beneficiato di un esonero dall’applicazione delle norme sui dazi esterni con riferimento all’importazione di banane⁷; per un periodo transitorio precisamente cadenzato l’Italia e

² Progetto di Trattato che istituisce l’Unione europea, approvato dal Parlamento europeo con risoluzione del 14 febbraio 1984, in *GUCE* C77/33, 19.3.1984. Sulla genesi, i contenuti e gli esiti del Progetto si veda, per tutti, B. OLIVI, *L’Europa difficile. Storia politica dell’integrazione europea 1948-2000*, Bologna, 1993 (n.e. 2000), pp. 238-252.

³ Ci si riferisce all’ultima frase della Dichiarazione: “Europe is our common future”.

⁴ Un’analisi di tali deroghe è in D. HANF, *Flexibility Clauses in the Founding Treaties, from Rome to Nice*, in B. DE WITTE, D. HANF, E. VOS (eds.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerpen, 2001, pp. 5-9. Una disamina delle differenziazioni tra gli Stati membri ammesse nei trattati sull’integrazione europea fino al Trattato di Maastricht è in F. TUYTSCHAEVER, *Differentiation in European Union Law*, Oxford, 1999, pp. 7-23.

⁵ Protocollo relativo a talune disposizioni riguardanti la Francia, art. I.

⁶ Protocollo concernente il Granducato del Lussemburgo, art. 1.

⁷ Protocollo relativo al contingente tariffario per le importazioni di banane.

i Paesi del Benelux hanno usufruito di deroghe, peraltro diverse tra loro, rispetto all'applicazione dei dazi esterni sulle importazioni di caffè verde⁸.

Nel prosieguo ha rilevato che l'elemento dinamico dell'integrazione europea, oltre a non tradursi in obblighi di carattere generale⁹ – in particolare non vi corrisponde l'obbligo di considerare la modifica dei Trattati –, non si riflette nella predisposizione di procedure semplificate di modifica degli stessi. Quelle per la prima volta introdotte con il Trattato di Lisbona non sono tali sotto il profilo essenziale della presenza del consenso di tutti gli Stati membri, il quale è richiesto in ogni caso¹⁰. Posto che anche l'adozione di nuovo diritto secondario contribuisce all'avanzamento del processo di integrazione, a questo proposito valgono considerazioni in parte simili. Com'è noto, la regola dell'unanimità nel voto del Consiglio avrebbe dovuto essere in gran parte eliminata alla fine del periodo transitorio a favore della regola della maggioranza¹¹ la quale, oltre a superare le logiche intergovernative delle organizzazioni internazionale classiche, rispecchia il dinamismo tipico dell'integrazione europea. È altrettanto noto che il c.d. compromesso del Lussemburgo, del 1966, ha in effetti neutralizzato questo passaggio, imponendo la prassi del *consensus* in tutti i settori. Successivamente, l'Atto unico europeo del 1986 ha stabilito la regola della maggioranza in molte materie, rivitalizzando una linea evolutiva in seguito portata ulteriormente avanti con il Trattato di Maastricht del 1992 e con il Trattato di Lisbona del 2008; il compromesso del Lussemburgo, di natura politica, è caduto in disuso. Allo stesso tempo però, nel Consiglio si è consolidata la prassi di scongiurare il dissenso e addirittura di evitare il voto. Sono poi stati introdotti nei Trattati alcuni meccanismi specifici che impediscono o rendono più difficoltosa l'adozione di una decisione a maggioranza anche quando sarebbe possibile: vi sono alcuni meccanismi di blocco del voto molto simili al compromesso del Lussemburgo¹² e la Dichiarazione n. 7, che assicura la presenza di un'ampia base di accordo nel Consiglio. Secondo alcuni,

⁸ Protocollo relativo al contingente tariffario per le importazioni di caffè verde.

⁹ Proprio il *processo* di integrazione giustifica invece l'esistenza, talvolta, di obblighi specifici. Restando per il momento sull'esempio del Protocollo sul Granducato del Lussemburgo, il suo art. 1 imponeva a questo Stato di adottare "tutte le misure di ordine strutturale, tecnico ed economico, atte a consentire la progressiva integrazione dell'agricoltura lussemburghese nel mercato comune". Le deroghe a favore del Lussemburgo, temporanee, potevano inoltre essere abolite o modificate dal Consiglio operante a maggioranza, su proposta della Commissione.

¹⁰ Gli Stati potrebbero autonomamente prevedere procedure costituzionali più snelle per la formazione del loro consenso.

¹¹ Per la precisione, era stabilito che il passaggio dall'unanimità alla maggioranza avvenisse talvolta alla fine della prima tappa (per es. l'art. 101, sull'eliminazione delle distorsioni della concorrenza sul mercato comune derivanti dalla disparità tra disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri), talvolta dopo le prime due tappe (per es. l'art. 111 sull'uniformazione della politica commerciale comune, anche a mezzo di accordi tariffati con Stati terzi e l'art. 112 sull'armonizzazione del regime di aiuti). Sul passaggio dall'unanimità alla maggioranza nel quadro del Trattato di Roma cfr. G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2016, VIIed., p. 120.

¹² Si tratta dell'art. 31, par. 2, ult. co. TUE, in tema di PESC; dell'art. 48, co. 2, TFUE, in tema di sicurezza sociale; dell'art. 82, par. 3 TFUE, in tema di adozione di norme minime volte a facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie; dell'art. 83, par. 3 TFUE, in tema di ravvicinamento delle legislazioni penali sostanziali. Questi meccanismi sono informalmente denominati "freni di emergenza".

per di più, la natura politica del compromesso del Lussemburgo, che ha carattere generale, ne rende possibile la riutilizzazione in qualsiasi momento¹³. In ogni caso, per prassi il Consiglio continua a deliberare per *consensus* ancorché sia disponibile un nuovo metodo per la formazione della maggioranza qualificata. Sotto il profilo del dinamismo decisionale, insomma, l'avanzamento del processo di integrazione si scontra con la necessità di procedere con il consenso di tutti gli Stati membri anche nell'adozione del diritto derivato, dove questa necessità ha carattere non giuridico ma politico.

2. Il legame funzionale tra integrazione differenziata e *processo di integrazione europea*

È in questo quadro che ha preso piede l'integrazione differenziata, la quale consente agli Stati membri di partecipare in gradi diversi al processo di integrazione pur restandone parte a pieno ed eguale titolo.

Molti hanno evidenziato il legame tra le fortune dell'integrazione differenziata nell'Unione europea e l'andamento orizzontale del processo. In effetti, l'aumento del numero degli Stati membri e della loro eterogeneità in termini di bagaglio storico, politico e culturale, oltre che di caratteristiche socio-economiche, ha moltiplicato le visioni sull'agenda dell'Organizzazione comune e sulla sua evoluzione futura. Guardando al concreto dipanarsi del processo di integrazione europea, è stato sottolineato come il dibattito politico sulla differenziazione ha avuto inizio in coincidenza con l'ingresso nell'Unione del Regno Unito, il cui governo immediatamente bloccò l'armonizzazione della legislazione bancaria e frenò lo sviluppo di un diritto societario europeo a causa della pretesa appartenenza di questi temi alle distinte culture giuridiche nazionali¹⁴. Inoltre, il motivo per cui il meccanismo generalista di differenziazione introdotto con il Trattato di Amsterdam – la cooperazione rafforzata – è stato di lì a poco potenziato è stato l'imminente crescita esponenziale, pari quasi al raddoppio, del numero di Stati membri, che è poi effettivamente avvenuta con gli allargamenti del 2005 e del 2007¹⁵. D'altro canto, però, decisivo per il crescente successo dell'integrazione differenziata non sembra essere stato l'allargamento orizzontale di per sé. La maggior parte delle espressioni di quel successo è dovuto a Stati da tempo membri dell'Unione e con riferimento a evoluzioni propugnate da Stati anch'essi non nuovi. Si pensi agli accordi di Schengen, all'Unione economica e mo-

¹³ R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2016, IVed., p. 71.

¹⁴ V. J.-V. LOUIS, *Post Scriptum: From Differentiation to the "Avant-Garde"*, in B. DE WITTE, D. HANF, E. VOS (eds.), *The Many Faces*, cit., p. 379. Le posizioni del Regno Unito hanno continuato ad alimentare il dibattito sull'integrazione differenziata nel corso dei decenni tanto che, secondo B. DE WITTE, *The future of variable geometry in a post-Brexit European Union*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 154, l'abbandono dell'ideale unità dell'ordinamento UE è stato ampiamente dovuto alle posizioni "dissociazioniste" di volta in volta assunte dai vari governi britannici.

¹⁵ Significative sul punto le considerazioni della *Independent Commission for the Reform of the Institutions and Procedures of the Union* (ICRI), nel Rapporto "Advancing the Union", 1999, p. 38, sul quale J.-V. LOUIS, *op. cit.*, p. 381.

netaria rispetto alla quale spicca la presa di distanza di Regno Unito e Danimarca¹⁶, nonché allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, caratterizzato dalle dissociazioni di questi due Stati e dell'Irlanda¹⁷.

