

Giulia Rossolillo

**COOPERAZIONE RAFFORZATA E
UNIONE ECONOMICA E
MONETARIA: MODELLI DI
FLESSIBILITÀ A CONFRONTO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

COOPERAZIONE RAFFORZATA E UNIONE ECONOMICA E MONETARIA: MODELLI DI FLESSIBILITÀ A CONFRONTO

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La cooperazione rafforzata nel Trattato di Amsterdam. — 3. Le modifiche introdotte dal Trattato di Nizza. — 4. La cooperazione rafforzata dopo il Trattato di Lisbona: l'ammorbidente della procedura di autorizzazione nei settori differenti dalla politica estera e di sicurezza. — 5. Le condizioni di istituzione di una cooperazione rafforzata: il carattere necessario della cooperazione rafforzata. — 6. *Segue*: il rispetto del diritto dell'Unione Europea e del quadro istituzionale unico. — 7. *Segue*: le condizioni relative ai rapporti con gli Stati esterni alla cooperazione. — 8. Cooperazione rafforzata e armonizzazione fiscale: la proposta di direttiva in materia di imposta sulle transazioni finanziarie. — 9. La cooperazione rafforzata come strumento di integrazione *à la carte*. — 10. Le peculiarità dell'Unione economica e monetaria, « sottosistema » nell'ambito dell'Unione Europea. — 11. Cooperazione rafforzata e sviluppi futuri dell'Unione economica e monetaria.

1. La comparsa di forme di flessibilità nel diritto dell'Unione Europea è un fenomeno per alcuni aspetti presente fin dagli albori del processo di integrazione. Il Trattato istitutivo della Comunità economica europea prevedeva infatti la possibilità per gli Stati membri di mantenere in vita, a certe condizioni e temporaneamente, dietro autorizzazione della Commissione, misure nazionali che la realizzazione dell'obiettivo dell'unione doganale e delle libertà di circolazione avrebbe imposto di eliminare ⁽¹⁾ o di adottare misure di salvaguardia. Nonostante si trattasse di una differenziazione di carattere temporaneo, in tali ipotesi il diritto comunitario non trovava uniforme applicazione in tutto il territorio della Comunità europea.

Il fenomeno assume tuttavia una rilevanza più netta a far tempo dai Trattati di Maastricht ⁽²⁾ e di Amsterdam. Il primo, prevedendo che

⁽¹⁾ V. ad esempio l'*ex art.* 17, par. 4, del Trattato CEE, secondo il quale « quando la Commissione constata che la sostituzione di un dazio doganale di carattere fiscale incontra in uno Stato membro gravi difficoltà, essa autorizza lo Stato in questione a mantenere tale dazio, sempreché lo Stato lo abolisca al più tardi entro sei anni dalla data di entrata in vigore del presente Trattato. L'autorizzazione deve essere richiesta entro la fine del primo anno a decorrere dall'entrata in vigore del Trattato ». Sul punto v. GUIL-LARD, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Paris, 2006, p. 34 ss.

⁽²⁾ Secondo GUIL-LARD, *L'intégration*, cit., p. 38, il Trattato di Maastricht ha costituito una vera e propria svolta nella storia della differenziazione, dal momento che

alla moneta unica possano partecipare unicamente gli Stati in possesso di determinati requisiti economici e giuridici e concedendo nel contempo a Regno Unito e Danimarca la facoltà di non partecipare alla terza fase dell'Unione economica e monetaria (UEM), introduce una distinzione tra Stati membri partecipanti, Stati con deroga ⁽³⁾ e Stati con uno *status* speciale ⁽⁴⁾. Il secondo, oltre a prevedere una serie di *opt-out* a favore di Regno Unito, Irlanda e Danimarca in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia ⁽⁵⁾, all'*acquis* di Schengen ⁽⁶⁾, ai

ha comportato conseguenze sul piano dei meccanismi decisionali, data la non partecipazione al voto in Consiglio da parte degli Stati con deroga, e ha introdotto una forma di differenziazione, per quanto riguarda Regno Unito e Danimarca, rivelatasi di carattere permanente. Altre forme di integrazione differenziata si erano in realtà sviluppate negli anni già prima del Trattato di Maastricht. In particolare, risale al 1985 il Trattato di Schengen tra Francia, Germania, Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo, completato dalla Convenzione di applicazione conclusa dai medesimi Stati nel 1990, e relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni. Si tratta di una forma di integrazione differenziata sviluppatasi dapprima al di fuori della cornice istituzionale dei Trattati istitutivi e poi inserita al loro interno con il Trattato di Amsterdam. Sugli accordi di Schengen e sulla loro incorporazione nei Trattati v. per tutti CURTIN, *The Schengen Protocol: Attractive Model or Poisoned Chalice?*, in *Der rechtliche Rahmen eines Europas in mehreren Geschwindigkeiten und unterschiedlichen Gruppierungen* (a cura di Ehlermann), Köln, 1999, p. 73 ss.; MAZZI-ZISSIS, *Les accords de Schengen et la libre circulation des personnes dans l'Union européenne: exemple à suivre ou dangereux précédent?*, ivi, p. 47 ss.; DEN BOER, *The Incorporation of Schengen into the TEU: a Bridge too far?*, in *The European Union after the Treaty of Amsterdam* (a cura di Monar e Wessels), London-New York, 2001, p. 296 ss.

⁽³⁾ L'espressione « Stati membri con deroga », utilizzata dall'art. 139 TFUE, è dovuta al fatto che l'ingresso nella terza fase dell'UEM è automatico. Gli Stati che non soddisfano le condizioni necessarie sono dunque passati ugualmente alla terza fase, ma « con deroga » sicché alcune disposizioni applicabili a decorrere dalla terza fase dell'UEM non trovano applicazione in relazione a detti Paesi. Gli unici Stati membri che non sono entrati nella terza fase dell'UEM sono dunque Regno Unito e Danimarca. Sul punto v. ZILIOI, SELMAYR, *La Banca Centrale Europea*, Milano, 2007, p. 251 ss.

⁽⁴⁾ Nonostante la posizione di Danimarca e Regno Unito (oggi definita nei Protocolli nn. 15 e 16) sia peculiare, trattandosi di Stati che non partecipano alla moneta unica per propria volontà, dal punto di vista del trattamento loro riservato dai Trattati Stati con deroga e Stati con uno *status* speciale sono posti sul medesimo piano. Al Trattato di Maastricht si può far risalire un'ulteriore forma di differenziazione, relativa alla politica sociale. Constatata infatti l'impossibilità di trovare un accordo con il Regno Unito su tale materia, al Trattato di Maastricht venne allegato un protocollo sulla politica sociale che autorizzava gli altri Stati membri a mettere in atto, tramite le istituzioni, le procedure e i meccanismi previsti dai Trattati, l'accordo sulla politica sociale allegato al medesimo protocollo.

⁽⁵⁾ Protocollo n. 4 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda e Protocollo n. 5 sulla posizione della Danimarca, oggi Protocolli n. 21 e n. 22.

⁽⁶⁾ Protocollo n. 2 sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione Europea e Protocollo n. 5 sulla posizione della Danimarca, oggi Protocolli n. 19 e n. 22.

controlli alle frontiere esterne (7) e alla politica di difesa (8), introduce un meccanismo di differenziazione — la cooperazione rafforzata — suscettibile di essere utilizzato ogniqualvolta, in presenza di alcuni requisiti definiti dal Trattato, un gruppo di Stati voglia procedere più velocemente sulla via dell'integrazione in una determinata materia.

Proprio a quest'ultimo meccanismo sembra oggi opportuno rivolgere particolare attenzione. Dopo anni nei quali le disposizioni in materia di cooperazione rafforzata sono rimaste lettera morta, nel 2010 è stato infatti adottato il regolamento relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (9), seguito, nel 2012, dai regolamenti relativi all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettale unitaria (10) e al regime di traduzione applicabile (11). E una cooperazione rafforzata in materia di imposta sulle transazioni finanziarie è stata autorizzata con decisione del Consiglio del 22 gennaio 2013 (12). Alla cooperazione rafforzata si propone poi da più parti (13) di ricorrere in relazione al completamento dell'Unione

(7) Protocollo n. 3 sull'applicazione di alcuni aspetti dell'art. 14 del Trattato che istituisce la Comunità europea al Regno Unito e all'Irlanda, oggi Protocollo n. 20.

(8) Protocollo n. 5 sulla posizione della Danimarca, oggi Protocollo n. 22.

(9) Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, *G.U.U.E. L* 343 del 29 ottobre 2010, p. 10. L'espressione « cooperazione rafforzata » è utilizzata anche dal Protocollo sull'*acquis* di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione Europea (oggi Protocollo n. 19), nel quale si legge che, tenuto conto della posizione di Danimarca, Regno Unito e Irlanda, « è necessario avvalersi delle disposizioni dei Trattati relative ad una cooperazione rafforzata tra alcuni Stati membri ». Come è stato sottolineato (CURTIN, *The Schengen Protocol*, cit., p. 76), tuttavia, si tratta in tale ipotesi di un caso di flessibilità predeterminata, in quanto sono i Trattati stessi che definiscono l'estensione e l'ambito di applicazione di detta forma di cooperazione.

(10) Regolamento (UE) 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 brevettale unitaria, in *G.U.U.E. L* 361 del 31 dicembre 2012, p. 1.

(11) Regolamento (UE) n. 1260/2012 del Consiglio, del 17 dicembre 2012, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettale unitaria con riferimento al regime di traduzione applicabile, in *G.U.U.E. L* 361 del 31 dicembre 2012, p. 89.

(12) Decisione del Consiglio 2013/52/UE del 22 gennaio 2013 che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore dell'imposta sulle transazioni finanziarie, in *G.U.U.E. L* 22 del 25 gennaio 2013, p. 11.

(13) Alla cooperazione rafforzata come strumento di completamento dell'UEM fa riferimento l'art. 10 del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria, firmato a Bruxelles il 2 marzo 2012, secondo il quale « conformemente alle disposizioni dei Trattati sui cui si fonda l'Unione Europea, le parti contraenti sono pronte ad avvalersi attivamente, se opportuno e necessario, di

economica e monetaria, e in particolare per compiere i primi passi verso la realizzazione di un'unione fiscale, bancaria, di bilancio ed economica. Tale prospettiva presenta alcuni aspetti problematici, a causa della difficoltà di conciliare uno strumento quale quello della cooperazione rafforzata, volto a dar vita a forme di integrazione più stretta tra Stati di volta in volta differenti, e una forma di differenziazione — l'UEM — che tende sempre più a configurarsi come un vero e proprio sottosistema all'interno dell'Unione Europea.

2. Introdotte nel diritto dell'Unione Europea dal Trattato di Amsterdam ⁽¹⁴⁾, le disposizioni relative all'istituto della cooperazione rafforzata sono state oggetto di modifica da parte dei trattati successivi, che ne hanno reso le condizioni di applicabilità per alcuni aspetti meno rigide.

In effetti, il Trattato di Amsterdam si fondava su un'impostazione estremamente restrittiva sia quanto alle condizioni che la cooperazione rafforzata doveva rispettare, sia quanto alla procedura da seguire per instaurarla.

Per quanto concerne il primo aspetto, l'ex art. 43 TUE conteneva un elenco molto ampio e articolato di condizioni al cui rispetto

misure specifiche agli Stati membri la cui moneta è l'euro, come previsto all'art. 136 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, e della cooperazione rafforzata, come previsto all'art. 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». Sul punto v. anche EHLERMANN, *Différenciation accrue ou uniformité renforcée?*, *Revue du Marché unique européen*, 1995, p. 191 ss., spec. p. 207; LOUIS, *Differentiation and the EMU*, in *The Many Faces of Differentiation in EU Law* (a cura di De Witte, Hanf e Vos), Antwerpen-Oxford-New York, 2001, p. 43 ss.; BERTONCINI, *Eurozone and Democracy(ies): a Misleading Debate*, *Notre Europe Policy Paper*, n. 94, luglio 2013, spec. p. 28, il quale ritiene tuttavia più opportuno che la cooperazione rafforzata riguardi un « comprehensive package » di iniziative.

⁽¹⁴⁾ Sulle disposizioni del Trattato di Amsterdam relative alla cooperazione rafforzata v. per tutti CONSTANTINESCO, *Les clauses de « coopération renforcée »*. *Le Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, p. 752 ss.; GAJA, *How Flexible is Flexibility under the Amsterdam Treaty?*, *Common Market Law Review*, 1998, p. 855 ss.; KORTENBERG, *Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam*, ivi, 1998, p. 833 ss.; SHAW, *The Treaty of Amsterdam: Challenges of Flexibility and Legitimacy*, *European Law Journal*, 1998, p. 63 ss.; EHLERMANN, *Differenzierung, Flexibilität und engere Zusammenarbeit. Die neuen Vorschriften des Amsterdamer Vertrags*, in *Der rechtliche Rahmen*, cit., p. 15 ss.; GAJA, *La cooperazione rafforzata*, in *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, p. 61 ss.; PHILIPPART, EDWARDS, *The Provisions on Closer Co-operation in the Treaty of Amsterdam: The Politics of Flexibility in the European Union*, *Journal of Common Market Studies*, 1999, p. 87 ss.

l'istituzione di una cooperazione rafforzata era subordinata ⁽¹⁵⁾. A queste si aggiungevano ulteriori requisiti indicati dall'*ex art.* 11 del Trattato CE per le cooperazioni instaurate nel pilastro comunitario ⁽¹⁶⁾ e dall'*ex art.* 40 TUE per quelle istituite nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale ⁽¹⁷⁾. In materia di politica estera e di sicurezza (secondo pilastro) la possibilità di istituire una cooperazione rafforzata era invece esclusa ⁽¹⁸⁾.

