



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE E STUDI INTERNAZIONALI

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE, DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO

INDIRIZZO: DIRITTO INTERNAZIONALE

CICLO: XXIX

ACQUIS, INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA, UNITÀ DELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE: VERSO NUOVI MODELLI DI INTEGRAZIONE IN EUROPA? *Spunti di una riflessione teorica a valle dell'introduzione del c.d. Pacchetto sul brevetto europeo con effetto unitario.*

DIRETTORE DELLA SCUOLA: CH.MA PROF.SSA MANUELA MANTOVANI

COORDINATORE D'INDIRIZZO: CH.MA PROF.SSA ALESSANDRA PIETROBON

SUPERVISORE: CH.MO PROF. BERNARDO CORTESE

DOTTORANDA: ELEONORA PAGGI

a Federica

INDICE

PREMESSA ALL'INDAGINE..... XII

L'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO DELL'UNIONE EUROPEA ED IL CASO DEL BREVETTO EUROPEO CON EFFETTO UNITARIOXII

INDIVIDUAZIONE DELLE *RESEARCH QUESTIONS* E DELIMITAZIONE DELL'OGGETTO DI INDAGINE XXIII

APPROCCIO METODOLOGICO E STRUTTURA DELL'ANALISI PROPOSTAXXIX

CAPITOLO 1: I MODELLI DELL'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA PROPOSTI NEL DIBATTITO POLITICO ED IL CASO DEL BREVETTO EUROPEO CON EFFETTO UNITARIO..... XXXIX

SEZIONE 1.1: I MODELLI TEORICI DI INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA XXXIX

1.1.1 I modelli dell'integrazione differenziata proposti nel dibattito politico xliii

(a) *Differenziazione tradizionale e principio di progressività dell'azione comunitaria* xliii

(b) *Integrazione differenziata multi-speed ed Europa a più velocità*..... xlv

(c) *Integrazione differenziata politica à la carte e geometria variabile nel Trattato di Maastricht*li

(d) *Geometria variabile nel Trattato di Amsterdam*.....lxi

(e) *Integrazione differenziata nell'ordinamento comunitario post Amsterdam* lxviii

1.1.2 I modelli elaborati dalla dottrina e le ambiguità definitorie: l'esigenza di una definizione giuridica rigorosa del fenomeno della differenziazione e dei limiti del suo legittimo impiego lxxviii

SEZIONE 1.2: IL C.D. PACCHETTO SUL BREVETTO EUROPEO CON EFFETTO UNITARIO COME *CASE STUDY*LXXXI

1.2.1 I precedenti tentativi di armonizzazione della tutela brevettuale in Europa e la Convenzione di Monaco sul Brevetto Europeo lxxxii

(a) *La Convenzione di Monaco sul Brevetto europeo* lxxxiii

(b)	<i>Il progetto di Convenzione sul Brevetto Comunitario e il c.d. Accordo di Lussemburgo</i>	lxxxviii
(c)	<i>Il progetto di regolamento sul brevetto comunitario</i>	xc
(d)	<i>Il dibattito in ordine alla creazione di un sistema giurisdizionale specializzato ed il Parere 1/09 della Corte di giustizia</i>	xciv
1.2.2	Il c.d. Pacchetto sul brevetto europeo con effetto unitario ed il ricorso agli strumenti di integrazione differenziata	xcix
(a)	<i>La cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria</i>	ci
(b)	<i>L'introduzione della nuova disciplina sostanziale di brevetto: il Regolamento n. 1257/2012 e gli importanti rinvii alla CBE ed all'Accordo TUB</i>	ciii
(c)	<i>La tutela giurisdizionale e l'Accordo TUB</i>	cxvii
1.2.3	I dubbi espressi dalla dottrina ed il contenzioso dinnanzi alla Corte di giustizia	cxxi
(a)	<i>Le critiche concernenti il ricorso alla cooperazione rafforzata per la creazione di un brevetto europeo con effetto unitario e la Sentenza della Corte di giustizia del 16 aprile 2013</i>	cxxiii
(b)	<i>Le critiche inerenti il mancato rispetto del principio di autonomia del diritto dell'Unione europea: il nuovo diritto sostanziale di brevetto</i>	cxl
(c)	<i>Le critiche inerenti il mancato rispetto del principio di autonomia del diritto dell'Unione europea: il nuovo Accordo TUB e la sua dubbia compatibilità con le censure mosse dalla Corte di giustizia nel Parere 1/09</i>	cliii

CAPITOLO 2: SUGLI ELEMENTI COSTITUTIVI DEL PROCESSO D'INTEGRAZIONE EUROPEA: IL RUOLO DELL'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA.....CLXVI

SEZIONE 2.1: SUI PRESUPPOSTI TEORICI: DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E PLURALISMO GIURIDICO CLXXVI

SEZIONE 2.2: DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E DIRITTO INTERNAZIONALECLXXXVII

SEZIONE 2.3: PLURALISMO, DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E DIRITTO COSTITUZIONALE CXCVII

SEZIONE 2.4: PLURALISMO, FUORIUSCITA DALL'UNIONE EUROPEA, RESTITUZIONE DI COMPETENZE E ACQUIS COMUNITARIOCCIII

CAPITOLO 3: VERSO L'INDIVIDUAZIONE DI UNA NOZIONE GIURIDICA RIGOROSA DI INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA E SULLE SUE CATEGORIECCXVI

SEZIONE 3.1: I PARAMETRI DEFINITORI DELLA NOZIONE GIURIDICA DI INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA ED IL MODELLO CLASSIFICATORIO DELLE FORME DI MANIFESTAZIONE DEL FENOMENO CCXVII

- 3.1.1 Integrazione differenziata e altri fenomeni di flessibilità nell'ordinamento giuridico dell'Unioneccxvii
- 3.1.2 Verso un modello unitario di classificazione delle forme di integrazione differenziata giuridicamente rilevanticcxxix

SEZIONE 3.2: SULL'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA IN SENSO AMPIO CCXXXIV

- 3.2.1 Integrazione differenziata *in senso ampio* e *ius contrahendi* degli Stati membri ccxxxiv
- 3.2.2 Gli accordi *inter se* tra gli Stati membri nella storia dell'integrazione comunitariaccxlv
- 3.2.3 I limiti al legittimo ricorso agli accordi *inter se* tra Stati membricclvi
- (a) *La competenza degli Stati membri a concludere gli accordi inter se*cclviii
- (b) *La compatibilità degli accordi inter se con il diritto comunitario*cclxvii
- (i) *In particolare: la compatibilità con il principio di leale collaborazione*cclxviii
- (ii) *Segue: il principio di autonomia dell'ordinamento*.....cclxxiv
- (c) *L'illiceità degli accordi internazionali conclusi dagli Stati membri in violazione del diritto dell'Unione.*cclxxiv

SEZIONE 3.3: SULL'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA ALL'INTERNO DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO DELL'UE (INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA IN SENSO STRETTO) CCLXXXVII

- 3.3.1 Integrazione differenziata *in senso stretto* nel diritto primario dell'Unione europea cclxxvii
- 3.3.2 Integrazione differenziata *in senso stretto* nel diritto derivato: dalla differenziazione *tradizionale* a quella *politica*.....cclxxxiii
- (a) *La differenziazione c.d. tradizionale nel diritto derivato quale applicazione del principio di eguaglianza*cclxxxiii

- (b) *Integrazione differenziata politica nel diritto primario dell'Unione* CCXCIV
- (c) *Integrazione differenziata politica nel diritto derivato: la cooperazione rafforzata* CCCI

SEZIONE 3.4: L'ISTITUTO DELLA COOPERAZIONE RAFFORZATA: L'ESTENSIONE DEL METODO COMUNITARIO ALL'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA C.D. POLITICA CCCXI

- 3.4.1 La disciplina della cooperazione rafforzata dal Trattato di Amsterdam a Lisbona e la *comunitarizzazione* della cooperazione rafforzata CCCXI
- (a) *Premessa: metodo comunitario e metodo intergovernativo*..... CCCXI
- (b) *Gli elementi del metodo comunitario nella disciplina della cooperazione rafforzata* CCCXIV
- 3.4.2 I limiti del ricorso alla cooperazione rafforzata ed il principio di sussidiarietà CCCXXVIII
- (a) *Il principio di sussidiarietà e il Trattato di Lisbona*..... CCCXXIX
- (b) *Sussidiarietà, leale cooperazione e cooperazione rafforzata*..... CCCXXXVIII
- 3.4.3 I rapporti tra la cooperazione rafforzata, gli accordi internazionali tra gli Stati membri ed il diritto unitario dell'Unione europea CCCLII
- (a) *Differenziazione tramite accordi internazionali tra Stati membri* CCCLIV
- (b) *Differenziazione tramite ricorso alla cooperazione rafforzata ex art. 20 TUE: gli effetti sul piano interno* CCCLV
- (c) *Differenziazione tramite ricorso alla cooperazione rafforzata ex art. 20 TUE: effetti sul piano dell'azione esterna*..... CCCLXII

