

Quanto è sostenibile l'integrazione (asimmetrica) sovranazionale. Note di diritto comparato

Giuseppe Martinico*

Questo breve contributo si propone come obiettivo quello di riflettere sul tema della sostenibilità delle dinamiche asimmetriche nel contesto sovranazionale. Il contributo si articola in due parti: nella prima verranno chiariti alcuni concetti chiave (sostenibilità, asimmetria, flessibilità), mentre nella seconda si guarderà agli ultimi sviluppi del processo sovranazionale che, per ragioni diverse, hanno aumentato la dose di asimmetria nell'ordinamento europeo.

1. Obiettivi dello scritto

Sin dal 1965, anno del pionieristico articolo di Tarlton su asimmetria e simmetria come elementi del federalismo nel *Journal of Politics*¹, i comparatisti hanno guardato con sospetto al concetto di asimmetria, visto come foriero di frammentazione nella vita dell'ordinamento giuridico. Questo spiega anche perché l'asimmetria, nella trattazione classica, sia quasi sempre stata relegata a eccezione nella vita dei sistemi federali e quasi federali. Quest'approccio, del resto, può essere visto come una delle conseguenze dei «residui contrattualistici» delle concezioni del federalismo² (per cui, se il *foedus* è un contratto, allora alle sue parti deve essere garantito eguale trattamento e dignità).

* Vorrei ringraziare Matteo Monti per i suoi commenti. Questo saggio è collegato ai temi del progetto Jean Monnet "Eur. Publ-IUS" *European Public Law* (Modulo Jean Monnet coordinato dall'autore), <https://www.santannapisa.it/it/ricerca/progetti/jean-monnet-module-european-public-law-ius-eurpublius>.

(1) C. TARLTON, *Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation*, in *Journal of Politics*, 1965, p. 861 ss.

(2) A. LA PERGOLA, *Residui contrattualistici e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano, 1969.

Tuttavia, come è stato sottolineato da attenta dottrina³, questa visione dell'asimmetria ha il torto di ridurla alla questione della distribuzione delle competenze, dimenticando altre due importanti dimensioni che hanno dato, spesso, ospitalità costituzionale all'istituto: la questione del finanziamento e quella della rappresentanza istituzionale degli enti substatali⁴. Se infatti si include nel concetto di asimmetria anche la dimensione della rappresentanza, allora l'espedito della rappresentanza «geometrica» (proporzionale alla popolazione) invece di quella «aritmetica» (un eguale numero di rappresentanti indipendentemente dalla popolazione delle unità del sistema federale di riferimento) rende «asimmetrici» anche ordinamenti tradizionalmente descritti come simmetrici (qui è evidente l'esempio tedesco, in virtù della composizione del *Bundesrat*). L'adozione di un concetto ampio di asimmetria permette di «ripensare» la categoria in termini di «regola» – e non di «eccezione» – nella vita dei sistemi federali⁵.

Partendo da queste considerazioni e trattando quindi l'asimmetria come elemento essenziale dei processi federativi, il contributo si propone come obiettivo quello di riflettere sul tema della sostenibilità delle dinamiche asimmetriche nel contesto sovranazionale. Ad avviso di chi scrive, infatti, i Trattati europei presentano un interessante caso di studio per testare il tema della sostenibilità dell'asimmetria per almeno due ragioni: 1) nella disciplina della cooperazione rafforzata i Trattati offrono interessanti spunti al comparatista con riferimento alla questione dei limiti all'asimmetria, volti a limitare le spinte centrifughe che inevitabilmente si accompagnano all'adozione di tali meccanismi; 2) è stato suggerito da autorevole dottrina⁶ che lo scenario post-Brexit assumerà contorni

(3) R. AGRANOFF, *Accommodating Diversity: Asymmetry in Federal States*, Baden Baden, 1999; F. PALERMO, *La coincidenza degli opposti: l'ordinamento tedesco e il federalismo asimmetrico?*, in *Federalismi.it*, 3, 2007.

(4) F. PALERMO, *La coincidenza degli opposti*, cit.; R. WATTS, *A Comparative Perspective on Asymmetry in Federations*, 2005, <https://www.queensu.ca/iigr/sites/webpublish.queensu.ca/iigrwww/files/files/WorkingPapers/asymmetricfederalism/Watts2005.pdf>

(5) *Ibidem*.