Per quanto concerne poi la procedura per l'attuazione di una cooperazione rafforzata, per entrambi i pilastri era prevista un'autorizzazione del Consiglio. Mentre, tuttavia, nel primo pilastro la richiesta doveva essere rivolta dagli Stati alla Commissione, che poteva presentare una proposta sulla quale il Consiglio avrebbe deciso a maggioranza qualificata previa consultazione del Parlamento europeo, nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale la richiesta doveva essere indirizzata dagli Stati direttamente al Consiglio, che

⁽¹⁵⁾ In particolare, secondo tale disposizione, gli Stati membri che intendevano instaurare tra loro una cooperazione rafforzata potevano far ricorso alle istituzioni, alle procedure e ai meccanismi previsti dai Trattati istitutivi, a condizione che la cooperazione fosse diretta a promuovere gli obiettivi dell'Unione e a proteggere e servire i suoi interessi; che rispettasse i principi sanciti nei Trattati e il quadro istituzionale unico dell'Unione; che venisse utilizzata solo in ultima istanza, qualora non fosse stato possibile raggiungere gli obiettivi dei Trattati applicando le procedure in essi contemplate; che riguardasse almeno la maggioranza degli Stati membri; che non pregiudicasse l'*acquis* comunitario e le misure adottate a norma delle altre disposizioni dei Trattati; che non pregiudicasse le competenze, i diritti, gli obblighi e gli interessi degli Stati membri che non vi partecipavano; che fosse aperta a tutti gli Stati membri e consentisse loro di aderirvi in qualsiasi momento.

⁽¹⁶⁾ Nel primo pilastro, la cooperazione rafforzata non doveva riguardare settori di competenza esclusiva della Comunità; non doveva incidere sulle politiche, sulle azioni o sui programmi comunitari; non doveva riguardare la cittadinanza dell'Unione, né creare discriminazioni tra cittadini degli Stati membri; doveva rimanere entro i limiti delle competenze conferite alla Comunità dal Trattato; non doveva costituire una discriminazione né una restrizione negli scambi tra Stati membri e non doveva produrre una distorsione delle condizioni di concorrenza tra questi.

⁽¹⁷⁾ Le ulteriori condizioni stabilite dall'*ex art.* 40 TUE avevano un carattere molto generale ed elastico, dal momento che si riducevano alla necessità che la cooperazione rafforzata in questione rispettasse le competenze della Comunità europea e gli obiettivi stabiliti dal titolo VI (cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale). Il maggior numero di condizioni richieste per l'instaurazione di una cooperazione rafforzata nel pilastro comunitario rispetto al settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale si spiega con il maggior grado di integrazione e di sopranazionalità che caratterizzava il primo pilastro rispetto al terzo. Nel pilastro comunitario, in altre parole, si era ritenuto che la differenziazione comportasse maggiori rischi di violazione dei principi di non discriminazione e di solidarietà. Sul punto v. GUILLARD, *L'intégration*, cit., p. 390 s.

⁽¹⁸⁾ Come notano PHILIPPART, EDWARDS, *The Provisions*, cit., p. 99, l'esclusione della politica estera e di sicurezza comune dall'ambito di applicazione della cooperazione rafforzata era difficilmente spiegabile, dal momento che si tratta per così dire dell'ambito di applicazione « naturale » della cooperazione rafforzata.

avrebbe deliberato a maggioranza qualificata, sentito il parere della Commissione e dopo aver trasmesso la domanda anche al Parlamento europeo. In linea con il carattere intergovernativo del terzo pilastro, il ruolo di Commissione e Parlamento europeo risultava dunque in quest'ultima ipotesi sminuito.

La possibilità di autorizzare una cooperazione rafforzata a maggioranza qualificata costituiva senza dubbio un incentivo all'utilizzo di tale strumento, dal momento che la sua attuazione non richiedeva il consenso unanime degli Stati membri. In relazione ad entrambi i pilastri citati, tuttavia, il Trattato di Amsterdam prevedeva una sorta di freno di emergenza, che consentiva in sostanza ad ogni Stato che lo volesse di bloccare la procedura di instaurazione della cooperazione. In effetti, secondo l'*ex art.* 11 del Trattato CE, se un membro del Consiglio dichiarava che per importanti e specifici motivi di politica interna intendeva opporsi alla concessione di un'autorizzazione a maggioranza qualificata, non si procedeva alla votazione e il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, poteva chiedere che la questione venisse sottoposta al Consiglio riunito nella composizione di capi di Stato e di governo, per una decisione all'unanimità. Una disposizione del tutto simile era contenuta nell'*ex art.* 40 TUE in relazione al terzo pilastro, con la sola differenza che in tale ipotesi ad essere investito della questione non era il Consiglio riunito nella sua composizione di capi di Stato e di governo, ma il Consiglio europeo.

Il meccanismo del freno di emergenza, unito alle molteplici condizioni alle quali la possibilità di instaurare una cooperazione rafforzata era subordinata, rendevano assai scarse le probabilità che tale istituto costituisse uno strumento efficace di flessibilità⁽¹⁹⁾. In sede di negoziazione, in effetti, sembravano aver prevalso le preoccupazioni degli Stati poco propensi a concedere spazio a forme di differenziazione su quelle degli Stati preoccupati di trovare soluzioni efficaci alle differenti esigenze degli Stati membri di un'Europa sempre più allargata⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Come nota GUILLARD, *L'intégration*, cit., p. 388 s., la minaccia dell'utilizzo del freno di emergenza ha portato negli anni al fallimento di vari tentativi di instaurazione di cooperazioni rafforzate. Per quanto concerne, poi, la partecipazione a una cooperazione rafforzata già instaurata, l'*ex art.* 11 del Trattato CE, in relazione al primo pilastro, disponeva che la decisione fosse presa dalla Commissione, dopo aver dato un parere al Consiglio; quanto al terzo pilastro, secondo l'*ex art.* 40 TUE, era il Consiglio a decidere, previo parere della Commissione. Sul carattere incongruo della disciplina prevista per il primo pilastro, in particolare per quanto concerne il parere fornito dalla Commissione al Consiglio in una situazione nella quale non è il Consiglio a dover adottare una decisione, v. GAJA, *La cooperazione*, cit., p. 65.

⁽²⁰⁾ Sul punto v. PHILIPPART, SIE DHIAN HO, *Flexibility after Amsterdam: Comparative Analysis and Prospective Impact*, in *The European Union*, cit., p. 184 ss., i quali

Tale circostanza risulta evidente anche dall'esame delle conseguenze che la cooperazione rafforzata produceva sul voto in seno alle istituzioni politiche. Secondo il Trattato di Amsterdam, in effetti, ai fini dell'adozione degli atti e delle decisioni necessari per la messa in opera di una cooperazione rafforzata, tutti i membri del Consiglio potevano partecipare alle deliberazioni, ma solo quelli che rappresentavano Stati membri partecipanti alla cooperazione rafforzata prendevano parte all'adozione delle decisioni. Da un lato, dunque, gli Stati estranei alla cooperazione rafforzata partecipavano in ogni caso alla discussione in sede di Consiglio, potendo in questo modo in qualche misura tentare di influenzarne le delibere, dall'altro la differenziazione tra Stati parti e Stati esterni alla cooperazione non si rifletteva su Commissione e Parlamento europeo, istituzioni che avrebbero preso parte all'adozione degli atti volti all'attuazione di una cooperazione rafforzata nella loro composizione ordinaria, e dunque comprensiva dei rappresentanti provenienti dagli Stati membri che alla cooperazione rafforzata in questione non partecipavano.

3. A tale rigidità del meccanismo configurato dal Trattato di Amsterdam il Trattato di Nizza poneva solo parzialmente rimedio ⁽²¹⁾. In effetti, le modifiche introdotte da quest'ultimo risultavano essere per alcuni aspetti più di facciata che di sostanza ⁽²²⁾.

Senza dubbio, il Trattato di Nizza ha ampliato l'ambito di applicazione della cooperazione rafforzata, consentendo che essa potesse essere istituita anche nel settore della politica estera e di sicurezza comune, prima escluso dall'ambito di operatività di tale meccanismo di differenziazione. In particolare, le cooperazioni rafforzate in tale settore dovevano essere « dirette a salvaguardare i valori e a servire gli

mettono in evidenza come « generally speaking, the defensive character of the enabling conditions has been deliberately reinforced at various stages of the ICG negotiations, choices being systematically made in favour of more conditions and more restrictive wording ». Sul dibattito in materia di flessibilità in seno alla Conferenza intergovernativa v. STUBB, *Negotiating Flexibility in the European Union*, New York, 2002, p. 84 ss.

⁽²¹⁾ Sulle modifiche introdotte dal Trattato di Nizza alla cooperazione rafforzata v. BRIBOSIA, *Les coopérations renforcées au lendemain du Traité de Nice*, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2001, p. 111 ss., il quale nota come inizialmente si fosse escluso, data la difficoltà di trovare un compromesso, di modificare le disposizioni sulla cooperazione rafforzata, e come siano stati i Paesi del Benelux a proporre che la Conferenza intergovernativa si occupasse anche di tale aspetto; GUILLARD, *L'intégration*, cit., spec. p. 388 ss.

⁽²²⁾ In questo senso v. BRIBOSIA, *Les coopérations*, cit., p. 116, secondo il quale il contributo maggiore del Trattato di Nizza è stato forse quello di rendere le disposizioni sulla cooperazione rafforzata più chiare e leggibili.

interessi dell'Unione nel suo insieme, affermando la sua identità come forza coerente sulla scena internazionale », dovevano rispettare i principi, gli obiettivi, gli orientamenti generali e la coerenza della politica estera e di sicurezza comune, nonché le decisioni adottate nel quadro di tale politica, le competenze della Comunità europea e la coerenza tra l'insieme delle politiche dell'Unione e l'azione esterna della stessa (ex art. 27 A TUE). Esse non potevano inoltre riguardare questioni aventi implicazioni militari o nel settore della difesa (ex art. 27 B TUE).

Quanto alle modalità per la loro attuazione (ex art. 27 C TUE), gli Stati membri intenzionati ad instaurare tra loro una cooperazione rafforzata nell'ambito del secondo pilastro dovevano presentare una richiesta al Consiglio, che la trasmetteva alla Commissione, per un parere sulla coerenza della stessa con le politiche dell'Unione, e al Parlamento europeo, per informazione. L'autorizzazione ad instaurare la cooperazione era poi concessa dal Consiglio a maggioranza qualificata. Il richiamo operato dall'ex art. 27 C TUE all'ex art. 23, par. 2, 2° e 3° comma, TUE, faceva sì tuttavia che, come previsto dal Trattato di Amsterdam per le cooperazioni rafforzate nel primo e nel terzo pilastro, anche in tale settore sussistesse la possibilità di azionare il freno di emergenza. La disposizione da ultimo citata stabiliva infatti che qualora un membro del Consiglio dichiarasse che, per specifici e importanti motivi di politica nazionale, intendeva opporsi all'adozione di una decisione del Consiglio a maggioranza qualificata, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, potesse chiedere che della questione fosse investito il Consiglio europeo, che si sarebbe pronunciato all'unanimità.

Se è comprensibile che una possibilità di questo tipo fosse prevista per il settore della politica estera e di sicurezza comune, caratterizzato dalla previsione da un lato da procedure decisionali di carattere essenzialmente intergovernativo, dall'altro da una forma di flessibilità *a contrario* rappresentata dal meccanismo dell'astensione costruttiva⁽²³⁾, meno giustificabile sarebbe stato il mantenimento di un freno di emergenza nel pilastro comunitario e nel pilastro relativo alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, soprattutto alla luce

⁽²³⁾ Il meccanismo dell'astensione costruttiva è oggi previsto dall'art. 31 TUE, secondo il quale in caso di astensione dal voto, ciascun membro del Consiglio può motivare la propria astensione con una dichiarazione formale, con la conseguenza di non essere obbligato ad applicare la decisione, pur accettando che essa impegni l'Unione. La decisione non è tuttavia adottata se tale comportamento è tenuto da almeno un terzo degli Stati membri, che totalizzino almeno un terzo della popolazione dell'Unione.

del fatto che tale freno aveva contribuito alla mancata utilizzazione dell'istituto della cooperazione rafforzata fino a quel momento.

In effetti in tali settori la possibilità di azionare un vero e proprio freno di emergenza viene dal Trattato di Nizza eliminata. Tuttavia, una possibilità per gli Stati contrari alla cooperazione rafforzata di renderne più difficoltosa l'instaurazione permane. Secondo il nuovo testo delle disposizioni sulla cooperazione rafforzata contenuto nel Trattato di Nizza, infatti, uno Stato membro, in sede di decisione da parte del Consiglio sull'autorizzazione a una cooperazione rafforzata, poteva chiedere che la questione fosse sottoposta al Consiglio europeo; una volta sollevata la questione in tale sede, il Consiglio poteva deliberare a maggioranza qualificata.

Come sottolineato dalla dottrina, pur configurando un freno di emergenza per così dire depotenziato ⁽²⁴⁾, tale disposizione era comunque atta a rendere più difficoltosa l'instaurazione di una cooperazione. In primo luogo, infatti, la delibera del Consiglio a maggioranza qualificata dopo che la questione era stata sollevata in sede di Consiglio europeo era solo eventuale. Inoltre, da un punto di vista politico, era estremamente difficile che l'opposizione di uno Stato membro fosse superata in seno al Consiglio europeo, o che il Consiglio, una volta adottato un orientamento negativo da parte del Consiglio europeo, si discostasse da tale decisione ⁽²⁵⁾.

4. In effetti è solo con il Trattato di Lisbona che l'ostacolo più

⁽²⁴⁾ NEGRESCU, TRUICA, *Can EU's Enhanced Cooperation Mechanism Provide Solutions to the "Single Undertaking" Problems of the WTO?*, *Romanian Journal of European Affairs*, 2006, p. 5 ss., spec. p. 12, hanno definito tale nuovo meccanismo un « *ralentisseur* ».