CAPITOLO 4: I LIMITI GIURIDICI ALL'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA E I PRINCIPI GENERALI DELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA....CCCLXVI

SEZIONE 4.1: INTERGOVERNAMENTALISMO E CRISI DELL'EUROZONA CCCLXVI

- 4.1.1 La reviviscenza del fenomeno degli accordi internazionali tra Stati membri in tempi di crisi..... CCCLXXI
- 4.1.2 I dubbi espressi dalla dottrina: la delega di competenze alle istituzioni comunitarie da parte degli accordi *inter se*, la sentenza *Pringle* ed i precedenti casi *Bangladesh* e *Lomé*..... CCCLXXVI

- 4.1.3 Il *trend* degli accordi internazionali oltre la crisi: l'Accordo che istituisce un Tribunale Unificato dei Brevetti (Accordo TUB) ed ulteriori sviluppi nei rapporti tra diritto UE e diritto internazionaleccclxxxii
- 4.1.4 *Side effects* della crisi dell'Eurozona: nuova linfa per l'*all or nothing effect*? La compatibilità della differenziazione con il principio di unità dell'azione comunitariaccclxxxix
- (a) *Differenziazione in senso stretto e «all or nothing effect»*..... cccxc
- (b) *Le critiche dottrinali avverso le prime istanze di impiego della cooperazione rafforzata in tempi di crisi* cccxcv

SEZIONE 4.2: VERSO UNA RICERCA DEI LIMITI DELL'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO CDI

- 4.2.1 Introduzione: il superamento del principio *all or nothing* e la ricerca di nuovi parametri di legittimità per l'azione differenziata cdi
- 4.2.2 Differenziazione e principi sovracostituzionali dell'ordinamento cdvi
- 4.2.3 L'autonomia della tutela giurisdizionale comunitaria dei diritti individuali quale componente sovracostituzionale (*rectius* essenziale) del sistema nella giurisprudenza della Corte di giustizia cdxi
- (a) *Il rinvio pregiudiziale quale pilastro del sistema giurisdizionale comunitario ed il ruolo dei giudici nazionali: la sentenza Miles c. Scuole europee ed il Parere sull'accordo istitutivo di un Tribunale Unificato dei Brevetti (TUB)* cdxvi
- (b) *Il rinvio pregiudiziale quale componente costituzionale dell'ordinamento europeo. Dalla sentenza Kadi II al Parere 2/13 sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)* cdxxxiv
- 4.2.4 Effettività e adeguamento degli Stati membri alle pronunce della Corte di giustizia. Alcune questioni aperte cdxxxix

CAPITOLO 5: CONCLUSIONI. SUI LIMITI DI LEGITTIMO IMPIEGO DEGLI STRUMENTI DI INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA NEL CASO DEL BREVETTO EUROPEO CON EFFETTO UNITARIO..... CDLIV

- 5.1 La differenziazione come elemento essenziale dell'ordinamento giuridico comunitario e la definitiva confutazione del c.d. dogma dell'unità dell'ordinamento giuridico comunitario cdlvii
- 5.2 La pratica della cooperazione rafforzata: verso la definizione dei limiti giuridici della differenziazione politica, tra metodo comunitario e principi generali dell'ordinamento giuridico cdlx
- 5.3 I principi generali dell'ordinamento giuridico dell'Unione: fondamento/garanzia e limite degli accordi *inter se* tra gli Stati membri cdlxxi
- (a) *In particolare sul principio di leale collaborazione* cdlxxi
- (b) *Sul rilievo essenziale del principio di autonomia del diritto dell'Unione per il tramite del sistema comunitario di tutela giurisdizionale dei diritti e, per tale via, dell'istituto del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE* cdlxxiv

* * *

BIBLIOGRAFIA..... CDLXXXVI

- OPERE DI DOTTRINA..... CDLXXXVI
- PRONUNCE GIURISPRUDENZIALIDXLIII
- Giurisprudenza nazionale dxliii
- (a) *Giurisprudenza italiana* dxliii
- (b) *Giurisprudenza straniera* dxliii
- Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea..... dxliii

PREMESSA ALL'INDAGINE

SOMMARIO: *L'integrazione differenziata nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea ed il caso del brevetto europeo con effetto unitario – Individuazione delle research questions e delimitazione dell'oggetto di indagine – Approccio metodologico e struttura dell'analisi proposta.*

L'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO DELL'UNIONE EUROPEA ED IL CASO DEL BREVETTO EUROPEO CON EFFETTO UNITARIO

Il fenomeno denominato *integrazione differenziata* (o *differenziazione*) non trova definizione all'interno dei Trattati comunitari. Esso, secondo una primissima approssimazione, vale ad indicare il complesso delle tecniche integrative,¹ mediante le quali gli Stati membri di un determinato modello integrativo internazionale realizzano alcuni degli obiettivi ad essi comuni, avvalendosi di un modello integrativo diverso da quello che utilizzano in via principale, pur sempre agendo in conformità alle scadenze temporali e/o in linea con l'ambito obiettivo e soggettivo di applicazione di quest'ultimo. Al fine di offrire una primissima definizione del concetto di integrazione differenziata, infatti, il termine *integrazione* verrà per questo momento utilizzato, anche con riferimento all'ordinamento giuridico dell'Unione europea, come riferentesi a qualunque forma di collaborazione nell'attività di produzione normativa tra due o più soggetti di diritto internazionale²

Nel contesto dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, la nozione di integrazione differenziata ricomprende tutte le ipotesi in cui soltanto alcuni degli Stati membri partecipano alla creazione del diritto comune, mediante la produzione di *nuove* norme giuridiche vigenti nei loro rapporti. Alla differenziazione devono pertanto ricondursi tutti i casi in cui alcuni Stati membri soltanto scelgono di creare nuove norme nelle materie di competenza comunitaria, tanto

¹ Per ora, ed in termini puramente descrittivi, si può accettare la definizione di *integrazione* in termini di «*process, leading gradually, with the passage of time, to an increase in the exchanges between the various societies concerned and to a more centralized form of governments*» (DEHOUSSE R., WEILER J.H.H., *The Legal Dimension*, in WALLACE W. (ed), *The Dynamics of European Integration*, Pinter Publishers, London, 1990, p. 242-260, in particolare a p. 246. Per un esame più approfondito del fenomeno dell'integrazione europea e del ruolo assunto nel suo contesto dal fenomeno dell'integrazione differenziata, si rinvia ai Capitoli 2 e 3.

² Così afferma DE SMIJTER E., *The External Relations of a Differentiated European Community*, in DE WITTE B., *The Many faces of differentiation*. 2001, p. 269-298.

concludendo tra loro un classico accordo di diritto internazionale (*accordi inter se* o integrazione differenziata *in senso ampio*), quanto avvalendosi di una fonte del diritto di natura comunitaria (integrazione differenziata *in senso stretto*). Nel secondo caso la differenziazione può essere realizzata sia mediante revisione del diritto primario, con la riforma dei Trattati istitutivi o l'adozione di protocolli ad essi allegati, sia adottando nuove norme di diritto derivato, a valle dell'instaurazione di una cooperazione rafforzata ex art. 20 TUE.³

L'integrazione differenziata ha caratterizzato l'ordinamento giuridico dell'Unione europea sin dalla sua instaurazione. Come si esporrà in maggior dettaglio nei prossimi capitoli il sistema originario del Trattato di Roma prevedeva diverse ipotesi di *flessibilità* riconducibili al concetto di integrazione differenziata.⁴ Difatti, a seguito della conclusione Trattato di Roma nessuno dei precedenti *accordi internazionali inter se* stipulati fra gli Stati membri veniva terminato.⁵ Lo

³ Trattasi dell'unico istituto di integrazione differenziata che il Trattato sull'Unione europea considera espressamente. La cooperazione rafforzata si pone rispetto alla nozione di integrazione differenziata in un rapporto di specie a genere. In particolare, l'art. 20, par. 1, TUE regola l'istituto nei termini che seguono: «[g]li Stati membri che intendono instaurare tra loro una cooperazione rafforzata nel quadro delle competenze non esclusive dell'Unione possono far ricorso alle sue istituzioni ed esercitare tali competenze applicando le pertinenti disposizioni dei trattati, nei limiti e con le modalità previsti nel presente articolo e negli articoli da 326 a 334 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Le cooperazioni rafforzate sono intese a promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione. Sono aperte in qualsiasi momento a tutti gli Stati membri ai sensi dell'articolo 328 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

⁴ Cfr. HANF D., *Flexibility Clauses in the Founding Treaties, from Rome to Nice*, in DE WITTE B., HANF D., DE VOS E. (eds.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Intersentia, 2001, p. 3-26; OTT A., *EU Constitutional Boundaries to Differentiation: How to Reconcile Differentiation with Integration?*, in OTT A., DE VOS E. (eds.), *Fifty Years of European Integration: Foundations and Perspectives*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2009, p. 113- 138.