(6) B. DE WITTE, *An Undivided Union? Differentiated Integration in Post-Brexit Times*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 227, p. 250.

sempre più asimmetrici e in questo senso risulta necessario affrontare il tema di come assicurare il rispetto del «nucleo duro» dei Trattati e della giurisprudenza della Corte di giustizia (CGUE).

Il contributo si articola in due parti: nella prima verranno chiariti alcuni concetti chiave (sostenibilità, asimmetria, flessibilità), mentre nella seconda si guarderà agli ultimi sviluppi del processo sovranazionale che, per ragioni diverse, hanno aumentato la dose di asimmetria nell'ordinamento europeo, dedicando particolare attenzione al tema della cooperazione rafforzata come disciplinata dai Trattati europei.

È necessario, inoltre, chiarire fin da subito che, visti i limiti di spazio in questa sede, non si procederà a una rassegna organica delle varie forme in cui la componente asimmetrica si presenta nel diritto dell'Unione, preferendo rinviare per una rassegna onnicomprensiva alla dottrina più recente⁷.

2. Il quadro concettuale e terminologico di riferimento

Innanzitutto, conviene chiarire come verranno impiegati alcuni concetti chiave in questa sede, partendo dal concetto di sostenibilità. Per sostenibilità, infatti, non si intenderà un concetto misurabile quantitativamente, ma, rifacendoci alla definizione utilizzata da Glenn, si impiegherà sostenibilità come la «*provenability to hold together, to sustain, mutually inconsistent sub-traditions*» o, in altre parole, di «*achieve complexity*»⁸ in un sistema composto come quello europeo⁹. Questa definizione ci permette anche di selezionare solo alcune delle forme in cui il fenomeno asimmetria si presenta a livello sovranazionale, concentrandoci su quei casi in cui viene in gioco l'unità del sistema decisionale europeo, inteso come l'insieme di «*legal arrangements where by less than all Member States participate in decision-making and whereby the legal norms thus adopted apply only to the States that participated in the*

(7) B. DE WITTE, A. OTT, E. VOS (a cura di), *Between Flexibility and Disintegration: The Trajectory of Differentiation in Eu Law*, Northampton, Edward Elgar, 2017.

(8) P. GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 368

(9) Sulla complessità si veda, ovviamente, E. MORIN, *Introduzione al pensiero complesso*, Milano, 1993.

*decision-making*¹⁰. Si tratta di un *focus* necessario, vista la molteplicità di forme in cui si presenta il fenomeno asimmetrico a livello sovranazionale: fra le principali fonti di asimmetria nel diritto dell'UE ricordiamo la cooperazione rafforzata¹¹, il meccanismo degli *opting out*¹², il metodo aperto di coordinamento¹³ per non parlare di quelle numerose deroghe che hanno da sempre caratterizzato il diritto dei Trattati europei¹⁴. A questo quadro vanno aggiunti anche gli accordi fra Stati membri, come nel caso del Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria (Tscg, conosciuto anche come *Fiscal Compact*), firmato all'inizio del marzo del 2012. Questo ha portato anche a una certa varietà terminologica (flessibilità, *multi-speed Europe*, *Europa à la carte*, *Federal core*, differenziazione¹⁵, integrazione differenziata¹⁶) e alla possibilità di distinguere varie forme di integrazione differenziata, come proposto, per esempio, da Stubb nel 1996¹⁷. A dimostrazione della grande elasticità con cui queste categorie sono state utilizzate è sufficiente ricordare una recente pubblicazione che finisce per includere sotto il concetto di «flessibilità» (raramente gli studiosi di di-

(10) B. DE WITTE, *An Undivided Union?*, cit., p. 227-250.

(11) Art. 20 TUE, artt. 326-335 TFUE. Si veda J.M. BENEYTO (a cura di), *Unity and Flexibility in the Future of the European Union: the Challenge of Enhanced Cooperation*, www.ceuediciones.com/documents/ebookceuediciones1.pdf.

(12) L. MILES, *Introduction: Euro Outsiders and the Politics of Asymmetry*, in *Journal of European Integration*, 2005, p. 73.

(13) F. SCHARPF, *The European Social Model: Coping With the Challenges of Diversity*, in *MPiFG Working Paper*, 02/8, <http://ideas.repec.org/p/zbw/mpifgw/028.html>.