⁽²⁵⁾ In questo senso v. GUILLARD, *L'intégration*, cit., p. 388, la quale nota come il carattere facoltativo del voto in Consiglio dopo che la questione era stata sottoposta al Consiglio europeo risulta evidente dal fatto che, in sede di negoziazione, alla frase « una volta sollevata la questione in sede di Consiglio europeo il Consiglio *delibera* » è stata sostituita la frase « una volta sollevata la questione in sede di Consiglio europeo il Consiglio *può deliberare* » (corsivi aggiunti). Per quanto concerne poi le ulteriori condizioni richieste per la messa in opera di una cooperazione rafforzata nel primo o nel terzo pilastro, il Trattato di Nizza non menziona più la necessità che la cooperazione rafforzata non incida sulle politiche, sulle azioni o sui programmi comuni e che non riguardi la cittadinanza, né crei discriminazioni tra i cittadini degli Stati. A tali condizioni si sostituisce tuttavia quella secondo la quale la cooperazione deve avere l'obiettivo di rafforzare il processo di integrazione e non deve creare pregiudizio al mercato interno o alla coesione economica e sociale. Infine, il numero minimo di Stati necessari all'instaurazione di una cooperazione rafforzata viene fissato in otto e si chiarisce che la cooperazione può essere avviata solo in ultima istanza qualora sia stabilito, in sede di Consiglio, che gli obiettivi che essa si propone non possono « essere conseguiti, entro un termine ragionevole, applicando le pertinenti disposizioni dei Trattati ».

rilevante all'instaurazione di una cooperazione rafforzata — la possibilità per un singolo Stato di ostacolare o rendere più difficoltosa la procedura di attuazione del meccanismo — viene eliminato; non è casuale che le prime applicazioni concrete di tale istituto seguano l'entrata in vigore di detto Trattato.

Coerentemente con l'eliminazione — almeno formale — della suddivisione in pilastri, il Trattato di Lisbona indica una serie di condizioni, comuni a tutti i settori, alle quali è subordinata l'instaurazione di una cooperazione rafforzata.

Le caratteristiche peculiari del settore della politica estera e di sicurezza comune che, nonostante l'abolizione dei pilastri, rimane caratterizzato da una forte impronta intergovernativa, si riflettono invece sulla procedura da seguire per dar vita a una cooperazione in tale ambito. In effetti, secondo quanto dispone l'art. 329, par. 2, TFUE, la richiesta degli Stati membri che desiderano instaurare tra loro una cooperazione rafforzata nel quadro della politica estera e di sicurezza comune è presentata al Consiglio e trasmessa all'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, alla Commissione e al Parlamento europeo. L'autorizzazione è poi concessa con una decisione del Consiglio, che delibera all'unanimità. Alla possibilità di azionare il freno di emergenza prevista dal Trattato di Nizza si sostituisce dunque, con risultati analoghi, la necessità che vi sia un consenso unanime in seno al Consiglio per autorizzare la cooperazione.

Al contrario, un decisivo passo avanti nella direzione di una facilitazione dell'utilizzo di tale forma di differenziazione è compiuto dal Trattato di Lisbona per quanto concerne le cooperazioni rafforzate da instaurarsi in tutti i rimanenti settori. In effetti, l'art. 329, par. 1, TFUE, eliminando qualsiasi possibilità per gli Stati membri di impedire o rendere difficoltosa l'attuazione di una cooperazione rafforzata, stabilisce che, una volta che sia stata presentata dagli Stati una richiesta di cooperazione rafforzata alla Commissione e che la Commissione abbia presentato una proposta al Consiglio, quest'ultimo autorizzi la cooperazione rafforzata deliberando a maggioranza qualificata. La medesima differenza, quanto al metodo di votazione al Consiglio, tra settore della politica estera e di sicurezza e altri settori sussiste poi in relazione all'adesione di altri Stati membri a una cooperazione rafforzata già instaurata ⁽²⁶⁾.

⁽²⁶⁾ Secondo quanto dispone l'art. 331 TFUE, ogni Stato membro che desideri partecipare a una cooperazione rafforzata in corso in un settore differente dalla politica estera e di sicurezza comune notifica tale intenzione alla Commissione e al Consiglio. La Commissione, entro un termine di quattro mesi dalla data della notifica, conferma

5. Anche dopo il Trattato di Lisbona, le condizioni alle quali l'attuazione di una cooperazione rafforzata è subordinata permangono tuttavia piuttosto numerose. Per semplificarne l'analisi, è opportuno tentare di suddividerle in grandi categorie, distinguendo le condizioni volte a limitare il ricorso alla cooperazione rafforzata alle ipotesi nelle quali essa si riveli realmente necessaria, le condizioni attinenti alla necessità di rispettare il diritto dell'Unione Europea nel suo complesso, e quelle relative più specificamente al rapporto con gli Stati esterni alla cooperazione rafforzata. Va detto che le ultime due categorie di limiti sono in realtà in gran parte tra loro sovrapponibili, e si distinguono principalmente per la maggior enfasi posta dai primi sulla necessità di rispettare l'unitarietà dell'ordinamento dell'Unione Europea e i principi fondamentali che presiedono al suo funzionamento, e dai secondi sui diritti che agli Stati membri esterni alla cooperazione rafforzata spettano nei confronti degli Stati che alla cooperazione rafforzata hanno invece deciso di partecipare.

Per quanto concerne i limiti riguardanti il carattere necessario della cooperazione rafforzata, essi si concretano nella necessità che la cooperazione rafforzata riguardi almeno nove Stati membri e che essa costituisca una soluzione « di ultima istanza », ovvero che a tale forma di flessibilità si possa ricorrere solo se il Consiglio « stabilisca che gli obiettivi ricercati da detta cooperazione non possono essere conseguiti entro un termine ragionevole dall'Unione nel suo insieme » (art. 20, par. 2, TUE). Si tratta di condizioni volte ad evitare che ogni negoziato infruttuoso possa condurre a una o più cooperazioni rafforzate a discapito della ricerca di un compromesso, circostanza che, come

la partecipazione dello Stato alla cooperazione rafforzata, eventualmente adottando le misure necessarie per l'applicazione degli atti già adottati nel quadro della cooperazione rafforzata. Se invece la Commissione ritiene che le condizioni di partecipazione non siano soddisfatte, essa fissa un termine per il riesame della richiesta. Se alla scadenza di tale termine e riesaminata la richiesta ritiene che le condizioni di partecipazione non siano soddisfatte, può sottoporre la questione al Consiglio che si pronuncia a maggioranza qualificata (con il voto unicamente degli Stati che partecipano alla cooperazione rafforzata). Quanto alla politica estera e di sicurezza, ogni Stato che desidera partecipare a una cooperazione rafforzata già in corso deve notificare tale intenzione al Consiglio, all'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica estera e di sicurezza e alla Commissione. Il Consiglio conferma la partecipazione dello Stato, previa consultazione dell'Alto rappresentante e, su proposta di quest'ultimo, può adottare le misure transitorie necessarie per l'applicazione degli atti già adottati nel quadro della cooperazione rafforzata. Se invece ritiene che le condizioni di partecipazione non siano soddisfatte, il Consiglio indica le disposizioni da adottare per soddisfarle e fissa un termine per il riesame della richiesta di partecipazione. In tutte le ipotesi relative all'ingresso di un nuovo Stato in una cooperazione rafforzata relativa alla politica estera e di sicurezza il Consiglio delibera all'unanimità.

messo in luce dalla Corte di giustizia, nuocerebbe agli interessi dell'Unione e al processo di integrazione ⁽²⁷⁾.

La soglia minima di Stati partecipanti, volta a far sì che il gruppo di Stati che vogliono fare passi in avanti sulla via dell'integrazione abbia una certa consistenza, è divenuta negli anni, anche a causa degli ultimi allargamenti che hanno portato il numero degli Stati membri dell'Unione Europea a 28, proporzionalmente sempre più bassa, non constando oggi nemmeno di un terzo degli Stati membri dell'Unione Europea ⁽²⁸⁾. Il fatto poi che Stati di volta in volta differenti possano dar vita a forme di cooperazione rafforzata in distinte materie costituisce — come vedremo in seguito — una delle caratteristiche peculiari di detta forma di differenziazione che la rende eterogenea rispetto a forme di differenziazione predefinita, quali l'Unione economica e monetaria.

Quanto al requisito dell'ultima istanza, si tratta di una delle condizioni che il Trattato di Lisbona ha contribuito a rendere meno rigide rispetto ai Trattati di Amsterdam e di Nizza, aprendo la via a una più facile utilizzazione del meccanismo della cooperazione rafforzata. Mentre il Trattato di Amsterdam faceva riferimento al fatto che le cooperazioni rafforzate dovessero essere utilizzate solo qualora non fosse stato possibile « raggiungere gli obiettivi dei [...] Trattati applicando le procedure pertinenti ivi contemplate » e il Trattato di Nizza sottolineava la necessità che fosse stabilito « in sede di Consiglio, che gli obiettivi che esse si prefiggono non possono essere conseguiti, entro un termine ragionevole, applicando le pertinenti disposizioni dei Trattati », l'art. 20, par. 2, TUE fa oggi riferimento al fatto che « la decisione che adotta una cooperazione rafforzata è adottata dal Consiglio in ultima istanza qualora esso stabilisca che gli obiettivi ricercati da detta cooperazione non possono essere conseguiti entro un termine ragionevole dall'Unione nel suo insieme ».

Come messo in luce dall'avvocato generale Bot ⁽²⁹⁾ nelle conclusioni della causa relativa alla cooperazione rafforzata sul brevetto

⁽²⁷⁾ Corte di giustizia, sent. 16 aprile 2013, cause riunite C-274/11 e C-295/11, *Regno di Spagna e Repubblica italiana c. Consiglio dell'Unione Europea*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, par. 49.

⁽²⁸⁾ Il Trattato di Amsterdam richiedeva che la cooperazione rafforzata riguardasse almeno la maggioranza degli Stati membri, cioè almeno otto Stati su quindici. Il Trattato di Nizza sostituisce tale espressione con l'indicazione precisa del numero — otto — degli Stati necessari all'instaurazione di una cooperazione rafforzata. A partire dall'allargamento del 2004, tale numero, anche dopo il suo innalzamento a nove con il Trattato di Lisbona, non corrisponde dunque più alla maggioranza degli Stati membri.

⁽²⁹⁾ Conclusioni dell'avvocato generale Bot presentate l'11 dicembre 2012, cause riunite C-274/11 e C-295/11, *Regno di Spagna c. Consiglio dell'Unione Europea; Repubblica italiana c. Consiglio dell'Unione Europea*.

europeo, mentre la formulazione dei Trattati di Amsterdam e di Nizza implicava che il Consiglio dovesse « andare sino al termine del processo legislativo e che soltanto nel caso in cui la misura proposta fosse respinta avrebbe potuto essere prevista la cooperazione rafforzata », il testo dell'art. 20, par. 2, TUE porta a ritenere che non sia necessario giungere a un rigetto, mediante votazione, della proposta di un atto, bensì sia sufficiente che in sede di Consiglio si constati, a qualsiasi livello del processo legislativo, un blocco che dimostri l'impossibilità di giungere un compromesso ⁽³⁰⁾. Su tale base la Corte ha ritenuto che, in materia di brevetto unitario, la condizione dell'ultima istanza fosse stata pienamente rispettata, dal momento che « l'iter legislativo avviato in vista dell'istituzione di un brevetto unitario a livello dell'Unione ha avuto inizio nel corso dell'anno 2000 e ha percorso varie tappe ... e che in sede di Consiglio è stato discusso tra tutti gli Stati membri un numero considerevole di regimi linguistici differenti per il brevetto unitario e che nessuno di detti regimi, con o senza l'aggiunta di elementi di compromesso, ha ottenuto un sostegno idoneo a condurre all'adozione, a livello dell'Unione, di un "pacchetto legislativo" completo relativo a tale brevetto » ⁽³¹⁾.

Da un lato, dunque, il Consiglio gode di una certa discrezionalità ⁽³²⁾ nell'accertamento dell'impossibilità di raggiungere un compromesso, essendo « nella posizione più idonea per valutare se gli Stati membri mostrino una volontà di compromesso e siano in grado di presentare proposte che possano condurre, in un futuro prevedibile, all'adozione di una normativa per l'Unione nel suo insieme » ⁽³³⁾, dall'altro, come sottolineato dalla stessa Corte ⁽³⁴⁾, sembrano non giocare alcun ruolo le ragioni che impediscono il raggiungimento del compromesso in questione.

⁽³⁰⁾ In questo senso v. LOUIS, *La pratique de la coopération renforcée*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, p. 277 ss., spec. p. 284.

⁽³¹⁾ Corte di giustizia, sent. 16 aprile 2013, cit., paragrafi 55 e 56. Per una critica a tale posizione v. FERACI, *L'attuazione della cooperazione rafforzata nell'Unione Europea: un primo bilancio critico*, *Rivista*, 2013, p. 955 ss., spec. p. 963.

⁽³²⁾ Conclusioni dell'avvocato generale Bot, cit., par. 115.

⁽³³⁾ Corte di giustizia, sent. 16 aprile 2013, cit., par. 53.

⁽³⁴⁾ Corte di giustizia, sent. 16 aprile 2013, cit., par. 31. Secondo la Corte, l'impossibilità di giungere a una soluzione unitaria alla quale fa riferimento l'art. 20, par. 2, TUE « 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 ». Sul punto v. BALAGOVIC, *Enhanced Cooperation: is there Hope for the Unitary Patent?*, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2012, p. 299 ss., spec. p. 310 s.; LOUIS, *La pratique*, cit., p. 284.

6. La seconda categoria di limiti all'instaurazione di una cooperazione rafforzata (quelli concernenti il rispetto del diritto dell'Unione Europea nel suo complesso) include a sua volta differenti tipologie di condizioni, alcune più generali, altre riconducibili al principio di non discriminazione.

Quanto alle condizioni di carattere più generale, esse sono enunciate agli articoli 326 TFUE e 20, par. 1, seconda frase, TUE, secondo i quali la cooperazione rafforzata deve rispettare i Trattati e il diritto dell'Unione, deve essere intesa a promuovere la realizzazione degli obiettivi della stessa, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il processo di integrazione ⁽³⁵⁾ e non può riguardare materie di competenza esclusiva dell'Unione Europea.