⁵ SCHÜTZE R., *EC Law and International Agreements of the Member States-An Ambivalent Relationship?*, Cambridge Yearbook of European Legal Study 2006-2007, p. 387- 440, a p. 406 ss.: «[t]hey would remain effective to the extent that they were compatible with EC law - the solution suggested by Art 30 [of the Vienna Convention]». L'art. 30, par. 3, della Convenzione di Vienna afferma che: «[q]uando tutte le parti del trattato anteriore sono dei pari parti del trattato posteriore, senza che il trattato anteriore abbia avuto termine o la sua applicazione sia stata sospesa in base all'articolo 59, il trattato anteriore non si applica che nella misura in cui le sue disposizioni siano compatibili con quelle del trattato posteriore». Per scrupolo di precisione, si aggiunge che risulta inapplicabile agli accordi internazionali conclusi fra due o più Stati membri prima della loro adesione all'UE la norma attualmente riportata all'art. 351 TFUE. Difatti, la regola per cui «[l]e disposizioni dei trattati non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione» concerne unicamente le convenzioni concluse tra Stati Membri e Stati

stesso dicasi per i trattati internazionali coinvolgenti alcuni soltanto degli Stati membri, i quali fino al secondo dopoguerra avevano costituito il normale strumento delle relazioni internazionali nella realtà regionale europea. Tali accordi hanno continuato a proliferare sia durante le negoziazioni del Trattato di Roma, sia dopo la sua adozione. Essi talora hanno costituito il frutto dell'esercizio di competenze che gli Stati membri si erano riservati rispetto alla neonata Comunità, talaltra sono intervenuti nelle materie collegate agli obiettivi ed alle competenze oggetto del nuovo Trattato.⁶

Diversamente, lo strumento della cooperazione rafforzata ha trovato introduzione solamente con il Trattato di Amsterdam del 1997.⁷ Come si illustrerà meglio più oltre, il ricorso allo strumento della cooperazione rafforzata può rispondere a logiche diverse, la cui operatività deve verificarsi nel caso concreto. Secondo una prima approssimazione, infatti, è possibile affermare che talora il suo impiego costituisce espressione del c.d. *principio di gradualità* dell'ordinamento comunitario e permette agli Stati membri che ne abbiano le capacità sotto il profilo socio-economico (c.d. *pionieri*) di

terzi, e non quelle concluse *inter se* dagli Stati membri. Tale esclusione costituisce un'applicazione del principio del primato del diritto comunitario. Come infatti ricordato in **KUIJPER P. J., WOUTERS J., HOFFMEISTER F., BE BAERE G., RAMOPOULOS T.**, *The Law of EU External Relations: Cases, Materials, and Commentary on the EU as an International Legal Actor*, Oxford University Press, Oxford, 2013, a p. 1059-1060: «[t]he general principle- of supremacy also; governs the relationship of Union law and bilateral agreements concluded between the Member States. In that respect it is irrelevant whether the agreement had been concluded prior to EU membership or not». Il punto è stato affrontato piuttosto chiaramente in dottrina, in ordine alla questione della compatibilità con il diritto del mercato interno degli accordi bilaterali di investimento stipulati tra i “vecchi” Stati membri e quelli di più recente adesione, anteriormente a quest'ultima. Cfr. sul punto **HINDELANG S.**, *Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2012; **EILMANSBERGER T.**, *Bilateral Investment Treaties and EU Law*, *Common Market Law Review*, 2009, p. 383-429; **DISMOPOULOS A.**, *The Validity and Applicability of International Investment Agreements Between EU Member States Under EU and International Law*, *Common Market Law Review*, 2011, p. 63-93.

⁶ Cfr. **DE WITTE B.**, *Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union*, in DE BÚRCA G., SCOTT J. (eds.), *Constitutional Change in the EU- From Uniformity to Flexibility?*, Hart, Oxford, 2000, p. 34. L'esame del fenomeno sarà approfondito nel contesto del Capitolo 3 della presente tesi.

⁷ Trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, in GU C 340 del 10.11.1997, p. 1-144, in particolare l'art. 15K.

procedere nel processo di integrazione, consentendo al contempo agli Stati che non le abbiano di raggiungere i medesimi obiettivi in un secondo momento; talaltra, la cooperazione rafforzata risponde ad una logica più vicina al concetto di Europa *à la carte*, e consente ai soli Stati membri politicamente volenterosi di partecipare alle nuove iniziative integrative, ammettendo al contempo che altri Stati vogliano rimanerne estranei a tempo indeterminato.⁸ Nel primo caso lo strumento della cooperazione rafforzata risponde ad una logica di c.d. *differenziazione tradizionale*, logica che anteriormente all'introduzione di tale istituto risultava già realizzabile con gli strumenti tradizionali di diritto derivato, mediante l'invocazione del principio di eguaglianza, e mantenendo in ogni caso il regime differenziato soltanto per un tempo determinato. Nel secondo caso, la cooperazione rafforzata risponde ad una logica di c.d. *differenziazione politica*, così denominata in quanto fondata sul mero dissenso politico degli Stati membri e non giustificabile in base ai principi generali dell'ordinamento comunitario. In proposito, è doveroso notare che solamente con l'introduzione dell'istituto della cooperazione rafforzata i Trattati hanno autorizzato in via generale la possibilità per gli Stati membri di procedere ad istanze di differenziazione politica a livello di diritto derivato in tutti i settori di competenza non esclusiva dell'Unione, sia pure nel rispetto di precise condizioni sostanziali e procedurali.

Benché da sempre presente nell'ordinamento comunitario, nel corso del processo di integrazione la differenziazione ha suscitato numerosi dubbi e questioni giuridiche in dottrina.

Per quanto attiene l'integrazione differenziata c.d. *in senso ampio*, tali preoccupazioni si sono tradizionalmente concentrate sul fatto che essa non soddisfa le garanzie proprie del *metodo comunitario*. Rispetto agli accordi *inter se*, inoltre, risulta escluso il sindacato di validità della Corte di giustizia dell'Unione europea, ex art. 263 TFUE. Di conseguenza, una parte significativa della dottrina ha espresso il timore che gli Stati membri vi facessero ricorso, nei settori di competenza comunitaria, per eludere i vincoli assunti con la partecipazione all'UE.

Per quanto riguarda la c.d. integrazione differenziata *in senso stretto*, invece, le questioni dottrinali si sono concentrate in particolare sui limiti giuridici entro i quali risulta possibile l'introduzione di nuove istanze di differenziazione nel contesto dell'ordinamento comunitario, ed in particolare sull'ammissibilità della differenziazione fondata sul

⁸ Per l'analisi dei diversi modelli teorici cui risponde il fenomeno dell'integrazione differenziata, si rinvia *infra* alla Sezione 1.1.2.

dissenso politico degli Stati membri. In questo senso, la ricerca dei limiti giuridici dell'integrazione differenziata è corrisposta al tentativo di riconciliare *unità* del diritto UE e *differenziazione politica* realizzata nel suo contesto.⁹

Numerosi commentatori hanno rintracciato nella *differenziazione politica* realizzata all'interno dell'ordinamento comunitario attraverso l'istituto della cooperazione rafforzata un potenziale "disintegrativo",¹⁰ che in termini pratici rischierebbe di tradursi in una scissione della Comunità in una pluralità di gruppi soggetti a regimi giuridici diversi, se non addirittura nella distinzione degli Stati membri in Stati di "serie A" e Stati di "serie B", distinzione nella quale i secondi sarebbero definitivamente condannati ad arrancare nel processo integrativo e a *subire* gli effetti delle scelte di politica legislativa operate dai primi.¹¹ Con particolare riferimento alla cooperazione rafforzata, il timore di una scissione è stato rafforzato a seguito dell'alleggerimento delle condizioni procedurali per la sua instaurazione, avvenuto con il Trattato di Nizza, diffondendosi in particolare tra gli Stati membri non rientranti nell'*élite* dei fondatori, invero mai contemplati quali potenziali pionieri nel dibattito pubblico, e tra gli Stati terzi a quel tempo candidati all'adesione.¹²

⁹ Al dibattito giuridico e politico sulla differenziazione ammissibile, in particolare, sarà dedicata la Sezione 1.2, concernente i modelli di differenziazione che nel corso del tempo sono stati proposti nel dibattito politico. All'esame delle questioni dottrinali anticipate, sarà invece dedicato il Capitolo 4.