(14) Si pensi ad esempio all'art. 227 TCEE, al Protocollo relativo al contingente tariffario per le importazioni di banane; dopo l'Atto Unico europeo si pensi all'art. 8C TCEE. D. HANF, *Flexibility Clauses in the Founding Treaties, From Rome to Nice*, in B DE WITTE, D. HANF, E. VOS (a cura di), *The Many Faces of Flexibility in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001, p. 3.

(15) «To get around this confusion, it is suggested that these denominations and models of differentiation nevertheless share a minimum common denominator. That is the situation in which, within the scope of EU competences, not all Member States are subject to the same or uniform EU rules», M. AVBEIJ, *Differentiated Integration – Farewell to the EU-27*, in *German Law Journal*, 191, 2013, p. 193.

(16) Per una carrellata si veda J.E. FOSSUM, *Democracy and differentiation in Europe*, in *Journal of European Public Policy*, 2015, p. 799.

(17) A.C.G. STUBB, *A Categorization of Differentiated Integration*, in *Journal of Common Market Studies*, 1996, p. 283.

ritto dell'UE usano il termine asimmetria) anche temi apparentemente diversi da quelli normalmente trattati in questa sede, come, ad esempio, le conseguenze della nota saga *Melloni*¹⁸ nel rapporto fra livelli di tutela dei diritti fondamentali. Ciò non esclude, tuttavia, ad avviso di chi scrive, la validità analitica del concetto che oggi più che mai assiste a una nuova fase di vitalità. Ai fini di questo articolo, tuttavia, ci si riferirà solo a un caso di studio al fine di sottolineare come l'ordinamento europeo abbia, da un lato, garantito il rispetto della diversità senza, però, rinunciare alla difesa del nucleo duro dei suoi principi supremi, assicurando così, appunto, la sostenibilità del processo integrativo. In questo senso è emblematico l'esempio della cooperazione rafforzata. Nel suo permettere forme di integrazione avanzate in specifici ambiti e nel rispetto del quadro istituzionale unico dell'UE e delle liste di competenze previste nei Trattati, la cooperazione rafforzata è, infatti, una fonte di asimmetria¹⁹, potendo dare origine ad un'Unione a «più velocità» come si sente spesso dire. Introdotta dal Trattato di Amsterdam, oggetto di riforma nel Trattato di Nizza – che ha reso meno difficili le condizioni per la sua attivazione –, la cooperazione rafforzata può essere concepita come una sorta di *extrema ratio* utilizzabile nel momento in cui il Consiglio constata che gli obiettivi fissati in base a tale cooperazione non possano essere raggiunti utilizzando le disposizioni del Trattato e secondo le dinamiche del “normale” processo di integrazione. Nel disciplinarla, come vedremo, i Trattati espressamente ne escludono l'applicabilità a taluni ambiti per impedire che possa essere messo a repentaglio il nucleo fondamentale dell'ordinamento,

(18) Corte di giustizia dell'UE, C-399/11, *Melloni*, www.curia.europa.eu. Si veda il capitolo di 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 (a cura di), *Between Flexibility and Disintegration*, cit., p. 179.

(19) Per il concetto di asimmetria si rinvia, ovviamente, a Tarlton: «Two concepts (...) can be introduced and their general content suggested here. The first, the notion of symmetry refers to the extent to which component states share in the conditions and thereby the concerns more or less common to the federal system as a whole. By the same token, the second term, the concept of asymmetry expresses the extent to which component states do not share in these common features. Whether the relationship of a state is symmetrical or asymmetrical is a question of its participation in the pattern of social, cultural, economic, and political characteristics of the federal system of which it is part. This relation, in turn, is a significant factor in shaping its relations with other component states and with the national authority», C. TARLTON, *Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation*, in *Journal of Politics*, 1965, p. 861.

la cui violazione porterebbe a una rivoluzione in senso tecnico o, in termini kelseniani, a una «interruzione della catena di validità»²⁰. Si tratta, in altre parole, di accorgimenti che l'ordinamento europeo ha escogitato al fine di fare dell'asimmetria uno *strumento di integrazione differenziata*, impedendo che potesse essere utilizzata come *strumento di disintegrazione*. In dottrina, è da segnalare l'idea di Closa secondo cui sia lo strumento del recesso *ex art. 50 TUE* sia le forme di *opting out* previste da altre disposizioni dei Trattati sarebbero forme di uscita (*exit*): *exit* parziale nel caso degli *opting out*, *exit* totale nel caso del recesso²¹. Non a caso, a volte anche la manualistica ha deciso di trattare unitamente il fenomeno del recesso e dell'integrazione differenziata²².

