



TECNICHE DI INTEGRAZIONE EUROPEA AMMINISTRATIVA MEDIANTE DIFFERENZIAZIONE

di Fabio Giglioni*

SOMMARIO: [1. L'integrazione europea.](#) - [2. I principali modelli di integrazione.](#) - [3. L'integrazione mediante differenziazione.](#) - [4. Le caratteristiche principali dell'integrazione mediante differenziazione.](#) - [5. L'integrazione mediante differenziazione al confronto con le categorie generali](#)

1. L'integrazione europea.

Tra gli elementi più significativi di distinzione degli ordinamenti compositi, qual è l'Unione europea (d'ora in poi, UE)¹, rispetto agli ordinamenti statuali c'è senz'altro il diverso rapporto che si registra tra unità, intesa come uniformità amministrativa, e differenza: negli ordinamenti statuali l'unità è il presupposto e la differenza è spesso ricercata per migliorare la capacità di amministrazione degli interessi presenti sul territorio interno, in quelli compositi, viceversa, la differenza è il punto di partenza e l'unità dell'ordinamento è il fine principale delle azioni compiute². In particolare, per l'ordinamento europeo l'unità viene espressa attraverso il concetto di integrazione, il cui significato è tuttavia da precisare³.

Di integrazione si possono dare due possibili interpretazioni. La prima è quella secondo la quale un nuovo sistema unitario di principi, regole e apparati si sovrappone a una pluralità di sistemi preesistenti, tale che il primo prevalga sugli altri ogni qualvolta si determini un conflitto. In questo senso l'integrazione comporta una sostituzione di un sistema nuovo e centripeto rispetto a una condizione preesistente caratterizzata dalla pluralità e difformità. La seconda interpretazione che può essere data è quella secondo la quale l'integrazione si raggiunge al conseguimento di certi obiettivi predeterminati, il cui ottenimento è l'esito di meccanismi diversi dove la differenza preesistente non è necessariamente destinata a essere soppiantata se, in forza di alcune relazioni verticali e orizzontali tra gli ordinamenti, è capace comunque di perseguire i fini dell'ordinamento composito. In questo secondo caso la sostituzione di un sistema nuovo di principi, regole e apparati diventa solo una delle soluzioni adottabili per realizzare l'integrazione e, in ogni caso, non produce mai annullamento completo delle differenze

* Ricercatore di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze politiche all'Università Sapienza di Roma.

¹ La definizione dell'Unione europea come ordinamento composito si deve a S. Cassese, *L'Unione europea come organizzazione pubblica composita*, in *Riv. it. dir. pubbl. CE*, 2000, 990-2; si veda anche Id., *Che tipo di potere pubblico è l'Unione europea?*, in Id., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 55 ss. La tesi si trova però sviluppata in modo compiuto in G. Della Cananea, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 146-50.

² L'osservazione è chiaramente sostenuta da F. Palermo, *La forma di stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, Cedam, 2005, 127-34; L. Torchia, *Il governo delle differenze*, Bologna, il Mulino, 2006, 178.

³ Importante dottrina ha messo in dubbio l'utilità di continuare a utilizzare questo concetto perché, essendo troppo generico, finisce per generare equivoci specie nell'uso che ne viene fatto dai politologi; cfr. S. Cassese, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. CE*, 2002, 301; Id., *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Riv. it. dir. pubbl. CE*, 2004, 1141. Tuttavia, il concetto, oltre a essere ancora ben presente nella discussione, ha il pregio di tradurre con un certo grado di originalità il tema dell'unità dell'ordinamento europeo che presenta certamente differenze rispetto a come è utilizzato normalmente nei contesti statuali.

iniziali⁴. La sottovalutazione del ruolo dell'integrazione europea per via amministrativa, originata dalla scelta dei padri fondatori dell'UE di adottare il modello dell'amministrazione indiretta, ha a lungo fatto credere che l'unica interpretazione possibile dell'integrazione fosse la prima ma oramai tale assunto è sottoposto a valutazione critica da diverso tempo.

L'integrazione per via amministrativa, che oggi trova esplicita conferma nell'art. 197 TFUE⁵, ha portato alla luce modelli di integrazione innovativi per la semplice ragione che l'integrazione amministrativa procede per formule organizzative o per coordinamento funzionale in cui le differenze degli apparati, delle regole e, persino, dei principi non sono annullate ma coesistono dentro una cornice di compatibilità la cui complessità varia a seconda delle soluzioni adottate⁶. Lo scopo di questo saggio è mostrare come l'UE stia affinando un modello di integrazione amministrativa che è fondato non solamente sulla tolleranza delle differenze, ma sulla loro enfattizzazione sia pure controllata. Il presente lavoro, dunque, sarà ulteriormente suddiviso in tre parti: nella prima si esamineranno sinteticamente i principali meccanismi di integrazione che sono maggiormente riconosciuti dalla dottrina; nella seconda, quindi, saranno posti in luce i motivi e i meccanismi che originano l'integrazione per differenziazione; nella terza, infine, si metteranno in luce alcune caratteristiche dell'integrazione mediante differenziazione con considerazioni conclusive.

2. I principali modelli di integrazione.

Il riconoscimento dell'integrazione europea per via amministrativa ha consentito di mettere in evidenza almeno due tecniche di governo delle differenze: la prima si basa sull'obiettivo di realizzare

⁴ In questo senso il concetto di integrazione conosce un'ampiezza maggiore ma non tale da confondersi con le tipiche relazioni di cooperazione che normalmente gli ordinamenti compositi conoscono. Secondo, infatti, un indirizzo dottrinario ben conosciuto, gli ordinamenti compositi generano rapporti di integrazione, cooperazione e concorrenza: cfr. G. Della Cananea, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, cit., 169-72. Quelli di cooperazione, però, si sviluppano secondo 'azioni comuni' che non necessariamente presuppongono l'ancoraggio al quadro comune disciplinare dell'ordinamento sovranazionale; mentre l'integrazione, ancorché concepita come conseguimento di obiettivi di interesse comune, rafforza sempre le ragioni unitarie stabilite dal quadro disciplinare comune.

⁵ La norma, introdotta dal trattato di Lisbona, prevede che l'esecuzione del diritto europeo è questione di interesse comune che legittima soluzioni di collaborazione tra i vari livelli di governo e tra amministrazioni nazionali consistenti nello scambio di informazione e personale e nella diffusione delle buone pratiche.

⁶ I contributi dottrinali sull'integrazione europea amministrativa sono oramai molteplici. Si ricordano tra gli altri: M. Macchia, *Questione amministrativa e cooperazione dopo Lisbona: un nesso inscindibile*, in *Riv. it. dir. pub. CE*, 2012, 85 ss.; C. Harlow, *Three phases in the evolution of EU administrative law*, in P. Craig, G. De Burca (eds.), *The evolution of EU law*, Oxford, OUP, 2011, spec. 455-63; L. De Lucia, *Cooperazione e conflitto nell'Unione amministrativa europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. CE*, 2011, 13 ss.; R. Schütze, *From Rome to Lisbon: "Executive Federalism" in the (new) European Union*, in *Com. Market Law Rev.*, 2010, 47, 1419-24; G. Della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, 135 ss.; F. Lafarge, *EU law implementation through administrative cooperation between member states*, in *Riv. it. dir. pubbl. CE*, 2010, 119 ss.; D.U. Galetta, *Coamministrazione, reti di amministrazioni, Verwaltungsverbund: modelli organizzativi nuovi o alternative semantiche alla nozione di «cooperazione» dell'art. 10 TCE, per definire il fenomeno dell'amministrazione intrecciata?*, in *Riv. it. dir. pubbl. CE*, 2010, 1689 ss.; L. De Lucia, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, Torino, Giappichelli, 2009; P. Craig, *Shared Administration, Disbursement of Community Funds and the Regulatory*, in H.C.H. Hofmann, A.H. Türk, *Legal challenges in EU administrative law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009, 288 ss.; L. Saltari, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2007; J.H. Jans, R. De Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007; J. Schwarze, *European Administrative Law*, London, Sweet and Maxwell, 2006, clxx-clxxxii; G. Falcon, *Tendenze del diritto amministrativo e dei diritti amministrativi nell'Unione europea*, in Id. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, Cedam, 2005, 3 ss.; E. Schimdt-Aßmann, *Einleitung: der Europäischen Verwaltungsverbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrecht*, in E. Schimdt-Aßmann, B. Schöndorf-Haubold, *Der Europäischen Verwaltungsverbund*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2005, 1 ss.; M.P. Chiti, *A Rigid Constitution for a Flexible Administration: New Forms of Governance*, in *Rev. Eur. Droit publ.*, 2004, 189; S. Cassese, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, cit., 1135 ss.; E. Chiti, C. Franchini, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, il Mulino, 2003, *passim*; C. Franchini, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, Cedam, 1993.

l'integrazione attraverso la riduzione delle differenze, la seconda, invece, consegue obiettivi di integrazione per mezzo della neutralizzazione delle differenze.