Lo stretto collegamento funzionale con il dinamismo intrinseco dell'Unione europea sembra riflettere la funzione svolta dall'integrazione differenziata tanto nei decenni addietro quanto al momento attuale. Per questo pare opportuno valorizzarlo facendone uno degli elementi qualificanti della nozione di integrazione differenziata. Del resto, la funzione suddetta costituiva la ragion d'essere dell'applicazione differenziata della legge (europea) prevista nel c.d. "Progetto Spinelli". Intendendo rilanciare la "costruzione europea" con un deciso passo avanti in termini di strumenti e politiche comuni, quel testo stabiliva appunto che "la legge" potesse "subordinare a taluni termini o accompagnare con talune misure transitorie differenziate a seconda del destinatario l'attuazione delle sue disposizioni" (art. 35). L'applicazione differenziata era evidentemente funzionale al processo evolutivo non solo in quanto transitoria, ma poiché doveva tendere "a facilitare l'ulteriore applicazione dell'insieme della legge a tutti i suoi destinatari". La funzione di facilitare lo sviluppo del processo di integrazione trova riscontro anche nel Libro bianco sul futuro dell'Europa, presentato dalla Commissione in vista del sessantesimo anniversario dei Trattati di Roma¹⁸. Nell'urgenza di concordare e avviare una strategia di rilancio dell'Unione, il Libro bianco delinea cinque scenari alternativi per facilitare la discussione. La cooperazione differenziata è la cifra dello Scenario 3, dalla Commissione intitolato "Chi vuole di più fa di più". Lo sfondo sul quale, in questo Scenario, "nuovi raggruppamenti di Stati membri" stabilirebbero di intensificare la collaborazione in settori selezionati come la difesa, la sicurezza e la giustizia e, infine, la fiscalità e le questioni sociali, è l'"UE27" "secondo la linea attuale". In questo Scenario, il contesto giuridico-istituzionale comune è cioè immutato inclusa, sembrerebbe, la sua collocazione nel processo evolutivo proprio dell'integrazione europea. Infatti, agli Stati che non partecipino alle cooperazioni differenziate sarebbe garantito "il diritto di associarsi in un secondo tempo al gruppo che è andato più avanti".

Si potrà obiettare che, a partire dal Trattato di Maastricht – cioè in coincidenza di un'impennata qualitativa dell'integrazione differenziata dovuta alla sua introduzione *sine die* in un settore qualificante quale l'Unione economica e monetaria – alcuni Stati si sono dissociati da aspetti del progetto europeo *tout court*. Né la macroscopica differenziazione corrispondente all'UEM è rimasta isolata, giacché dissociazioni di uguale peso ed estensione hanno in seguito riguardato lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Dissociazioni siffatte non hanno paragoni, quanto a rilievo politico e a impatto sull'uniformità dell'ordinamento, con gli sfalsamenti temporali del Trattato di Roma, con le varie deroghe di estensione materialmente limitata stabilite prima e dopo il Trattato di Maastricht e neppure con la possibilità che uno o più Stati restino esclusi dall'adozione e dall'efficacia di specifici atti di diritto secondario, ammessa

¹⁶ Si vedano rispettivamente i Protocolli nn. 15 e 16.

¹⁷ Protocolli nn. 19, 21 e 22 nonché, circa il solo Regno Unito, l'art. 10, parr. 4 ss., del Protocollo n. 36.

¹⁸ Libro bianco sul futuro dell'Europa. Riflessioni e scenari sull'UE a 27 verso il 2025, del 1° marzo 2017, COM(2017)2025.

a partire dal Trattato di Amsterdam¹⁹. Tra le varie forme di differenziazione affermatesi negli ultimi decenni esiste insomma una discontinuità sotto il profilo della perdurante adesione di tutti gli Stati al *processo* di integrazione europea²⁰. Questa discontinuità va senz'altro approfondita nei suoi termini giuridici, ma non si è comunque mai tradotta in una presa di distanza formale dal processo suddetto e nella messa a punto di diverse forme di *membership*. Neppure con riferimento alle differenziazioni che celano una diversa visione del processo di integrazione europea nel suo complesso si è dunque assistito alla recisione di quel legame tra integrazione differenziata e dinamismo del processo che sembra tuttora caratterizzante. Lo stesso sembra potersi dire, almeno allo stato, anche dello scenario sulla cooperazione differenziata delineato nel Libro bianco. Questo scenario è infatti stato congegnato per razionalizzare le diverse visioni sull'Unione cristallizzatesi tra gli Stati membri soprattutto negli ultimi anni. Eppure, come si è sottolineato, esso comunque non svincola la differenziazione dal dinamismo intrinseco dell'Unione.

La storia recente ha tuttavia dimostrato che il legame tra processo evolutivo dell'integrazione europea e differenziazione potrebbe venire meno anche sul piano formale. Il "New Settlement for the UK in the Union", che sarebbe entrato in vigore in caso di esito negativo del referendum sulla *Brexit*, prevedeva infatti che il Regno Unito non sarebbe più stato partecipe del *processo* di integrazione europea²¹. Alla prima occasione di rivedere i Trattati, cioè, in essi si sarebbe dovuta inserire una clausola – probabilmente un Protocollo – che avrebbe escluso il Regno Unito dalle clausole del preambolo cui si è fatto riferimento in apertura. Il tutto in un contesto in cui il Paese già beneficiava di diversi meccanismi di integrazione differenziata, a cui se ne sarebbero aggiunti altri in forza del "New Settlement". Se dunque il Regno Unito avesse rinunciato a esercitare il recesso, l'integrazione differenziata si sarebbe estesa anche all'elemento dinamico che ne costituisce la ragion d'essere, dando luogo a un ossimoro di difficile comprensione, oltre che a una situazione giuridicamente senza precedenti²². A ben vedere, un tale sviluppo avrebbe imposto vuoi una diversa nozione di integrazione differenziata, a causa del venir meno della funzione ritenuta qualificante, vuoi la ricostruzione dello status di membro del Regno Unito in modo affatto diverso da quello degli altri Stati mantenendo però, per i membri "ordinari", la nozione in esame. La facilità con cui gli Stati membri si sono resi disponibili alla

¹⁹ Si pensi, per limitarci in questa sede a un solo esempio, al caso della Danimarca, stimata come Stato membro a regime speciale e sostanzialmente estraneo alla logica dell'integrazione da A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998, p. 85 e J.-V. LOUIS, *Le Traité d'Amsterdam: une occasion perdue?*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1997, n. 10.

²⁰ Di grande interesse l'analisi politologica di S. FABBRINI, *Which European Union? Europe After the Euro Crisis*, Cambridge, 2015, la cui premessa è che a seguito delle grandi crisi degli ultimi anni gli Stati membri dell'Unione abbiano maturato visioni diverse circa gli obiettivi dell'integrazione europea, cosicché essi non si muovono più nella stessa direzione a diverse velocità ma seguono direzioni diverse.

²¹ Conclusioni del Consiglio europeo adottate nella riunione del 18 e 19 febbraio 2016, EUCO 1/16, *Decision of the Heads of State or Government, meeting within the European Council, concerning a New Settlement for the United Kingdom within the European Union*, Section C, par. 1. Per un commento più puntuale sulla disposizione rinvio al mio *Brexit: Should They Stay...*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2016, pp. 20-21.

²² Infatti, non sembrano rinvenibili altri esempi di trattati il cui preambolo – parte tipicamente non vincolante – sia soggetto a riserve.

dissociazione di uno Stato dal *processo* di integrazione europea potrebbe indurre a preferire in ogni caso una nozione statico-descrittiva di integrazione differenziata a quella dinamico-funzionale. Su questo punto si dovrà tornare nel corso dell'analisi, giacché merita una presa di posizione più meditata. Nonostante la vicenda riportata, la chiave di lettura prescelta continua a sembrare la più appropriata allo stato attuale dell'integrazione.

3. Nozione di integrazione differenziata e distinzione tra differenziazione interna ed esterna all'ordinamento europeo

Per "integrazione differenziata" si intende dunque il grado diverso di integrazione di cui possono beneficiare gli Stati membri nel contesto del processo avviato con l'istituzione della CECA e idealmente tendente al modello federale²³. Si tratta solo in superficie di una nozione politica, in quanto essa poggia su valutazioni squisitamente giuridiche: il diverso grado di integrazione si deve al fatto che non tutte le norme con cui si realizza il processo di integrazione europea si applicano a tutti gli Stati membri²⁴.

Questa connotazione giuridica della nozione richiede due precisazioni.

La prima è che non contribuiscono a realizzare l'integrazione differenziata, nell'accezione tecnica e restrittiva che qui si adotta²⁵, tutte quelle norme del diritto

²³ Tra gli Autori che hanno individuato definizioni precise si veda A. STUBB, *A Categorization of Differentiated Integration*, in *Journal of Common Market Studies*, 1996, p. 283: "a model of integration strategies that try to reconcile heterogeneity within the European Union and allow different groupings of Member States to pursue an array of public policies with different procedural and institutional arrangements". Si tratta di una definizione fortunatissima, essendo stata ripresa da una molteplicità di Autori.

²⁴ Questa definizione pare corrispondente a quella adottata da M. CONDINANZI, *L'integrazione differenziata nell'ambito dell'Unione europea*, in M. VELLANO (a cura di), *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche*, Napoli, p. 414, in ragione della distinzione utilizzata dall'A. per condurre l'analisi, che si fonda sulla natura degli strumenti mediante i quali si possono realizzare le diverse forme di integrazione differenziata (non a caso la stessa illustrata subito *infra*, in questo stesso paragrafo), nonché in ragione delle forme prese concretamente in considerazione. La distinzione tra differenziazione interna ed esterna è nettamente tracciata da vari Autori accanto ad altre, ispirate a criteri diversi. Si veda D. LEUFFEN, B. RITTBERGER, F. SCHIMMELFENNIG, *Differentiated Integration: Explaining Variation in the European Union*, London, 2013; N. VON ONDARZA, *Strengthening the Core or Splitting Europe? Prospects and Pitfalls of a Strategy of Differentiated Integration*, SWP Research Paper 2, Stiftung Wissenschaft und Politik German Institute for International and Security Affairs, 2013, p. 6 (dove è considerata la più importante delle distinzioni applicabili all'integrazione differenziata dal punto di vista sia politico che istituzionale); K. HOLZINGER, F. SCHIMMELFENNIG, *Differentiated Integration In The European Union: Many Concepts, Sparse Theory, Few Data*, in *Journal of European Public Policy*, 2012, p. 297. Limitatamente alla differenziazione interna, la nozione restrittiva di differenziazione che qui si adotta corrisponde alla "supranational differentiation" di D. THYM, *The political character of supranational differentiation*, in *European Law Review*, 2006, pp. 783.