In questo senso, molto vicino alla rottura dell'ordinamento mi appariva il contenuto delle concessioni fatte dal Consiglio europeo del febbraio 2016²³ al Regno Unito in vista del *referendum* sul c.d. Brexit. Come noto, quel testo non è mai entrato in vigore, ma già in altra sede la dottrina aveva espresso fortissimi dubbi sulla sua compatibilità con il diritto dell'UE²⁴.

(20) H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York, Russell and Russell, 1945, pp. 115-122; H. Kelsen, *The Pure Theory of Law*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1970, pp. 208-214.

(21) «While full exit implicitly formed part of the nature of the EU, the Single European Act (SEA) opened a path to a different modality of selective exit that the Treaty of Maastricht consolidated and later treaties enlarged: the progressive inclusion of opt-out provisions which allow the selective derogation of specific policies measures for specific states. In relation to the situation described by Weiler, EU law applies equally to all participating Member States but not all states participate equally. As I will argue below, the withdrawal threat creates the conditions for new modalities of selective derogation of the *acquis*: *ex pots partial derogation*», C. CLOSA, *Interpreting Article 50: Exit, Voice and ... What About Loyalty?*, in C. CLOSA (a cura di), *Secession from a EU member state and withdrawal from the Union: Troubled membership*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 187, p. 190-191.

(22) Si veda F. FABBRINI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 173 ss.

(23) *Una nuova intesa per il Regno Unito nell'Unione europea, Estratto delle conclusioni del Consiglio europeo del 18 e 19 febbraio 2016*, (2016/C 69 I/01) [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52016XG0223\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52016XG0223(01)). Si veda anche: *Riunione del Consiglio europeo (18 e 19 febbraio 2016) – Conclusioni*, Bruxelles, 19 febbraio 2016 (OR. en) EUCO 1/16 CO EUR 1 CONCL 1, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-1-2016-INIT/it/pdf>. Per un commento si veda: A. DUFF, *Britain's special status in Europe: A comprehensive assessment of the UK-EU deal at its consequences*, Policy Network Paper, 2016, http://www.policy-network.net/publications_download.aspx?ID=9351.

(24) Ad esempio si vedano S. PEERS, *The draft UK/EU renegotiation deal: is it 'legally binding and irreversible'?*, 2016, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/02/the-draft-ukeu-renegotia->

3. *Il recente revival asimmetrico nell'UE. Il caso della cooperazione rafforzata*

Se, come hanno sottolineato alcuni studiosi²⁵, già fin dall'inizio i Trattati europei prevedevano meccanismi asimmetrici, raggruppati sotto la categoria della flessibilità, specie nella versione di deroghe all'uniforme applicazione dei Trattati, molti studiosi rintracciano i germi dell'asimmetria soprattutto nel Trattato di Maastricht, questa è, ad esempio, l'idea di de Witte²⁶.

Negli ultimi anni vi sono state due tendenze interessanti che hanno poi rilanciato l'attualità del dibattito in questo ambito. Da un lato, si è fatto finalmente ricorso alla cooperazione rafforzata, vera e propria «Cenerentola»²⁷ del diritto europeo per molti anni. Dall'altro lato, abbiamo anche avuto un notevole incremento della dose di asimmetria presente nel sistema a causa delle misure anticrisi realizzate dall'UE o dai suoi Stati membri. Fra queste ultime spicca senza dubbio il c.d. *Fiscal Compact*²⁸. Tuttavia, come de Witte²⁹ ha ricordato, anche in passato il

tion-deal-is-it.html; P. ELEFTHERIADIS, *The Proposed New Legal Settlement of the UK with the EU*, 2016, <https://ukconstitutionallaw.org/2016/02/13/pavlos-eleftheriadis-the-proposed-new-legal-settlement-of-the-uk-with-the-eu/>.

(25) D. HANF, *Flexibility Clauses in the Founding Treaties, From Rome to Nice*, in B. DE WITTE, D. HANF, E. VOS (a cura di), *The Many Faces of Flexibility in EU Law*, cit., p. 3.

(26) B. DE WITTE, *An Undivided Union: Differentiated Integration and Post-Brexit Times*, in *Common Market Law Review*, 2-3, 2018, p. 228, p. 241.