La prima tecnica è quella maggiormente conosciuta e si raccoglie intorno ad alcuni principi, regole e modelli organizzativi. Sotto il profilo dei principi si rintracciano in questa tecnica di integrazione il principio della supremazia del diritto europeo su quello nazionale e il principio di *preemption*⁷. Questi due principi affermati sin dalle origini dalla Corte di giustizia consentono al diritto europeo di prevalere su quello nazionale ogni qualvolta un conflitto viene a determinarsi. Così facendo il diritto dell'ordinamento composito riduce le differenze sostituendo alle regole nazionali quelle di origine sovranazionale. Il rapporto tra integrazione e differenza è in questo caso di opposizione: la prevalenza di uno dei due termini è inversamente proporzionale a quella dell'altro. Tale processo di integrazione è stato qualificato come negativo, nel senso che è orientato non dal perseguimento di obiettivi declinati in positivo dall'ordinamento ma è l'esito di un processo di elisione delle differenze e, dunque, degli ostacoli che impediscono la prevalenza del diritto sovranazionale⁸. In particolare gli strumenti principali che la giurisprudenza ha ricavato dai trattati comunitari sono i principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento che, limitando gli stati nazionali ad adottare politiche privilegiate verso gli operatori nazionali, rafforzano la concorrenza e il libero scambio tra gli stati membri costituendo gli elementi essenziali per la costruzione del mercato unico.

Sotto il profilo delle regole l'integrazione mediante riduzione delle differenze si caratterizza per l'adozione di tecniche legislative di armonizzazione. In tal modo l'ordinamento sovranazionale procede all'unificazione del mercato unico andando anche oltre la mera rimozione degli ostacoli e procedendo alla codificazione di regole uniche che soppiantano quelle differenti nazionali considerate di ostacolo per il libero commercio tra gli stati membri⁹. I processi legislativi per armonizzazione sono spesso il frutto di difficili compromessi tra interessi nazionali ed europei, nonché istituzionali, dal momento che prevedono il coinvolgimento diretto del Consiglio, della Commissione e del Parlamento europeo.

Infine, sotto il profilo degli apparati si è assistito specie negli anni più recenti alla proliferazione di autorità europee indipendenti tanto dai governi nazionali quanto dalle istituzioni comunitarie le quali esercitano un ruolo preponderante nell'amministrazione di alcuni interessi tale da prevalere sulle autorità nazionali. Sono un esempio di questo tipo la Banca centrale europea per le politiche monetarie¹⁰, le tre autorità finanziarie costituite nel 2010¹¹ e, persino, la nuova Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia che è un modello atipico rispetto alle tradizionali

⁷ Si tratta di due principi molto noti e assai dibattuti in dottrina. Recentemente su questi è tornato cfr. B. De Witte, *Direct effect, primacy, and the nature of the legal order*, in P. Craig, G. De Burca (eds.), *The evolution of EU law*, Oxford, OUP, 2011, 323 ss., che ha sviluppato anche l'evoluzione nel tempo di questi principi, offrendone una chiave interpretativa aggiornata.

⁸ Il fenomeno dell'integrazione per via giudiziaria è ben noto agli studiosi e dunque ci si limita a sintetici rinvii: H.G. Schemers, *The role of the European Court of Justice in the free movement of goods*, in E. Stein, T. Sandalow, *Courts and free markets*, Oxford, Clarendon Press, 1982, I, 222 ss.; J.H.H. Weiler, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, il Mulino, 2003, 48-63; A. Stone Sweet, *The European Court of Justice*, in P. Craig, G. De Burca (eds.), *The evolution of the EU law*, 2011, 121 ss. A questo proposito è divenuta nota l'espressione ritagliata per l'ordinamento europeo di *integration through law*; cfr. M. Cappelletti, M. Seccombe M., J.H.H. Weiler, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience. A General Introduction*, ID. (eds.), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Berlin, Walter de Gruyter, 1986, 1, 29-35. Anche se questa impostazione fu criticata negli stessi anni da H. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht, Nijhoff, 1986, che criticava la giurisprudenza della corte per la sua invadenza su ambiti politici. In anni più recenti, per utilizzare un concetto sostanzialmente simile, si è parlato di *judicial harmonisation*, cfr. S. Weatherill, *Why Harmonise?*, in T. Tridimas, P. Nebbia (eds.), *European Union law for the twenty-first century*, Oxford and Portland Oregon, Hart, 2004, 2, 12.

⁹ È considerato infatti un errore credere che la riduzione delle differenze per la costituzione del mercato unico sia solo un prodotto dell'integrazione negativa. L'armonizzazione in positivo ha svolto un ruolo parimenti importante come anche è stato sottolineato recentemente da G. Della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, cit., 130-1.

¹⁰ Si veda in merito V. Giomi, F. Merusi, *Politica economica e monetaria*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. spec., III, 1453 ss.

¹¹ Il riferimento è ovviamente alle tre nuove autorità di settore: l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati, istituita con il reg. UE 1095/2010; l'Autorità bancaria europea, istituita con il reg. UE 1093/2010 e l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali, istituita con il reg. UE 1094/2010 ed entrate in azione nel 2011.

agenzie europee in cui il tratto di indipendenza costituisce la principale peculiarità, anche se l'effettiva innovazione dovrà essere misurata nel tempo con il concreto agire dell'Agenzia stessa¹². Benché in tutte queste autorità siano rappresentate anche le autorità nazionali, non vi è dubbio che le politiche amministrative dei settori interessati hanno subito un trasferimento chiaro delle responsabilità dal livello nazionale a quello europeo.

La combinazione degli elementi evidenziati dà vita a forme di integrazione dove la differenza è, come detto, ridotta. Occorre sottolineare che neppure attraverso questa tecnica, tuttavia, il destino delle differenze è quello di essere annullate del tutto. Vi è sempre un certo grado di coesistenza tra integrazione sovranazionale e differenza, solo che quest'ultima tende a essere ridimensionata ad aspetti che per l'ordinamento europeo sono irrilevanti. In effetti, tanto i principi quanto le regole consentono un certo grado di permanenza delle differenze. I principi di non discriminazione, di parità di trattamento e trasparenza ammettono per alcuni interessi limitate deroghe sia pure contenute nel principio di proporzionalità; lo stesso processo di armonizzazione, a seconda delle fonti utilizzate, permette gradi residuali di differenziazione come è evidente quando a essere utilizzate sono le direttive. E anche nel modello organizzativo la coesistenza di autorità nazionali insieme a quelle europee consente adattamenti delle politiche che riflettono gli interessi nazionali e le prerogative delle autorità nazionali sia pure in modo limitato. Ne risulta dunque che l'amministrazione delle differenze, tipica espressione degli ordinamenti compositi, non viene meno neppure quando la tecnica di integrazione adottata consiste nel superare i limiti che le differenze ordinamentali producono: si assiste a un processo di riduzione delle differenze, ma non di annullamento.

La seconda tecnica di integrazione, notoriamente conosciuta, è invece diversa. Essa non si prefigge l'obiettivo di ridurre le differenze ma crea le condizioni per cui le differenze nazionali siano preordinate all'obiettivo di maggiore integrazione sovranazionale. In questo modo le differenze sono neutralizzate e invece di costituire un ostacolo per l'integrazione diventano uno strumento di integrazione per effetto di alcuni meccanismi. Anche in questo caso si possono riconoscere principi, regole e modelli organizzativi che consentono tale esito.

Sotto il profilo dei principi, il più noto tra questi è quello del mutuo riconoscimento¹³. Attraverso questo principio l'ordinamento europeo esige che beni e servizi prodotti e liberamente circolanti in uno stato membro non siano limitati o vietati in altri stati membri per soddisfare condizioni più gravose salvo che ciò sia finalizzato a tutelare alcuni specifici interessi riconosciuti dall'ordinamento europeo. In questo modo, dunque, le differenze disciplinari tra gli stati membri vengono riordinate secondo principi coerenti con l'ordinamento europeo in modo che il libero scambio e la concorrenza siano preservati: è infatti precluso ai singoli stati membri impedire lo scambio di beni e servizi quando questi soddisfano requisiti di un altro stato membro. Questa condizione produce una sorta di concorrenza tra gli ordinamenti statuali, perché gli ordinamenti statuali sono così indotti a ricercare un allineamento per non essere svantaggiati nella scelta degli operatori¹⁴. Tale meccanismo, infatti, dà luogo al fenomeno

¹² L'Agenzia è stata istituita mediante il reg. CE 713/2009.

¹³ Sul mutuo riconoscimento si ricordano tra gli altri i seguenti contributi: C. Zanghi, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 1997, 232; V. Hatzopoulos, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Bruxelles, Bruylant, 1999; K. Armstrong, *Mutual Recognition*, in C. Barnard, J. Scott (eds.), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Oxford and Portland Oregon, Hart, 2002, 225 ss.; G. Rossolillo, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, Cedam, 2002; J.H.H. Weiler, *La Costituzione dell'Europa*, cit., 357-9; M. Gnes, *La scelta del diritto*, Milano, Giuffrè, 2004, spec. 322-41; A. Zoppini, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in Id. (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, Laterza, 2004, 5 ss.; S. Nicolin, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, Cedam, 2005, 43 ss.; L. Torchia, *Il governo delle differenze*, cit., 53 ss.; N. Bassi, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi dei terzi*, Milano, Giuffrè, 2008; L. De Lucia, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, cit., 37-49; A. Stone Sweet, *The European Court of Justice*, cit., 131-40.