¹⁰ Si legga il forte commento di Philip Allot, in occasione del Seminario sul Trattato di Amsterdam del 5 luglio 1997, tenutosi presso il Centre for European Studies dell'Università di Cambridge, e riportato da **SHAW J.**, *The Treaty of Amsterdam: Challenges of Flexibility and Legitimacy*, European Law Journal, 1998, a p.64: «[t]he Amsterdam Treaty will mean the co-existence of dozens of different legal and economic sub-systems over the next ten years, a sort of nightmare resurrection of the Holy Roman Empire, in which the EC Member States will, in the meantime, be competing to colonise central and eastern Europe economically, and, another barbarism, competing with each other and with the Americans to sell weapons to their NATO-ised armed forces».

¹¹ **WEILER J.H.H.**, *Amsterdam, vuelva usted mañana*, El País newspaper, 2 ottobre 1997.

¹² **DE AREILZA J. M.**, *The Reform of Enhanced Co-operation Rules: Towards Less Flexibility?*, in DE WITTE B., HANF D., DE VOS E. (eds.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Intersentia, 2001; **SEPOS A.**, *Differentiated Integration in the EU: the position of small member States*, EUI-RSCAS Working Papers, N. 17/2005, European University Institute (EUI), Robert Schuman Centre of Advanced Studies (RSCAS).

Altra parte della dottrina, nel frattempo, ha evidenziato come, in realtà, il rischio di un'esasperata divisione tra gli Stati membri risulta presente sin dalle prime istanze di differenziazione c.d. *tradizionale*, basata sull'esistenza di obiettive differenze carattere socio-economico tra di Stati membri. Tali prime ipotesi di differenziazione nel diritto derivato, infatti, non vennero mai concretamente accompagnate dalle misure di supporto agli Stati membri con meno possibilità dal punto di vista economico che erano state millantate dai loro sostenitori.¹³

Un ulteriore elemento di preoccupazione è stato individuato dalla dottrina nel fatto che il ricorso alla cooperazione rafforzata, per quanto circondato da stringenti limiti sostanziali e procedurali, rischia di sfuggire, almeno parzialmente, al controllo giurisdizionale della Corte di giustizia, dal momento che più d'una delle condizioni prescritte dal diritto primario (*in primis* quella di ultima istanza di ricorso allo strumento) trova espressione in valutazioni discrezionali di carattere politico, rimesse esclusivamente agli Stati membri ed insindacabili da parte dei giudici comunitari.¹⁴ Infine, è stato anche evidenziato che l'incremento delle istanze di differenziazione all'interno dell'ordinamento dell'Unione ha accresciuto la frammentazione del diritto comunitario e la complessità del relativo ordinamento giuridico, i quali sembrano diventare sempre più difficili da comprendere da parte dei cittadini dell'UE.¹⁵

¹³ Cfr. in questo senso **CURTIN D.**, *The Shaping of a European Constitution and the 1996 IGC*, in CURTIN D., SMITS J., KLIP A., McCAHERY J., *European Integration and Law. Four Contributions on the Interplay between European Integration and European and National Law to celebrate the 25th Anniversary of Maastricht University's Faculty of Law, Antwerpen-Oxford, 2006.*, p. 244-249; **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, Hart, Oxford, 1999, p. 153; **EHLERMANN C.-D.**, *Increased Differentiation or Stronger Uniformity?*, European University Institute, Badia Fiesolana, 1995, p. 18.

¹⁴ **LYONS C.**, *Closer Co-operation and the Court of Justice*, in DE BÚRCA G., SCOTT J. (eds.), *Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility?*, Hart, 2000, p. 95 -11; **EDWARDS G.**, **PHILIPPART E.**, *Flexibility and the Treaty of Amsterdam: Europe's New Byzantium*, 1997 CELS, Occasional Paper, n. 3; **SHAW J.**, *The Treaty of Amsterdam: Challenges of Flexibility and Legitimacy*, già cit. sub n. 10.

¹⁵ **CURTIN D.**, *The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces*, *Common Market Law Review*, 1993, p. 17-69, in particolare a p. 67; **OTT A.**, *EU Constitutional Boundaries to Differentiation: How to Reconcile Differentiation with Integration?*, già cit. sub n. 4, in particolare a p. 115, il quale afferma: «[a] common underlying condition of all differentiation regimes sanctioned by the EU institutions is that they should enable and facilitate integration aims. This furthering of objectives of the Union and Communities to protect and serve their interest and reinforce their process of integration, is reflected in the codified version of differentiation in enhanced cooperation under the EC and EU Treaty. While these forms of differentiated legal regimes have increased in number and complexity, the primary intention of enabling the higher aim of furthering integration has come questionable»; cfr. anche

In tempi recenti, alcune delle classiche questioni dottrinali inerenti la compatibilità del fenomeno della *differenziazione* con il diritto comunitario hanno trovato nuova linfa ed occasione di manifestarsi. La loro riproposizione si ricollega in parte al grande successo che l'impiego degli accordi *inter se* ha avuto nella gestione della c.d. crisi dell'Eurozona,¹⁶ nella forma dell'atto adottato mediante *consensus* in Consiglio da parte dei Ministri degli Stati membri, nella qualità di rappresentanti dei rispettivi governi.¹⁷ Con particolare riferimento a

BECERRIL B., *The regulation of enhanced cooperation and its reform in Lisbon: Towards a model of differentiation that is closer to the community method*, già in BENEYTO J. M. (ed.), *Unity and Flexibility in the future of the European Union: the challenge of enhanced cooperation*, CEU Ediciones, Madrid, 2009, p. 11-22.

¹⁶ Cfr. Editorial Comments, *Union Membership in Time of Crisis*, *Common Market Law Review*, 2014, p. 1–11: «[i]n recent times, however, the phenomenon has changed in scope. In the wake of the euro crisis we can observe the conclusion of treaties among the Member States (EFSE, ESM, Fiscal Compact and the forthcoming agreement on the Single Resolution Fund) impacting on the system of competences and the institutional balance set out in the EU treaties». Nel brano appena citato, si evidenzia condivisibilmente che: «[t]he phenomenon goes beyond the scope of the management of the euro crisis, as evidenced by the recent Agreement on a Unified Patent Court»; cfr. anche **DE WITTE B.**, *Using International Law in the Euro Crisis. Causes and Consequences*, *Centre for European Studies*,¹⁶ **CAGGIANO G.**, *Il pacchetto normativo sul 'brevetto europeo unitario' tra esigenze di un nuovo sistema di tutela, profili di legittimità delle proposte in discussione e impasse istituzionale*, *Il Diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 683 ss; **MUNARI F.**, *Crisi dell'euro e crisi delle regole: rule of law o ragion politica? Il diritto dell'Unione europea dinanzi a nuove sfide*, in PORCHIA O. (a cura di), *Governance economica europea. Strumenti dell'Unione, rapporti con l'ordinamento internazionale e ricadute nell'ordinamento interno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 33-56; **DE GREGORIO MERINO A.**, *Legal developments in the Economic and Monetary Union during the debt crisis: The mechanisms of financial assistance*, *Common Market Law Review*, 2012, p. 1613–1645; **ROSSI L. S.**, *"Fiscal Compact" e Trattato sul Meccanismo di Stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, *Il Diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 293 ss; **DE WITTE B.**, *Editorial. Five Years After the Lisbon Treaty's Entry into Force. Variable Geometry Running Wild?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1, 2015, p. 5-9; **DE GREGORIO MERINO A.**, *Institutional Aspects of Variable Geometry. Special Consideration of the Intergovernmental Method*, *Studia Diplomatica*, 2013, LXVI-3; **PONZANO P.**, *Méthode intergouvernementale ou méthode communautaire: une querelle sans intérêt*, *Les Brefs, Notre Europe*, 2011, consultabile presso: <http://www.notre-europe.eu/fr/axes/visions-deurope/travaux/publication/methode-intergouvernementale-ou-methode-communautaire-une-querelle-sans-interet/>; **CRUM B.**, *Saving the Euro at the Cost of Democracy?*, *Journal of Common Studies*, 2014; **FABBRINI S.**, *The constitutional conundrum of the European Union*, *Journal of European Public Policy*, 2016, p. 84-100.