Quest'ultimo requisito era enunciato nel Trattato di Amsterdam in maniera differente. In relazione alla cooperazione rafforzata nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, infatti, l'ex art. 40 TUE richiedeva che essa rispettasse « le competenze della Comunità europea e gli obiettivi stabiliti dal presente titolo », mentre in relazione al pilastro comunitario l'ex art. 43 TUE si limitava a richiedere che essa non violasse i « principi » dei Trattati. Il mancato riferimento alle competenze della Comunità in tale ultima disposizione aveva sollevato in dottrina il dubbio che la cooperazione rafforzata potesse essere utilizzata per avanzare nel processo di integrazione anche in settori nuovi, nei quali la Comunità era sprovvista di competenza ad agire. In realtà, una simile ricostruzione era smentita dalle disposizioni successive del medesimo Trattato, laddove esso richiedeva che la cooperazione rafforzata venisse utilizzata solo qualora non fosse stato possibile raggiungere gli obiettivi dei suddetti Trattati applicando le procedure ivi contemplate: se alla cooperazione rafforzata — ieri come oggi — poteva ricorrersi unicamente in ultima istanza, una volta accertato che una misura comunitaria che coinvolgesse tutti gli Stati membri non era adottabile, essa doveva riguardare per forza di cose materie nelle quali l'adozione di un atto uniforme in tutta la Comunità era possibile ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Su quest'ultima condizione si è soffermata la Corte di giustizia nella sent. 16 aprile 2013, cit., par. 62, sottolineando come, consentendo il brevetto unitario una tutela uniforme su tutto il territorio degli Stati partecipanti alla cooperazione rafforzata, esso favorisca il processo di integrazione rispetto a un sistema nel quale la portata della tutela del brevetto era stabilita dal diritto nazionale di ogni Stato membro.

⁽³⁶⁾ In questo senso v. GAJA, *How Flexible*, cit., p. 863; BRIBOSIA, *Différenciation et avant-gardes au sein de l'Union européenne, Cahiers de droit européen*, 2000, p. 57 ss., spec. p. 66.; DE WITTE, *Old-Fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union*, in *Constitutional Change in the EU. From*

Il principio, peraltro, è stato ribadito dalla Corte di giustizia in un *obiter dictum* nel caso *Pringle* ⁽³⁷⁾, nel quale, interrogata sull'opportunità di dar vita al Meccanismo europeo di stabilità tramite una cooperazione rafforzata, anziché tramite un trattato fondato sull'art. 136 TFUE, la Corte ha sottolineato che « risulta dall'art. 20, par. 1, TUE che una cooperazione rafforzata può essere instaurata solo qualora l'Unione stessa sia competente ad agire nei settori oggetto di tale cooperazione. Orbene [...] le disposizioni dei Trattati su cui si fonda l'Unione non conferiscono a quest'ultima una competenza specifica per instaurare un meccanismo permanente di stabilità come il MES ». Come messo in luce dalla stessa Corte nella sentenza sul brevetto unitario ⁽³⁸⁾, il fatto che la base giuridica sulla quale un atto dell'Unione si sarebbe potuto fondare faccia riferimento all'Unione nel suo complesso e al contrario la cooperazione rafforzata utilizzi la medesima base giuridica per dar vita ad atti che vincolano unicamente gli Stati che prendono parte alla cooperazione stessa, lungi dal costituire una violazione dei Trattati, rappresenta la ragion d'essere stessa di tale forma di integrazione differenziata.

Perché tuttavia una cooperazione rafforzata possa essere instaurata, non è sufficiente che nel diritto dell'Unione Europea sussista una base giuridica che avrebbe potuto consentire un'azione dell'Unione nel suo complesso, bensì è necessario anche che la materia nella quale la cooperazione rafforzata deve essere attuata non ricada nell'ambito delle materie di competenza esclusiva dell'Unione. In relazione a tale condizione, il Trattato di Lisbona non ha apportato modifiche a quanto già stabilito nel Trattato di Nizza; esso ha tuttavia contribuito a chiarire

Uniformity to Flexibility (a cura di De Búrca e Scott), Oxford, 2000, p. 31 ss., spec. p. 55; PHILIPPART, SIE DHIAN HO, *Flexibility*, cit., pp. 185 e 193.

⁽³⁷⁾ Sent. 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*; riprodotta in *Rivista*, 2013, p. 580 ss. Per un commento v. per tutti DE WITTE, BEUKERS, *The Court of Justice Approves the Creation of the European Stability Mechanism Outside the EU Legal Order*, *Common Market Law Review*, 2013, p. 805 ss.; MARTUCCI, *La Cour de justice face à la politique économique et monétaire: du droit avant toute chose, du droit pour une seule chose. Commentaire de l'arrêt CJUE 27 novembre 2012, Pringle*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, p. 239 ss. Secondo ROSSI, *L'Unione europea e il paradosso di Zenone. Riflessioni sulla necessità di una revisione del Trattato di Lisbona, Il diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 749 ss., spec. p. 762, dall'assenza in capo all'Unione delle competenze necessarie ad adottare il Meccanismo europeo di stabilità dovrebbe discendere logicamente il fatto che tale meccanismo poteva essere adottato dagli Stati membri tramite un trattato internazionale, senza necessità di procedere ad una revisione semplificata dell'art. 136 TFUE.

⁽³⁸⁾ Sent. 16 aprile 2013, cit., par. 68.

quali siano detti settori di competenze esclusiva, fornendo, all'art. 3, par. 1, TUE, un elenco esaustivo degli stessi ⁽³⁹⁾.

Quanto ai limiti più strettamente connessi al rispetto del principio di non discriminazione ⁽⁴⁰⁾, secondo quanto disposto dall'art. 326, par. 2, TFUE, le cooperazioni rafforzate « 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 Stati membri, né possono provocare distorsioni di concorrenza tra questi ultimi ».

Ora, in realtà, ogni forma di flessibilità, proprio perché coinvolge solo alcuni Stati membri, comporta per forza di cose un certo grado di discriminazione. Le disposizioni ora citate costituiscono pertanto un limite molto stringente all'instaurazione di una cooperazione ⁽⁴¹⁾, e vanno interpretate *cum grano salis*. Il rispetto del principio di non discriminazione, in particolare, non va valutato comparando gli effetti della cooperazione rafforzata con gli effetti che si sarebbero prodotti se la misura in questione fosse stata adottata da tutti gli Stati membri, bensì comparando la situazione venutasi a creare in seguito alla cooperazione rafforzata con quella esistente prima che la cooperazione rafforzata venisse in essere ⁽⁴²⁾. Da un lato dunque una discriminazione per gli scambi tra gli Stati membri o distorsioni alla concorrenza si potranno verificare se gli Stati membri estranei alla cooperazione rafforzata siano posti da quest'ultima in una posizione di svantaggio

⁽³⁹⁾ Sul punto si è espresso l'avvocato generale Bot nelle conclusioni nella causa sul brevetto europeo (presentate l'11 dicembre 2012, cit.). Di fronte all'argomento di Spagna e Italia, secondo il quale l'elenco di competenze esclusive fornito dal citato art. 3, par. 1, TUE sarebbe puramente esemplificativo e in ogni caso la creazione di un brevetto unitario rientrerebbe non nelle competenze concorrenti dell'Unione, ma in quelle esclusive, dal momento che farebbe parte delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno, l'avvocato generale ha infatti sottolineato come l'utilizzo da parte dell'art. 3, par. 1, TUE dell'espressione « l'Unione ha competenza esclusiva nei seguenti settori » indichi con chiarezza come si tratti di un elenco esaustivo, e come il fatto che il brevetto unitario possa avere un impatto sulla concorrenza non è sufficiente per farlo rientrare nell'ambito delle regole di concorrenza ai sensi del diritto primario.

⁽⁴⁰⁾ Secondo WOUTERS, *Constitutional Limits of Differentiation: the Principle of Equality*, in *The Many Faces*, cit., p. 338, tutte le condizioni al rispetto delle quali i Trattati subordinano la possibilità di instaurare una cooperazione rafforzata sono in sostanza riconducibili al principio di uguaglianza e di non discriminazione.

⁽⁴¹⁾ In questo senso v. DE BÚRCA, *Differentiation within the Core: the Case of the Common Market*, in *Constitutional Change*, cit., p. 133 ss., spec. p. 144. Va peraltro notato che, rispetto al Trattato di Amsterdam (art. 5 A) non si richiede più che la cooperazione rafforzata non riguardi la cittadinanza dell'Unione né crei discriminazioni tra cittadini degli Stati membri.

⁽⁴²⁾ In questo senso v. BALAGOVIC, *Enhanced Cooperation*, cit., p. 320.

rispetto a quella di cui godevano prima che la cooperazione fosse instaurata; dall'altro, dato il riferimento agli scambi tra Stati membri e alla concorrenza, più ci si avvicinerà al nocciolo del mercato comune e delle libertà di circolazione, più il rischio che il principio di non discriminazione sia violato sarà reale ⁽⁴³⁾.

Tra i principi al cui rispetto l'attuazione di una cooperazione rafforzata è subordinata, il Trattato di Lisbona, a differenza dei Trattati di Amsterdam e di Nizza, non menziona il principio di unità istituzionale. Tale omissione sembra essere tuttavia di carattere puramente formale, emergendo in realtà l'esigenza di rispettare l'unità istituzionale da altre disposizioni dei Trattati. Il primo indizio in questo senso è rappresentato dalla disposizione dell'art. 20 TUE, secondo la quale gli Stati membri che intendono instaurare una cooperazione rafforzata possono far ricorso alle istituzioni dell'Unione ed esercitare determinate competenze applicando le pertinenti disposizioni dei Trattati, espressioni che sembrano indicare che la cooperazione rafforzata non possa spingersi al di fuori del quadro istituzionale predefinito dal TUE e dal TFUE ⁽⁴⁴⁾.

Questa impressione è confermata dalle disposizioni sul funzionamento del Consiglio e delle altre istituzioni politiche, rimaste pressoché invariate dal Trattato di Amsterdam ad oggi. In effetti, secondo quanto dispongono gli articoli 20, par. 3, TUE e 330 TFUE, tutti i membri del Consiglio partecipano alla discussione in seno a tale organo, ma solo i membri del Consiglio che partecipano a una cooperazione rafforzata prendono parte al voto ⁽⁴⁵⁾. Ora, il fatto che la cooperazione rafforzata influisca sul voto nel Consiglio, ma non sulla sua composizione, è una manifestazione della volontà, tuttora evidente nei Trattati, di evitare che tale forma di flessibilità alteri la composizione delle istituzioni, portando alla creazione di organi « ristretti », che in qualche misura conferirebbero alla cooperazione una certa autonomia rispetto alla struttura istituzionale dell'Unione.

⁽⁴³⁾ Sul punto v. DE LA SERRE, WALLACE, *Flexibility and Enhanced Cooperation in the European Union: Placebo rather than Panacea?*, *Notre Europe, Research and Policy Paper*, n. 2, settembre 1997, p. 12; DE BÚRCA, *Differentiation*, cit., p. 148.

⁽⁴⁴⁾ In questo senso v. LOUIS, *EMU and Enhanced Cooperation*, in *Europe Reloaded, Differentiation or Fusion?*, Baden-Baden, 2011, p. 303 ss., spec. p. 316.

⁽⁴⁵⁾ Nel senso che tale disposizione non comporti una violazione del principio di uguaglianza in quanto fondata su una differenza oggettiva tra Stati partecipanti e Stati non partecipanti e in quanto in ogni caso l'apertura in ogni momento della cooperazione rafforzata è garantita dai Trattati v. LOUIS, *Quelques réflexions sur la différenciation dans l'Union européenne*, in *Vers une Europe différenciée? Possibilité et limites* (a cura di Manin e Louis), Paris, 1996, p. 33 ss., spec. p. 40; GUILLARD, *L'intégration*, cit., p. 149.

Indicativa in questo senso è anche la circostanza che le altre istituzioni politiche — Commissione e Parlamento europeo — votino nell'ambito della cooperazione rafforzata nella loro composizione ordinaria. Mentre tale soluzione è generalmente accolta con favore dalla dottrina per quanto concerne la Commissione — organo i cui membri devono offrire garanzie di indipendenza dal loro Stato di origine e rappresentano gli interessi dell'intera Unione — perplessità maggiori sono state sollevate in ordine al Parlamento europeo, che pure può essere chiamato ad intervenire in sede di attuazione di una cooperazione ⁽⁴⁶⁾. In effetti, come è stato notato ⁽⁴⁷⁾, se è vero che i parlamentari europei non rappresentano il loro Stato di origine, è anche vero che essi rappresentano l'intera Unione, e non una parte di questa, e che dunque la partecipazione anche di parlamentari europei eletti in Paesi che non prendono parte a una cooperazione rafforzata alla votazione per l'adozione di misure di attuazione della stessa potrebbe sollevare dubbi di compatibilità con i principi democratici ⁽⁴⁸⁾. Nonostante la questione fosse stata oggetto di discussione nella conferenza intergovernativa di negoziazione del Trattato di Amsterdam, l'opposizione del Parlamento europeo e il timore che il sorgere di cooperazioni rafforzate relative a materie differenti comportasse un'eccessiva frammentazione dei lavori del Parlamento europeo e confusione sul piano istituzionale hanno portato ad escludere una soluzione di tal genere ⁽⁴⁹⁾.

Il principio di unità istituzionale, dunque, pur se non più menzionato nei Trattati, continua a rivestire il ruolo di principio al quale la cooperazione rafforzata non può derogare.

7. La possibilità per gli Stati membri esterni alla cooperazione rafforzata di ostacolare l'attuazione di quest'ultima o di tentare di

⁽⁴⁶⁾ Come notano PHILIPPART, EDWARDS, *The Provisions*, cit., p. 94, il Parlamento europeo, che al momento dell'instaurazione di una cooperazione rafforzata non riveste un ruolo molto rilevante, potrebbe assumerlo in sede di attuazione della stessa, nelle ipotesi nelle quali ad esempio si decida che le spese della cooperazione sono a carico del bilancio dell'Unione o qualora sia necessario adottare atti tramite una procedura che prevede la partecipazione del Parlamento stesso.

⁽⁴⁷⁾ In questo senso v. BRIBOSIA, *Les coopérations renforcées*, cit., p. 157, secondo il quale la mancata previsione di un intervento del Parlamento europeo in composizione variabile è ancora meno comprensibile alla luce del fatto che oggi la cooperazione rafforzata può riguardare anche solo nove Stati su ventotto, e dunque la maggioranza dei parlamentari europei potrebbe essere stata eletta in Stati estranei alla cooperazione stessa.

⁽⁴⁸⁾ In questo senso v. NEGRESCU, TRUICA, *Can EU's Enhanced Cooperation*, cit., p. 13; *Editorial Comment, What do we want? "Flexibility! Sort of ...", When do we want it? "Now! Maybe ..."*, *Common Market Law Review*, 2013, p. 673 ss., spec. p. 680.