¹⁴ Si tratta del noto tema della *regulatory competition* su cui cfr. C. Tiebout, *A pure theory of local expenditure*, in *Journal of Political Economy*, 1956, 64, 416 ss.; D.C. Esty, D. Gérardin, *Regulatory Co-opetition*, in Id. (eds.), *Regulatory competition and economic integration – Comparative perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 30 ss.; C. Barnard, S. Deakin, *Market Access and*

dell'arbitraggio in cui, per l'appunto, ciascun operatore sceglie dove compiere la propria scelta economica secondo convenienza, 'portandosi' con sé le condizioni di vantaggio anche quando opera in altro stato membro¹⁵. Diversamente dalla tecnica precedente di integrazione, questa assume come postulato che le diverse condizioni rintracciabili negli ordinamenti nazionali siano un elemento che favorisce la concorrenza e la creazione del mercato unico perché estende i caratteri della competizione agli ordinamenti stessi orientando gli operatori secondo calcoli di efficienza. Un simile esito è prodotto anche dal principio di equivalenza secondo il quale è vietato a uno stato subordinare l'ingresso di beni e servizi quando gli interessi che giustificano tale condizionamento sono tutelati anche dall'ordinamento statale di provenienza con metodi di controllo e procedure sostanzialmente analoghi¹⁶. Dunque ciò che l'ordinamento europeo preclude in questo modo è che il condizionamento per la circolazione di beni e servizi sia inutilmente duplicato, quando uno stato membro adotta sistemi procedurali e di controllo sostanzialmente equivalenti.

Sotto il profilo delle regole quelle che possono essere ascritte a questa tecnica di integrazione sono quelle che si sono affermate a partire dagli anni ottanta dello scorso secolo in processi in cui l'ordinamento europeo si limita a definire alcuni standard minimi di beni e servizi per la loro libera circolazione tra gli stati, lasciando comunque liberi questi ultimi di applicare condizioni ulteriori di salvaguardia per i beni e i servizi prodotti nel proprio interno¹⁷. In particolare l'ordinamento europeo rinvia l'elaborazione di questi standard a organismi privati internazionali o alle agenzie cui spetta il compito di verificare la conformità di requisiti nazionali ulteriori rispetto agli standard predefiniti di produzione di beni e servizi¹⁸. In tale modo agli stati membri resta la libertà di applicare condizioni differenti per il libero scambio di beni e servizi, fermo restando che se questi soddisfano alcuni criteri standard nessun stato membro può ostacolare la loro libera circolazione.

Da un punto di vista organizzativo la comitologia e i concerti dei regolatori nazionali possono essere considerati un esempio di questa tecnica di integrazione. In tutti e due i casi, infatti, si assiste a un processo di co-decisione tra autorità nazionali, in cui si sviluppa, accanto a una dinamica verticale di influenza, una orizzontale in cui le autorità sono stimolate a recepire e ad adottare soluzioni di altre autorità nazionali in un processo di reciproco apprendimento e controllo. L'integrazione non è tanto l'esito di una decisione 'calata dall'alto', ma è piuttosto il frutto dell'equilibrio di questo confronto 'laterale' tra autorità nazionali.

Gli elementi evidenziati mostrano come in questa tecnica di integrazione la differenza viene considerata una potenzialità capace di indurre gli ordinamenti statuali a un processo di mimesi teso ad attenuare i

Regulatory Competition, in C. Barnard, J. Scott (eds.), *The Law of the Single European Market*, Oxford, Hart, 2002, 202-4; L. Torchia, *Concorrenza fra ordinamenti e diritto amministrativo nell'ordinamento europeo*, in A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, Laterza, 2004, 109 ss. e spec. 118-21; M. Gnes, *La scelta del diritto*, cit., spec. 12-20; L. Torchia, *Il governo delle differenze*, cit., 9 ss.; S. Deakin, *Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe?*, in *European Law Journal*, 2006, 4, 440 ss.

¹⁵ Si vedano ancora M. Gnes, *La scelta del diritto*, cit., 349-363, ma anche A. Zoppini, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, cit., 20.

¹⁶ Sul principio di equivalenza si vedano G. Rossolillo, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, cit., 198 ss.; L. Torchia, *Il governo delle differenze*, cit. 21-6; L. De Lucia, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, cit., 80-8. Tuttavia è da sottolineare che Torchia utilizza il principio non tanto per riferirsi a una specifica tecnica di governo quanto a un principio generale dell'ordinamento europeo che nel complesso regola il rapporto tra le differenze nell'ordinamento europeo, tanto da arrivare a elaborarne tre possibili accezioni: la predeterminata, la presunta e la prefigurata. In questo contributo, viceversa, il principio di equivalenza ha un significato più ridotto e applicato a un'ipotesi ben precisa.

¹⁷ Cfr. J. Pelkmans, *The New Approach to Technical Harmonization and Standardization*, in *Journal of Common Market Studies*, 1987, 25, 249; A. Mc Gee, S. Weatherill, *The evolution of the Single Market: Harmonisation or Liberalisation?*, in *Common Market Law Review*, 1990, 53, 578; M. Dougan, *Minimum Harmonization and the Internal Market*, in *Common Market Law Review*, 2000, 37, 853 ss.; S. Weatherill, *Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market*, in C. Barnard, J. Scott (eds.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oxford and Portland Oregon, Hart, 2002, 58-63.

¹⁸ Sul tema si veda anche F. Carlesi, *Le certificazioni dei sistemi di gestione per la qualità*, in F. Fracchia, M. Occhiena (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, Giuffrè, 2006, 65 ss.; A. Zei, *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 2008, spec. 271-4.

dislivelli. L'integrazione è frutto di dinamiche orizzontali tra gli stati membri, le quali tuttavia non sarebbero possibili se essi non fossero posti in collegamento per effetto dei principi, regole e apparati appositamente disposti dall'ordinamento europeo. L'integrazione dunque non deriva tanto da obblighi giuridici imposti dall'ordinamento sovranazionale ma è l'esito di processi di convergenza tra stati membri la cui intensità e il cui sviluppo sono rimessi alla libertà degli stessi stati.

3. *L'integrazione mediante differenziazione.*

Accanto a questi modelli di integrazione, soprattutto a partire dal nuovo secolo, si viene delineando una nuova tecnica di integrazione che è basata sulla valorizzazione delle differenze¹⁹. Si tratta di una tecnica di integrazione che è fondata su un apparente paradosso: le politiche differenziate nazionali, a precise e definite condizioni, possono rafforzare l'integrazione europea conseguendo alcuni obiettivi che interventi del livello sovranazionale non sarebbero in grado di raggiungere o non sarebbero in grado di raggiungere con pari intensità. L'integrazione qui è determinata non tanto dalla prevalenza del diritto sovranazionale su quello nazionale, ma dal perseguimento degli obiettivi europei che costituiscono la ragione stessa dell'esistenza dello stesso ordinamento sovranazionale. Non è neppure l'integrazione esito di collegamenti orizzontali tra gli ordinamenti determinati dall'ordinamento comunitario, perché la differenziazione si misura prevalentemente nei rapporti verticali tra ordinamenti statuali e ordinamenti sovranazionali.

Tale modello di integrazione si è imposto soprattutto a seguito dell'allargamento dei paesi membri che ha reso sempre più ardua l'integrazione attraverso i metodi precedentemente descritti. Da una parte, infatti, l'ampliamento del numero dei paesi membri complica i meccanismi di ricerca del compromesso per l'approvazione di nuove regole e tale difficoltà non è compensata dalla crescita di autorità amministrative indipendenti di livello europeo, per quanto in via di espansione; dall'altra, la complessità delle relazioni tra ordinamenti, accresciuta per effetto di tale ampliamento, richiede meccanismi più solidi di coordinamento che non siano rimessi ai soli strumenti automatici e occasionali che si determinano attraverso la connessione orizzontale tra ordinamenti nazionali. Altra ragione che spiega la diffusione dell'integrazione mediante differenziazione può essere rintracciata nella necessità di riequilibrare il dislivello tra funzioni accresciute nel tempo e riservate al livello sovranazionale e funzioni che, pur restando a livello nazionale, hanno un'intensa relazione di interdipendenza con quelle passate a livello sovranazionale. In altre parole, la differenziazione emerge come tecnica di integrazione necessaria per riallineare politiche fortemente interdipendenti che sono allocate a livelli di governo differenti.

L'integrazione mediante differenziazione si determina lì dove uno dei due livelli di governo, pur titolare esclusivo di una funzione su una determinata materia, stabilisce una connessione con il livello di governo escluso per esercitare in modo congiunto una competenza esclusiva. In altre parole si viene a formare una comunione di funzioni tra diversi livelli di governo²⁰, pur essendo astrattamente questo non necessario. La ragione di questa connessione verticale tra ordinamenti statuali e ordinamento sovranazionale risiede nella capacità aggiuntiva che questa comunione di funzioni crea per il conseguimento di un obiettivo europeo di interesse comune. È proprio l'inclusione del livello

¹⁹ La valorizzazione delle differenze è considerata la terza fase di evoluzione del diritto amministrativo europeo secondo parte della dottrina, cfr. C. Harlow, *Three phases in the evolution of EU administrative law*, cit., 439 ss. Si veda anche J. Scott, D.M. Trubek, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, in *European Law Journal*, 2002, 8, 6, i quali, individuando nella diversità e decentramento una delle caratteristiche del nuovo metodo di governo, sottolineano: «New governance, unlike much EU legislation and regulation, accepts the possibility of coordinated diversity and the advantages of leaving final policy making to the lowest possible level when this is feasible. To that end, several new governance mechanisms are designed more to support and coordinate Member State policies than to create uniformity across the Union».

²⁰ L'espressione «comunione di funzioni», quale processo di integrazione amministrativa, si deve a S. Cassese, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, cit., 296, poi ripresa e sviluppata in una serie di casistiche da L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, cit., 24.

astrattamente estraneo che consente di superare i limiti dell'esercizio esclusivo della funzione permettendo di soddisfare fini che l'esercizio esclusivo non assicura o non assicura in pari grado.