²⁵ Pur non rientrando nella nozione restrittiva e tecnica adottata in questo studio, anche i principi di sussidiarietà e proporzionalità si caratterizzano per un "differentiating potential": G. DE BURCA, *Legal Principles as an Instrument of Differentiation? The Principles of Proportionality and Subsidiarity*, in B. DE WITTE, D. HANF, E. VOS (eds.), *The Many Faces*, cit., pp. 131-144.

dell'Unione europea che realizzano o consentono una certa flessibilità²⁶. Così, non si ascrivono all'integrazione differenziata quelle norme che accordano discrezionalità agli Stati. Si tratta soprattutto di quelle che realizzano l'armonizzazione delle legislazioni nazionali, contenute in particolar modo in direttive, le quali secondo il Trattato determinano gli obiettivi da raggiungere lasciando gli Stati liberi sulla forma e sui mezzi²⁷. Lo stesso potrebbe dirsi per le norme della Carta sui diritti fondamentali se si fosse affermata un'interpretazione dell'art. 53 tale da lasciare agli Stati la possibilità di stabilire livelli di protezione più elevati nell'ambito di applicazione del diritto UE²⁸. Per effetto di queste fonti, la normativa applicabile nei singoli Stati membri è diversa (ovvero *potrebbe* essere tale, *ex art. 53 della Carta*), così da realizzare senz'altro una differenziazione tra gli Stati nel solco dell'integrazione europea²⁹. A

²⁶ La nozione di integrazione differenziata su cui si sviluppa l'analisi non coincide insomma con quella di flessibilità del diritto dell'Unione, pur non essendovi dubbi sul fatto che questa integrazione differenziata è senz'altro portatrice di un notevole grado di flessibilità. Lo stesso approccio qui adottato si trova anche nella monografia di F. TUYTSCHAEVER, *op. cit.*, pp. 2-3 (che tuttavia esclude dall'analisi la differenziazione qui definita come "esterna": v. *infra*). Per nozioni più ampie, che tendono a coincidere con l'idea di flessibilità in modo da comprendere fenomeni e strumenti estranei alla presente analisi, v. per tutti B. DE WITTE, D. HANF, E. VOS (eds.), *The Many Faces*, cit., p. XII; B. DE WITTE, A. OTT, E. VOS (eds.), *Between Flexibility and Disintegration. The Trajectory of Differentiation in EU Law*, Cheltenham, 2017, p. 1. Non sempre, peraltro, la nozione restrittiva di integrazione differenziata che qui si privilegia viene distinta da quella di flessibilità, cosicché le due sono usate in modo indifferente: si veda ad esempio N. KAVESHNIKOV, *Differentiated Integration as a Trend of Future Development of the European Union*, p. 2. Particolarmente interessante è l'approccio alla definizione di S.S. ANDERSEN, N. SITTER, *Differentiated Integration: What Is It and How Much Can the EU Accommodate?*, in *Journal of European Integration*, 2006, pp. 313-330: in una prospettiva giuridico-politologica, gli Autori spiegano come non esista un solo modello di integrazione europea per distinguerne quattro (*imposed, aligned, autonomous e deviant integration*), così da identificare la coesistenza di questi diversi modelli con il concetto di integrazione differenziata. Altri Autori saranno citati nelle note successive, in ragione della specificità dei loro contributi in argomento.

²⁷ Tra i molti che includono l'armonizzazione delle legislazioni nazionali tra gli strumenti di integrazione differenziati v. D. HANF, *Flexibility Clauses*, cit., pp. 12-13; E. VOS, *Differentiation, Harmonisation and Governance*, in B. DE WITTE, D. HANF, E. VOS (eds.), *The Many Faces*, cit., spec. p. 153; M. DAWSON, A. DURANA, *Models of Flexibility: Framework Legislation v. "Soft" Law*, in B. DE WITTE, A. OTT, E. VOS (eds.), *Between Flexibility and Disintegration*, cit., pp. 95-105.

²⁸ L'interpretazione dell'art. 53 della Carta è invece condotta alla luce del principio del primato del diritto UE, con il risultato di limitare la possibilità degli Stati di applicare gli eventuali *standard* più elevati delle costituzioni nazionali ai casi in cui non ci si trovi nell'ambito di applicazione del diritto europeo: sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*: N. DE BOER, *Addressing Rights Divergences under the Charter: Melloni*, in *Common Market Law Review*, p. 1093. Questo limite impedisce in realtà, nei rapporti con le costituzioni nazionali, ogni valore aggiunto dell'art. 53, poiché al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto europeo la Carta non vincola gli Stati (art. 51, par. 1). A favore di una diversa interpretazione dell'art. 53, con il risultato di assicurare la flessibilità della Carta, M. DE VISSER, A.P. VAN DER MEI, *Flexibility and Differentiation: A Plea for Allowing National Differentiation in the Fundamental Rights Domain*, in B. DE WITTE, A. OTT, E. VOS (eds.), *Between Flexibility and Disintegration*, cit., pp. 189-203.

²⁹ Si vedano le osservazioni sul legame tra il ruolo crescente dell'armonizzazione minima (perseguita sia attraverso norme di diritto primario sia attraverso direttive) e l'espansione in senso verticale ed orizzontale dell'integrazione europea, nonché le modifiche relative alle procedure decisionali, di M. DOUGAN, *Minimum Harmonization and the Internal Market Common Market*

tutti gli Stati membri si applicano però pur sempre le *stesse* norme del diritto dell'Unione – le norme che consentono la diversificazione – e la normativa nazionale è sottoposta ai vincoli che da quelle norme derivano³⁰. Quei vincoli accomunano, non differenziano, gli Stati membri. Nel quadro delle direttive non sembra pertanto realizzarsi un'*integrazione* differenziata, ma semplicemente una diversificazione entro una cornice comune che rappresenta la modalità con la quale l'*integrazione* si realizza nel caso specifico. Per le direttive, la modalità è peraltro simile a quella seguita a favore delle autonomie locali nell'ambito di Stati federali o comunque decentrati. Per la Carta, la diversificazione avrebbe in effetti riflessi significativi sul processo di *integrazione*: la sua qualità di standard minimo è spesso propugnata a sostegno della riaffermazione delle costituzioni nazionali e tramite esse la sovranità statale. Ciononostante, per i motivi sopra esposti una diversa interpretazione dell'art. 53 non darebbe origine, in corrispondenza della Carta, a *integrazione* differenziata secondo il significato tecnico qui attribuito alla locuzione. Si può aggiungere che, in una riflessione sulla differenziazione, accostare le direttive a strumenti che la realizzano in senso stretto – ad esempio le cooperazioni rafforzate, i vari *opt-out*, le convenzioni *inter se* – sembra di scarsa utilità per la comprensione delle problematiche giuridiche rilevanti. Infine, solo o principalmente a questi ultimi strumenti si riconduce quel rischio di disintegrazione del processo europeo che attualmente stimola riflessioni tra gli scienziati della politica.

Non rientra nella nozione di *integrazione* differenziata su cui si è scelto di impostare l'analisi neppure quella realizzata attraverso il principio del mutuo riconoscimento di normative e/o decisioni giudiziarie nazionali³¹. Affermatosi attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia nel settore della libera circolazione delle

Law Review, 2000, spec. pp. 860-863: l'armonizzazione minima consente infatti la convivenza fra le diverse visioni degli Stati membri sui nuovi temi divenuti di competenza dell'Unione al pari della cooperazione rafforzata e della previsione di deroghe (p. 863).

³⁰ Analoga osservazione, relativa alle disposizioni sull'armonizzazione minima, è in D. HANE, *Flexibility Clauses*, cit., p. 14 e in D. CURTIN, *Emerging Institutional Parameters and Organised Difference in the European Union*, in B. DE WITTE, A. OTT, E. VOS (eds.), *The Many Faces*, cit., p. 360. Una valutazione in fin dei conti analoga spetta anche alle c.d. "may provisions", che da anni proliferano nelle direttive e sono presenti altresì nelle decisioni-quadro del Terzo pilastro, delle quali molte sono tuttora vigenti. Queste "may provisions" lasciano alla diversificazione delle legislazioni statali uno spazio ancora più ampio, consentendo la realizzazione di un vero puzzle normativo in materie in cui l'Unione ha tuttavia esercitato le proprie competenze. Da un lato, però, si può osservare che esse rappresentano pur sempre un indirizzo *comune* proveniente da atti dell'Unione. Dall'altro, va rilevato che a ben vedere non costituiscono esse stesse la valvola della diversificazione, ma semplicemente in nulla contribuiscono al suo superamento. Sulla "optional harmonisation" come fattore di differenziazione v. ancora D. CURTIN, *Emerging Institutional Parameters and Organised Difference in the European Union*, cit., pp. 361-362 (al tempo della pubblicazione ancora poco sviluppata e dunque senza riferimenti alle "may provisions" qui evocate).

³¹ Sul mutuo riconoscimento (nella cooperazione penale) come espressione di differenziazione E. HERLIN-KARNELL, *Between Flexibility and Disintegration in EU Criminal Law*, in B. DE WITTE, A. OTT, E. VOS (eds.), *Between Flexibility and Disintegration*, cit., pp. 398-400. Si veda anche N. EL-ENANY, *The Perils of Differentiated Integration in the Field of Asylum*, *ibidem*, spec. pp. 375-382: sebbene senza nominare la mutua fiducia quale principio ispiratore del Sistema comune di asilo, in particolar modo della regola "one chance of asylum" su cui si fonda il sistema di Dublino, è a quest'ultima che lo scritto riferisce la "informal flexibility" che sottopone a critica.

merci³², con la riunione del Consiglio europeo di Tampere del 1999 se ne è decisa l'estensione al neonato Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, del quale è divenuto anche formalmente un principio "costituzionale" con la riforma di Lisbona³³. Il principio del mutuo riconoscimento realizza un'integrazione che salvaguarda le differenze tra gli Stati, in quanto postula il mantenimento da parte di questi di una propria normativa svincolata da obblighi derivanti *in subiecta materia* dal diritto dell'Unione europea. La salvaguardia della sovranità statale su certi temi è stata precisamente la ragione del ricorso a questo principio nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia³⁴, così come la sua prima affermazione per via giudiziaria nel quadro del mercato interno ha permesso allo stesso di funzionare nonostante la reticenza statale verso il suo completamento con l'adozione di misure comuni necessarie allo scopo. Il principio del mutuo riconoscimento rende però possibile a ordinamenti che restano diversi di neutralizzare le barriere normalmente esistenti tra gli ordinamenti statali; inoltre, esso in effetti esalta i valori comuni, poiché è la loro esistenza a renderne possibile l'operatività; infine, particolarmente nella cooperazione penale esso ha rivelato un'inaspettata funzione di armonizzazione indiretta, in quanto il suo corretto funzionamento richiede un alto grado di corrispondenza tra gli ordinamenti nella tutela di certi diritti individuali, nell'individuazione delle fattispecie criminali e nella gestione delle procedure³⁵. Al pari degli strumenti di armonizzazione normativa e della natura di standard minimo riconosciuta alla Carta, insomma, sembra che la nozione tecnica di integrazione differenziata che porta a escludere il mutuo riconoscimento da uno studio trasversale su questa problematica corrisponda anche a una diversa *funzione* dello stesso nell'ordinamento dell'Unione rispetto agli strumenti che tale criterio induce a considerare.