(27) S. PEERS, *Enhanced cooperation: the Cinderella of differentiated integration*, in in B. DE WITTE, A. OTT, E. VOS (a cura di), *Between Flexibility and Disintegration*, cit., p. 76.

(28) Per i limiti di caratteri imposti devo qui rinviare a quanto sostenuto in altra sede. Alle dinamiche intergovernative come fattore di asimmetria e al loro impatto sul diritto europeo in senso stretto ho dedicato due articoli. Uno dei quali (G. MARTINICO, *EU Crisis And Constitutional Mutations: A Review Article*, in *Revista de Estudios Políticos*, 2014, p. 247-280) è stato ripreso anche da de Witte in B. DE WITTE, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?*, in *European Constitutional Law Review*, 3, 2015, pp. 434-457). Alle sue considerazioni ho cercato di rispondere in un altro articolo sottolineando le ragioni che, a mio avviso, confermano la validità analitica del concetto di «mutazione costituzionale», alla luce, soprattutto, dell'ampiezza che lo stesso ha assunto nel dibattito giuspubblicistico tedesco, G. MARTINICO, *Le Implicazioni Costituzionali della Crisi. Una Rassegna della Letteratura*, in *Federalismi.it*, 26, 2016.

(29) B. DE WITTE, *Using International Law in the Euro Crisis Causes and Consequences*, in *ARENA Working Paper*, 4, 2013, <http://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-working-papers/2013/wp4-13.pdf>

diritto pubblico internazionale ha rappresentato un importante strumento nel processo integrativo, spesso fungendo da «stanza di attesa» prima di procedere alla «sovrannazionalizzazione» delle competenze. In effetti anche l'art. 16 del Tscg sembra auspicare un simile esito, prevedendo che «al più tardi entro cinque anni dalla data di entrata in vigore del presente trattato, sulla base di una valutazione dell'esperienza maturata in sede di attuazione, sono adottate in conformità del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea le misure necessarie per incorporare il contenuto del presente trattato nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea»³⁰.

Alla luce di tutte queste considerazioni, in dottrina si è anche riflettuto sull'opportunità di abbandonare la dicotomia intergovernativismo/sovrannazionalismo, in quanto non più realmente utile per leggere il processo integrativo³¹: in fondo, questi strumenti di natura intergovernativa hanno accelerato il processo integrativo e rafforzato la posizione del controllore, la Commissione, che, però, presenta natura sicuramente sovranazionale.

Con riferimento al primo *trend*, invece, si è fatto finalmente ricorso all'istituto della cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile

(30) Si veda, a questo proposito, la proposta della Commissione: *Proposta di Direttiva del Consiglio, che stabilisce disposizioni per rafforzare la responsabilità di bilancio e l'orientamento di bilancio a medio termine negli Stati membri*, Bruxelles, 6.12.2017, COM(2017) 824 final 2017/0335(CNS), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017PC0824&from=EN>.

(31) «Upon closer inspection, however, it needs to be qualified in at least three respects. First, and most simply, one should not underestimate the room for manoeuvre that even mostly intergovernmental arrangements may leave for the enforcer of such mechanisms, which is often supranational in character. It is the case, for instance, of the Stability and Growth Pact and fiscal compact rules, which afford the Commission a significant degree of discretion in deciding how to interpret macroeconomic and budgetary criteria. Second, alongside the establishment or reinforcement of intergovernmental mechanisms in the area of macroeconomic governance, recently we have witnessed an equally important strengthening of supranational institutions that is often overlooked by intergovernmentalists. For one thing, the Eurozone crisis itself, and its consequences on citizens' political dissatisfaction, were key stimuli to the introduction of the Spitzenkandidaten process for selecting the Commission president, which in turn promises to increase both the European Parliament (EP)'s role and the Commission's autonomy vis-à-vis the member states in the years to come», P. TORTOLA, L. VAI, *What government for the European Union? Five themes for reflection and Action*, in *CSF- IAI WP Series*, 2015, www.iai.it/sites/default/files/iai1517.pdf.

al divorzio e alla separazione personale, relativamente al brevetto europeo, alla tassa sulle transazioni finanziarie per menzionare le prime³². Il quadro normativo è costituito dall'art. 20 TUE e, più in particolare, dagli artt. 326-334 TFUE. Analizzando tali disposizioni si possono ricordare le seguenti garanzie: 1) il numero minimo di Paesi necessario per attivarla; 2) il necessario coinvolgimento delle Istituzioni sovranazionali³³; 3) la clausola di apertura³⁴ che permette, anche agli Stati che hanno deciso di non partecipare immediatamente, di aggregarsi in un secondo momento; 4) l'esistenza di ambiti/settori che non possono essere messi a repentaglio dalla cooperazione rafforzata: il mercato interno, la coesione economica, sociale e territoriale ai sensi dell'art. 326 TFUE; 5) infine, essa non può costituire un ostacolo o giustificare una discriminazione per gli scambi tra gli Stati membri, né può provocare distorsioni di concorrenza tra quest'ultimi³⁵.