Tale comunione segue sia un andamento discendente sia uno ascendente. Un esempio del primo tipo è quello che si determina nell'esercizio della funzione di concorrenza che in via di principio spetterebbe unicamente al livello comunitario e che, tuttavia, in determinate circostanze - si pensi agli aiuti di stato - viene invece condivisa con gli stati nazionali per conseguire obiettivi che le regole di concorrenza non sono in grado necessariamente di raggiungere. La comunione di funzioni per andamento ascendente è quella che invece si determina nelle politiche fiscali, di bilancio e sociali che appartengono in linea teorica al livello nazionale ma che sempre più invece sono oggetto di un coordinamento europeo reso necessario dalla loro stretta connessione con le politiche monetarie che, viceversa, spettano al livello sovranazionale. Anche in questo secondo caso ci si preoccupa di determinare obiettivi da conseguire da parte degli stati nazionali in modo che più in generale le politiche economiche dei diversi livelli di governo risultino nel complesso coerenti. A dispetto di un risultato simile che la comunione di funzioni tanto ascendente quanto discendente assicura in termini di soddisfazione di interessi europei comuni, la direzione della comunione non è affatto indifferente. Infatti, se la comunione è discendente, si dovrà dimostrare che il grado di soddisfazione dell'interesse comune è maggiore di quello che sarebbe stato in grado di raggiungere il livello sovranazionale o si dovrà dimostrare che quest'ultimo non era in grado di conseguire un tale risultato; se la comunione è ascendente, viceversa, si realizza certamente un obiettivo europeo che le singole politiche nazionali, se lasciate sole, non si prefiggevano necessariamente di raggiungere. In tutti e due casi emerge che la validità della tecnica di integrazione per differenza dipende dalla dimostrata capacità di offrire un valore aggiunto in termini di integrazione sovranazionale. In altre parole, l'integrazione mediante differenziazione è sottoposta a un giudizio di raffronto o a una valutazione rispetto alle altre tecniche di integrazione: solo ove questa sappia raggiungere gradi di soddisfazione degli interessi comuni che le altre tecniche di integrazione non sanno raggiungere, la comunione nell'esercizio della funzione trova la propria legittimazione.

Ciò è facilmente dimostrato dagli esempi in cui l'integrazione mediante differenziazione si realizza. Nella disciplina degli aiuti di stato, ad esempio, a fronte di un limite apparentemente assoluto che vieta i sostegni pubblici alle imprese laddove questi comportino una restrizione della concorrenza e del libero scambio tra gli stati, è stabilito che in circostanze determinate individuate dall'art. 106, p. 3, TFUE gli aiuti sono consentiti²¹. In particolare, sulla base delle condizioni fissate dall'art. 106, p. 3, lett. b) e c) TFUE²², la Commissione europea ha approvato una serie di comunicazioni tese a definire le condizioni alla realizzazione delle quali viene limitato il proprio potere di inibire gli aiuti dello stato. In queste circostanze, dunque, agli stati è permesso di agire per il perseguimento di fini il cui conseguimento non sarebbe garantito dal mero rispetto delle regole della concorrenza. Ciò è evidente con gli aiuti consentiti

²¹ La dottrina che ha considerato il divieto di aiuti di stato più propriamente come un limite condizionato è oramai piuttosto consolidata. Si vedano G. Della Cananea, *Il ruolo della commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *Riv. it. dir. pubbl. CE*, 1993, 404-5; S. Battini, *Gli aiuti pubblici alle imprese*, in A. Massera (a cura di), *Ordinamento comunitario e pubblica amministrazione*, Bologna, il Mulino, 1994, 300-2; A. Predieri, *Europeità dei fondi strutturali: compendio e metafora*, in Id., (a cura di), *Fondi strutturali e coesione economica e sociale nell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 1996, 18-9; J.A. Winter, *Re(defining the notion of State aids in article 87 of the EC Treaty*, in *Common market law review*, 2004, 475; I. Borrello, E. Cassese, E. Chiti, *Il mercato interno e le politiche dell'Unione europea*, in S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 56; G. Luchena, *Politica degli aiuti alle imprese: divieto aprioristico o coordinamento funzionale?*, in G. Luchena, S. Prisco (a cura di), *Aiuti di Stato tra diritti e mercato*, in *Nova Juris Interpretatio in bodierna gentium comunione*, quad. 3/2006, 60-1; G. Della Cananea, *Le "disuguaglianze sostenibili" nella disciplina della concorrenza e del sostegno alle imprese*, in F. Astone e altri (a cura di), *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Torino, Giappichelli, 2006, 59-60; G. Strozzi, *Gli aiuti di stato*, in Id. (a cura di), *Diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006, p. spec., 373; G. Tesaurò, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2008, 796; G.L. Tosato, *La disciplina comunitaria degli aiuti tra economia di mercato e interessi generali*, in C. Pinelli, T. Treu (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, il Mulino, 2010, 249 ss.

²² Per la precisione le due lettere del paragrafo 3 si riferiscono alle deroghe ammesse per realizzare un progetto di interesse comune o fronteggiare un grave turbamento dell'economia di uno stato membro e per sviluppare talune regioni o attività economiche.

per fronteggiare la crisi finanziaria originata dal settore privato²³ e per gli aiuti orizzontali finalizzati a tutelare interessi ambientali, gli investimenti per la ricerca, le piccole e medie imprese, il dispiegamento delle reti di telecomunicazione a banda larga, la formazione dei dipendenti, il sostegno dei lavoratori svantaggiati e altro ancora²⁴. In tutti questi casi, la Commissione ha definito condizioni preliminari al rispetto delle quali gli aiuti dati dallo stato sono considerati legittimi perché capaci di ottenere risultati che per ragioni di efficienza ed equità la concorrenza non sa assicurare. Gli stati così recuperano spazi di intervento normalmente preclusi sotto il coordinamento dell'ordinamento europeo.

Il documento che orienta i giudizi di compatibilità degli aiuti di stato da parte della Commissione europea specifica che il giudizio favorevole dipende dalla dimostrazione che l'adozione di comportamenti più fedeli alle regole di concorrenza non avrebbe consentito di conseguire gli obiettivi che la Commissione considera a propria discrezione meritevoli di tutela²⁵. È per questo che al momento del giudizio la Commissione deve accertare che: a) l'aiuto sia indispensabile per il conseguimento di un determinato obiettivo; b) la misura dell'aiuto sia proporzionale e idonea rispetto all'obiettivo di interesse comune; c) l'aiuto sia incentivante, ovvero non ripaghi tutti i costi sostenuti dall'impresa per lo svolgimento di una determinata azione ma solo i costi ammissibili cosicché anche l'impresa sostenga parte dei costi; d) gli effetti positivi dovuti all'aiuto concesso sopravanzino gli effetti negativi determinati dalla costrizione della concorrenza. Come si vede la differenziazione delle scelte di sostegno alle imprese è ammessa purché però superi il giudizio comparativo della Commissione²⁶; la valutazione degli effetti di scelte nazionali rispetto a quelli che si sarebbero prodotti senza il sostegno alle imprese è imprescindibile per delimitare i caratteri di validità delle tecniche di integrazione mediante differenziazione. La prima opzione per l'ordinamento europeo per conseguire obiettivi generali resta il rispetto delle regole di concorrenza; solo se si dimostra che gli aiuti di stato siano capaci di conseguire risultati migliori o non raggiungibili tramite concorrenza, la differenziazione delle scelte nazionali è ammessa, sia pure alle condizioni prestabilite.

²³ Gli aiuti ammessi per fronteggiare la crisi finanziaria di origine privata sono quelli compresi nelle seguenti comunicazioni della Commissione: quella sul settore bancario, *L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale* 2008/C 270/02 e successive modifiche; quella sulla ricapitalizzazione, *La ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza*, 2009/C 10/03; quella sulle attività deteriorate, *trattamento delle attività che hanno subito una riduzione di valore nel settore bancario comunitario*, 2009/C 72/01; *Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento all'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica*, 2009/C 83/01; quella sulla ristrutturazione, *ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario nel contesto dell'attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato*, 2009/C 195/04; quella di uscita dalla crisi, *relativa all'applicazione, dal 1° gennaio 2012, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, 2001/C 356/02. Si vedano in merito anche A. Tonetti, *La disciplina comunitaria e globale degli aiuti a favore del sistema bancario*, in *Gior. dir. amm.*, 2009, 659 ss.; P.G. De Geronimo, *Aiuti di stato e istituzioni comunitarie*, in G. Palma e altri, *Gli incentivi finanziari pubblici nella prospettiva del diritto europeo*, Napoli, Esi, 2010, 32-3.

²⁴ Molte delle comunicazioni e linee guida riferiti agli aiuti di stato finalizzati al perseguimento dei fini messi in luce sono ora confluiti nel regolamento della Commissione, 6 agosto 2008, n. 800/2008/CE, in *Guce*, L 214. Il regolamento è stato emanato sulla base di una delega contenuta nel reg. 994/1998/CE del Consiglio. Per un approfondito commento si veda P.L. Vesterdorf, M.U. Nielsen, *State Aid Law of the European Union*, London, Sweet&Maxwell, 2008, spec. 92 ss. Prima di questo atto la commissione aveva proceduto a esentare alcuni aiuti in modo singolare e parziale; in proposito si veda M. Rehinder, *Recent Developments in Commission State Aid Policy and Practice*, in A. Biondi, P. Eeckhout, J. Flynn (eds.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004, 124-6.