¹⁷ Cfr. **BEHR G.**, *Acts of Representatives of the Governments of the Member States*, SEW, 1966, p. 529-545; **PESCATORE P.**, *Remarques sur la nature juridique des décisions des représentants des Etats membres réunis au sein du Conseil*, SEW, 1966, p. 579 ss.; **DE WITTE B.**, *Chamaleontic Member States: Differentiation by Means of Partial and Parallel International Agreements*, in de Witte B., Hanf D., Vos E. (eds), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerpen: Intersentia, 2001; **BLANKE H.-J.**,

tali accordi, è stato paventato il rischio che il loro impiego determini la frammentazione dell'ordinamento comunitario e la messa a repentaglio delle garanzie fondamentali da esso previste (c.d. timore della deriva intergovernativa).¹⁸

Per altro verso, con specifico riferimento all'integrazione differenziata realizzata all'interno dell'ordinamento giuridico dell'UE, i dubbi dottrinali si sono concentrati sui temi dei limiti di legittimo impiego dell'istituto della cooperazione rafforzata, della corretta interpretazione delle norme dei Trattati che lo disciplinano, e dei rapporti che la normativa per tale via prodotta presenta con le norme non differenziate di diritto comunitario. Tali questioni hanno recentemente acquisito una rinnovata importanza in ragione del fatto che, a partire dall'anno 2010, e per la prima volta nella storia dell'integrazione europea, il legislatore comunitario ha iniziato a fare ricorso all'istituto della cooperazione rafforzata. Ciò è avvenuto in tre occasioni, e segnatamente: al fine di introdurre norme di conflitto armonizzate in materia di separazione e divorzio, in base all'art. 81 TFUE;¹⁹ al fine di istituire un titolo comunitario di brevetto europeo con effetto unitario, in applicazione dell'art. 118 TFUE;²⁰ e, infine,

MANGIAMELI S. (eds.), *The Treaty on European Union (TEU), A Commentary*, Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2013, in particolare si vedano le p. 798-800.

¹⁸ Il tema sarà oggetto di specifica analisi nel contesto del Paragrafo 4.1.2 della presente tesi.

¹⁹ Cfr. 2010/405/: Decisione del Consiglio, del 12 luglio 2010, che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore del diritto applicabile in materia di divorzio e di separazione legale in GU L 189 del 22.7.2010, p. 12-13, in base alla quale è stato adottato il 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, in GU L 343 del 29.12.2010, p. 10-16.

²⁰ Cfr. 2011/167/UE: Decisione del Consiglio, del 10 marzo 2011, che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria, in GU L 76, 22.3.2011, p. 53-55, sulla base della quale sono stati adottati il 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 brevettuale unitaria, in GU L 361 del 31.12.2012, p. 1-8, ed il 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 brevettuale unitaria con riferimento al regime di traduzione applicabile, in GU L 361 del 31.12.2012, p. 89-92.

allo scopo di introdurre un'imposta comune sulle transazioni finanziarie.²¹

Tra le ipotesi sopra menzionate, il ricorso allo strumento della cooperazione rafforzata per l'instaurazione di un brevetto europeo con effetto unitario risulta di particolare interesse scientifico. Ciò non soltanto perché alcuni degli Stati membri non partecipanti hanno instaurato avverso gli atti comunitari adottati in quel contesto un lungo contenzioso dinanzi alla Corte di giustizia, offrendo a quest'ultima l'occasione di interpretare per la prima volta le condizioni di ricorso all'istituto della cooperazione previste dai Trattati e di illustrare le caratteristiche del controllo giurisdizionale di cui essa è investita in materia.²² La soluzione adottata nel caso del c.d. Pacchetto brevetti è di estremo interesse anche perché si caratterizza per un impiego combinato di diversi strumenti di integrazione differenziata, al fine di porre in essere la nuova disciplina brevettuale. Gli Stati membri hanno infatti accostato all'instaurazione di una cooperazione rafforzata in sede comunitaria (*integrazione differenziata in senso stretto*) l'adozione di un apposito accordo di diritto internazionale *inter se e parziale* (ossia coinvolgente un numero limitato di Stati membri): l'Accordo che istituisce un Tribunale Unificato dei Brevetti, che costituisce un'ipotesi di *integrazione differenziata in senso ampio*.²³ Come

²¹ Cfr. 2013/52/UE: Decisione del Consiglio, del 22 gennaio 2013, che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore dell'imposta sulle transazioni finanziarie, in GU L 22 del 25.1.2013, p. 11–12, sulla base della quale è stata presentata la Proposta di Direttiva del Consiglio che attua una cooperazione rafforzata nel settore dell'imposta sulle transazioni finanziarie, COM/2013/071 final - 2013/0045 (CNS), non ancora adottata.

²² Cfr. Sentenza della Corte (grande sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, cause riunite C-274/11 e C-295/11, Sentenza della Corte (grande sezione) del 5 maggio 2015, *Regno di Spagna contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-146/13 e Sentenza della Corte (grande sezione) del 5 maggio 2015, *Regno di Spagna contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-147/13. Le medesime questioni, infatti, sono state in parte affrontate e risolte in modo coerente nella Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 30 aprile 2014, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-209/13, relativa all'impugnazione della decisione del Consiglio di autorizzare una cooperazione rafforzata nel settore dell'imposta sulle transazioni finanziarie.

²³ L'Accordo internazionale che istituisce un Tribunale Unificato dei Brevetti (c.d. Accordo TUB) è stato sottoscritto a margine della riunione del Consiglio Competitività, tenutasi a Bruxelles il 19 febbraio 2013 (cfr. Accordo su un Tribunale Unificato dei Brevetti, in GU C 175, 20.6.2013, p. 1–40, il cui testo è consultabile presso [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:42013A0620\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:42013A0620(01))). Per quanto concerne la sua entrata in vigore, esso prevede, all'art. 89, che: «[I]l presente accordo entra in vigore il 1 gennaio 2014 o il primo giorno del quarto mese successivo al deposito del tredicesimo strumento di ratifica o di adesione conformemente all'articolo 84, inclusi i tre Stati nei quali il maggior numero

emerge anche dalle rispettive denominazioni, mentre i regolamenti attuativi della cooperazione rafforzata provvedono ad istituire formalmente il nuovo titolo di brevetto europeo con effetto unitario ed il relativo regime linguistico, l'Accordo TUB è stato adottato dagli Stati membri al fine dichiarato d'introdurre un sistema di tutela giurisdizionale specializzato per il nuovo titolo di proprietà intellettuale. Esso, tuttavia, non si limita ad istituire e disciplinare il Tribunale Unificato dei Brevetti, nuova istituzione giurisdizionale internazionale dotata di competenza esclusiva nell'applicazione del nuovo diritto brevettuale, ma è stato anche rivestito dagli Stati contraenti di un ruolo cruciale nell'introduzione della nuova disciplina sostanziale di brevetto. Quest'ultima, infatti, risulta solo in minima parte delineata dai regolamenti comunitari, mentre è per la sua parte più consistente dettata dall'Accordo TUB, al quale il regolamento n. 1257/2012, istitutivo del nuovo titolo di proprietà intellettuale, risulta strettamente collegato.²⁴

di brevetti europei aveva effetto nell'anno precedente a quello in cui ha luogo la firma dell'accordo, o il primo giorno del quarto mese successivo alla data di entrata in vigore delle modifiche del regolamento (UE) n. 1215/2012 relative alle relazioni con il presente accordo, se questa data è posteriore. Qualsiasi ratifica o adesione successiva all'entrata in vigore del presente accordo prende effetto il primo giorno del quarto mese successivo al deposito dello strumento di ratifica o di adesione. Nel momento in cui si scrive, la fase di ratifica dell'Accordo è ancora pendente; per il momento l'Accordo TUB è stato ratificato solo dai seguenti Stati membri: Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Lussemburgo, Malta, Svezia, Portogallo, Finlandia, Bulgaria, Olanda. Il 10 febbraio 2017 l'accordo è stato ratificato anche dalla Repubblica Italiana. Tra gli Stati membri dei quali la ratifica è necessaria per l'operatività dell'Accordo, soltanto la Francia vi ha già provveduto. Nonostante l'esito positivo del referendum sulla fuoriuscita del Regno Unito dall'UE (c.d. *Brexit*), nella riunione del Consiglio del 28 novembre 2016, il Ministro britannico per la Proprietà Intellettuale ha dichiarato l'intenzione di ratificare l'accordo. L'Italia, dal canto suo, è parte firmataria dell'Accordo TUB, pur essendo stata inizialmente estranea, assieme al Regno di Spagna che lo è tuttora, alla cooperazione rafforzata instaurata ai fini dell'adozione dei regolamenti n. 1257/12 e 1260/12. L'adesione italiana alla cooperazione rafforzata è intervenuta alla fine di settembre 2015 (cfr. la Decisione (UE) 2015/1753 della Commissione, del 30 settembre 2015, che conferma la partecipazione dell'Italia alla cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria, in GU L 265/19, dell'1 ottobre 2015).