Vi è poi una disposizione che molto chiaramente fissa degli elementi che potremmo definire come il nucleo intoccabile dell'ordinamento europeo, volti, come ricordato in apertura, a permettere la sostenibilità dell'asimmetria a livello sovranazionale, impedendo che quest'ultima possa trasformarsi in un veicolo di disintegrazione dell'ordinamento. Ci si riferisce ovviamente all'art. 326 TFUE:

«Le cooperazioni rafforzate rispettano i Trattati e il diritto dell'Unione. Esse non possono recare pregiudizio né al mercato interno né alla coesione economica, sociale e territoriale. Non possono costituire un ostacolo né una discriminazione per gli scambi tra gli

(32) Decisione del Consiglio del 12 luglio 2010 (2010/405/EU), OJEU, L 189/12, Decisione del Consiglio del 10 marzo 2011 (2011/167/ EU), OJEU, L 76/53, Decisione del Consiglio del 22 gennaio 2013 (2013/52/EU), OJ L 22.

(33) F. FABBRINI, *The Enhanced Cooperation Procedure: A Study in Multispeed Integration*, CSF Research Papers, 2012, <http://www.csfederalismo.it/en/publications/research-papers/998-the-enhanced-cooperation-procedure-a-study-in-multispeed-integration-2>.

(34) M. BORDIGNON, S. BRUSCO, *On enhanced cooperation*, in *Journal of Public Economics*, 2006, p. 2063-2090; C.M. CANTORE, *We're one, but we're not the same: Enhanced cooperation and the tension between unity and asymmetry in the EU*, in *Perspectives on Federalism*, 2011, http://on-federalism.eu/attachments/103_download.pdf.

(35) Si vedano gli artt. 20 TUE e da 326 a 334 TFUE.

Stati membri, né possono provocare distorsioni di concorrenza tra questi ultimi».

Vale la pena confrontare il testo di questo articolo con quello dell'art. 10 del TSCG che fa riferimento alla cooperazione rafforzata, prevedendo quanto segue:

«Conformemente alle disposizioni dei Trattati su cui si fonda l'Unione europea, le parti contraenti sono pronte ad avvalersi attivamente, se opportuno e necessario, di misure specifiche agli Stati membri la cui moneta è l'euro, come previsto all'articolo 136 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, e della cooperazione rafforzata, come previsto all'articolo 20 del Trattato sull'Unione europea e agli articoli da 326 a 334 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nelle materie essenziali al buon funzionamento della zona euro, senza recare pregiudizio al mercato interno».

Altrove³⁶ si è avuto modo di esprimere dubbi sulla corrispondenza fra la cooperazione rafforzata *ex art. 10* del TSCG e la cooperazione rafforzata *ex art. 20 TUE* (e artt. 326-334 *TFUE*). Nonostante il rinvio ai Trattati europei disposto dall'art. 10, infatti, non si può non notare come il linguaggio scelto per la disposizione in questione sembri concepire la cooperazione rafforzata non come una *extrema ratio* (si fa riferimento, anche nel Preambolo del TSCG, ad un uso «più attivo» del meccanismo in questione, se «opportuno e necessario», formule che sembrano quindi introdurre un margine di discrezionalità maggiore) e come essa faccia espresso richiamo solo ad uno dei limiti alla cooperazione rafforzata individuati dai Trattati europei (l'art. 10, infatti, menziona espressamente solo il «mercato interno»). Forse si tratta solo di un problema di *drafting* (e il rinvio agli articoli 20 TUE e 326-334 *TFUE* dovrebbe rassicurare in questo senso), ma sembra giusto segnalare questo rischio. Rischio che mi pare presente anche alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia. Ad avviso di chi scrive paiono condivisibili le riflessioni di Fabbrini secondo cui: «le cooperazioni rafforzate dovrebbero essere

(36) C.M. CANTORE, G. MARTINICO, *Asymmetry or Dis-integration? A few considerations on the new Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union*, in *European Public Law*, 2013, p. 463.

possibili solamente quando gli Stati membri dell'UE siano in disaccordo sulla necessità (*l'an*) di adottare atti giuridici comuni a livello europeo, non quando il disaccordo sia sulla modalità (*il quomodo*) dell'adozione di questi atti in termini di contenuto³⁷.