La definizione proposta richiede una precisazione riguardo alle "norme con cui si realizza il processo di integrazione europea" – questa è l'espressione che si ritiene preferibile utilizzare – le quali, non applicandosi a tutti gli Stati membri, danno luogo alla differenziazione. Questa precisazione dà luogo alla distinzione principale relativa all'argomento. Infatti, avendo riguardo alla natura e alla fonte di queste norme si deve distinguere tra integrazione differenziata nel quadro dell'ordinamento dell'Unione ovvero nel quadro del diritto internazionale, cioè a dire integrazione differenziata "interna" o "esternalizzata". La prima ha luogo quando a indirizzarsi a un gruppo circoscritto di Stati membri sono norme del diritto dell'Unione; la seconda, quando alcuni Stati membri stipulano tra loro convenzioni internazionali su temi pertinenti o intersecanti (questo punto dovrà essere puntualizzato) l'integrazione

³² Sentenza del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe Zentral-AG v. Bundesmonopolverwaltung Branntwein*.

³³ Si vedano gli articoli 81 e 82 TFUE.

³⁴ J.R. SPENCER, *EU Criminal Law – the Present and the Future?*, in A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, London, pp. 351-352.

³⁵ J.R. SPENCER, *op. cit.*, p. 354. Il punto era già molto chiaramente spiegato in V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Oxford, 2009, p. 124, dove si illustra come "[c]ontrary to harmonisation, (...) mutual recognition does not involve a commonly negotiated standard" e che proprio questa caratteristica ha richiesto "a level of approximation/harmonisation to accompany mutual recognition in criminal matters". V. anche la letteratura ivi citata.

europea, cosicché le norme che si indirizzano a una parte della base sociale dell'Unione, creando una differenziazione al suo interno, hanno natura internazionale.

4. Considerazioni d'insieme sugli strumenti di differenziazione utilizzati nell'ordinamento dell'Unione

Gli strumenti di integrazione differenziata previsti dall'ordinamento dell'Unione sono oramai molteplici e tali da interessare quasi tutti i temi. Grazie da un lato al meccanismo che permette di sottrarsi dall'efficacia di nuovi atti di diritto secondario in tutte le materie ad eccezione delle poche oggetto di competenze esclusive, cioè a dire la cooperazione rafforzata, e dall'altro lato ai diversi strumenti pertinenti a politiche o a misure specifiche, è possibile affermare che nessuno degli scopi dell'Unione, elencati nell'art. 3 TUE, è perseguito da tutti gli Stati membri in modo uniforme e in egual misura.

L'ampio dibattito sviluppatosi in letteratura ha spesso posto l'accento su come l'integrazione differenziata interna costituisca un *vulnus* all'uniformità del diritto dell'Unione europea e al carattere unitario del relativo ordinamento³⁶. In effetti, questa è la maggiore preoccupazione destata soprattutto da meccanismi generalisti quali la cooperazione rafforzata disciplinata negli articoli 20 TUE e 329 ss. TFUE. I due principi, uniformità e unitarietà, possono considerarsi due facce di una stessa medaglia. Essi sono stati enunciati per la prima volta dalla Corte di giustizia in una sentenza del 1972³⁷, anche se fin dalla sentenza *Costa c. ENEL* l'esigenza di applicare il diritto comunitario in modo uniforme tra gli Stati membri aveva già svolto un ruolo preminente. Alla luce dell'osservazione precedente, è doveroso ricordare che per la Corte l'applicazione uniforme del diritto comunitario era indispensabile per il conseguimento degli scopi della Comunità.

L'integrazione differenziata "interna" realizza un risultato paragonabile a quello delle riserve ai trattati poiché, al pari delle riserve, gli strumenti che la realizzano conseguono il risultato di escludere uno o più Stati dagli effetti di disposizioni dei Trattati istitutivi ovvero di atti di diritto secondario adottati sulla base di quelle disposizioni³⁸. Per questo sembra di poter affermare che l'Unione europea è l'unica organizzazione internazionale ad ammettere riserve a disposizioni vuoi sostanziali

³⁶ Si veda specialmente B. DE WITTE, *Variable Geometry and Differentiation as Structural Features of the EU Legal Order*, in B. DE WITTE, A. OTT, E. VOS (eds.), *Between Flexibility and Disintegration*, cit., pp. 9-10 e, per la dottrina più risalente, D. CURTIN, *The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces*, in *Common Market Law Review*, 1993, p. 67; S. WEATHERILL, *'If I'd Wanted You to Understand I Would Have Explained It Better'*, in D. O'KEEFE, P. TWOMEY (eds.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, London, 1994, p. 22. Per un bilancio articolato e tutto sommato positivo dell'integrazione differenziata interna sotto questo profilo v. D. THYM, *Competing Models for Understanding Differentiated Integration*, in B. DE WITTE, A. OTT, E. VOS (eds.), *Between Flexibility and Disintegration*, cit., pp. 58-70.

³⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1972, causa 48/71, *Commissione c. Italia*, punto 8.

³⁸ Sul punto, con specifico riferimento ai Protocolli, M. CONDINANZI, *op. cit.*, p. 433; L.S. ROSSI, *Articolo 20 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, IIed.

vuoi procedurali dei suoi Trattati istitutivi, ancorché con modalità particolari e sue proprie³⁹.

L'accostamento dell'integrazione differenziata interna alle riserve ai trattati internazionali induce a considerare alcuni casi di sottrazione di uno o più Stati dall'efficacia di norme comuni in modo diverso dagli altri. In particolare nel TCEE stipulato a Roma nel 1957 e nei Trattati di accessione, alcune deroghe sono stabilite nell'interesse *dell'Unione*, oltre che dello Stato interessato dalla deroga medesima, e allo scopo di meglio perseguire uno degli obiettivi comunitari, non già di dissociare da essi certi Stati, seppure in via temporanea, a seguito di una valutazione da questi operata autonomamente. Un esempio si rinviene nel Protocollo al TCEE relativo a talune disposizioni riguardanti la Francia, il cui preambolo precisa lo scopo di affrontare "taluni problemi particolari attualmente esistenti" "in conformità degli obiettivi generali del Trattato". Simile è il Protocollo concernente l'Italia, dichiaratamente ispirato al desiderio delle parti contraenti di "risolvere taluni problemi particolari che interessano" questo Stato. Lo stesso si può dire in fin dei conti riguardo alla mancata adozione dell'Euro per difetto dei requisiti economici di carattere oggettivo elencati nell'art. 140, par. 1 TFUE e meglio definiti nel Protocollo 13 sui criteri di convergenza. Corrisponde infatti all'interesse della stessa Unione economica e monetaria e al perseguimento dei suoi obiettivi che a essa non si uniscano Stati disallineati rispetto agli altri sotto quei profili. A causa di questa diversità di prospettiva, nonostante i vari casi tecnicamente ascrivibili all'integrazione differenziata fin dagli anni Cinquanta, il dibattito politico e tecnico-giuridico sul tema ha preso avvio solo con il Trattato di Maastricht e ha poi raggiunto il suo apice in concomitanza con il Trattato di Amsterdam. Solo allora l'integrazione differenziata ha cominciato ad essere percepita e studiata come una risorsa ma anche come un pericolo per l'integrazione europea: solo allora ha cominciato ad essere legata a mere valutazioni di opportunità politica, a visioni diverse del processo di integrazione e, di conseguenza, a una identità del processo stesso che prometteva di diventare diversa rispetto alla percezione che se ne era sempre avuta⁴⁰.

³⁹ Pensando alla tecnica dei Protocolli, particolare è che il consenso degli altri membri circa la sottrazione di uno o più Stati ("protagonisti" dei Protocolli pertinenti) dagli effetti di certe disposizioni dei Trattati è prestato in modo esplicito e contestuale. La conseguenza è che si evitano le incertezze sugli effetti delle riserve e sull'entrata in vigore dei Trattati che sono tipiche del regime della Convenzione di Vienna del 1969, incertezze la cui gestione sarebbe impossibile in presenza di istituzioni comuni chiamate ad esercitare le proprie competenze con frequenza quotidiana. Il consenso è implicito e contestuale, sebbene i suoi effetti siano eventuali e rinviati a momenti successivi, riguardo agli *opt-out* inerenti al diritto derivato (ricostruibili come riserve alle disposizioni dei Trattati sull'adozione degli atti). Tra questi, i procedimenti di cooperazione rafforzata (articoli 20 TUE e 326 ss. TFUE) e di cooperazione strutturata permanente (articoli 42, par. 6 e 46 TUE e Protocollo n. 10) presentano l'ulteriore particolarità che il consenso alle riserve da essi rese possibili è in bianco, poiché riguarda non solo "dissociazioni" future ed eventuali ma anche provenienti da Stati non individuati nei Trattati. Come si vedrà nel Capitolo I, la caratteristica delle riserve di poter essere ritirate in ogni momento è riprodotta, con qualche aggiustamento che non ne modifica la sostanza, in tutti i Protocolli nonché in tutti gli altri procedimenti di integrazione differenziata interna all'ordinamento dell'Unione.