²⁵ Si veda l'atto a uso interno elaborato dalla Commissione per i giudizi comparativi che tende a esemplificare i casi di raffronto e a fornire indicazioni che, tuttavia, restano spesso ancora troppo generali; cfr. la comunicazione contenuta nello *Staff Working Paper* del 18 maggio 2009, avente come titolo *Principi comuni per una valutazione economica della compatibilità degli aiuti di stato ai sensi dell'art. 87, paragrafo 3, del Trattato CE*.

²⁶ Ancorché soggetto ad autolimitazione, il giudizio *ex post* della Commissione europea continua a essere caratterizzato da un alto tasso di discrezionalità che parte della dottrina ha criticato: P. Nicolaides, *The Economics of Granting and Controlling State Aid*, in L. Hancher, T. Ottervanger, P.J. Slot (eds.), *Ec State Aids*, London, Sweet&Maxwell, 2006, 28-9; P. Nicolaides, *Distortion of competition in the field of state aid: from unnecessary aid to unnecessary distortion*, in *European Competition Law Review*, 2010, 31, 403; C. Osti, *La riforma degli aiuti di stato e il nuovo approccio economico della commissione*, in C. Schepisi (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di stato*, Torino, Giappichelli, 2011, 65-9.

Simili caratteristiche emergono anche quando la comunione di funzioni concerne l'andamento ascendente. Si prenda ad esempio la strategia di *Europa 2020*, attualmente in fase di attuazione e che riprende con qualche adattamento la strategia di Lisbona del 2000. In tale strategia elaborata da una comunicazione della Commissione nel 2010²⁷, le politiche sociali, fiscali e di bilancio nazionali sono sottoposte a un coordinamento aperto nel quale il Consiglio europeo sulla base di linee guida e raccomandazioni definisce di comune accordo con gli stati membri gli obiettivi comuni da conseguire monitorando periodicamente le singole azioni compiute dagli stati membri per valutarne la coerenza rispetto agli obiettivi²⁸. Si crea un processo iterativo di confronto fra gli stati membri, vigilato dalla Commissione secondo indicatori predeterminati, la quale poi riferisce al Consiglio europeo cui spetta l'attività di coordinamento attraverso la promozione delle *Iniziative faro*. Il mancato conseguimento degli obiettivi da parte degli stati nazionali non comporta alcuna formale sanzione da parte dell'ordinamento europeo, tuttavia questa rete di vincoli rappresentati dal confronto serrato, dalle tecniche di *benchmarking* e dalle valutazioni periodiche e reciproche delle politiche crea una condizione complessa di pressione sugli stati membri per orientarli a conseguire interessi comuni europei. Peraltro l'adozione del *six pack* alla fine del 2011 ha rafforzato l'intensità di questi vincoli dal momento che il Consiglio europeo è tenuto a garantire più rigidamente l'integrazione delle politiche fiscali e sociali con gli obiettivi di risanamento delle finanze pubbliche degli stati nazionali e del Patto di stabilità e crescita, la cui coerenza effettiva è stata ampliata al fine di riallineare le politiche monetarie con quelle interdipendenti che restano però nelle mani degli stati nazionali²⁹. Quello a cui si assiste è dunque un processo in cui funzioni che vengono esercitate in primo luogo dagli stati membri ricevono un coordinamento leggero che induce anche l'ordinamento sovranazionale a esercitare un ruolo di influenza sull'esercizio delle funzioni medesime. È stato osservato che questo processo comporta gradualmente il passaggio delle responsabilità delle funzioni dal livello nazionale a quello sovranazionale³⁰, ma tale esito non è per nulla scontato. Semmai emerge che gli stati nazionali sono chiamati a conseguire obiettivi comuni pur restando liberi di adottare azioni nazionali che ritengono più congrue per raggiungere tali fini. La differenziazione delle politiche non è soppressa, ma orientata. Anche la comunione di funzioni in direzione ascendente mostra dunque che il momento valutativo e di raffronto rispetto agli obiettivi costituisce un elemento centrale delle politiche di differenziazione; in questo caso, diversamente dagli aiuti di stato, trattandosi di funzioni allocate a livello nazionale, il mancato conseguimento di obiettivi comuni non determina l'invalidità delle scelte nazionali ma gli effetti sono comunque rilevanti. La valutazione periodica e iterativa attiva infatti processi di *namings, faming and shaming* che sono in grado di creare pressione nelle pubbliche opinioni nazionali condizionando le scelte future degli stati membri in modo che siano più coerenti con gli obiettivi di interesse comune.

²⁷ La strategia *Europa 2020* è stata elaborata nel 2010 attraverso il documento della Commissione europea *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010) 2020 definitivo e subentra a quella di Lisbona del 2000. I nuovi *target* da raggiungere entro il 2020 sono: a) l'occupazione del 75% delle persone aventi un'età compresa tra 20 anni e 64; b) il 3% del pil speso per ricerca e sviluppo; c) i traguardi 20/20/20 in materia di energia; d) il decremento del tasso di abbandono scolastico per il 10% e il raggiungimento di quota 40% dei laureati; e) venti milioni in meno di persone devono essere a rischio di povertà. Gli obiettivi a), b) ed e) sono ripresi dalla strategia di Lisbona anche se ne prevede il miglioramento, gli altri due costituiscono invece una novità.

²⁸ Per un esempio di come si rapportano le azioni europee rispetto a quelle nazionali si veda F. Cacciatore, A. Natalini, *Il Programma nazionale di riforma*, in *Gior. dir. amm.*, 2011, 1218 ss.

²⁹ Il pacchetto di provvedimenti adottati dall'UE consiste di cinque regolamenti e una direttiva. I cinque regolamenti sono: a) reg. UE 1173/2011, relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro; b) reg. UE 1174/2011, relativo alle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi; c) reg. UE 1175/2011, che modifica il reg. CE 1466/97; d) reg. UE 1176/2011, sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici; e) reg. UE 1177/2011, che modifica il reg. CE 1467/97. La direttiva invece è la 2011/85/UE sui requisiti per la disciplina di bilancio degli stati membri.

³⁰ La tesi è stata sostenuta da F. Tuytschaever, *EMU and the Catch-22 of EU Constitution-making*, in G. De Burca, J. Scott (eds.), *Constitutional Change in the EU: from Uniformity to Flexibility?*, Oxford, Hart, 2000, 194, secondo il quale la differenziazione in positivo sembra caratterizzarsi per essere la fase transitoria per una successiva comunitarizzazione delle responsabilità.

La centralità della valutazione per le tecniche di integrazione tramite differenziazione consente di arricchire il valore della differenza; con quest'ultima non si intende solamente aggiungere un livello di governo nell'esercizio di una funzione massimizzando le utilità che la connessione di ordinamenti differenti stabilisce, ma sta anche ad indicare un modo di governo degli interessi che può essere definito come «governo per differenza». La differenza, infatti, può essere percepita nella misura in cui vi sia una valutazione di raffronto. In altri termini la tecnica descritta 'fa la differenza' perché è condizionata dalla dimostrazione che qualunque altra tecnica di integrazione o non sarebbe possibile, come è nel caso della comunione di funzioni in senso ascendente, o non sarebbe in grado di soddisfare un pari interesse, come è nel caso della comunione di funzioni in senso discendente. Il «governo per differenza» mostra una tecnica di governo degli interessi europei e nazionali, che può essere definita incrementale: ha ragione di essere adottata nella misura in cui incrementa le utilità degli interessi comuni perseguiti assicurando un valore aggiunto rispetto a tutte le altre tecniche di integrazione³¹.

4. Le caratteristiche principali dell'integrazione mediante differenziazione.

L'integrazione mediante differenziazione è prodotta da tecniche di coordinamento degli interessi. Nel caso della strategia *Europa 2020* questo è fin troppo evidente: la strategia disegna apertamente una nuova *governance* finalizzata a coordinare funzioni che spettano al livello nazionale. Prendendo a prestito la definizione contenuta nella strategia di Lisbona 2000, la 'nuova architettura'³² di governo è definita come metodo aperto di coordinamento³³, in cui cioè il coordinamento sviluppa un processo per

³¹ Una sintesi semplice del governo per differenza può essere rintracciata in queste parole: «It is relatively easy for the European legal system to operationalize differentiated integration by enacting the flexibility clauses that are politically negotiated by the Member States. Its operation has to conform to the Union's objectives, and its approval by the European Commission is conditional to conform to the Union's objectives, and its approval by the European Commission is conditional on the fact that these same objectives cannot be achieved by the Union as whole»; J. Pribán, *Legal Flexibility, Governance and Differentiated Integration: On Functional Differentiation of EU Law and Politics*, in K. Dyson, A. Sepos (eds.), *Which Europe? The Politics of Differentiated Integration*, Palgrave Macmillan, 2010, 29.