⁽⁴⁹⁾ Sul punto v. KORTENBERG, *Closer Cooperation*, cit., p. 847.

incidere sul suo funzionamento è tuttavia offerta soprattutto dalle disposizioni ascrivibili all'ultima categoria di condizioni sopra citata, quella riguardante più specificamente i rapporti tra Stati partecipanti e Stati non partecipanti alla cooperazione.

Nonostante, infatti, l'art. 327 TFUE enunci una sorta di principio di leale cooperazione *sui generis*, consistente nel fatto che gli Stati esterni alla cooperazione non devono ostacolarne l'attuazione da parte degli Stati membri partecipanti, ai primi sono offerti dal Trattato numerosi strumenti che sono suscettibili di rappresentare una sorta di spada di Damocle pendente sulla cooperazione rafforzata stessa ⁽⁵⁰⁾.

Il primo di tali strumenti è costituito dall'art. 327 TFUE, secondo il quale « le cooperazioni rafforzate rispettano le competenze, i diritti e gli obblighi degli Stati membri che non vi partecipano » ⁽⁵¹⁾. Dato infatti il carattere estremamente generale dei termini utilizzati, tale disposizione consente con una certa facilità agli Stati esterni alla cooperazione di contestare la legittimità della stessa.

La medesima considerazione può poi essere riferita anche al successivo art. 328 TFUE, che enuncia il principio dell'apertura della cooperazione rafforzata a tutti gli Stati che vogliano parteciparvi, disposizione che rischia di costituire un'arma nelle mani degli Stati che vogliono ostacolare il funzionamento della cooperazione. Soprattutto nelle materie nelle quali le decisioni devono essere prese all'unanimità ⁽⁵²⁾, infatti, uno Stato che entri nella cooperazione rafforzata con lo scopo di bloccarne il funzionamento avrebbe la possibilità di porre il proprio veto all'adozione di qualsiasi atto interno alla cooperazione e dunque di costringere gli Stati che ne fanno parte ad un compromesso al ribasso. In un certo senso, come è stato sottolineato, la piena apertura della cooperazione rafforzata al momento della sua istituzione

⁽⁵⁰⁾ In questo senso v. PHILIPPART, SIE DHIAN HO, *Flexibility*, cit., p. 185.

⁽⁵¹⁾ Conseguenza di tale principio è il fatto che, come dispone l'art. 332 TFUE, « le spese derivanti dall'attuazione di una cooperazione rafforzata, diverse dalle spese amministrative che devono sostenere le istituzioni, sono a carico degli Stati membri partecipanti, salvo che il Consiglio, deliberando all'unanimità dei membri previa consultazione del Parlamento europeo, non disponga altrimenti ». Quanto al rapporto con gli Stati che aderiscano all'Unione Europea in un momento successivo, l'art. 20, par. 4, TUE precisa che « gli atti adottati nel quadro di una cooperazione rafforzata [...] non sono considerati un *acquis* che deve essere accettato dagli Stati candidati all'adesione all'Unione ».

⁽⁵²⁾ Secondo l'art. 333, par. 1, TFUE, « qualora una disposizione dei Trattati che può essere applicata nel quadro di una cooperazione rafforzata preveda che il Consiglio deliberi all'unanimità, il Consiglio, deliberando all'unanimità [...] può adottare una decisione che prevede che delibererà a maggioranza qualificata ». Un passaggio dalla votazione all'unanimità alla votazione a maggioranza è dunque possibile, ma presuppone in ogni caso un consenso unanime in seno al Consiglio.

rischia dunque di sminuire la regola secondo la quale l'autorizzazione a una cooperazione rafforzata in un settore distinto da quello della politica estera e di sicurezza è votata dal Consiglio a maggioranza qualificata ⁽⁵³⁾. All'impossibilità per uno Stato di impedire con il proprio veto la concessione dell'autorizzazione si contrappone infatti l'opportunità per lo stesso di contestare una cooperazione rafforzata dimostrando semplicemente che essa incide sulle sue competenze, diritti o obblighi o di entrare a far parte di una cooperazione in via di istituzione con lo scopo di ostacolarne il funzionamento.

Va notato peraltro che il principio di apertura a tutti gli Stati membri si manifesta in tutta la sua pienezza solo al momento dell'instaurazione di una cooperazione, subendo delle limitazioni nell'ipotesi nella quale uno Stato membro voglia aderire a una cooperazione rafforzata già costituita. Secondo quanto dispone l'art. 331 TFUE, in effetti, l'ingresso di uno Stato membro in una cooperazione rafforzata già attuata è subordinato a una procedura che, nelle materie diverse dalla politica estera e di sicurezza, prevede un intervento preliminare della Commissione, che verifica che le condizioni di ammissione siano soddisfatte e una decisione eventuale del Consiglio, e nel settore della politica estera e di sicurezza a una decisione del Consiglio. L'ingresso è dunque condizionato a una valutazione da parte di dette istituzioni.

8. Un'esemplificazione di come i numerosi limiti imposti dal Trattati all'istituzione di una cooperazione rafforzata possano rendere difficile l'applicazione di tale tecnica di differenziazione è rappresentata dalla proposta di cooperazione rafforzata in materia di imposta sulle transazioni finanziarie ⁽⁵⁴⁾. Autorizzata con decisione del Consiglio del 22 gennaio 2013 ⁽⁵⁵⁾ e seguita da una proposta di direttiva del Consiglio il cui *iter* di approvazione è ancora in corso, tale cooperazione coinvolge undici Stati membri dell'Unione Europea ⁽⁵⁶⁾, tutti facenti parte della zona euro.

⁽⁵³⁾ Sul punto v. GAJA, *How Flexible*, cit., p. 860, il quale nota come il principio di apertura potrebbe giocare un ruolo dissuasivo nei confronti di un gruppo di Stati che abbia deciso di dar vita a una cooperazione rafforzata nel caso in cui uno Stato che voglia unirsi a questi rischi di non avere le caratteristiche adatte a far parte della cooperazione rafforzata in oggetto; ID., *La cooperazione*, cit., p. 64; BRIBOSIA, *Les coopérations*, cit., pp. 141 e 143; GUILLARD, *L'intégration*, cit., p. 129.

⁽⁵⁴⁾ Proposta di direttiva del Consiglio che attua una cooperazione rafforzata nel settore dell'imposta sulle transazioni finanziarie, COM(2013) 71 fin., del 14 febbraio 2013.

⁽⁵⁵⁾ Decisione del Consiglio 2013/52/UE, cit.

⁽⁵⁶⁾ Belgio, Germania, Estonia, Grecia, Spagna, Francia, Italia, Austria, Portogallo, Slovenia e Slovacchia.

Come accennato nei paragrafi precedenti, il meccanismo della cooperazione rafforzata ha trovato applicazione pratica solo a partire dal 2010, con l'emanazione del regolamento 1259/2010 in materia di legge applicabile alla separazione personale e al divorzio, seguito, nel 2012 dai regolamenti 1257/2012 e 1260/2012 relativi all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria e al regime di traduzione applicabile.

Mentre la messa in opera della cooperazione rafforzata in materia di divorzio e separazione non ha dato luogo a particolari problemi, la decisione di autorizzazione della cooperazione rafforzata in materia di tutela brevettuale unitaria è stata oggetto di due ricorsi di annullamento da parte di Spagna e Italia respinti dalla Corte di giustizia con sentenza del 16 aprile 2013; il 22 marzo 2013 la Spagna ha poi proposto due ricorsi di annullamento contro i regolamenti 1257/2012 e 1260/2012, sui quali la Corte non si è ancora pronunciata. Quanto alla cooperazione rafforzata in materia di imposta sulle transazioni finanziarie, la proposta di direttiva sopra citata è stata oggetto di un parere del servizio giuridico del Consiglio ⁽⁵⁷⁾ che ne ha posto in luce varie criticità, mentre la decisione di autorizzazione ha costituito oggetto di un ricorso di annullamento da parte del Regno Unito, respinto dalla Corte con sentenza del 30 aprile 2014 ⁽⁵⁸⁾.

Se dunque quando la cooperazione rafforzata ha riguardato questioni di carattere non economico in linea di principio non sono sorti problemi, maggiori criticità si sono manifestate quando ad essere toccati erano settori più strettamente collegati al funzionamento del mercato interno ⁽⁵⁹⁾.

Come si legge nella relazione alla proposta di direttiva in materia di imposta sulle transazioni finanziarie, quest'ultima, la cui base giuridica è costituita dall'art. 113 TFUE, si propone l'obiettivo di armonizzare la legislazione in materia di imposizione indiretta delle transazioni finanziarie, garantire un contributo giusto e congruo degli enti finanziari alla copertura dei costi della crisi nonché la parità di condizioni con gli altri settori dal punto di vista fiscale e creare gli opportuni disincentivi per le transazioni che non contribuiscono all'efficienza dei mercati finanziari, al fine di evitare crisi future.

⁽⁵⁷⁾ Consiglio dell'Unione Europea, parere del servizio giuridico sulla proposta di direttiva del Consiglio che attua una cooperazione rafforzata nel settore dell'imposta sulle transazioni finanziarie (ITP), 6 settembre 2013.

⁽⁵⁸⁾ Sent. 30 aprile 2014, causa C-209/13, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio dell'Unione Europea*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*.

⁽⁵⁹⁾ Sul punto v. *Editorial Comment, What do We Want?*, cit., p. 676.

Per determinare il novero delle attività soggette a imposta, la proposta integra il principio di stabilimento con elementi del principio di emissione, in modo che risulti meno vantaggioso trasferire attività e residenze al di fuori del territorio degli Stati membri partecipanti alla cooperazione rafforzata. L'imposta si applica pertanto qualora si sia in presenza di almeno una delle seguenti condizioni: un ente finanziario sia stato autorizzato dalle autorità o sia stabilito nel territorio di uno Stato partecipante alla cooperazione rafforzata; un ente finanziario sia stabilito al di fuori del territorio degli Stati parti alla cooperazione rafforzata ma l'altra parte alla transazione sia stabilita nel territorio di uno Stato membro partecipante; nessuna delle parti sia stabilita nel territorio di uno Stato membro partecipante, ma siano negoziati strumenti finanziari emessi nel territorio di uno Stato partecipante. Tali criteri non saranno applicabili se il debitore dell'imposta dimostri che non vi è alcun nesso tra la sostanza economica della transazione e il territorio degli Stati membri che partecipano alla cooperazione rafforzata ⁽⁶⁰⁾.

Proprio i criteri di determinazione dei soggetti tenuti al pagamento dell'imposta è oggetto di critica da parte del parere del servizio giuridico del Consiglio sopra citato. In particolare, il punto problematico è costituito dal fatto che ad essere tassati sarebbero, secondo la proposta, anche gli enti finanziari stabiliti in Stati membri non partecipanti alla cooperazione rafforzata, ma che negoziano strumenti finanziari con soggetti stabiliti in uno Stato membro partecipante. In questa ipotesi mancherebbe, secondo il servizio giuridico, quel legame effettivo tra l'ente finanziario e lo Stato partecipante che percepisce l'imposta necessario ai fini dell'esercizio del potere fiscale ⁽⁶¹⁾. In altre parole, lo Stato partecipante eserciterebbe la sua potestà fiscale al di là del territorio degli Stati legati dalla cooperazione rafforzata ⁽⁶²⁾.

⁽⁶⁰⁾ Nella proposta si fissano poi la base imponibile e le aliquote minime per tipologie di transazioni finanziarie. Come si legge nella relazione alla proposta, le prime stime indicano che il gettito dell'imposta potrebbe essere dell'ordine di 31 miliardi di euro all'anno, e in prospettiva si prevede che nel bilancio dell'Unione tale gettito sostituisca, per i paesi partecipanti alla cooperazione rafforzata, la risorsa basata sul reddito nazionale lordo. Sul punto mi sia consentito rinviare a ROSSOLILLO, *Autonomia finanziaria e integrazione differenziata, Il diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 793 ss., spec. p. 805 ss.

⁽⁶¹⁾ Nel parere (p. 7) si legge che una disposizione di tal genere sarebbe in contrasto anche con il diritto internazionale consuetudinario, e in particolare con il principio che richiede l'esistenza di un legame pertinente tra lo Stato e i soggetti nei confronti dei quali questo esercita la propria competenza, anche fiscale.

⁽⁶²⁾ Tale estensione, secondo il servizio giuridico, non sarebbe nemmeno giustificabile in relazione agli obiettivi della proposta, cioè quello di aumentare le entrate

L'applicazione di un criterio di tal genere comporterebbe, secondo il servizio giuridico, anche una violazione del principio di non discriminazione. Ogni Stato partecipante alla cooperazione rafforzata tasserebbe infatti le istituzioni finanziarie autorizzate o stabilite in detto Stato e le istituzioni finanziarie stabilite in uno Stato non partecipante (membro o non membro dell'UE) in relazione alle transazioni finanziarie concluse con una controparte stabilita nel suo territorio, mentre non tasserebbe le istituzioni finanziarie stabilite in uno Stato membro partecipante e che concludano transazioni finanziarie con controparti stabilite nel suo territorio. In situazioni identiche dal punto di vista territoriale le transazioni concluse da enti finanziari non residenti sarebbero dunque trattate in modo differente a seconda che l'ente sia stabilito in uno Stato partecipante o in uno Stato non partecipante alla cooperazione rafforzata ⁽⁶³⁾.

Anche l'art. 327 TFUE, che impone il rispetto, da parte delle cooperazioni rafforzate, delle competenze, dei diritti e degli obblighi degli Stati membri che non vi partecipano pone infine in luce le criticità della proposta in oggetto. L'impatto della cooperazione rafforzata su diritti e obblighi degli Stati non partecipanti deriverebbe in effetti dalla circostanza, sopra messa in luce, secondo la quale ad essere sottoposti all'imposta sarebbero anche gli enti finanziari stabiliti in detti ultimi Stati e che concludano una transazione finanziaria con soggetti stabiliti in uno Stato partecipante. In altre parole, gli Stati esterni alla cooperazione rafforzata, pur avendo deciso di non partecipare ad essa e dunque di non tassare le transazioni finanziarie che coinvolgano enti stabiliti sul loro territorio, vedrebbero gli effetti della cooperazione rafforzata prodursi sul loro mercato finanziario.