⁴⁰ Si veda ancora la nozione di "supranational integration" di D. THYM, *The political character*, cit., p. 786, che poggia sulla decisione politica nazionale di non partecipare a certi filoni dell'integrazione e la cui introduzione l'A. riconduce infatti al Trattato di Maastricht (p. 784). Nel

In quegli anni il dibattito sull'integrazione differenziata nell'Unione si è polarizzato intorno a due visioni diverse del ruolo della stessa nel processo di integrazione: quella del nocciolo duro di Stati maggiormente determinati al suo avanzamento, i quali si contrappongono a un gruppo di Stati più lenti per ragioni diverse tra loro, e quella delle geometrie variabili⁴¹. Queste visioni convivono nei vari procedimenti di differenziazione introdotti nell'ordinamento, essendo alcuni soprattutto ispirati alla prima visione, altri alla seconda. Questa situazione non sembra destinata a mutare. Infatti, lo scenario 3 del Libro bianco sul futuro dell'Europa è un ibrido: la sua idea di fondo è l'esistenza di un gruppo di *avant-garde*, ma, secondo la logica delle geometrie variabili, questo gruppo è diversamente individuato nei tre macro-settori in cui "chi vuole di più fa di più".

5. Esternalizzazione e integrazione differenziata: individuazione del relativo ambito di indagine

L'esternalizzazione del processo di integrazione, cioè a dire il perseguimento tramite norme internazionali di finalità pertinenti all'integrazione comunitaria, è fenomeno antico quanto la differenziazione, essendo anch'esso previsto fin dal Trattato di Roma sulla CEE. L'art. 220 (successivamente rinumerato come 293 del Trattato sulla Comunità europea - TCE), si riferiva infatti alla stipulazione di convenzioni tra Stati membri in alcune materie elencate. Certo, non si trattava di un'esternalizzazione completa quale è stata talvolta realizzata in epoca più recente, poiché era per l'appunto prevista nello stesso trattato istitutivo. Questo elemento è stato peraltro molto valorizzato dalla Corte di giustizia, al punto da indurla a riconoscere alla Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, stipulata nel 1968 nel quadro dell'art. 220 del TCEE, il primato sul diritto nazionale così come al diritto comunitario⁴², nonché ad applicare pure a tale Convenzione il principio dell'effetto utile⁴³. Tale valorizzazione si riscontra anche in letteratura: alcuni hanno collocato le convenzioni *ex art.*

senso che alcune delle differenziazioni introdotte con il Trattato di Maastricht sono radicalmente diverse da quelle sempre esistite nei trattati comunitari v. F. TUYTSCHAEVER, *op. cit.*, p. 24.

⁴¹ Sul punto v. per tutti G. ROSSOLILLO, *Cooperazione rafforzata e Unione economica e monetaria: modelli di flessibilità a confronto*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2014, pp. 348-352. L'A. convincentemente argomenta come le disposizioni sull'Unione economica e monetaria corrispondono al modello incentrato sull'esistenza di un gruppo di Stati di *avant-garde*; il procedimento di cooperazione rafforzata corrisponde invece al modello delle geometrie variabili (p. 352 ss.). La polarizzazione menzionata costituisce in effetti la semplificazione di una diversità tra visioni molto più articolata: si vedano le idee di Unione a più velocità, Unione *à la carte* e geometria variabile, illustrate in F. TUYTSCHAEVER, *op. cit.*, pp. 136-217. Si deve anche riconoscere che una stessa procedura può essere espressione di modelli diversi. Ad esempio, secondo M. CONDINANZI, *op. cit.*, p. 427, il ricorso alla cooperazione rafforzata al fine di aggirare il requisito dell'unanimità nel Consiglio, che si è affermato nella prassi, ha fatto di tale procedura un caso di Europa *à la carte* per gli Stati non partecipanti.

⁴² Sentenza della Corte del 15 novembre 1983, causa 288/82, *Duijnste*, punti 13 e 14.

⁴³ Sentenza della Corte del 15 maggio 1990, causa C-365/88, *Hagentur*, punto 20.

220 TCEE/293 TCE tra le fonti del diritto comunitario⁴⁴; i più non si sono spinti a tal punto, ma le hanno considerate atti di esecuzione del Trattato⁴⁵ o più spesso fonti esterne complementari ovvero integrative dell'ordinamento CEE⁴⁶ e comunque, facendo affidamento sulla prassi delle istituzioni, come parte dell'*acquis*. Il fatto di essere previste nel Trattato di Roma non muta comunque la natura di trattati internazionali propria delle convenzioni *ex art.* 220 TCEE/293 TCE. Del resto, la ragion d'essere di questa disposizione, abolita con la "ristrutturazione" dei Trattati istitutivi operata nel 2008, era proprio quella di rendere possibile una cooperazione tra gli Stati membri della Comunità in settori rilevanti per l'applicazione del Trattato ma oggetto di reticenza da parte statale. La possibilità di instaurare collaborazioni con forme tradizionali, più rispettose della sovranità degli Stati di quanto fossero gli atti comunitari, consentiva perlomeno di avviare un processo di integrazione.

Le convenzioni *ex art.* 220 sono state del tutto avulse da esperienze di differenziazione, nonostante il Trattato non stabilisse assolutamente che dovessero essere stipulate da *tutti* gli Stati membri. D'altro canto, avendo natura di trattati internazionali non v'è dubbio che potessero vincolare solo gli Stati contraenti: eventuali differenziazioni in principio sarebbero potute derivare proprio da questo elemento. Nella prassi, sono state scongiurate poiché le convenzioni stipulate hanno sempre subordinato la propria entrata in vigore alla ratifica di tutti gli Stati CEE. Tuttavia se è vero, come alcuni Autori hanno sostenuto, che l'art. 220 TCEE/293 TCE stabiliva un obbligo *de contrahendo*⁴⁷, si deve riconoscere che nella Comunità esternalizzare l'integrazione non è stato nemmeno potenzialmente un veicolo della differenziazione e che, anzi, la limitata differenziazione allora ammessa (mi riferisco al citato Protocollo sul Lussemburgo) era limitata ai soli Trattati istitutivi. La tesi dell'obbligo *de contrahendo* sembra però essere rimasta minoritaria⁴⁸.

⁴⁴ A. PIETROBON, *L'interpretazione comunitaria di filiale*, Padova, 1990, p. 87 ss. Per quanto le due sentenze citate non esaminino espressamente la questione dell'appartenenza o meno delle convenzioni all'ordinamento comunitario, da esse (soprattutto invero dalla sentenza *Duijnsteet*) sembra trasparire che la Corte le considerasse senz'altro parte dello stesso. Rilievi critici sulla possibile collocazione delle convenzioni tra le fonti del diritto derivato nonché del diritto primario v. L.S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2000, p. 21; sulla differenza tra le convenzioni e gli atti comunitari *ibidem*, p. 23.

⁴⁵ A. HUET, *Article 220*, in V. COSTANTINESCO, J.P. JACQUÉ, R. KOVAR, R. SIMON (dirs.), *Traité instituant la C.E.E., Commentaire article par article*, Parigi, 1992, p. 1379.

⁴⁶ L.S. ROSSI, *Le convenzioni*, cit., p. 20 ss. Per R. SCHÜTZE, *EC Law and International Agreements of the Member States – An Ambivalent Relationship?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2006-2007, pp. 416-418 e 439, nonostante la sentenza *Duijnsteet* imponga di distinguere le convenzioni tra Stati membri dal resto del diritto internazionale pattizio, esse non costituivano né diritto primario né diritto secondario delle Comunità europee.

⁴⁷ Così P. FOIS, *Articolo 220*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Trattato istitutivo della CEE. Commentario*, Milano, 1965, p. 1609; A. HUET, *op. cit.*, p. 1377 ss.; A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Milano, 1995, I ed., p. 10; S. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo. Le Convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, Torino, 1997, p. 5.

⁴⁸ Tra coloro che hanno optato per orientamenti diversi, I. SCHWARTZ, *Article 220*, in J. MÉGRET (cur.), *Le droit de la Communauté économique européenne: commentaire du traité et des textes pris pour son application*, Bruxelles, 1987, vol. 15, p. 341 ss.; A. PIETROBON, *op. cit.*, p. 6 ss. e *Articolo 293 TCE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati delle Comunità europee e dell'Unione europea*, Padova, 2002, p. 986; L.S. ROSSI, *Le convenzioni*, cit., pp. 15-17.

L'esternalizzazione prevista nei Trattati ha cominciato a essere potenziale strumento di differenziazione solo con le convenzioni del Terzo pilastro, a seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam alla disposizione che le prevedeva: l'art. K.3, par. 2, lett. c) del TUE, rinumerato come art. 34, par. 2 lett. d). Tra le fonti di quel settore dell'Unione, dedicato inizialmente alla giustizia e agli affari interni e in un secondo momento alla sola cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, furono infatti previste delle convenzioni internazionali. Il Trattato di Maastricht era ambiguo sull'eventualità che a tali convenzioni non partecipassero tutti gli Stati membri perché stabiliva che il Consiglio, una volta elaborato il testo, ne raccomandasse l'adozione da parte degli Stati: sicché tutti erano destinatari di siffatte raccomandazioni ma nessuno, per definizione, era vincolato a ratificarle, con il risultato che qualcuno ben poteva non farlo⁴⁹. Le convenzioni in concreto adottate stabilivano però di entrare in vigore alla ratifica di *tutti* gli Stati membri⁵⁰, eliminando la possibilità di cooperazioni differenziate non espressamente previste nel Trattato. Successivamente, il Trattato di Amsterdam fissò una volta per tutte per l'entrata in vigore la soglia della metà, derogabile caso per caso dalle singole convenzioni, con lo scopo di facilitare e velocizzare l'adozione di "diritto derivato" nelle materie previste. Le convenzioni divennero così uno strumento di differenziazione tra gli Stati membri⁵¹, sebbene non fosse questo il loro scopo ma un mero, e potenzialmente transitorio, "effetto collaterale", peraltro evitabile all'occorrenza tramite una clausola in deroga all'art. 34 del TUE. È interessante osservare che questa possibilità si colloca in un contesto di generale apertura alla differenziazione, qual è il Trattato di Amsterdam⁵².