³² La definizione di 'nuova architettura' è attribuibile a C.F. Sabel, J. Zeitlin, *Learning From Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU*, in Id. (eds.), *Experimentalist Governance in the European Union. Towards a New Architecture*, Oxford, OUP, 2010, 9-10, che classificano i sistemi di governo che così vengono a crearsi forme di *governance* sperimentale che hanno luogo in presenza di due condizioni: una condizione strategica di incertezza intesa come incapacità di un singolo livello di governo di conseguire i risultati attesi e una disseminazione poliarchica del potere, cosicché nessuno si trova nella condizione di poter agire in via solitaria. In termini simili si erano espressi D.M. Trubek, L. G. Trubek, *New Governance & Legal Regulation: Complementarity, Rivalry, and Transformation*, in *Colum. Jour. Eur. Law*, 2006-2007, 13, 539 ss., trattando però di forme nuove di *governance* che danno vita insieme alla regolazione giuridica a complessi sistemi di relazioni ascrivibili talvolta alla complementarietà, alla rivalità e all'ibridazione.

³³ Il metodo aperto di coordinamento è stato oggetto di grande attenzione dalla dottrina sia giuridica sia politologica. Si ricordano tra gli altri: J. Goetschy, *The European Employment Strategy: Genesis and Development*, in *European Journal of Industrial Relations*, 1999, 5, 17 ss.; J. Mosher, *Open Method of Coordination: Functional and Political Origins*, in *ECSA Review*, 2000, 13, 2-7; J. Scott, D.M. Trubek, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, cit., 1 ss.; G. De Burca, *The constitutional challenge of new governance in the European Union*, in *European Law Review*, 2003, 28, 814 ss.; J. Mosher, D.M. Trubek, *Alternative Approaches to Governance in the EU: EU Social Policy and the European Employment Strategy*, in *Journal of Common Market Studies*, 2003, 41, 63 ss.; J. Goetschy, *The European Employment Strategy, Multi-level Governance, and Policy Coordination: Past, Present and Future*, in J. Zeitlin, D. Trubek (eds.), *Governing Work and Welfare in a New Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 59 ss.; F.W. Scharpf, *Legitimate Diversity: The New Challenge of European Integration*, in T.A. Börzel, R.A. Cichowski (eds.), *The State of the European Union*, Oxford, OUP, 2003, vol. 6, 79 ss.; D. Ashiagbor, *Soft Harmonisation: The 'Open Method of Coordination' in the European Employment Strategy*, in *Eur. Publ. Law*, 2004, 10, 314; J. Zeitlin, *The Open Method of Coordination in Action: Theoretical Promise, Empirical Realities, Reform Strategy*, in J. Zeitlin, P. Pochet (eds.), *The Open Method of Coordination in Action: The European Employment and Social Inclusion Strategies*, Bruxelles, Peter Lang, 2005, 19 ss.; E. Szyszczak, *Experimental Governance: The Open Method of Coordination*, in *European Law Journal*, 2006, 12, 486-7; A. Schäfer, *A new form of governance? Comparing the open method of co-ordination to multilateral surveillance by the IMF and the OECD*, in *Journal of European Public Policy*, 2006, 70 ss.; M. Barbera, *Introduzione: i problemi teorici e pratici posti dal metodo di coordinamento aperto delle politiche sociali*, in Id. (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Milano, Giuffrè, 2006, 3-5; V. Hatzopoulos, *Why the OMC is bad for you: a letter to the EU*, in *European law journal*, 2007, 13, 309 ss.; S. Sacchi, *Il metodo aperto di coordinamento. Origini, ragioni e prospettive del coordinamento delle politiche sociali*, in *Il politico*, 2007, 6, 18 e 23; K. Armstrong, C.

l'appunto aperto di raffronto continuo e iterativo senza prevedere meccanismi sanzionatori. Nel caso degli aiuti di stato si profila ugualmente un procedimento di coordinamento che è il frutto dell'autolimitazione del potere inibitorio da parte dell'ordinamento sovranazionale. L'autolimitazione del potere produce la definizione delle condizioni entro cui un'azione viene ammessa non incontrando i limiti di inibizione. Si tratta di due tecniche di coordinamento distinte che si fondano anche su strumenti giuridici diversi³⁴. La prima è infatti fondata su pratiche concordate, patti e accordi che avvengono direttamente in sede intergovernativa presso il Consiglio europeo; si tratta dunque di negozi giuridici da cui si fanno derivare poi una serie di atti giuridici di indirizzo dal livello sovranazionale. La seconda è invece determinata direttamente dall'attività di indirizzo provocata dall'autolimitazione del potere di inibizione stabilita dalla Commissione europea.

Come ogni tecnica di coordinamento anche quelle qui ricordate sono finalizzate al perseguimento di un interesse specifico che in questo caso è definito comune. Per interesse comune s'intende l'interesse di sintesi di una pluralità di interessi che coesistono tra loro; diversamente dalle altre tecniche di integrazione che tendono comunque a far prevalere il diritto comunitario su quello nazionale, nell'integrazione mediante differenziazione interessi europei ed interessi nazionali convivono adattandosi ciascuno reciprocamente. Infatti la connessione del livello di governo inizialmente escluso dall'esercizio della funzione non implica anche la sua strumentalizzazione, proprio in ragione del valore che viene attribuito al collegamento di ordinamenti diversi. La comunione delle funzioni si spiega con la ragione che il livello di governo aggiunto riesce con le proprie scelte a integrare i propri interessi con quelli dell'ordinamento titolare originale della funzione in modo che risulti conseguito un interesse di sintesi che preservi tanto gli interessi nazionali quanto quelli europei. Non è un caso se nel TFUE si trova il riferimento agli interessi comuni proprio nelle politiche che sono oggetto dell'integrazione mediante differenziazione. Ne sono una particolare dimostrazione gli articoli 66, 107, p. 3, lett. b), c) e d) e 121 TFUE, nei quali l'interesse comune è citato come finalità da perseguire nelle politiche di occupazione e in quelle economiche e come indirizzo per la concessione dell'autorizzazione agli aiuti di stato³⁵.

Il coordinamento, infine, è principalmente opera di atti di *soft law*. Sia nel metodo aperto di coordinamento, sia nell'autolimitazione del potere di inibizione per gli aiuti di stato gli atti impiegati dall'ordinamento europeo consistono in comunicazioni, linee guida e raccomandazioni, che come è

Kilpatrick, *Law, governance, or new governance? The changing open method of coordination*, in *Col. Jour. Eur. Law*, 2007, 13, 649 ss.; M.P. Chiti, *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. gen., I, 462-3; M. Heidenreich, G. Bischoff, *The Open Method of Co-ordination: A way to the Europeanization of Social and Employment Policies?*, in *Journal of Common Market Studies*, 2008, 46, 500-1; G. Martinico, *L'impatto del metodo aperto di coordinamento sulla «forma di Unione»*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 629.

³⁴ Gli studi sul coordinamento, anche quelli, più recenti, confermano infatti la pluralità delle forme che esso assume. Per una breve rassegna si rinvia a F. Cortese, *La legge sul procedimento e i problemi del coordinamento amministrativo*, in A. Sandulli, G. Piperata (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo vent'anni dopo*, Napoli, Es, 2011, 167 ss.; F. Spagnolo Vigorita, *La politica di coesione nel diritto dell'integrazione amministrativa europea*, Napoli, Jovene, 2010, 90-1; L. Saltari, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, cit., 291; G.D. Comperti, *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, Giuffrè, 1996, in part. 72-93; G. Marongiu, *Gli strumenti legislativi ed amministrativi del coordinamento e della programmazione*, in Id., *La democrazia come problema*, Bologna, il Mulino, 1994, I, 68; S. Cassese, *Il coordinamento prima e dopo Bachelet*, in G. Amato, G. Marongiu (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna, il Mulino, 1982, 19 ss.; M. D'Alberti, *Coordinamento amministrativo: immagini per la ricerca di un concetto*, in G. Amato, G. Marongiu (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna, il Mulino, 1982, 55; G. Pastori, *Coordinamento e governo di una società complessa*, in G. Amato, G. Marongiu (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna, il Mulino, 1982, 127; F. Migliarese Tamburino, *Il coordinamento nell'evoluzione dell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 1979; L. Orlando, *Contributo allo studio del coordinamento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1974; A. Predieri, *Pianificazione e costituzione*, Milano, Edizioni di comunità, 1963, *passim*; V. Bachelet, *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, 1962, vol. X, 630 ss.; V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1957.

³⁵ Similmente si può dire anche degli articoli 171 e 172 TFUE, che definiscono la costituzione delle reti transeuropee infrastrutture di interesse comune e che per questo godono di trattamenti agevolati e favorevoli anche in relazione al giudizio sugli aiuti di stato concessi a tal fine. Sul valore giuridico dell'interesse comune, cfr. M. Macchia, *Questione amministrativa e cooperazione dopo Lisbona: un nesso inscindibile*, cit., 99-102.

noto sono atti non autoapplicativi. La connessione che si stabilisce tra livelli diversi non è infatti il frutto di un obbligo giuridico ma l'esito di un'autolimitazione dei poteri originariamente attribuiti; ciò è stato già evidenziato a proposito degli aiuti di stato, ma lo stesso si può dire anche del metodo aperto di coordinamento dal momento che i negozi che presiedono l'attività di coordinamento del livello sovranazionale possono essere interpretati come scelte di autolimitazione della sovranità da parte degli stati membri. Il carattere non cogente degli atti di *soft law* non deve essere tuttavia confuso con l'assenza di giuridicità dei vincoli che questi atti comportano. È oramai consolidato in dottrina che tali atti possono essere anche oggetto di controversie giurisdizionali di fronte al giudice comunitario³⁶. Negli esempi fatti si è evidenziato che il giudizio di validità espresso dalla Commissione sugli aiuti di stato è condizionato dalle comunicazioni di autolimitazione, che dunque assurgono a vero e proprio parametro di giudizio. I provvedimenti contenuti nel *six pack* hanno irrigidito di molto i procedimenti volti a garantire il coordinamento delle politiche economiche nazionali, tanto che il mancato rispetto degli obiettivi di medio termine definiti dal Consiglio europeo provoca l'attivazione di procedimenti sanzionatori quasi automatici basati sull'iniziativa della Commissione europea³⁷. Ne deriva dunque che i processi di coordinamento sono intrisi di elementi di giuridicità anche se fondati su atti di *soft law*. È la logica stessa dell'integrazione mediante differenziazione a spiegare tale nesso: la connessione è stabilita sulla base di una libera scelta di uno dei livelli di governo, ma una volta che questa si è realizzata la relazione presenta i tratti pieni di giuridicità.