Tuttavia, la Corte di giustizia non sembra condividere questa impostazione come risulta evidente dalla *Regno di Spagna e Repubblica italiana c. Consiglio*³⁸, dove ha sottolineato che: «Contrariamente a quanto sostenuto dal Regno di Spagna e dalla Repubblica italiana, gli articoli 20 TUE e da 326 TFUE a 334 TFUE non limitano la facoltà di ricorrere a una cooperazione rafforzata alla sola ipotesi in cui uno o più Stati membri dichiarino di non essere ancora pronti a partecipare ad un'azione legislativa dell'Unione nel suo insieme. Ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 2, TUE, la situazione che può legittimamente condurre a una cooperazione rafforzata è quella in cui “gli obiettivi ricercati da detta cooperazione non possono essere conseguiti entro un termine ragionevole dall'Unione nel suo insieme”. L'impossibilità cui fa riferimento tale disposizione può essere dovuta a diverse cause, quali una mancanza di interesse di uno o più Stati membri o l'incapacità degli Stati membri, che si mostrino tutti interessati all'adozione di un regime a livello dell'Unione, di pervenire ad un accordo sul contenuto di un tale regime».³⁹

Si tratta di parole che tradiscono un approccio preoccupante da parte della Corte, che pare concepire come davvero limitato il proprio margine di sindacato. Questa impressione non è stata smentita da un altro caso, *Regno Unito c. Consiglio*, in cui la CGUE si è limitata a chiarire che «il sindacato della Corte verte sulla verifica della validità in sé di tale decisione alla luce, in particolare, delle disposizioni – contenute all'articolo 20 TUE nonché agli articoli da 326 a 334 TFUE – che definiscono i presupposti sostanziali e procedurali di concessione di una simile autorizzazione»⁴⁰.

(37) F. FABBRINI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, cit., p. 179.

(38) Corte di giustizia dell'UE, cause riunite C-274/11 e C-295/11, *Regno di Spagna e Repubblica italiana c. Consiglio*, www.curia.europa.eu.

(39) Corte di giustizia dell'UE, cause riunite C-274/11 e C-295/11, cit., par. 36.

(40) Corte di giustizia dell'UE, C-209/13, *Regno Unito c. Consiglio*, www.curia.europa.eu, par. 33.

Sarà interessante vedere come si evolverà questa giurisprudenza e vedere se davvero la Corte di giustizia abbia intenzione di confermare quest'approccio minimalista che ha forse il rischio di lasciare troppo spazio alla Commissione e al Consiglio nella valutazione del concetto di *extrema ratio*.

Un ultimo cenno relativo all'asimmetria riguarda il problema del suo impatto sulle Istituzioni sovranazionali. Si è cercato, in questo senso, di immaginare una configurazione istituzionale che potesse rappresentare al meglio l'assetto asimmetrico che caratterizza la *governance* economica europea sulla base di quanto previsto da alcune interessanti disposizioni come l'art. 330 TFUE, il Protocollo 14 sull'Eurogruppo e l'art. 13 del TSCG (quest'ultimo già richiamato in precedenza)⁴¹.

L'art. 330 TFUE distingue espressamente fra gli Stati che prendono parte e gli Stati che non partecipano alla cooperazione rafforzata, stabilendo che «tutti i membri del Consiglio possono partecipare alle sue deliberazioni, ma solo i membri del Consiglio che rappresentano gli Stati membri partecipanti ad una cooperazione rafforzata prendono parte al voto. L'unanimità è costituita unicamente dai voti dei rappresentanti degli Stati membri partecipanti». Il Protocollo 14 disciplina delle riunioni «a titolo informale» fra i «Ministri degli Stati membri la cui moneta è l'euro ... per discutere questioni attinenti alle responsabilità specifiche da essi condivise in materia di moneta unica. La Commissione partecipa alle riunioni. La Banca centrale europea è invitata a prendere parte a tali riunioni, preparate dai rappresentanti dei Ministri responsabili delle finanze degli Stati membri la cui moneta è l'euro e dai rappresentanti della Commissione»⁴². L'art. 2 del citato Protocollo prevede anche l'elezione di un Presidente dell'Eurogruppo, che rimane in carica per due anni e mezzo. Si tratta solo di alcune disposizioni che dimostrano come l'asimmetria possa incidere sulla composizione e il funzionamento delle Istituzioni comuni.