Ad ogni buon conto, esternalizzazione e differenziazione si sono raccordate per la prima volta a mezzo di convenzioni non previste nei Trattati. Nel decennio 1980-1990 lo strumento convenzionale è stato utilizzato in varie occasioni da alcuni Stati membri per instaurare tra loro cooperazioni strumentali o comunque collegate all'ordinamento comunitario, al di fuori degli ambiti enumerati nell'art. 220 TCEE e dunque *extra ordinem*. Mi riferisco in particolar modo a due convenzioni: la Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali, del 1980, e l'Accordo di Schengen sull'eliminazione graduale delle frontiere comuni, del 1985. Peraltro, proprio sotto il profilo della differenziazione tra gli Stati membri questi due strumenti pattizi sono in verità molto diversi. La Convenzione di Roma non era preordinata alla differenziazione: lo dimostra il fatto che sia stata firmata da *tutti* gli allora membri della CEE, che peraltro nel preambolo hanno tenuto a qualificarsi come tali ("Alte parti contraenti del trattato che istituisce la Comunità economica europea"), e la corrispondente apertura alla ratifica nei confronti di *tutti* (art. 28). Altro elemento significativo è il

⁴⁹ In termini generali sull'ambiguità del Trattato di Maastricht sui termini dell'entrata in vigore delle convenzioni del Terzo pilastro v. A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, cit., p. 62.

⁵⁰ In proposito si vedano le considerazioni di N. PARISI, *Il "terzo pilastro" dell'Unione europea*, in N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il "terzo pilastro" del Trattato di Maastricht*, Torino, 1996, p. 52; D. RINOLDI, *Articolo 34 TUE*, in F. POCCAR (a cura di), *op. cit.*, p. 62.

⁵¹ Per tutti, mi permetto di rinviare al mio *Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell'Unione europea e diritto statale*, Napoli, 2008, p. 54. Sul punto v. anche M. DEL TUFO, *Il diritto penale sommerso: diritto europeo e modifiche del sistema penale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 1024.

⁵² A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, cit., p. 26; L.S. ROSSI, *Le convenzioni*, cit., p. 182.

parere, solennemente espresso dai firmatari nella Dichiarazione comune collocata in calce, per cui tutti i nuovi membri della Comunità avrebbero dovuto aderire alla Convenzione⁵³. L'art. 29, par. 1, stabiliva però che l'entrata in vigore doveva avvenire al deposito del *settimo* strumento di ratifica, di accettazione o di approvazione: qui, dunque, l'apertura a una partecipazione parziale, certamente temporanea ma anche, in ipotesi, a regime. Nessuna disposizione convenzionale conteneva infatti un qualsivoglia obbligo o *pactum de contrahendo*. Colpisce sotto questo profilo la diversità rispetto alla Convenzione di Dublino del 1990, sulla determinazione dello stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli stati membri delle Comunità. Quest'ultima rappresenta, per così dire, una forma di esternalizzazione pura, in quanto contiene misure preordinate al perseguimento degli scopi del Trattato istitutivo e di obiettivi fissati dal Consiglio europeo, essendo non solo stata firmata da tutti gli Stati membri ma richiedendo la ratifica parimenti di tutti per entrare in vigore⁵⁴. Diversissimo il caso dell'Accordo di Schengen del 1985, notoriamente non solo aperto, ma addirittura preordinato alla differenziazione. Firmato infatti da soli cinque Stati membri – il Belgio, i Paesi Bassi, il Lussemburgo, la Germania e la Francia –, non menzionava la possibilità di ratifica o adesione di altri (art. 32) pur contenendo misure coerenti con gli scopi dei Trattati e in particolar modo con gli orientamenti del Consiglio europeo, che richiamava nel preambolo⁵⁵.

Esternalizzazione e differenziazione, oltre che con le convenzioni Terzo pilastro, sono tornate a raccordarsi negli anni della crisi dell'euro, con l'adozione del Trattato sul Meccanismo europeo di stabilità (TMES) e del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* (TSCG, c.d. *Fiscal Compact*)⁵⁶. A questi vanno aggiunti l'Accordo sul trasferimento e la messa in comune dei contributi al Fondo di risoluzione unico (TMC), importante strumento dell'Unione bancaria stipulato a completamento del regolamento istitutivo del Meccanismo di risoluzione unico (SRM)⁵⁷, e l'Accordo su un Tribunale unificato dei brevetti (UPC), un tribunale comune agli Stati membri con competenza esclusiva in tema di brevetto europeo con effetto unitario, istituito con il relativo regolamento adottato in regime di cooperazione rafforzata⁵⁸, e di brevetto europeo concesso a norma della Convenzione sul brevetto europeo (CBE) di cui sono parti tutti gli Stati membri dell'Unione.

⁵³ “Dichiarazione comune”, par. III, in *GUCE C 27/45*, 26.1.1998, par. III.

⁵⁴ Secondo l'art. 22, par. 3, la Convenzione di Dublino doveva entrare in vigore “il primo giorno del terzo mese successivo al deposito dello strumento di ratifica, di accettazione o di approvazione dello Stato firmatario che espletterà per ultimo tale formalità”.

⁵⁵ Cfr. sul punto il richiamo del preambolo alla dichiarazione del Consiglio europeo di Fontainebleau del 25 e 26 giugno 1984, relativa all'eliminazione alle frontiere interne delle formalità di polizia e dogana per la circolazione delle persone e delle merci.

⁵⁶ Ha efficacemente parlato di “revival of *inter se* agreement”, B. DE WITTE, *Variable Geometry*, cit., p. 20.

⁵⁷ Regolamento n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2014, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010, in *GUUE L 225*, p. 1.

⁵⁸ Regolamento n. 1257/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2012, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria, in *GUUE L 361*, p. 1.

Oltre alle convenzioni ascrivibili con sicurezza all'esternalizzazione del processo di integrazione, in quanto perseguono dichiaratamente obiettivi a esso pertinenti pur rimanendo estranee all'ordinamento dell'Unione, esistono anche strumenti convenzionali la cui qualificazione nello stesso senso è meno convincente. Si tratta di accordi intersecanti *ratione materiae* l'integrazione europea ma stipulati senza che emerga l'intenzione degli Stati parti di contribuirvi in modo indiretto. Essi riflettono piuttosto la volontà di affermare modalità di cooperazione particolari rispetto al quadro comunitario e a margine dello stesso, talvolta anche a causa della presenza tra le parti contraenti di Stati terzi rispetto all'Unione. Esempi sono esistiti fin dagli albori dell'integrazione comunitaria. A partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso, gruppi ristretti di Stati membri hanno stipulato tra loro accordi caratterizzati da una parziale sovrapposizione oggettiva rispetto al TCEE o comunque relativi a cooperazioni in settori contigui. L'esempio più noto ed eclatante è l'Unione economica del Benelux, il cui Trattato istitutivo è stato firmato il 16 novembre 1958. Questa unione regionale è sempre stata menzionata nei Trattati istitutivi, dagli articoli 233 TCEE e 202 del Trattato sulla Comunità europea dell'energia atomica, oggi confluiti nell'art. 350 TFUE. Tali disposizioni sono però molto diverse da quelle cui in precedenza si è fatto riferimento come esempi di differenziazione esternalizzata *prevista* nei Trattati sull'Unione. L'art. 350 TFUE né apre la strada né incoraggia quell'unione regionale ma prende atto della sua esistenza e ne ammette la convivenza con l'UE con certi limiti⁵⁹. Non sembra pertanto opportuno riferirsi all'Unione economica del Benelux come a una forma di differenziazione esternalizzata del processo di integrazione facente capo all'Unione europea.

Un altro esempio è il Supplemento alla Convenzione tra Danimarca, Finlandia, Norvegia, Svezia e Islanda sull'abolizione dei controlli sui passaporti alle frontiere tra gli Stati parti (*Nordic Passport Convention*), stipulato il 18 settembre 2000, mentre la Convenzione è del 1957⁶⁰. Si ebbe necessità del Supplemento all'indomani dell'integrazione nei Trattati sull'Unione dell'*acquis* di Schengen, relativo (per quanto pertinente alla *Nordic Passport Convention*) all'abolizione dei controlli alle frontiere interne, ai controlli alle frontiere esterne e alla cooperazione sui visti; successivamente si era inoltre proceduto alla stipulazione, da parte dell'Unione con Norvegia e Islanda, di un nuovo accordo sull'associazione di questi Paesi all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'*acquis*, in sostituzione di quello che regolava la materia in precedenza⁶¹. Ebbene, anche nel nuovo contesto in cui l'Unione europea

⁵⁹ Questo il testo dell'art. 350 TFUE, identico ai precedenti salvo piccoli adeguamenti formali: "Le disposizioni dei trattati non ostano all'esistenza e al perfezionamento delle unioni regionali tra il Belgio e il Lussemburgo, come pure tra il Belgio, il Lussemburgo e i Paesi Bassi, nella misura in cui gli obiettivi di tali unioni regionali non sono raggiunti in applicazione dei trattati".

⁶⁰ Va sottolineato che nel 1957 non esistevano ovviamente né la Comunità né l'Unione europea e che queste, una volta costituite, non si occupavano delle materie oggetto della Convenzione tra i Paesi nordici (più volte emendata dopo il 1957). Per questo la valutazione circa l'eventuale esternalizzazione dell'integrazione europea realizzata per mezzo dell'Unione nordica dei passaporti ha senso solo riguardo al Supplemento del 2000.

⁶¹ Accordo concluso dal Consiglio dell'Unione europea con la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia sulla loro associazione all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'*acquis* di Schengen - Atto finale, *GUCE* L 176 del 10/07/1999, pp. 36-62. Il Trattato di Amsterdam, che ha realizzato l'integrazione nell'ordinamento comunitario dell'*acquis* di Schengen, è entrato in vigore il 1° maggio 1999 e l'Accordo con Norvegia e Islanda è stato firmato il 18 maggio. Questo

si era finalmente dotata di regole in particolar modo sull'abolizione dei controlli alle frontiere interne, gli Stati nordici hanno inteso mantenere tra loro una collaborazione speciale. La trasfusione *à la Schengen* dei suoi contenuti nell'ordinamento dell'Unione, in una prospettiva anche solo di generico auspicio, nel Supplemento non è in alcun modo presa in considerazione⁶².