²⁴ A riguardo, è significativo che l'art. 18, par. 2 e 3, del Regolamento n. 1257/2012, subordina la propria applicazione all'entrata in vigore dell'Accordo TUB, affermando che: «[il Regolamento] si applica a decorrere dal 1 gennaio 2014 o dalla data di entrata in vigore dell'accordo su un tribunale unificato dei brevetti («accordo»), se successiva. In deroga all'articolo 3, paragrafi 1 e 2, e all'articolo 4, paragrafo 1, un brevetto europeo per cui è registrato un effetto unitario presso il registro per la tutela brevettuale unitaria ha effetto unitario solo negli Stati membri partecipanti nei quali il tribunale unificato dei brevetti abbia giurisdizione esclusiva in materia di brevetti europei con effetto unitario alla data della registrazione. Ogni Stato membro partecipante comunica alla Commissione la sua ratifica dell'accordo al momento del deposito del suo strumento di ratifica. La Commissione pubblica nella Gazzetta ufficiale

Il c.d. Pacchetto sul brevetto europeo con effetto unitario (o Pacchetto brevetti),²⁵ pertanto, costituisce un intero sistema di integrazione *differenziata*, realizzato dagli Stati membri in modo del tutto singolare, ossia in parte all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario (mediante la cooperazione rafforzata ed i regolamenti attuativi), ed in parte al di fuori dello stesso, mediante la conclusione di un accordo internazionale (l'Accordo TUB).

Proprio in ragione della sua particolare struttura, il Pacchetto brevetti ha sollevato numerose critiche dottrinali in punto di legittimo impiego delle tecniche d'integrazione differenziata. Tali critiche, in particolare, insistono su tre ordini di aspetti: il primo concerne l'asserita insussistenza, in materia di brevetto europeo con effetto unitario, di tutti i presupposti necessari per l'instaurazione di una cooperazione rafforzata; il secondo riguarda la nuova disciplina sostanziale di brevetto, e la sua dubbia compatibilità con il principio di *autonomia* del diritto dell'Unione; l'ultimo aspetto critico, infine, attiene alla compatibilità del sistema di tutela giurisdizionale previsto nell'Accordo TUB con il principio di *autonomia* della tutela giurisdizionale comunitaria. Come anticipato, con riferimento alla prima questione ha soccorso l'intervento della giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha offerto un'utile interpretazione delle disposizioni dei Trattati che disciplinano l'istituto della cooperazione rafforzata. Con riferimento alle altre due questioni, al contrario, la Corte non ha ancora avuto modo di pronunciarsi. Come si illustrerà in maggiore dettaglio più oltre, infatti, non si ritiene risolutiva, con riferimento alla compatibilità del nuovo diritto sostanziale di brevetto con il principio di autonomia del diritto dell'Unione, la sentenza pronunciata dai giudici di Lussemburgo nel 2015 in ordine alla legittimità del regolamento che istituisce il nuovo brevetto europeo con effetto unitario,²⁶ dal momento che evidentemente la questione del rispetto del menzionato principio non ha costituito oggetto del sindacato giurisdizionale nel contesto di quel giudizio. Per vero, l'esame diretto ex art. 263 TFUE di siffatta questione risulta ormai

dell'Unione europea la data di entrata in vigore dell'accordo e un elenco degli Stati membri che hanno ratificato l'accordo alla data di entrata in vigore. Successivamente la Commissione aggiorna regolarmente l'elenco degli Stati membri partecipanti che hanno ratificato l'accordo e pubblica tale elenco aggiornato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea».

²⁵ Così ha preso il nome, nel dibattito politico ed istituzionale, il nuovo complesso di norme contenenti la disciplina brevettuale, formato dalla decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata, dai regolamenti adottati per la sua messa in atto (i Regolamenti n. 1257/2012 e n. 1260/2012) e dall'Accordo TUB.

²⁶ Cfr. Sentenza della Corte (grande sezione) del 5 maggio 2015, *Regno di Spagna contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-146/13, già cit. sub n. 22.

precluso, essendo ampiamente scaduto il termine di impugnazione ivi previsto, mentre resta ancora possibile l'invocazione in via di eccezione dell'invalidità del regolamento, ex art. 277 TFUE. Con riferimento all'Accordo TUB, invece, trattandosi di strumento rispetto al quale il ricorso ex art. 263 TFUE non risulta esperibile, la pronuncia della Corte di giustizia in ordine alla compatibilità con il diritto comunitario potrà intervenire senza termine, in sede di rinvio pregiudiziale o nel contesto di un'azione di infrazione.

Alla luce di quanto esposto, si può concludere che l'esame del Pacchetto brevetti, coinvolge l'analisi di una pluralità di questioni di cruciale importanza per lo studio del fenomeno della differenziazione, sia essa realizzata all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario o al suo esterno. Per tale ragione, pertanto, si è scelto di adottare il Pacchetto come *case study* – ideale centro di gravità delle questioni analizzate nel contesto del presente scritto.

INDIVIDUAZIONE DELLE *RESEARCH QUESTIONS* E DELIMITAZIONE DELL'OGGETTO DI INDAGINE

Una volta esposto il tema centrale dell'analisi proposta con la presente tesi, si ritiene di delineare in misura più approfondita le *research questions* alle quali si cercherà per tale via di dare risposta. In funzione di queste ultime, l'indagine operata sarà a sua volta inevitabilmente circoscritta ad alcuni aspetti limitati del fenomeno della differenziazione, così come ad alcuni elementi soltanto del nuovo Pacchetto brevetti.

L'esame delle questioni giuridiche poste dal Pacchetto brevetti in punto di legittimo impiego delle tecniche di integrazione differenziata, intercetta innanzitutto la più generale questione dei limiti che l'ordinamento giuridico dell'Unione impone al fenomeno della differenziazione. Tali limiti, a loro volta, risultano diversificati a seconda della tipologia di differenziazione realizzata e della natura degli strumenti di produzione normativa a tale fine impiegati.²⁷ Si tratta, in parte, di condizioni esplicitamente imposte dal legislatore comunitario attraverso i Trattati istitutivi, quali, ad esempio, il numero minimo di Stati membri per instaurare una cooperazione rafforzata, e le altre condizioni procedurali da rispettare per procedere ad integrazione differenziata all'interno dell'ordinamento dell'UE. A tale riguardo risulteranno di primaria importanza le prime due sentenze della Corte di giustizia in materia, che hanno giudicato della legittimità

²⁷ L'illustrazione delle diverse categorie riconducibili al fenomeno della differenziazione sarà svolta al Capitolo 3, e costituirà il primo passaggio dell'analisi giuridica del fenomeno qui proposta.

della decisione di instaurare una cooperazione rafforzata per l'introduzione di un brevetto europeo con effetto unitario e per l'introduzione di un'imposta sulle transazioni finanziarie.²⁸ Per altra parte, i limiti di legittimo ricorso alla differenziazione derivano dall'applicazione dei principi generali del diritto dell'Unione, i quali governano sia la compatibilità con il diritto comunitario della disciplina differenziata, sia i rapporti tra questa e tra la disciplina unitaria UE. A tale ultimo riguardo, si tratterà di esaminare, ad esempio, i limiti che sono imposti al fenomeno della differenziazione da parte dei principi di non discriminazione, di leale collaborazione, di *pre-emption*, di sussidiarietà e, con rilievo cruciale per la nostra analisi, da parte del principio di autonomia del diritto comunitario. Infine, un'ultima questione concernerà il modo di operare dei principi generali di diritto comunitario con riferimento ai rapporti tra i diversi strumenti giuridici di differenziazione, nelle ipotesi in cui gli Stati membri procedano ad un loro uso combinato e pertanto vi sia l'esigenza di darvi un'applicazione coordinata.