Questa originalità dell'integrazione mediante differenziazione si ripercuote anche con riferimento alla classificazione dei sistemi amministrativi comuni che essa determina. È evidente che nessuna delle tecniche di integrazione per mezzo della differenziazione può essere confusa né con l'amministrazione diretta, né con quella indiretta. Al contrario esse danno luogo a rapporti amministrativi misti, in cui le amministrazioni dei due livelli entrano in relazione senza perdere del tutto la propria autonomia. Rispetto ai sistemi amministrativi comuni classici che la dottrina ha già elaborato, però, i modelli di coordinamento qui esaminati apportano delle varianti.

Il coordinamento fondato su atti negoziali con andamento ascendente produce sistemi amministrativi comuni che possono essere ricondotti alla coamministrazione³⁸. Come questa, infatti, il coordinamento menzionato raccorda i due livelli finendo per assegnare la funzione in contitolarietà pur restando distinti i compiti: la funzione decisionale è rimessa all'ordinamento europeo, sebbene condizionata da un accordo preventivo, e quella esecutiva spetta invece agli ordinamenti statuali. A dispetto di questa similitudine si registrano alcune varianti. La prima è che la connessione segue un andamento ascendente, mentre normalmente i sistemi amministrativi di coamministrazione seguono una direzione

³⁶ Peraltro è noto da studi consolidati che il valore giuridico degli atti comunitari di *soft law* non è sempre uguale e che contenuti normativi sono rinvenibili già nelle stesse comunicazioni a seconda del valore che esse hanno; cfr. M. Antonioli, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Milano, Giuffrè, 2000, 105-15. Cfr. anche F. Snyder, «*Soft law*» e prassi istituzionale nella Comunità europea, in *Soc. dir.*, 1993, 1, 79 ss. Con specifico riguardo agli aiuti di stato si veda M. Orlandi, *Gli aiuti di stato nel diritto comunitario*, Napoli, Esi, 1995, 93-115.

³⁷ La modifica riguardante le sanzioni riguardano sia l'ampliamento delle fattispecie, sia la qualità delle misure sanzionatorie che sono di diversa natura e più automatiche. Le fattispecie sanzionatorie si ampliano determinandosi almeno in tre situazioni: a) quando vi sia anche solo uno scostamento significativo dalle raccomandazioni di coordinamento; b) quando si riscontri la condizione di disavanzo eccessivo; c) quando siano inefficaci le misure adottate per correggere i disavanzi eccessivi. A ognuna di queste fattispecie corrispondono sanzioni diverse che variano in intensità. Il Consiglio accerta la fattispecie rilevante per il procedimento sanzionatorio e obbliga la Commissione a proporre l'emanazione di una sanzione che, se confermata, viene considerata adottata dal Consiglio se entro i successivi dieci giorni quest'ultimo non interviene per modificarla o respingerla a maggioranza qualificata. Resta, dunque, un margine di valutazione discrezionale da parte del Consiglio ma i tempi ristretti e la maggioranza qualificata richiesta rendono più difficoltosa l'elusione della proposta della Commissione. R. Perez, *L'azione finanziaria europea nel tempo della crisi*, in *Riv. it. dir. pub. CE*, 2011, 1043 ss.

³⁸ Per le caratteristiche della coamministrazione si veda E. Chiti, C. Franchini, *L'integrazione amministrativa europea*, cit., 65-70, i quali rintracciano quattro elementi distintivi: a) attribuzione della titolarità della funzione a soggetti distinti che operano in connessione; b) il conseguimento di uno scopo comune che giustifichi la connessione; c) la contestuale influenza comunitaria e nazionale sugli organismi di intervento, con la prima che li individua e la seconda che li disciplina; d) l'indispensabilità dell'organismo di intervento, essendo precluso all'ordinamento comunitario un intervento diretto.

contraria. La seconda variante è dovuta all'inidoneità della fonte di *soft law* di determinare fasi comuni procedurali; normalmente nei sistemi di coamministrazione il diritto europeo obbliga ad adottare procedimenti comuni tra i diversi livelli di governo, nel coordinamento per atti negoziali, invece, la connessione è determinata solo dai comuni obiettivi e dai fini di interesse comune, restando libero ciascun livello di governo di procedere ad azioni nel rispetto di regole proprie.

Il coordinamento prodotto mediante atti di indirizzo per autolimitazione del potere di inibizione favorisce sistemi amministrativi comuni di integrazione decentrata³⁹, pur presentando qualche variante rispetto a tali modelli. Come questi infatti il coordinamento mediante differenziazione prevede il coinvolgimento di livelli diversi di amministrazione rispetto ai quali l'amministrazione comunitaria svolge il ruolo di regolazione degli uffici nazionali cui è rimessa l'azione concreta per il rispetto dei fini europei. Il potere di iniziativa spetta sostanzialmente agli uffici nazionali, ma la legittimità dell'azione è data dalla cornice di regole definite dal livello europeo. Rispetto a questi elementi di somiglianza, il coordinamento per differenziazione presenta due ulteriori varianti. La prima riguarda la legittimazione ad agire degli uffici nazionali: essa non deriva da una delega dell'ordinamento europeo, né da un'attribuzione del potere proveniente dal livello sovranazionale, ma è l'esito di un vincolo autodeterminato che limita l'esercizio del potere di inibizione. La connessione dunque non instaura un rapporto di funzionalizzazione tra i due livelli, ma un rapporto di condivisione della funzione giustificata dall'obiettivo di perseguire interessi comuni. L'altra variante è originata dal fatto che il potere di regolazione è rimesso direttamente alla Commissione europea invece che a un'autorità laterale dell'ordinamento europeo. È quindi investito direttamente il vertice amministrativo dell'ordinamento europeo.

Infine, come per le altre due tecniche di integrazione, anche quella qui messa in luce risponde in modo particolare ad alcuni principi. Nel caso dell'integrazione mediante differenziazione il principio di riferimento più importante è quello di sussidiarietà⁴⁰, che è riconosciuto in modo esplicito nell'UE dal trattato di Maastricht. Tuttavia non si tratta di dar seguito a quella corrente dottrina che concepisce il principio di sussidiarietà come un criterio di riparto delle funzioni legislative che privilegia gli ordinamenti statuali e, perfino, quelli regionali e locali, mettendo questi livelli in contrapposizione con quello europeo. La sussidiarietà va intesa come principio di condivisione delle responsabilità nell'esercizio delle funzioni, che favorisce in senso proprio il coinvolgimento di livelli di governo diversi per realizzare fini comuni anche se le responsabilità concrete in merito all'esercizio delle funzioni possono essere differenziate secondo una logica di efficienza ed efficacia⁴¹. Tale assunto non sarebbe

³⁹ Cfr. E. Chiti, C. Franchini, *L'integrazione amministrativa europea*, cit., 76-8, secondo i quali le caratteristiche principali dell'integrazione decentrata sono costituite da: a) contitolarietà della funzione determinata da attribuzioni specifiche che provengono dal livello comunitario a quelle nazionali; b) suddivisione della medesima funzione in sequenze procedurali collegate o legami tra i diversi uffici per coordinamento e programmazione; c) individuazione di un ufficio comunitario ulteriore che si distingue dalla Commissione e dagli uffici nazionali.

⁴⁰ Sul principio di sussidiarietà ci si limita qui a segnalare: P. Caretti, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, 1993, 3 ss.; S. Cassese, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, V, 373 ss.; T. Schilling, *Subsidiarity as a Rule and a Principle, or: Taking Subsidiarity Seriously*, in *Jean Monnet Working Paper 10/95*, New York; C. Cattabriga, *Il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Dir. UE*, 1998, 2-3, 107 ss.; G. D'Agnolo, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, Padova, Cedam, 1998; P. De Pasquale, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, Napoli, Es, 2000; V. Guizzi, *Sussidiarietà (dir. CE)*, in *Enc. Giur.*, 2000, 1 ss.; L. Sico, *Sussidiarietà (principio di) (diritto comunitario)*, in *Enc. dir.*, agg. V, 2001, 1062 ss.; J. Ziller, *La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. ce*, 2006, 285 ss. In particolare poi sulla possibilità che il principio di sussidiarietà sia applicato al momento esecutivo e alle funzioni amministrative anche in ambito europeo si vedano R. Schütze, *From Rome to Lisbon: "Executive Federalism" in the (new) European Union*, in *Com. Market Law Rev.*, 2010, 47, 1411-5; C.D. Ehlermann, *Quelques réflexions sur la communication de la Commission relative au principe de subsidiarité*, in *Rev. marché un. eur.*, 1992, 217.