Un ulteriore esempio è la *Common Travel Area* tra Irlanda e Regno Unito. I relativi accordi risalgono alla fondazione della Repubblica d'Irlanda e comportano l'assenza di controlli (*immigration controls*) sulle persone che si spostano tra Irlanda e Regno Unito, nonché una cooperazione sui visti attribuiti a cittadini di Stati terzi. Questi due Stati non aderiscono all'*acquis* di Schengen, per cui la *Common Travel Area* costituisce una modalità di integrazione tra loro che, sebbene abbia contenuti e scopi oggettivamente affini a quelli dell'Unione, resta separata dall'integrazione comunitaria e non è in nessun modo destinata a confluirci. Opportunamente, pertanto, il Protocollo n. 20 al Trattato di Lisbona (art. 2) ne autorizza la continuazione. Il recesso del Regno Unito dall'Unione evidenzia ulteriormente questa peculiarità, giacché i due Stati vorrebbero conservare la *Common Travel Area*. In tale eventualità, l'Irlanda si troverebbe a realizzare un maggior grado di integrazione con uno Stato terzo che con gli altri Stati dell'Unione ancorché in questo quadro siano disponibili strumenti analoghi⁶³.

Accordi del genere non possono restare fuori da una riflessione complessiva sull'integrazione differenziata nell'UE, ma per le loro peculiarità vanno considerati a margine.

Infine, realizzano in un certo senso un'esternalizzazione dell'integrazione europea anche quei trattati stipulati, in una materia di competenza dell'Unione, tra alcuni Stati membri assieme a qualche Stato terzo e spesso anche alla stessa Unione/Comunità, viste le sue competenze sui temi trattati. Un chiaro esempio è la Convenzione quadro sulle Alpi, del 1995, le cui parti sono gli Stati membri dell'arco alpino (Austria, Francia, Germania, Italia e Slovenia), i due Stati terzi della regione (Svizzera e Liechtenstein) e, appunto, la CE. Con simili convenzioni alcuni Stati non fanno altro che regolare tra loro e con terzi, tramite norme internazionali, materie rientranti nell'ambito materiale dell'integrazione europea. Eppure non vi è dubbio che accordi del genere *non* vadano soggetti a una riflessione unitaria con quelli fin qui ascritti alla differenziazione "esternalizzata". La loro ragion d'essere è l'instaurazione di una cooperazione con terzi; la partecipazione della Comunità/Unione in ragione delle sue competenze vale a salvaguardare l'ordinamento comunitario. Si aggiunga che, a una considerazione più attenta, la qualificazione di convenzioni del genere come normazione esternalizzata non è neppure corretta: gli accordi con Stati terzi sono fonti del diritto dell'Unione a partire dalla loro approvazione da parte del Consiglio. Il fatto che la regolamentazione di certi settori sia definita non già tra-

accordo sostituisce quello concluso a Lussemburgo il 19 dicembre 1996 tra i tredici Stati membri dell'Unione e parti contraenti degli accordi di Schengen (tra cui Danimarca, Finlandia e Svezia) e Islanda e Norvegia.

⁶² Sulla particolare posizione della Danimarca, che per effetto di un apposito Protocollo è rimasta esclusa dall'applicazione dell'*acquis* di Schengen, ci si soffermerà nel Capitolo 1.

⁶³ Sull'opportunità che l'accordo UE/Regno Unito sull'assetto finale delle relazioni reciproche preveda il mantenimento della *Common Travel Area* v. *House of Lords, European Union Committee, Brexit: UK-Irish relations*, HL Paper 76.

mite la normale attività legislativa “interna” ma a mezzo di accordi internazionali, perfezionati dalle istituzioni in aderenza al ruolo loro attribuito dall’ordinamento, è una dinamica conosciuta anche agli Stati e assolutamente comune nella realtà delle relazioni internazionali contemporanea.

Concludendo, con le locuzioni “differenziazione esterna” o “esternalizzazione differenziata”, tra loro sostanzialmente interscambiabili, si reputa opportuno indicare le convenzioni stipulate tra un numero limitato di Stati membri dell’Unione europea per perseguire obiettivi indicati nei Trattati istitutivi e dunque allo scopo di contribuire all’integrazione comunitaria. A tali convenzioni ci si riferisce anche con le efficaci locuzioni di “trattati satellite” o di “cooperazione differenziata atipica”⁶⁴.

6. Obiettivi e piano dell’analisi

Le ragioni di fondo per un’analisi complessiva della differenziazione finora realizzata nel processo di integrazione europea sono essenzialmente due.

Quella teorico-ricostruttiva, avente cioè carattere generale, deriva dalla sensazione che la differenziazione possa contribuire in modo rilevante a mettere a fuoco in modo corretto e completo la natura giuridica dell’Unione. Come si sa, questa è pur sempre un’organizzazione internazionale, ancorché fortemente ibridata con il modello dello Stato federale. La discontinuità ontologica tra le due tipologie organizzazione internazionale/Stato federale non impedisce dunque alle stesse di convivere in un modello organizzativo-istituzionale che non ha eguali⁶⁵, secondo modalità talvolta difficili da decifrare proprio per la complessità del sistema. Ebbene, in principio l’integrazione differenziata ha sicure radici nella perdurante sovranità degli Stati membri. Infatti, che certe norme non si applichino ad alcuni Stati con l’effetto talvolta di escluderli in tutto o in parte da interi settori dipende unicamente dalla volontà di tali Stati, con le uniche eccezioni dell’Unione economica e monetaria e della cooperazione strutturata permanente, dove la partecipazione richiede di soddisfare requisiti oggettivi. Anche in questi casi però il consenso statale mantiene un ruolo decisivo, perché in presenza di tali requisiti gli Stati hanno comunque la possibilità di sottrarsi all’approfondimento dell’integrazione se manchi loro la relativa volontà⁶⁶. Il principio consensualistico, che informa il diritto internazionale pattizio,

⁶⁴ M. CONDINANZI, *op. cit.*, p. 435 ss.

⁶⁵ Lo dimostra P. PENNETTA, *Integrazione europea ed integrazioni latino-americane e carai-biche: modelli e rapporti*, Bari, 2009.

⁶⁶ Come noto, ex art. 140, par. 1 TFUE i requisiti oggettivi per la partecipazione alla terza fase dell’Unione economica e monetaria (quella in cui si realizza la differenziazione tra gli Stati) sono quattro; il quarto (i livelli dei tassi di interesse a lungo termine che riflettano la stabilità della convergenza raggiunta dallo Stato membro con deroga e della sua partecipazione al meccanismo di cambio) è in effetti legato alla decisione dello Stato interessato di aderire al meccanismo di convergenza dei tassi di cambio denominato AEC II. Così, la Svezia soddisfa da tempo gli altri tre criteri ma, poiché la maggioranza della popolazione è contraria all’adozione dell’Euro, il Paese non aderisce all’AEC II. Nell’aprile 2017 la Repubblica Ceca, vicina se non del tutto conforme ai primi tre criteri e aderente al sistema semi-rigido di cambio da circa tre anni, ha deciso di “sganciarsi” dallo stesso per lasciare che la propria divisa tornasse a fluttuare liberamente rispetto all’Euro: la decisione è stata giustificata con l’esigenza di evitare la deflazione, ma una rilevazio-

è insomma alla base dell'integrazione differenziata. Obiettivo dell'analisi è così verificare fino a che punto tale principio ispiri la normativa applicabile e se il metodo comunitario riesca ad avere un ruolo.

La seconda ragione di interesse è legata alla contingenza del momento. Da anni il progetto comunitario è in crisi, essendo molto indebolito da divisioni profonde tra gli Stati membri relative in particolar modo alla gestione delle politiche economiche e di quelle migratorie. La corretta dinamica del metodo funzionalista vorrebbe che i gravi problemi originati in ultima analisi dall'imperfetto grado di integrazione tra gli Stati in questi settori fossero risolti aumentando il tasso di integrazione. Questa dinamica virtuosa risulta però inceppata dalle resistenze di diversi Stati, per giunta variamente individuati a seconda dei temi: Stati che in verità sembrano avere idee diverse sull'integrazione europea *tout court*, non meramente sui suoi tempi di realizzazione. Così, accantonate le diffidenze di cui l'integrazione differenziata era circondata negli anni Novanta, al momento essa rappresenta la prospettiva futura dell'Unione secondo modalità che terranno conto di queste differenze di visione e di obiettivi. La Dichiarazione di Roma del 25 marzo 2017 apre esplicitamente a questa possibilità. Il brano pertinente è questo:

“We will act together whenever possible, at different paces and intensity where necessary, as we have done in the past within the treaty framework and leaving the door open to those who want to join later. Our Union is undivided and indivisible”⁶⁷.

Si tratta di un cenno molto rapido che potrebbe certamente passare inosservato, non da ultimo perché contiene un riferimento al passato, se nei mesi e nei giorni precedenti al vertice celebrativo dei sessant'anni dalla firma dei Trattati di Roma i capi di Stato o di governo dei maggiori Paesi non avessero parlato dell'integrazione differenziata come dello strumento per salvare il progetto europeo nato nel dopoguerra. Nella Dichiarazione, i contorni e le modalità dell'integrazione differenziata futura sono tutt'altro che nitidi. D'altronde, all'esito del vertice tra Francia, Germania, Italia e Spagna, tenutosi a Versailles in sua preparazione, la prospettiva dell'integrazione differenziata è stata presentata dai protagonisti con diversità terminologiche significative di modalità ancora da definire. Il Presidente francese ha parlato così di “Europa a più velocità”, il Presidente del Consiglio dei ministri italiano si è riferito a “diversi livelli di integrazione” e la Cancelliera tedesca ha annunciato che si intraprenderà una “cooperazione differenziata”⁶⁸.

ne statistica dello stesso periodo ha rivelato anche la contrarietà della maggioranza della popolazione rispetto alla rinuncia alla corona a favore dell'Euro. In ogni caso, l'abbandono del sistema di cambio è dipeso dalla volontà dello Stato. Quanto alla cooperazione strutturata permanente, la partecipazione richiede di rispondere ai criteri e di sottoscrivere gli impegni in materia di capacità militari specificati nel Protocollo n. 10: è evidente che la soddisfazione di questo requisito oggettivo è in larga misura legata alla determinazione degli Stati al riguardo.