Preliminarmente a tale indagine, tuttavia, si pone la necessità di elaborare una definizione giuridica rigorosa del fenomeno dell'*integrazione differenziata*, quale tecnica di produzione normativa che trova applicazione, ad opera degli Stati membri, sia all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione che al suo esterno. Tale definizione, al di là di quanto brevemente anticipato all'esordio della presente introduzione, sarà esposta a seguito di una breve esposizione storica inerente il dibattito politico e dottrinale che ha interessato il fenomeno nel corso della storia dell'integrazione europea. Tanto premesso, si procederà innanzitutto ad indagare il concetto di *integrazione* europea sulla base dei presupposti teorici della dottrina *pluralista*, e successivamente si illustreranno le diverse categorie di differenziazione sino ad ora realizzate dagli Stati membri, evidenziandone gli elementi caratterizzanti ed il carattere *essenziale*, ossia connaturato, al processo di integrazione europea.

Una volta esposte le necessarie nozioni introduttive e definitorie concernenti il fenomeno dell'integrazione differenziata, si procederà ad esaminare in maggiore dettaglio le questioni giuridiche di compatibilità dei vari strumenti in cui essa si manifesta con i principi generali che governano il sistema comunitario. Le osservazioni così enucleate e le argomentazioni giuridiche individuate a loro sostegno,

²⁸ Trattasi delle già richiamate Sentenza della Corte (grande sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, cause riunite C-274/11 e C-295/11 e Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 30 aprile 2014, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-209/13, entrambe già cit. sub n. 22.

verranno applicate agli interrogativi suscitati dall'impiego creativo degli strumenti di differenziazione nel contesto del nuovo Pacchetto brevetti nella parte finale della tesi.

La prospettiva adottata, pertanto, investe le questioni di natura prettamente costituzionale (*rectius* strutturale) inerenti la compatibilità dell'impiego della disciplina differenziata sollevate dal Pacchetto brevetti. Al contrario, si precisa, non ci si concentrerà su altri aspetti critici del nuovo Pacchetto, sia pure aventi natura istituzionale, qual è la rilevante questione della compatibilità con i principi fissati dalla Corte di giustizia nella giurisprudenza *Meroni c. Alta Autorità* della delega di funzioni amministrative prescritta dall'art. 9 del Regolamento 1257 in favore dell'Ufficio Europeo dei Brevetti.²⁹ Allo

²⁹ Per l'esame di tale rilevante questione, che ha costituito oggetto di una parte della Sentenza della Corte (grande sezione) del 5 maggio 2015, *Regno di Spagna contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-146/13, già cit. sub n. 22, p. 69-88, si rinvia alla lettura di **MYLLY T.**, *A Constitutional Perspective*, in PILA J., WADLOW C. (eds.), *The Unitary EU Patent System*, Hart, Oxford, 2014, p. 77-109; nella stessa edizione collettanea si veda anche **LUGINBUEHL S.**, *An Institutional Perspective I: The Role of the EPO in the Unitary (EU) Patent System*, p. 45-56; **DISMOPOULOS A.**, *An Institutional Perspective II: The Role of the CJEU in the Unitary (EU) Patent System*, p. 57-76; **ELLYNE E.**, *European unitary patent: are we there yet?*, *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2014, p. 57-78; **ULLRICH H.**, *The European Patent and Its Courts: An Uncertain Prospect and an Unfinished Agenda*, *The International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2015, p. 1-9; **TRONCOSO S.**, *A European Union Patents: A Mission Impossible? An Assessment of the Historical and Current Approaches*, *Marquette Intellectual Property Law Review*, 2013, p. 248-249; **TILMANN W.**, *Spain's Action against the EU Patent Package: Arguments and Counter-Arguments in Case C-146/13*, *European Intellectual Property Review*, 2014, p. 4-8; **BLUMENRÖDER U.**, **PETO J.**, *The First Decision on the Unitary Patent: the Court Dismissed the Actions of Spain and Italy*, *European Law Reporter*, 2013, p. 110-117, in particolare a p. 114 ss.; **BELOHLAVEK A.**, *New European Patent System: A Long Way to the Unitary Patent*, *Conference on International Perspectives on Intellectual Property Protection*, Shanghai, China, November 2-4, 2014, World Jurist Association, Washington D.C., 2014, consultabile presso SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2524832>; **JAEGER T.**, *All Back to Square One? - An Assessment of the Latest Proposals for a Patent and Court for the Internal Market and Possible Alternatives*, *Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 12-01*, pubblicato come *Back to square one?*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2012, p. 286-308, consultabile presso <https://ssrn.com/abstract=1973518>; **SÉDRATI-DINET G.**, *Legal basis of the unitary patent: do not play with fire!*, 2012, consultabile presso: http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/36817982/legal_basis_unitary_patent.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1489604144&Signature=xabk%2F0SumVAP2T3K2zGYmu8l238%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3Dlegal_basis_unitary_patent.pdf, p. 15; **STJERNA B.**, *“Unitary patent“ and court system – The oral hearing on Spain's actions at the CJEU*, 2014, consultabile presso: http://www.stjerna.de/index_en_htm_files/Unitarypatent_CJEU-Hearing.pdf.

stesso modo, non costituirà oggetto di specifica analisi nel contesto della presente tesi la disciplina materiale di diritto brevettuale assegnata dal legislatore comunitario al nuovo titolo di proprietà

Allo stesso modo, si rinvia agli approfondimenti svolti da altra dottrina per quanto concerne la rilevante questione, in parte riscontrabile anche nel contesto del Pacchetto brevetti, dell'impiego delle istituzioni comunitarie al di fuori dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Si suggerisce, in particolare la lettura di **PEERS S.**, *Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework*, *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 37-72; **CRAIG P.**, *Pringle and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and substance*, *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 263–284; **MARTINICO G.**, *EU Crisis and Constitutional Mutations: A Review Article*, 2014, *Revista de Estudios Políticos*, 2014, p. 247-280, consultabile presso: SSRN:<http://ssrn.com/abstract=2439614>; **D'SA R.M.**, *The Legal and Constitutional Nature of the New International Treaties on Economic and Monetary Union from the Perspective of EU Law*, *European Current Law*, p. xi-xxv, 2012.

intellettuale,³⁰ così come gli aspetti di diritto processuale inerenti il funzionamento del nuovo Tribunale Unificato dei Brevetti.³¹

³⁰ Per questi aspetti si rinvia a **ULLRICH H.**, *Le futur système de protection des inventions par brevets dans l'Union européenne : un exemple d'intégration (re-) poussée? (The Future System of Patent Protection in the European Union: An Example of Reinforced Integration?)*, *Propriétés intellectuelles*, 2014, p. 382-385; **ULLRICH H.**, *Harmonizing Patent Law: The Untameable Union Patent*, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 12-03, consultabile presso: <https://ssrn.com/abstract=2027920>; **ULLRICH H.**, *Select from Within the System: the European Patent with Unitary Effect*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 12-11; **JAEGER T.**, *What's in the Unitary Patent Package?*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 14-08, consultabile presso: <https://ssrn.com/abstract=2435125>; **KAESLING K.**, *The European Patent with Unitary Effect – A Unitary Patent Protection for a Unitary Market?*, *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 2013, p. 87-111; **ULLRICH H.**, *Au choix du système: le brevet européen à effet unitaire / Select from within the system: The European patent with unitary effect*, in **GEIGER C.** (ed.), *Quel droit des brevets pour l'Union européenne?*, LexisNexis, 2013, p. 207-246, nella stessa opera collettanea cfr. **PILA J.**, *Quel droit des brevets pour l'Union européenne? Les enseignements de la jurisprudence de la CJUE en matière de brevets / What Patent Law for the European Union? Lessons from the Patent Jurisprudence of the CJEU*, p. 247-256, **SUEUR T.**, *Quel droit des brevets pour l'Union européenne? Quelles perspectives pour le droit des brevets dans l'Union européenne? / What patent law for European Union? Perspectives for patent law in the European Union*, p. 263-166, e **WALIKA D.**, *The Community Trademark and the Community Design – An example to follow?*, p. 29-38; **DI CATALDO V.**, *Competition (or confusion?) of models and coexistence of rules from different sources in the European patent with unitary effect. Is there a reasonable alternative?*, in **HONORATI C.** (ed.), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale. The EU Patent Protection. Lights and Shades of the New System*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 27-48; **GUGLIELMETTI G.**, *Natura e contenuto del brevetto europeo con effetto unitario*, in **HONORATI C.** (ed.), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale. The EU Patent Protection. Lights and Shades of the New System*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 9-26; **JOHNSON A.**, *Looking Forward: A User Perspective*, in **PILA J.**, **WADLOW C.**, *Perspectives on the Unitary (EU) Patent System*, Hart/Bloomsbury, 2015, p. 179-189; **TILMANN W.**, **PLASSMAN C.**, *Unified Patent Protection in Europe: A Commentary*, Oxford University Press, 2016; **GREANEY G.**, *The New European Patent with Unitary Effect*, *Business Law Review*, 2015, p. 111–115; **KAISI A.**, *Finally a Single European Right for the EU? An Analysis of the substantive Provisions of the European Patent with Unitary Effect*, *European Intellectual Property Review*, 2014, p. 170-180.