⁴¹ La connessione tra sussidiarietà e integrazione è rinvenibile sin dal piano delle fonti che anziché essere considerate tra loro separate, sono ordinate in una logica che è stata appunto definita di integrazione; cfr. A. Ruggeri, *Le fonti del diritto europeo ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, in P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, 283. È stato correttamente osservato in dottrina che grazie al principio di sussidiarietà

neppure contraddetto dall'osservazione, anche prima ricordata, che la differenziazione potrebbe comportare uno spostamento delle competenze che, in alcuni casi, per esempio per il coordinamento negoziale, è di tipo ascendente in contrasto con l'esito che si riconduce normalmente al principio di sussidiarietà. Questo modo di intendere la sussidiarietà è infatti ancora nella logica della separazione, mentre come si è detto il principio presuppone la valorizzazione della differenziazione pur nella condivisione delle responsabilità. Sicché il coinvolgimento del livello europeo nell'esercizio delle funzioni originariamente attribuite in modo esclusivo agli stati membri, risponde pienamente al principio di sussidiarietà specie se le funzioni interessate sono tra loro interdipendenti con alcune esercitate dal livello sovranazionale in modo esclusivo. In questo caso la connessione per differenziazione si spiega proprio in ragione di saper meglio rispondere alle esigenze dell'ordinamento giuridico sovranazionale e ai suoi fini. Come è stato osservato⁴², la differenziazione finisce per stimolare l'applicazione del principio di sussidiarietà come principio fondamentale per l'integrazione europea.

5. *L'integrazione mediante differenziazione al confronto con le categorie generali.*

La differenziazione descritta in questo scritto riguarda principalmente la fase esecutiva ed amministrativa del diritto europeo, ma il tema nella sua ampia accezione conosce già studi approfonditi, soprattutto dalla dottrina straniera, su un piano che si può definire più costituzionale. Gli studi sulla differenziazione hanno infatti tradizionalmente riguardato la possibilità di disegnare un'Europa a geometria variabile in cui gli stati partecipano a processi di integrazione europea maggiore o godono di condizioni di beneficio secondo scelte di carattere politico che vengono ammesse direttamente dai trattati comunitari⁴³. Benché le dinamiche che si producono per effetto delle differenziazioni delle posizioni degli stati membri presentino alcuni elementi di analogia con il coordinamento mediante differenziazione, l'oggetto di questi studi è differente. Resta tuttavia l'evidenza che le categorie generali elaborate dalla dottrina con riferimento alla differenziazione rappresentano un utile terreno di

l'intervento del potere pubblico si misura in termini di efficace capacità di realizzare obiettivi comuni, la qual cosa risulta molto più agevole a livello amministrativo che non a quello legislativo; cfr. G. Della Cananea (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, Giuffrè, 2008, 65.

⁴² Per questa opinione si veda F. Tuytschaever, *Differentiation in European Union Law*, cit., 240-2; G. De Burca, *Legal Principles as an Instrument of Differentiation? The Principles of Proportionality and Subsidiarity*, in B. De Witte, D. Hanf, E. Vos (eds.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Intersentia, 2001, 136.

⁴³ Si ricordano tra gli altri, C.D. Ehlermann, *How flexible is Community Law? An unusual approach to the concept of "two speeds"*, in *Mich. Law Rev.*, 1983-1984, 82, 1274 ss.; C.D. Ehlermann, *Increased Differentiation or Stronger Uniformity*, in J.A. Winter, A.E. Kellermann, B. De Witte (eds.), *Reforming the Treaty on European Union*, The Hague, Kluwer, 1996, 27 ss.; N. Walker, *Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union*, in *Eur. Law Jour.*, 1998, 4, spec. 362-9; C.D. Ehlermann, *Differentiation, Flexibility, Closer Co-operation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty*, in <http://www.eui.eu/RSCAS/WP-Texts/ehlermann.html>; F. Tuytschaever, *Differentiation in European Union Law*, Oxford, Hart, 1999; W. Streeck, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, 2000, 3 ss.; N. Walker, *Flexibility within a Metaconstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe*, in G. De Burca, J. Scott (eds.), *Constitutional Change in the EU: from Uniformity to Flexibility*, Oxford, Hart, 2000, 9 ss.; G. De Burca, *Differentiation within the Core? The case of the internal market*, in G. De Burca, J. Scott (eds.), *Constitutional Change in the EU: from Uniformity to Flexibility?*, Oxford, Hart, 2000, 133 ss.; J. Shaw, *Relating Constitutionalism and Flexibility in the European Union*, in G. De Burca, J. Scott (eds.), *Constitutional Change in the EU: from Uniformity to Flexibility?*, Oxford, Hart, 2000, 337 ss.; K.H. Ladeur, *Flexibility and "Co-operative Law": the Co-ordination of European Member States' Laws – The Example of Environmental Law*, *ivi*, 293; B. De Witte, D. Hanf, E. Vos (eds.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerp, Intersentia, 2001; P. Xuereb, *The future of Europe: solidarity and constitutionalism. Towards a solidarity model*, in *European Law Review*, 2002, 27, 643 ss.; C. Harlow, *Voices of Difference in a Plural Community*, in *American Journal of Comparative Law*, 2002, 50, 339 ss.; G. Majone, *Unity in diversity: European integration and the enlargement process*, in *Eur. Law Rev.*, 2008, 33, 468-81; F.W. Scharpf, *Legitimate Diversity: The New Challenge of European Integration*, cit., 79 ss.; J. Scott, D.M. Trubek, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, cit., 1 ss.; F.W. Scharpf, *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, in *Journal of European Social Policy*, 2002, 40, 662-3; G. De Burca, J. Scott, *Introduction: New Governance, Law and Constitutionalism*, in Id. (eds.), *Law and New Governance in the EU and the US*, Oxford, Hart, 2006, 1 ss.; J. Příbán, *Legal Flexibility, Governance and Differentiated Integration: On Functional Differentiation of EU Law and Politics*, cit., 24 ss.

confronto per sviluppare considerazioni conclusive a proposito dell'integrazione mediante differenziazione⁴⁴.

In primo luogo si può pacificamente ritenere che il coordinamento mediante differenziazione mostrato negli esempi precedenti riceve sempre una disciplina comunitaria che, tuttavia, concerne esclusivamente il diritto secondario. Oltretutto, come già dimostrato, si tratta prevalentemente di atti di *soft law* la cui effettività discende direttamente dall'applicazione che ne fanno gli apparati amministrativi in virtù della densità di vincoli procedurali che si creano. Diversamente così dalla differenziazione di livello costituzionale, quella qui esaminata è modellata dal diritto secondario.

L'integrazione mediante differenziazione è inoltre potenziale e generale. Secondo queste qualifiche si mette in risalto che la scelta degli stati membri di adottare politiche proprie differenziate nell'esercizio comune di funzioni è il frutto di una decisione non obbligata. Nella comunione di funzioni ad andamento discendente agli stati è consentito assumere decisioni che, in presenza di condizioni diverse, non sarebbero ammesse, ma gli stati restano liberi di scegliere se sfruttare tali spazi di discrezionalità. Nel coordinamento originato dalla comunione di funzioni in direzione ascendente l'adozione di politiche differenziate è postulata, ma il punto è che gli stati membri scelgono di incanalare le proprie scelte all'interno di orientamenti determinati in sede sovranazionale. Tutto ciò determina che la differenziazione dipende da una scelta iniziale degli stati membri che non è obbligata e per questo si tratta di una soluzione potenziale. Allo stesso tempo, però, il coordinamento per differenziazione è generale, ovvero riguarda tutti gli stati membri senza che tra loro siano stabilite delle posizioni pregiudiziali di alterità.

Nelle categorie generali la differenziazione viene normalmente distinta tra temporanea e permanente. Il coordinamento mediante differenziazione può essere qualificato certamente come temporaneo, dal momento che dipende da circostanze di fatto predeterminate giuridicamente dall'ordinamento sovranazionale ma che nel tempo possono modificarsi oppure, come è nel caso del coordinamento per atti negoziali, la differenziazione segue cicli periodici in cui di volta in volta si modificano gli obiettivi che orientano le scelte degli stati membri.

La differenziazione oggetto di valutazione nelle righe precedenti, inoltre, può essere considerata positiva. S'intende dire con tale qualificazione che la differenziazione rafforza l'integrazione europea attraverso il conseguimento di specifici obiettivi comunitari e non è invece la conseguenza dell'applicazione di deroghe all'integrazione europea tese a garantire condizioni di privilegio per alcuni stati membri. Si tratta dunque di tecniche di governo degli interessi che sono coerenti con l'ordinamento europeo e non mettono in discussione l'*acquis* comunitario.

Attraverso questa analisi ulteriore si dimostra che l'integrazione amministrativa per differenziazione genera effetti sostanzialmente positivi per l'ordinamento sovranazionale anche se ciò avviene riconoscendo margini di autonomia degli stati membri pur limitata da una cornice di compatibilità. Lo stesso, viceversa, non può esser detto della differenziazione di livello costituzionale che, come ha sottolineato diversa dottrina, è stata sottoposta a critica perché potenzialmente in grado di indebolire l'ordinamento europeo favorendo la disgregazione degli ordinamenti nazionali.

⁴⁴ Secondo la ricostruzione operata da F. TUYTSCHAEVER, *EMU and the Catch-22 of EU Constitution-making*, cit., 178-191, la differenziazione può essere distinta secondo coppie di criteri e dunque se: concerne il diritto primario o secondario; se sia effettiva o potenziale; generale o specifica; positiva o negativa; temporanea o duratura.