⁶⁷ *Declaration of the leaders of 27 member states and of the European Council, the European Parliament and the European Commission*, in <http://www.consilium.europa.eu>.

⁶⁸ Sul vertice e l'importanza attribuito nel suo contesto all'integrazione differenziata nel futuro dell'Unione v. per tutti A. ROBERT, *Versailles: A summit to restore faith in Europe*, in www.euractiv.com, 6 marzo 2017. Per la conferenza stampa finale dei leader v., nella stampa italiana, il resoconto *Vertice a quattro sull'Europa a Versailles. I leader: si a un'Unione a più velocità*, in www.repubblica.it.

Su questo sfondo, vale la pena contribuire al dibattito con una riflessione sui profili tecnico-giuridici del tema.

Obiettivo classico di uno studio siffatto sarebbe valutare le due opposte anime dell'integrazione differenziata: la flessibilità assicurata al processo di integrazione così da costituirne una spinta propulsiva, da un lato, e la frammentarietà a essa conseguente, dall'altro. Il timore è che questa frammentarietà mini alle fondamenta la costruzione europea mutandosi in una "disintegration" dell'ordinamento dell'Unione e del processo avviato negli anni Cinquanta del secolo scorso⁶⁹. Ebbene, oltre al fatto che un tale obiettivo è già stato perseguito da studi inerenti al tema anche di recente⁷⁰ – di qui la definizione come "classico" –, in vista degli importanti sviluppi in preparazione sembra preferibile porsi un obiettivo più specifico, con l'intesa che la valutazione del binomio citato resta necessariamente sullo sfondo. Così, si vuole qui verificare quali siano stati e quali siano al momento i limiti dell'integrazione differenziata, vuoi sul piano materiale vuoi su quello procedurale, secondo una prospettiva che è poi il rovescio di un'altra ugualmente interessante *pro futuro*: l'identificazione dello zoccolo comune, o unitario, dell'integrazione europea. Uno studio orizzontale di questi limiti e per contro dello zoccolo comune, che tagli cioè trasversalmente tutti gli strumenti finora messi in campo, potrebbe avere efficacia nell'individuazione dei punti di forza e delle criticità dell'integrazione differenziata come problematica generale dell'integrazione europea. Se l'idea è che questa in futuro debba incidere sullo *status* di membro dell'Unione così da definire diversi gradi di *membership*, in un contesto in cui l'integrazione differenziata si affranca almeno in parte dal dinamismo del processo andando invece a cristallizzare la diversità degli Stati membri rispetto al processo medesimo, questo studio potrebbe contribuire a individuare i modelli di partecipazione e i rapporti fra essi nonché a valorizzare quel patrimonio comune che metterebbe al riparo dalla disintegrazione.

L'analisi è strutturata in tre capitoli: il primo sull'integrazione differenziata interna, il secondo sugli accordi che realizzano l'integrazione differenziata attraverso strumenti pattizi estranei all'ordinamento dell'Unione pur essendo da questo previsti, il terzo sulla differenziazione esterna occasionale, vale a dire non prefigurata nel diritto UE.

Riguardo agli strumenti di differenziazione interna, si indagheranno anzitutto i limiti materiali. Dal momento che, come già osservato, tutti gli obiettivi dell'Unione sono o possono essere interessati dall'integrazione differenziata, si pone la questione di sapere fino a che punto la prassi ammetta che uno Stato membro prenda le distanze da un obiettivo dell'Unione. Questione logicamente successiva ma di più ampio respiro è quali sono i limiti materiali che la disciplina dei Trattati impone alle procedure e ai meccanismi di integrazione differenziata esistenti nell'ordinamento

⁶⁹ Il termine è tratto dalla recente collettanea B. DE WITTE, A. OTT, E. VOS (eds.), *Between Flexibility and Disintegration*, cit.

⁷⁰ Cfr. in particolar modo B. DE WITTE, A. OTT, E. VOS (eds.), *Between Flexibility and Disintegration*, cit., pp. 2-3. Il tema classico delle due opposte anime dell'integrazione differenziata è declinato individuando diversi dilemmi, dei quali due di natura rispettivamente politica e giuridica, in N. KOENING, *A Differentiated View of Differentiated Integration*, Policy Paper 140, 23 July 2015, Jacques Delors Institute, Berlin: il dilemma politico oppone "flexible ways out of deadlock and the EU's political unity", mentre quello giuridico oppone "flexible (intergovernmental) legal arrangements and the homogeneity of EU law".

europeo. Vista la preoccupazione “classica” di salvaguardare l’unità dell’ordinamento, il metodo migliore per affrontare l’indagine mi sembra quello di analizzare separatamente, in proposito, la procedura generalista dell’integrazione differenziata interna, vale a dire la cooperazione rafforzata, e i vari strumenti settoriali. A chiusura della riflessione sul punto va affrontata la questione se esista uno “zoccolo duro” di disposizioni del diritto UE refrattario alla differenziazione. Sul fronte dei limiti procedurali e istituzionali alla possibilità che il diritto dell’Unione non si applichi ad alcuni Stati membri, il primo degli obiettivi sopra delineati fa sì che le questioni cruciali siano due: se, ed eventualmente con quali limiti, l’integrazione differenziata possa prescindere dal consenso degli Stati che non ne usufruiscono e se, al contrario, ai fini del riassorbimento degli Stati esclusi sia sufficiente il loro consenso ovvero se sia richiesto anche quello degli altri. A questi temi, tra loro strettamente collegati, si lega a sua volta quello del funzionamento delle istituzioni dell’Unione in regime di integrazione differenziata, cioè a dire nell’adozione degli atti destinati a non applicarsi a tutti gli Stati membri: per ovvi motivi, si esamineranno separatamente il funzionamento del Consiglio, in quanto organo rappresentativo degli Stati, e quello di Commissione e Parlamento europeo, in relazione al quale saranno considerate anche le proposte di “Parlamento dell’Eurozona” avanzate di recente. Meno strettamente collegate sono le due ultime questioni pertinenti ai limiti di carattere procedurale e istituzionale. Una, classica, riguarda i limiti di tale natura disposti dai Trattati per l’adozione di atti di diritto derivato in regime di cooperazione rafforzata, che si esamineranno alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia. L’altra è una questione nuova e molto delicata, sollevata dalla prassi di realizzare l’integrazione differenziata interna al livello del diritto derivato attraverso una procedura non prevista dai Trattati. Si tratta dell’adozione di atti grazie a basi giuridiche che interessano tutti gli Stati membri, i quali sono però vuoi riservati agli Stati dell’Eurozona, vuoi applicabili *de plano* solo a questi salvo poter essere estesi anche agli altri grazie al loro consenso prestato *ad hoc*. Questa procedura è già stata impiegata per atti pertinenti all’Unione bancaria ed è stata recentemente riproposta dalla Commissione per la *repatriation* (ossia l’“importazione” nel diritto dell’Unione europea) del MES e di alcuni contenuti del TSCG. L’interrogativo è ovviamente comprendere se l’ordinamento europeo ponga dei limiti all’utilizzabilità di una procedura siffatta.

Quanto alla differenziazione esterna, la chiave di lettura relativa ai limiti posti al riguardo dal diritto UE consiglia di dividere i trattati pertinenti in due gruppi: da un lato quelli prefigurati o addirittura previsti da tale diritto e dall’altro quelli che non lo sono, sicché l’integrazione differenziata che realizzano può definirsi occasionale. Nonostante la loro dichiarata contiguità con il diritto UE, il primo e principale problema posto da tali convenzioni è la compatibilità con i Trattati della scelta stessa di realizzare gli obiettivi dell’Unione *extra ordinem* e specificamente con gli strumenti classici del diritto internazionale. Di qui la distinzione suddetta: per i primi, infatti, esternalizzazione ed eventualmente differenziazione sono scelte operate o perlomeno prefigurate già nei predetti Trattati. Per le convenzioni di entrambi i gruppi saranno esaminati i limiti che esse hanno incontrato, o che avrebbero dovuto incontrare, in ordine alla disciplina materiale, alla sottrazione operata alle competenze delle istituzioni dell’Unione ovvero, se del caso, all’impiego di queste ultime al di fuori della cornice dei Trattati UE e al rapporto con la procedura interna di integrazione differenziata, cioè la cooperazione rafforzata.

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da
Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*^A, 2016.
2. Piero PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, 2010.
3. Ennio TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, 2011.
4. Elena FALLETTI e Valeria PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2012.
5. Rossana PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, 2012.
6. Francesco CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al Diritto dell'Unione Europea*, 2012.
7. Marina CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, 2012.
8. Rosita DEL COCO e Emanuela PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, 2014.
9. Andrea CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, 2014.
10. Angela Maria ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, 2015.
11. Giovanni CELLAMARE, *Le operazioni di peacekeeping delle organizzazioni regionali*, 2015.
12. Ennio TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, 2015.
13. Ilaria OTTAVIANO, *Gli accordi di cooperazione territoriale nell'Unione Europea*, 2017.
14. Gianpaolo Maria RUOTOLO, *La tutela dei privati negli accordi commerciali*, 2017.
15. Sara PUGLIESE, *Il rischio nel diritto dell'Unione europea tra principi di precauzione, proporzionalità e standardizzazione*, 2017.

16. Ivan INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, 2017.
17. Luca PALADINI, *Il Servizio europeo per l'azione esterna – Aspetti giuridici e prospettive di sviluppo*, 2017.
18. Anna IERMANO, *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europeo*, 2018.
19. Andrea CANNONE, *Violazioni di carattere sistemico e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2018.
20. Teresa Maria MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno. Riflessioni sul sistema delle fonti alla luce dell'art. 114 TFUE*, 2018.
21. Ennio TRIGGIANI, Anna Maria NICO, Maria Grazia NACCI (a cura di), *Unione europea e governi territoriali: risorse, vincoli e controlli*, 2018.
22. Antonietta DAMATO, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell'Unione e obblighi degli Stati membri*, 2018.
23. Giandonato CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, 2018.
24. Emanuela PISTOIA, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, 2018.