Orbene, il parere ora esaminato costituisce una conferma di un elemento già messo in luce da una parte della dottrina, e cioè della difficoltà di applicare il meccanismo della cooperazione rafforzata alla materia dell'armonizzazione fiscale. Se è vero infatti che tale settore era stato indicato da alcuni come uno degli ambiti nei quali il meccanismo

fiscali, di far ricadere parte dei costi della crisi sul settore finanziario e di disincentivare l'esercizio di attività eccessivamente rischiose. Molte delle istituzioni assoggettate all'imposta sulle transazioni finanziarie non avrebbero infatti avuto alcun ruolo nell'origine della crisi e, quanto alla preoccupazione di evitare attività rischiose, molte operazioni assoggettate all'imposta sarebbero operazioni con una sostanza economica reale e di carattere non rischioso.

⁽⁶³⁾ Uno Stato membro partecipante riscuoterebbe pertanto due volte l'imposta nell'ipotesi in cui la transazione avvenga tra un ente stabilito in tale Stato e un ente stabilito in uno Stato non partecipante, e solo una volta nell'ipotesi in cui la transazione avvenga tra un ente stabilito nel primo Stato e un ente stabilito in un altro Stato partecipante.

della cooperazione rafforzata avrebbe potuto trovare applicazione ⁽⁶⁴⁾, non va dimenticato che l'incentivo all'ingresso in una cooperazione rafforzata in materia fiscale è molto debole, dal momento che vi è un rischio che le economie degli Stati partecipanti divengano meno competitive ⁽⁶⁵⁾. Inoltre, essendo la materia in questione fortemente legata al funzionamento del mercato interno, sono suscettibili di sorgere problemi di compatibilità con il principio di non discriminazione e con le disposizioni in materia di concorrenza.

In effetti, i problemi di compatibilità con i Trattati sollevati dal parere del servizio giuridico del Consiglio sembrano piuttosto seri: l'utilizzo dello stabilimento dell'ente finanziario come unico criterio per determinare le operazioni soggette ad imposta comporta infatti il rischio di un trasferimento di detti enti nel territorio degli Stati membri esterni alla cooperazione; d'altro canto, la sottoposizione all'imposta anche degli enti stabiliti nel territorio di uno Stato membro non partecipante (ma che concludano una transazione finanziaria con un soggetto stabilito in uno Stato partecipante) incide senza dubbio su diritti ed obblighi degli Stati che alla cooperazione rafforzata hanno deciso di non partecipare.

L'alternativa sembra dunque essere tra una parziale inefficacia della cooperazione rafforzata, dal momento che il trasferimento degli enti finanziari al di fuori del territorio degli Stati membri partecipanti comporterebbe minori introiti per gli Stati che alla cooperazione rafforzata hanno deciso di partecipare, da un lato, e il rischio di un'incompatibilità della stessa con i Trattati, in quanto essa inciderebbe sui diritti degli Stati membri esterni, dall'altro.

9. A partire soprattutto dagli anni '90, con l'introduzione da parte del Trattato di Maastricht della flessibilità in materia monetaria, il dibattito sulla differenziazione nell'ambito dell'Unione Europea, pur articolandosi in complessi tentativi di categorizzazione delle varie forme di

⁽⁶⁴⁾ In questo senso v. BRIBOSIA, *Différenciation*, cit., p. 67, il quale sottolinea come la presidenza olandese, nel 1997, avesse redatto una lista di materie in astratto suscettibili di essere oggetto di cooperazione rafforzata e come in questa la tassazione indiretta e in generale le misure di accompagnamento dell'UEM rivestissero un ruolo di primo piano; LOUIS, *Differentiation*, cit., p. 61.

⁽⁶⁵⁾ In questo senso v. STUBB, *The Amsterdam Treaty and Flexible Integration: A Preliminary Assessment, Paper presented to the International Political Science Association Conference, Bruxelles, 1997*; MILNER, KÖLLIKER, *How to Make Use of Closer Cooperation? The Amsterdam Clause and the Dynamic of European Integration, European Commission Working Paper, 2000*; GUILLARD, *L'intégration*, cit., p. 482.

flessibilità ⁽⁶⁶⁾, si è concentrato essenzialmente intorno a due differenti modelli, che riflettono due visioni diverse del processo di integrazione. Il primo, che trova la sua piena espressione nel rapporto Schäuble-Lammers presentato al Bundestag dal gruppo parlamentare CDU/CSU nel 1994 ⁽⁶⁷⁾, concepisce la flessibilità come uno strumento atto a far sì che un gruppo omogeneo di Stati, animato dalla volontà di compiere passi in avanti sulla via dell'integrazione, dia vita a una sorta di nucleo all'interno dell'Unione, e costituisca dunque potenzialmente un'avanguardia, aperta a tutti gli Stati che vogliano parteciparvi, nel processo di integrazione. Il secondo, illustrato tra gli altri dal Primo Ministro britannico John Major nel medesimo anno ⁽⁶⁸⁾, consiste in un modello per così dire di Unione Europea *à la carte*, dal momento che la flessibilità viene concepita come uno strumento che consente ad ogni Stato membro di scegliere, per ogni singola materia, se cooperare più strettamente con gli altri Stati o se sottrarsi a forme di integrazione più avanzata.

Il primo modello presuppone che il gruppo di Stati interessato dalla differenziazione sia sempre il medesimo, se pur aperto all'ingresso di altri membri, e sia dotato di una certa autonomia di azione rispetto agli Stati membri esterni ad esso; il secondo, al contrario, lungi dal fondarsi sull'idea di dar vita a una sorta di sottosistema all'interno dell'Unione, sembra piuttosto essere animato dall'intenzione di renderne più efficienti i meccanismi decisionali, impedendo che in determinate materie il veto di uno o più Stati impedisca agli Stati che lo vogliono di intraprendere iniziative comuni.

Tale dualismo di visioni era emerso anche nella Conferenza inter-governativa precedente il Trattato di Amsterdam ⁽⁶⁹⁾, sicché le norme in materia di integrazione differenziata introdotte da detto Trattato avrebbero potuto potenzialmente assumere entrambe le sembianze. Se si volge lo sguardo al meccanismo della cooperazione rafforzata, anche dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona e alla luce delle

⁽⁶⁶⁾ V. per tutti STUBB, *A Categorization of Differentiated Integration*, *Journal of Common Market Studies*, 1996, p. 283 ss.; ID., *Negotiating*, cit., p. 123 ss.

⁽⁶⁷⁾ *Reflections on European Foreign Policy*, documento del gruppo CDU/CSU presentato al Bundestag il 1° settembre 1994. Nel senso che tale documento abbia influenzato pesantemente il dibattito in tema di flessibilità precedente il Trattato di Amsterdam, per il fatto di aver ingenerato in molti Stati membri il timore di rimanere esclusi dal nocciolo duro dell'Unione, v. STUBB, *Negotiating*, cit., p. 67 ss.

⁽⁶⁸⁾ Discorso tenuto da John Major all'Università di Leiden il 7 settembre 1994, consultabile all'indirizzo: <http://www.johnmajor.co.uk/page1124.html>.

⁽⁶⁹⁾ Sul punto v. STUBB, *Negotiating*, cit., spec. p. 86 ss., il quale sottolinea come durante la negoziazione del Trattato di Amsterdam fosse stata soprattutto la delegazione francese a sposare la tesi del nucleo di Stati che avanzasse più rapidamente degli altri nel processo di integrazione.

applicazioni concrete realizzatesi negli ultimi anni, emerge tuttavia con chiarezza che è stato il secondo modello a prevalere. In effetti, dall'analisi delle condizioni al cui rispetto l'istituzione di una cooperazione rafforzata è subordinata, così come interpretate dalla Corte di giustizia, emerge come molte caratteristiche di tale forma di flessibilità — il fatto che essa riguardi gruppi di Stati di volta in volta differenti e non si riferisca dunque a un medesimo gruppo di Stati predefinito ⁽⁷⁰⁾; che debba essere autorizzata dal Consiglio e possa essere realizzata solo in ultima istanza, e dunque solo dopo che si sia esperito il tentativo di trovare un accordo tra tutti e 28 gli Stati membri ⁽⁷¹⁾; che non possa andare al di là degli ambiti di competenza dell'Unione, e quindi non si possa spingere in settori nuovi ⁽⁷²⁾, e che mantenga intatta la struttura istituzionale della stessa, e dunque non possa dar vita a nuovi organi — la rendono più atta a costituire uno strumento volto ad aggirare lo scoglio dell'unanimità in alcune materie che a dar luogo a un sottosistema nell'ambito dell'Unione Europea ⁽⁷³⁾.

Una simile lettura sembra essere stata fatta propria anche dal Parlamento europeo, che in una risoluzione del 2000 ⁽⁷⁴⁾ raccomandava

⁽⁷⁰⁾ In questo senso v. EHLERMANN, *Différenciation*, cit., p. 209 ss., p. 210, secondo il quale « le problème institutionnel est moins influencé par la nature ouverte ou fermée du groupe que par son caractère préétabli ou non préétabli. Un groupe préétabli suggère beaucoup plus l'existence d'un mécanisme de direction distinct que la coexistence de différents groupements ouverts ». In effetti, gli Stati che partecipano alle quattro cooperazioni rafforzate finora autorizzate (tre messe in opera e una tuttora allo stadio di progetto) non coincidono. Gli unici Stati membri che aderiscono a tutte sono Belgio, Germania, Francia, e Portogallo. A meno di non voler aderire alla tesi secondo la quale un nucleo di Stati che avanza più velocemente degli altri si formerà all'interno dell'Unione in modo indiretto, e cioè dalla somma degli Stati che partecipano a tutte le cooperazioni rafforzate istituite, il meccanismo della cooperazione rafforzata sembra dunque più ispirato all'idea di un'Europa *à la carte* che a un modello di Europa a due velocità.

⁽⁷¹⁾ Sul punto v. BRIBOSIA, *Différenciation*, cit., p. 106.

⁽⁷²⁾ Sul punto v. PHILIPPART, SIE DHIAN HO, *Flexibility*, cit., p. 185.

⁽⁷³⁾ In questo senso v. BRIBOSIA, *Les coopérations*, cit., p. 160. Sul punto v. anche LOUIS, *La pratique*, cit., p. 282 ss., il quale sottolinea come la cooperazione rafforzata in materia di legge applicabile alla separazione personale e al divorzio risponda senza dubbio alla necessità di rendere più efficaci i meccanismi decisionali, mentre le cooperazioni rafforzate in materia di brevetto unitario e la futura cooperazione rafforzata in materia di imposta sulle transazioni finanziarie mettano più che altro in luce i numerosi ostacoli ai quali la messa in opera del meccanismo della cooperazione rafforzata va incontro. Secondo ROSSI, *Cooperazione rafforzata e Trattato di Nizza: quali geometrie per l'Europa allargata?*, *Il diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 791 ss., spec. p. 800, le modifiche introdotte nel Trattato di Nizza al meccanismo della cooperazione rafforzata farebbero invece propendere per un modello ispirato all'idea di creare un nocciolo duro di Stati all'interno dell'Unione.

⁽⁷⁴⁾ Risoluzione del Parlamento europeo sulla cooperazione rafforzata del 25 ottobre 2000.

di vietare le cooperazioni rafforzate nelle materie nelle quali non era previsto un voto del Consiglio all'unanimità, facendo intendere in tal modo di concepire la cooperazione rafforzata come uno strumento per aggirare il diritto di veto e rendere più efficaci i meccanismi decisionali all'interno dell'Unione.

In effetti, se gli Stati membri avessero voluto accogliere un modello di integrazione differenziata che consentisse la formazione nell'ambito dell'Unione di un nucleo di Stati più integrato, essi avrebbero inserito nei Trattati disposizioni molto più simili a quella contenuta nel progetto di costituzione dell'Unione Europea presentato al Parlamento europeo dalla Commissione istituzionale nel 1994 (il c.d. progetto Herman). All'art. 46 di tale progetto si leggeva che « les Etats membres qui le souhaitent peuvent adopter entre eux des dispositions leur permettant d'aller plus loin et plus vite que les autres sur la voie de l'intégration européenne, à la double condition que cette avancée reste toujours ouverte à chacun des Etats membres qui voudraient s'y joindre, et que les dispositions qu'ils prennent restent compatibles avec les objectifs de l'Union et les principes de sa Constitution. Ils peuvent notamment, pour les matières relevant des titres V et VI du Traité sur l'Union européenne, prendre d'autres dispositions, qui n'engagent qu'eux. Les membres du Parlement européen, du Conseil, de la Commission qui relèvent des autres Etats membres s'abstiennent lors des délibérations et des votes relatifs aux actes pris en vertu de ces dispositions ». Non vi era dunque alcun riferimento alla necessità che la flessibilità costituisse una soluzione di ultima istanza, né si sottolineava l'esigenza che vi fosse un'autorizzazione preventiva da parte del Consiglio o un numero minimo di Stati, né che non fossero pregiudicati competenze, diritti e obblighi degli Stati membri non partecipanti. Ai numerosi limiti ai quali gli attuali Trattati subordinano l'instaurazione di una cooperazione rafforzata si contrapponeva poi l'esigenza che fossero rispettati semplicemente gli obiettivi e i principi dell'Unione. Infine, per tutte le istituzioni politiche era previsto un funzionamento a geometria variabile, sicché il principio di unità istituzionale appariva ampiamente derogato a beneficio della possibilità di dar vita a un sottosistema istituzionale proprio a un gruppo di Stati che volessero avvalersi dell'opportunità di procedere più velocemente degli altri ⁽⁷⁵⁾. In altre parole, la formulazione dell'articolo — contrariamente alle

⁽⁷⁵⁾ Secondo LOUIS, *Quelques réflexions*, cit., p. 43, il fatto che l'art. 46 del progetto Herman contempli il funzionamento a geometria variabile delle tre istituzioni politiche apriva la strada anche alla creazione di un bilancio separato per il finanziamento delle attività oggetto della cooperazione più stretta.

attuali disposizioni in materia di cooperazione rafforzata — lasciava ampia libertà agli Stati membri che lo volessero di progredire sulla via dell'integrazione senza essere ostacolati dagli Stati che a tale forma di integrazione più stretta non volevano partecipare.