(41) C. FASONE, *Il Parlamento europeo*, in A. MANZELLA, N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, Torino, 2014, p. 84.

(42) Art. 1, Protocollo 14 annesso al Trattato di Lisbona.

4. *Brevi conclusioni*

In questo saggio si è cercato di dimostrare come l'asimmetria possa essere vista come strumento di integrazione (seppur differenziata) e non come fattore di disintegrazione, a patto che venga resa «sostenibile», ovvero esercitata nel rispetto di alcune garanzie (procedurali e sostanziali) volte a salvaguardare il nucleo costituzionale del sistema di riferimento. Queste disposizioni evidenziano dei *caveat* procedurali che servono ad assicurare l'uso corretto dello strumento in questione, garantendo valori sostanziali come la trasparenza delle procedure, l'apertura verso quegli Stati che hanno deciso in un primo momento di rimanere fuori (ma che potrebbero cambiare idea nel futuro) e il controllo da parte delle Istituzioni sovranazionali.

Questa serie di garanzie codificate dalle disposizioni dei Trattati fa del diritto dell'UE uno stimolante caso di studio anche per il comparatista interessato al tema dell'asimmetria. Frequentemente infatti – e il caso spagnolo è emblematico da questo punto di vista – l'asimmetria viene vista con sospetto e accusata di essere spesso propedeutica alla secessione, causando un processo di negoziazione continua che finirà inesorabilmente per avere effetti negativi sulla coesione giuridica dell'ordinamento⁴³.

Lasciando da parte la necessità di distinguere fra asimmetria e secessione – fenomeni non necessariamente collegabili –, vale la pena sottolineare l'importanza di disposizioni come quelle analizzate nel tentativo di razionalizzazione degli ordinamenti giuridici a cui inevitabilmente contribuisce anche la circolazione dei modelli. Non si tratta di disposizioni isolate, del resto. Anche in Canada, ad esempio, la Carta dei diritti e delle libertà ammette l'applicabilità della *notwithstanding clause* – al di là della sua limitata applicazione, specie a livello federale – solo ad alcuni diritti⁴⁴ escludendone altri ritenuti non suscettibili di applicazione asim-

(43) Su questo dibattito si veda R. BAUBÖCK, *United in Misunderstanding? Asymmetry in Multinational Federations*, in *ICE Working Paper series*, 2001, <http://eif.univie.ac.at/downloads/workingpapers/IWE-Papers/WP26.pdf>.

(44) *Section 33 Canadian Charter of Rights and Freedoms*: « (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15.

metrica. La questione dei limiti all'asimmetria e, quindi, della sostenibilità di quest'ultima si presenta come di centrale attualità in un contesto che secondo molti dovrà riscoprirsì ancora più flessibile per rilanciarsi dopo l'imminente (pare) uscita del Regno Unito. Del resto, sia Juncker⁴⁵, nel suo discorso sullo stato dell'Unione del 2017, sia Macron⁴⁶, nel suo ormai celebre discorso alla Sorbona di Parigi del settembre 2017, hanno fatto più volte riferimento a questa possibilità. Per evitare, tuttavia che questo slancio possa arrecare danni a un'Europa già balbettante è importante che tali dispositivi asimmetrici siano utilizzati con cura, evitando di spaccare irrimediabilmente l'Unione⁴⁷.

(2) *An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.*

(3) *A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.*

(4) *Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).*

(5) *Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection.*

(45) J.C. JUNCKER, *Discorso sullo stato dell'Unione*, 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_it.htm.

(46) E. MACRON, *Initiative pour l'Europe – Discours d'Emmanuel Macron pour une Europe souveraine, unie, démocratique*, 2017, <http://www.elysee.fr/declarations/article/initiative-pour-l-europe-discours-d-emmanuel-macron-pour-une-europe-souveraine-unie-democratique/>.

(47) Sulla questione del rispetto del principio di leale cooperazione si veda da ultimo A. MIGLIO, *Differentiated integration and the principle of loyalty*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 475.