10. Al primo dei modelli sopra citati — quello volto alla costituzione di un nucleo più integrato di Stati all'interno dell'Unione — sembrano essersi invece ispirati i redattori del Trattato di Maastricht per quanto concerne le disposizioni relative all'Unione economica e monetaria. Come è noto, quest'ultima costituisce una delle ipotesi più rilevanti di flessibilità nell'ambito del processo di integrazione europea. In effetti, alla scadenza del termine per il passaggio alla terza fase dell'UEM, quella caratterizzata dalla messa in circolazione della moneta unica, il Consiglio dichiarava in possesso dei requisiti per partecipare alla moneta unica solo undici Stati membri (divenuti dodici nel 2001, con l'ammissione della Grecia), i cosiddetti Stati senza deroga. Gli Stati membri sprovvisti dei requisiti in questione (gli Stati con deroga) sarebbero entrati a far parte della moneta unica solo a partire dal momento nel quale tali requisiti fossero stati soddisfatti ⁽⁷⁶⁾. Danimarca e Regno Unito, nel frattempo, avevano negoziato con gli altri Stati membri un'esclusione dalla terza fase, sancita da due Protocolli che attribuivano loro uno *status* speciale.

Ora, Unione economica e monetaria e cooperazione rafforzata sono caratterizzate senza dubbio da alcuni elementi in comune. Entrambe le forme di flessibilità incidono infatti nello stesso modo sul funzionamento del Consiglio, contemplando un'astensione dal voto degli Stati non partecipanti (alla cooperazione rafforzata o alla moneta unica) ⁽⁷⁷⁾, pur essendo ispirate a un principio generale di apertura nei

⁽⁷⁶⁾ Oggi gli Stati senza deroga sono diciotto, essendo entrati a far parte della zona euro anche Cipro, Estonia, Lettonia, Malta, Slovacchia e Slovenia. Mentre l'art. 139 TFUE contiene un elenco di disposizioni che si applicano unicamente agli Stati senza deroga, il trattamento degli Stati con deroga e degli Stati con uno *status* speciale è in linea di principio il medesimo. Sulle differenze, ancorché minime, di trattamento tra Regno Unito e Stati con deroga v. USHER, *Legal Consequences of Non-Participation in the Euro: A View from the United Kingdom*, in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, vol. II, Bruxelles, 2003, p. 357 ss., p. 361; LOUIS, *EMU*, cit., p. 306.

⁽⁷⁷⁾ In effetti, l'UEM è caratterizzata — come la cooperazione rafforzata — dal fatto che nell'organo rappresentativo degli Stati — il Consiglio — qualora si debbano assumere decisioni relative alla politica monetaria (in particolare le misure elencate all'art. 139, par. 2) i diritti di voto dei membri del Consiglio che rappresentano gli Stati membri con deroga sono sospesi. E disposizioni corrispondenti sono contenute nei Protocolli relativi a Regno Unito e Danimarca. Quanto invece alle altre istituzioni politiche, esse non sono influenzate, nelle loro modalità di voto, dalla mancata partecipazione di alcuni Stati membri alla terza fase dell'UEM. Il Consiglio, dunque, si

confronti dei medesimi ⁽⁷⁸⁾. Ad un'analisi più approfondita, tuttavia, esse si rivelano rispondere a due logiche totalmente distinte.

Tale circostanza può essere fatta risalire all'origine stessa delle due forme di differenziazione. L'Unione monetaria era stata in effetti concepita dai redattori del Trattato di Maastricht come una sorta di tappa obbligata nel processo di integrazione, che avrebbe portato alla reale eliminazione degli ostacoli alle libertà di circolazione e alla creazione di un'Unione Europea pienamente integrata sul piano economico e politico. Essa avrebbe dovuto dunque progressivamente includere tutti gli Stati membri ⁽⁷⁹⁾: il primo gruppo di Stati senza

riunisce nella sua composizione piena, ma delibera solo con il voto dei rappresentanti degli Stati senza deroga. Commissione e Parlamento europeo, al contrario, si riuniscono e votano secondo le modalità ordinarie, e cioè con la partecipazione dei rappresentanti dei 28 Stati membri. Sul punto v. CLERC, *La gouvernance économique européenne*, Bruxelles, 2012, p. 331; BEUKERS, *Constitutionalisation of the Eurozone: A Possible Way Out?, Paper prepared for the workshop "Revising European Treaties"*, EUI, 11 novembre 2013, p. 8 ss. Per quanto concerne la cooperazione rafforzata, tale soluzione è stata motivata dalla preoccupazione di evitare che il formarsi di cooperazioni tra Stati di volta in volta differenti portasse ad un frazionamento del Parlamento europeo in varie formazioni, con una conseguente mancanza di chiarezza sul piano istituzionale; per quanto concerne l'UEM, invece, la composizione invariata di Commissione e Parlamento europeo sembra più che altro motivata dallo scarso ruolo che dette istituzioni rivestono nell'ambito della politica monetaria. Sul punto v. BEUKERS, *Constitutionalisation*, cit., nota 40; MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2007, p. 401.

⁽⁷⁸⁾ In realtà, a prima vista l'UEM sembra caratterizzata da una maggior chiusura rispetto alla cooperazione rafforzata. Mentre quest'ultima, infatti, nel suo momento genetico è aperta a qualsiasi Stato voglia parteciparvi, non potendo uno Stato essere escluso a causa delle sue condizioni economiche, politiche o sociali, l'accesso all'Unione monetaria è subordinato a una decisione del Consiglio volta ad accertare il possesso da parte degli Stati membri di determinati requisiti enunciati all'art. 140 TFUE. Se questo è vero, non va tuttavia dimenticato che la decisione iniziale in merito agli Stati che avrebbero partecipato fin dall'inizio alla moneta unica è stata fortemente influenzata da motivazioni di carattere politico, sicché in sostanza gli Stati esclusi sono quelli ed unicamente quelli che avevano manifestato una volontà in tal senso. In effetti, nonostante il passaggio alla terza fase dell'UEM dovesse essere, in presenza dei requisiti indicati, automatico, Regno Unito e Danimarca hanno potuto negoziare con gli altri Stati membri un'esclusione da detta fase. Alla Svezia, inoltre, è stato consentito di trincerarsi dietro il mancato rispetto dei requisiti di carattere giuridico per mascherare la propria volontà di non partecipare alla moneta unica. Infine, Stati come l'Italia sono stati inclusi tra gli Stati senza deroga nonostante non fossero in regola con il parametro relativo all'indebitamento. La distinzione tra Stati partecipanti e Stati non partecipanti è stata dunque determinata in massima parte dalla *volontà* degli Stati stessi, e non dalla loro *capacità* di prendere parte all'Unione monetaria. Sul punto v. LOUIS, *The Economic and Monetary Union, Law and Institutions*, *Common Market Law Review*, 2004, p. 575 ss., spec. p. 604 s. Sul ruolo di volontà e capacità nelle forme di integrazione differenziata v. DEUBNER, *Flexibilität und Entwicklung der Europäischen Integration*, in *Der rechtliche Rahmen*, cit., p. 117 ss., spec. p. 119 ss.

⁽⁷⁹⁾ In questo senso v. POCAR, *Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato europeo*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 297 ss., spec. p. 298.

deroga rappresentava in altre parole un'avanguardia alla quale si sarebbero poi uniti tutti i rimanenti Paesi. La differenziazione era quindi concepita inizialmente come temporanea, e volta soprattutto a superare le difficoltà che il processo di integrazione avrebbe incontrato in seguito al futuro allargamento conseguente alla caduta del blocco sovietico.

Proprio perché aveva ad oggetto la messa in comune della moneta, uno dei cardini della sovranità nazionale, l'UEM era concepita come un primo passo verso la creazione di un'Unione non solo monetaria, ma anche economica, e dunque come un passaggio che avrebbe comportato conseguenze in molti altri settori di intervento del diritto dell'Unione, quali quello del coordinamento delle politiche economiche, dell'armonizzazione fiscale, della politica sociale e dell'occupazione. La condivisione di una moneta comporta in effetti il sorgere di esigenze comuni tra gli Stati partecipanti, distinte da quelle degli Stati membri con deroga o con uno *status* speciale, sicché la politica monetaria si distingue in linea di principio dalle altre politiche settoriali perché incide su molti altri ambiti del diritto dell'Unione ed è ad essi strettamente connessa ⁽⁸⁰⁾.

A un'esigenza di differenziazione di carattere non temporaneo sembra invece rispondere il meccanismo della cooperazione rafforzata ⁽⁸¹⁾. In effetti, il periodo successivo al Trattato di Maastricht è caratterizzato dall'acuirsi della consapevolezza, in seno alle istituzioni dell'Unione e agli Stati membri, dell'esistenza, tra gli Stati stessi, di differenti visioni del processo di integrazione, e dunque dell'impossibilità, in alcune materie, di giungere a un accordo unanime a causa della *volontà* di alcuni Stati di sottrarsi a forme di integrazione più stretta. È proprio per superare questa *impasse* che il meccanismo della cooperazione rafforzata viene introdotto. Esso dunque — come d'altronde i numerosi *opt-out* concessi a Danimarca, Regno Unito e Irlanda relativamente a specifiche materie — si pone in un'ottica di differenziazione permanente, ma relativa a singole politiche settoriali.

⁽⁸⁰⁾ Sul punto v. LOUIS, EMU, cit., p. 307, il quale, riferendosi all'epoca del Trattato di Maastricht, nota come « in a way there was an implicit idea that participation in the EC would necessarily include, in the medium run, the adoption of the euro ... because of the far-reaching effects of the Monetary Union on other policies. In political terms, many believed that it was impossible for a member State not participating in monetary union to play a significant role in the EC/EU and, in the long run, to remain a member of it ».

⁽⁸¹⁾ Nel senso che l'esistenza di un diverso grado di integrazione tra gli Stati membri riveste invece un ruolo eccezionale e temporaneo v. FERACI, *L'attuazione*, cit., p. 959.

La differente origine delle due forme di flessibilità costituisce anche la ragione per la quale l'UEM rappresenta una deroga al principio di unità istituzionale al quale la cooperazione rafforzata deve invece attenersi: le istituzioni create per la gestione della politica monetaria avrebbero in futuro coinvolto tutti gli Stati membri dell'Unione Europea e dunque l'unità istituzionale si sarebbe ricomposta.

In effetti, se è vero che, come messo in luce in precedenza, UEM e cooperazione rafforzata hanno in comune il fatto di preservare struttura e funzionamento delle istituzioni politiche, comportando unicamente conseguenze in merito alla votazione in seno al Consiglio, non va dimenticato che il passaggio alla terza fase ha comportato la creazione di una nuova istituzione, la Banca centrale europea, incaricata di gestire la politica monetaria. Ora, nel Consiglio direttivo e nel Comitato esecutivo della Banca centrale europea — i due organi decisionali della BCE — gli Stati che non partecipano alla moneta unica non sono rappresentati. Il primo è infatti composto dai membri del Comitato esecutivo e dai governatori delle banche centrali nazionali degli Stati dell'eurozona; il secondo è composto dal presidente, dal vice-presidente e da quattro membri, tutti cittadini di Stati membri della zona euro, ed è nominato dal Consiglio europeo, con la partecipazione unicamente di capi di Stato o di governo degli Stati partecipanti alla moneta unica ⁽⁸²⁾. La differenziazione è dunque nettamente più marcata rispetto a quanto avviene in seno al Consiglio e il principio di unità istituzionale appare scavalcato ⁽⁸³⁾.

Negli anni, divenuto ormai chiaro che alcuni Stati non avrebbero mai rinunciato alla loro sovranità monetaria, e dunque la terza fase dell'UEM non avrebbe coinvolto tutti gli Stati membri, tale tendenza alla creazione di una struttura istituzionale propria della zona euro si è peraltro accentuata.

⁽⁸²⁾ Differenze tra Stati parti e Stati esterni all'eurozona sussistono anche in relazione al capitale della BCE. Solo i primi sono infatti tenuti a versare interamente il capitale sottoscritto. Sul punto v. MARCIALI, *La flessibilità*, cit., p. 417 s. Come notano ZILIOI, SELMAYR, *La Banca*, cit., p. 290, « la regola alla base del processo decisionale differenziato all'interno della BCE è semplice: le banche centrali nazionali la cui sovranità monetaria non è stata trasferita alla BCE non votano né partecipano alla definizione e all'attuazione delle decisioni di politica monetaria della BCE ».

⁽⁸³⁾ In questo senso v. TUYTSCHAEVER, *EMU and the Catch-22 of EU Constitution-Making*, in *Constitutional Change*, cit., p. 173 ss., spec. p. 185; LOUIS, *EMU*, cit., p. 306. L'unico organo della BCE nella quale sono rappresentati tutti e ventotto gli Stati membri è il Consiglio generale, che ha funzioni di coordinamento tra gli Stati dell'eurozona e gli Stati membri esterni ad essa, ma è privo di poteri decisionali veri e propri. Sul punto v. LOUIS, *Differentiation*, cit., p. 47; MARCIALI, *La flessibilità*, cit., p. 414.

In primo luogo, nel braccio « economico » dell'UEM, si è dato vita a un organo informale, l'Eurogruppo, composto unicamente dai ministri dell'economia e delle finanze degli Stati membri nei quali circola la moneta unica ⁽⁸⁴⁾. Pur trattandosi di un organo che non è dotato di poteri decisori (ma che comunque consente un coordinamento delle posizioni degli Stati dell'eurozona prima della loro partecipazione alle riunioni ECOFIN), esso rappresenta ancora una volta un superamento del principio dell'unità istituzionale. Se infatti le disposizioni relative alla votazione in Consiglio consentono comunque agli Stati che non partecipano alla moneta unica di prendere parte alle riunioni e alla discussione precedente il voto, nell'ipotesi da ultimo delineata gli Stati esterni alla moneta unica non solo non hanno diritto di voto, ma non partecipano nemmeno alle riunioni dell'Eurogruppo ⁽⁸⁵⁾.

Un ulteriore passo in questa direzione è stato poi compiuto dal Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità, che dà vita a due nuovi organi incaricati di garantire il funzionamento e la gestione del meccanismo stesso, il Consiglio dei governatori e il Consiglio di amministrazione, nominati dagli Stati membri senza deroga ⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁴⁾ Secondo l'art. 1 del Protocollo (n. 14) sull'eurogruppo, « i ministri degli Stati membri la cui moneta è l'euro si riuniscono a titolo informale. Tali riunioni hanno luogo, a seconda delle necessità, 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 ». Secondo l'art. 2 del medesimo Protocollo, poi, i ministri in questione eleggono, a maggioranza, un presidente il cui mandato avrà una durata di due anni e mezzo.

⁽⁸⁵⁾ Da più parti si sostiene peraltro la necessità della trasformazione dell'Eurogruppo in vera e propria istituzione, dotata di poteri decisionali per la zona euro, trasformazione che dovrebbe essere accompagnata, secondo alcuni, dalla previsione di un funzionamento a geometria variabile di Commissione e Parlamento europeo. Sul punto v. EHLERMANN, *Différenciation*, cit., p. 216; LOUIS, *Quelques réflexions*, cit., p. 40; GUILLARD, *L'intégration*, cit., p. 149; CLERC, *La gouvernance*, cit., p. 508. Sull'impossibilità di procedere a tale trasformazione mediante il meccanismo della cooperazione rafforzata v. VIGNERON, *Instaurer une coopération renforcée pour l'Eurogroupe?*, in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, cit., p. 377 ss., spec. p. 388 ss.; LOUIS, *EMU*, cit., p. 316. Il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria, cit., all'art. 12, dà luogo peraltro a una sorta di istituzionalizzazione anche dell'Eurosummit, vertice dei capi di Stato e di governo degli Stati che hanno adottato la moneta unica. Alle riunioni, convocate due volte l'anno, partecipa il presidente della Commissione ed è invitato il presidente della Banca centrale europea. A maggioranza semplice dei membri dello stesso è poi nominato un presidente dell'Eurosummit, con un mandato di due anni e mezzo coincidente con il mandato del presidente del Consiglio europeo.

⁽⁸⁶⁾ TUYTSCHAEVER, *EMU*, cit., p. 185, citando Christian Timmermans definisce il principio dell'unità istituzionale nell'ambito dell'UEM come un *trompe-l'oeil*.

Infine, nella direzione della progressiva acquisizione di autonomia dell'Unione economica e monetaria all'interno dell'Unione Europea si muovono anche le recenti proposte relative ai futuri sviluppi della stessa. In effetti, nella comunicazione « Un piano per un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita », del 28 novembre 2012 ⁽⁸⁷⁾, la Commissione al fine di individuare le tappe per raggiungere l'ambizioso obiettivo finale di dar vita « a un'UEM autentica e approfondita, che favorisca un'architettura solida e stabile in campo finanziario, fiscale, economico e politico a sostegno della stabilità e della prosperità », pone come obiettivo di breve periodo la creazione di uno « strumento di convergenza e di competitività », consistente in un fondo per il sostegno all'attuazione tempestiva di riforme strutturali negli Stati membri della zona euro ⁽⁸⁸⁾; e come obiettivi a medio e lungo termine la creazione di una capacità fiscale autonoma dell'UEM ⁽⁸⁹⁾ e di una vera unione economica e fiscale, con un bilancio centrale, una capacità fiscale propria, un proprio Tesoro e la possibilità di emettere debito sovrano.

Una trasformazione di tal genere, che richiederebbe — come sottolinea la stessa Commissione — una modifica dei Trattati attraverso la procedura di cui all'art. 48 TUE, si concreterebbe nella creazione di un vero e proprio governo economico della zona euro: gli Stati senza deroga condividerebbero dunque politica monetaria, fiscale e di bilancio, e si configurerebbero come un nucleo più integrato all'interno dell'Unione, dotato di una propria struttura istituzionale ⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁷⁾ Comunicazione della Commissione, *Un piano per un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita, Avvio del dibattito europeo*, COM(2012) 777 fin.

⁽⁸⁸⁾ In particolare, l'attuazione delle riforme dovrebbe essere agevolata da accordi contrattuali conclusi tra i singoli Stati della zona euro e la Commissione, dopo essere stati discussi nell'Eurogruppo.

⁽⁸⁹⁾ Come si legge al punto 3.2.2. della comunicazione della Commissione, « un'apposita capacità fiscale della zona euro dovrebbe essere creata sulla base dell'esperienza del coordinamento *ex ante* sistematico delle grandi riforme strutturali e dello strumento di convergenza e competitività. Dovrebbe essere autonoma, nel senso che le relative entrate dovrebbero basarsi esclusivamente su risorse proprie, e potrebbe eventualmente ricorrere a prestiti. Dovrebbe essere efficace e fornire risorse sufficienti per sostenere le grandi riforme strutturali in una grande economia in difficoltà ».

⁽⁹⁰⁾ Oltre a costituire una deroga al principio di unità istituzionale, l'UEM ha comportato anche una violazione del principio di non discriminazione, ulteriore limite all'istituzione di una cooperazione rafforzata. A Danimarca e Regno Unito è stato consentito infatti di non partecipare alla terza fase dell'UEM, nonostante tali Paesi fossero in possesso di tutti i requisiti richiesti. Tale circostanza ha dato origine a due ordini di problemi. Innanzitutto, la medesima possibilità non è concessa agli Stati che entreranno nella moneta unica o vi sono entrati dopo il 1° gennaio 1999, data prevista dai Trattati per l'ingresso nella terza fase. In secondo luogo, il diritto dell'Unione Europea sottopone a un trattamento uniforme sia i suddetti Stati che si sono rifiutati

11. Le proposte della Commissione da ultimo citate, riprese peraltro dal Parlamento europeo in una recente risoluzione ⁽⁹¹⁾ e parzialmente ribadite in ulteriori comunicazioni ⁽⁹²⁾ e nelle conclusioni del Consiglio europeo del dicembre 2013 ⁽⁹³⁾, non fanno che ribadire in modo evidente le differenze di fondo tra UEM e cooperazione rafforzata. La Commissione, infatti, non prende in considerazione separatamente i singoli settori legati al completamento dell'Unione monetaria, ma fornisce una visione complessiva degli sviluppi futuri della stessa, nella quale i differenti aspetti — fiscali, economici, di bilancio, istituzionali — sono strettamente intrecciati.

In questo quadro anche l'imposta sulle transazioni finanziarie viene indicata come uno strumento utile, nonostante i riferimenti ad essa operati dalle istituzioni nei documenti citati siano piuttosto stringati. Anziché concepire l'introduzione di tale imposta come un'azione a sé stante, slegata dagli altri aspetti dell'UEM, Commissione e Parlamento europeo sembrano però inserirla in una visione complessiva, che consente di superare le perplessità sopra manifestate in ordine alla proposta di cooperazione rafforzata avente il medesimo oggetto.

Se l'istituzione di un'imposta sulle transazioni finanziarie viene infatti concepita come uno strumento atto a dar vita a un embrione di capacità fiscale autonoma della zona euro e dunque all'aumento delle risorse a disposizione dell'UEM, da far confluire in un bilancio separato della stessa, è evidente che da un lato essa riguarderà tutti gli Stati

di partecipare all'Unione monetaria, sia gli Stati che invece non sono in grado, per la mancanza di alcuni requisiti richiesti, di farvi parte: a situazioni differenti (mancanza di volontà e mancanza di capacità non coincidono) è stato dunque applicato un trattamento uguale. Sul punto v. TUYTSCHAEVER, *EMU*, cit., p. 180. Se tale omogeneità di trattamento poteva giustificarsi nell'ottica di un futuro ingresso di tutti gli Stati membri nella moneta unica, alla luce del fatto che è ormai evidente che Regno Unito e Danimarca non hanno alcuna intenzione di rinunciare alla propria sovranità monetaria, da parte di alcuni (in questo senso v. EHLERMANN, *Différenciation*, cit., p. 215; LOUIS, *Quelques réflexions*, cit., pp. 40 e 43) si è proposto che sia introdotta una differenza di trattamento tra Stati che non vogliono far parte dell'Unione monetaria e Stati che non hanno ancora i requisiti per entrarvi. In particolare, mentre i primi sarebbero esclusi dalla partecipazione alla discussione e dal voto in seno al Consiglio (e in prospettiva in seno a tutte le istituzioni politiche) quando si debbano adottare decisioni che coinvolgono solo gli Stati partecipanti alla terza fase, i secondi si dovrebbero astenere dal voto, ma potrebbero partecipare alla discussione. In questo modo, a situazioni differenti corrisponderebbero trattamenti differenti dei due gruppi di Stati, in armonia con il principio di non discriminazione.

⁽⁹¹⁾ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 dicembre 2013 sui problemi di una *governance* a più livelli dell'Unione Europea (2012/2078(INI)).

⁽⁹²⁾ V. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Verso un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita. Creazione di uno strumento di convergenza e di competitività*, COM(2013) 0165 fin.

⁽⁹³⁾ Consiglio europeo, 13/14 dicembre 2012, conclusioni, EUCO 205/12.

membri che hanno rinunciato alla propria sovranità monetaria, dall'altro lo svantaggio per gli enti stabiliti in uno Stato della zona euro di essere assoggettati ad un'imposta ulteriore sarà compensato dai benefici che deriveranno dall'aver a disposizione, in un bilancio aggiuntivo relativo unicamente agli Stati dell'eurozona, risorse che possano essere utilizzate per colmare gli squilibri tra Stati membri e per sostenere crescita e sviluppo. Il rischio, insito nella proposta di cooperazione rafforzata, che l'imposta in questione aumenti gli squilibri tra gli Stati partecipanti alla moneta, essendo applicata solo da alcuni di essi, o provochi una fuga dei soggetti coinvolti in transazioni finanziarie verso Stati nei quali tale imposta non è applicata sarebbe dunque superato.

Le considerazioni da ultimo svolte vanno tenute presenti anche quando si volga lo sguardo ai primi passi che possono essere compiuti nella direzione di un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita. In effetti, se la realizzazione di molti degli obiettivi indicati dalla Commissione e dal Parlamento implica una modifica dei Trattati secondo la procedura di cui all'art. 48 TUE, alcuni avanzamenti verso l'obiettivo finale possono essere realizzati — come sottolineano le medesime istituzioni — attraverso l'utilizzo degli strumenti di flessibilità che i Trattati mettono già oggi a disposizione.

Per le ragioni sopra esposte, la cooperazione rafforzata non sembra tuttavia costituire uno strumento adatto a tal fine. Le numerose condizioni alle quali i Trattati subordinano la sua attuazione, unite al fatto che si tratta di una forma di cooperazione aperta a tutti gli Stati membri e non a un gruppo predefinito dal fatto di condividere una moneta, rischiano infatti di trasformarla in un ostacolo sulla via del completamento dell'UEM anziché in un primo passo in detta direzione.

Di tali difficoltà sembrano essere consapevoli anche le istituzioni dell'Unione. La Commissione, nel tentativo di individuare la base giuridica sulla quale lo strumento di convergenza e competitività sopra citato potrebbe fondarsi, fa riferimento in effetti all'art. 136 TFUE, o in alternativa alla possibilità di ricorrere all'art. 352 TFUE « se necessario mediante cooperazione rafforzata ». Nonostante l'utilizzo della cooperazione rafforzata sia preso in considerazione, tale strumento sembra essere indicato come soluzione di ultima istanza, alla quale l'utilizzo dell'art. 136 TFUE andrebbe preferito. Detta ultima disposizione, se pur fondata su un approccio di carattere intergovernativo, riguarda in effetti unicamente gli Stati senza deroga, e dunque un gruppo di Stati predefinito dal fatto di aver adottato una moneta comune; inoltre, essa sembra imporre a questi ultimi meno vincoli rispetto a quelli al cui rispetto l'instaurazione di una cooperazione rafforzata è subordinata,

come dimostrano le disposizioni del Trattato istitutivo del meccanismo europeo di stabilità, che su tale disposizione è fondato ⁽⁹⁴⁾.

La medesima esigenza di individuare uno strumento di integrazione differenziata che si adatti alle esigenze dell'UEM è fatta propria poi in termini più generali dal Parlamento europeo, laddove esso, dopo aver fatto riferimento, sulla scia della Commissione, all'art. 136 TFUE e all'art. 352 TFUE unito a una cooperazione rafforzata, sottolinea che « le modifiche dei Trattati necessarie per il completamento di un'autentica UEM e l'istituzione di un'Unione di cittadini e di Stati potranno basarsi sugli strumenti, le procedure, le prassi e la filosofia esistenti in materia di integrazione differenziata, *migliorandone l'efficacia e la coerenza* », mettendo in luce in questo modo la necessità che vengano posti in essere specifici meccanismi di flessibilità per gli Stati facenti parte della zona euro.

In effetti, per evitare che il completamento dell'Unione economica e monetaria si realizzi attraverso la stipulazione di un trattato tra gli Stati partecipanti alla moneta unica esterno alla cornice dell'Unione ⁽⁹⁵⁾, è auspicabile che in sede di revisione dei Trattati si preveda — attraverso una modifica dell'art. 136 TFUE che lo renda applicabile ad ipotesi ulteriori rispetto al coordinamento delle politiche economiche, o attraverso la previsione di un nuovo meccanismo *ad hoc*, che potrebbe ispirarsi all'art. 46 del progetto Herman — una clausola ⁽⁹⁶⁾ che consenta in via generale agli Stati senza deroga di procedere verso quell'unione fiscale, di bilancio ed economica ormai essenziale per la sopravvivenza della moneta unica.

GIULIA ROSSOLILLO

⁽⁹⁴⁾ Facendo applicazione della procedura di revisione semplificata prevista dall'art. 48, par. 6, TUE, con decisione del Consiglio europeo del 25 marzo 2011 è stato aggiunto all'art. 136 un paragrafo, secondo il quale « gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità, da attuare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta ad una rigorosa condizionalità ».

⁽⁹⁵⁾ Nel senso che i numerosi requisiti imposti dai Trattati ai fini della messa in opera di una cooperazione rafforzata rischiano di indurre gli Stati membri ad avvalersi di forme di flessibilità esterne alla cornice istituzionale dell'Unione v. GAJA, *La cooperazione*, cit., p. 75; LOUIS, *EMU*, cit., p. 324.

⁽⁹⁶⁾ In questo senso si è pronunciata una parte della dottrina, proponendo l'introduzione di una clausola di cooperazione rafforzata « predefinita » per l'eurozona (BRIBOSIA, *Les coopérations*, cit., p. 164) o di una clausola di flessibilità simile a quella prevista dall'art. 352 TFUE, ma specifica per la zona euro (BEUKERS, *Constitutionalisation*, cit., p. 1 ss.).