³¹ Cfr. **CALLENS P.**, **GRANATA S.**, *Introduction to the unitary patent and the Unified Patent Court: the (draft) rules of procedure of the Unified Patent Court*, Kluwer law international, 2013; **HILTY R.**, **JAEGER T.**, **LAMPING M.**, **ROMANDINI R.**, **ULLRICH H.**, *Comments on the Preliminary Set of Provisions for the Rules of Procedure of the Unified Patent Court*, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 13-16, 2013, consultabile presso: <https://ssrn.com/abstract=2337467>; **BRANDI-DOHM M.**, *Some Critical Observations on Procedure of the Unified Patent Court*, *The International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2012; **SCUFFI M.**, *Il Tribunale unificato dei brevetti: evoluzione storica, ordinamento e regole procedurali*, in **HONORATI C.** (ed.), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale. The EU Patent Protection. Lights and Shades of the New System*, Giappichelli,

Del pari, sebbene in sé rilevanti per stabilire il rispetto della disciplina primaria dell'istituto della cooperazione rafforzata delineata dai Trattati comunitari, non saranno ricompresi nell'analisi qui proposta gli aspetti inerenti la compatibilità in concreto della disciplina sostanziale di brevetto introdotta dall'Accordo TUB con la disciplina comunitaria della concorrenza e del mercato interno;³² così come non si affronterà la delicata questione inerente il rispetto, da parte dei regolamenti attuativi della cooperazione rafforzata, dell'esigenza di protezione dei diritti fondamentali, che notoriamente impegna il legislatore comunitario e quelli nazionali anche nel contesto della regolamentazione della proprietà intellettuale.³³ Tra questi, di

Torino, 2014, p. 73-100, nella stessa opera collettanea si veda anche **TAVASSI M.**, *Le Rules of Procedure e i rapporti tra Tribunale Unificato e giudice nazionale*, p. 183-202; **AUGENSTEIN C.**, *Unified patent court procedure*, Hart Publishing, 2016; **McDONAGH L.**, *European patent litigation in the shadow of the Unified Patent Court*, Edward Elgar Publishing, 2016; **DUNLOP H.**, *European Unitary Patent and Unified Patent Court*, CIPA, The Chartered Inst. Of Patent Attorneys, London, 2015; **DE MIGUEL ASENSIO P. A.**, *Tribunal Unificado de Patentes: competencia judicial y reconocimiento de resoluciones*, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, 2014, p. 73-99; **GATHEM G.**, *Protéger ses inventions dans l'Union européenne: le brevet européen à effet unitaire et la juridiction unifiée du brevet*, Journal du droit européen, 2014, p. 274-283, in particolare alle p. 279 e ss.

³² Cfr. **ENCHELMAIER S.**, *A Competition Law Perspective I: Competition Law Aspects of European patents with Unitary Effect*, in PILA J., WADLOW C. (eds.), *Perspectives on the Unitary (EU) Patent System*, Hart/Bloomsbury, 2015, p. 111-128; nella stessa opera cfr. Anche **ANDERMAN S.**, *A competition Law Perspective II: The Relationship between Patents and Competition Rules*, p. 129-143; **HILTY R. et al.**, *The Unitary Patent package: Twelve reasons for concern*, 2012, consultabile presso: http://pubman.mpdl.mpg.de/pubman/item/escidoc:1621166/component/escidoc:2052742/MPI-IP_Twelve-Reasons_2012-10-17.pdf; **GUELLEC D.**, **VAN POTTELSBERGHE DE LA POTTERIE B.**, *The economics of the European patent system: IP policy for innovation and competition*, Oxford University Press on Demand, 2007; **PETERSEN C.**, **RIIS T.**, **SCHOVSBO J.**, *The Unified Patent Court (UPC), Compulsory Licensing and Competition Law*, 2014, consultabile presso: <https://ssrn.com/abstract=2489006>; **GEIGER S.**, **FINCH J.**, *Discourses between market innovation and market stagnation: The role of narratives in performing market practices*, Proceedings of the 30th IMP Conference, 2014; **LAMPING M.**, *Enhanced Cooperation in the Area of Unitary Patent Protection-Testing the Boundaries of the Rule of Law*, 2015, consultabile presso <https://ssrn.com/abstract=2561365>; **HEINEMANN A.**, *Standard-essential patents in standard setting organizations: competition law and the realization of licensing commitments*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2015, p. 947-952; **JAEGER T.**, *The Unitary Patent: New Rules for Internal Market Lawmaking?*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 15-06, 2015.

³³ Sul punto si rinvia a: **MYLLY T.**, *A Constitutional Perspective*, già cit. sub n. 29, in particolare a p. 85-91; **OHLY A.**, *European Fundamental Rights and Intellectual Property*, in PILA J., OHLY A. (eds.), *The Europeanization of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2013, p. 145-164; **GRIFFITHS J.**, *Chapter 4: Fundamental rights and European IP law: the case of Art 17(2) of the EU Charter*, in GEIGER C. (ed.),

primaria importanza risulta la tutela dei diritti linguistici in seno all'UE, la quale assume un rilievo cruciale per l'esame del Regolamento n. 1260/2012.³⁴

Per altro verso, si evidenzia, non costituiranno oggetto di analisi nemmeno i rilevanti aspetti di diritto internazionale privato inerenti la nuova disciplina.³⁵

APPROCCIO METODOLOGICO E STRUTTURA DELL'ANALISI PROPOSTA

Una volta delineati l'oggetto di indagine della presente tesi, le *research questions* cui si cercherà di dare riscontro ed il *case study* che opererà come *trait d'union* fra le stesse, si ritiene di anticipare qualche breve cenno in ordine all'approccio metodologico che si è scelto di adottare ai fini dell'esame del fenomeno della *differenziazione* e delle questioni giuridiche di compatibilità con i principi generali dell'ordinamento

Constructing European Intellectual Property Achievements and New Perspectives, European Intellectual Property Institutes Network series, 2013, p. 75-93; **HELPER L., GRAEME W.**, *Human rights and intellectual property: Mapping the global interface*, Cambridge University Press, 2011; **TORREMANS P.**, *Intellectual property and human rights*, Kluwer Law International, 2008; **GROSHEIDE W.** (ed.), *Intellectual property and human rights: a paradox*, Edward Elgar Publishing, 2010.

³⁴ Cfr. **CANTORE C. M.**, *We're One, but We're Not the Same: Enhanced Cooperation and the Tension between Unity and Asymmetry in the EU*, Perspectives on Federalism, 2011, p. 1-21, consultabile presso SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2006513>; cfr. anche **SOMSSICH R.**, *Linguistic Equality and Language as a Legal Risk for Legislating in the European Union*, in **MISČENIĆ E., RACCAH A.** (eds.), *Legal Risks in EU Law*, Springer, 2016, p. 63-85; **KRAUS P.**, *A union of diversity: language, identity and polity-building in Europe*. Cambridge University Press, 2008; **CAPOTORTI F.**, *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*. United Nations, 1979.

³⁵ Cfr. **ULLRICH H.**, *The Property Aspects of the European Patent with Unitary Effect: A National Perspective for a European Prospect?*, in **GOVAERE I., HANF D.** (eds.), *Scrutinizing Internal and External Dimensions of European Law, Les dimensions internes et externes du droit européen à l'épreuve – Liber Amicorum Paul Demaret*, P.I.E. Peter Lang, Brussels, 2013, p. 481-498; **HONORATI C.**, *Il diritto applicabile dal Tribunale unificato: il coordinamento tra fonti e i rapporti tra accordo TUB e regolamento (UE) n. 1257/2012*, in **HONORATI C.** (ed.), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale. The EU Patent Protection. Lights and Shades of the New System*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 119-151; **MÜLLER-STOY T., PASCHOLD F.**, *European patent with unitary effect as a property right*, *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2014, p. 848-860; **ENGLAND P.**, *In? Out? What's it all about? Patent opt-out and withdrawal in the UPC*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, p. 915-922; **TORREMANS P.**, *An International Perspective II: A View from Private International Law*, in **PILA J., WADLOW C.** (eds.), *The Unitary EU Patent System*, Hart, Oxford, 2014, p. 161-178; **YAMAGUCHI A.**, *Study on unitary patent protection in the EU from a viewpoint of private international law*, Tokyo, Institute of Intellectual Property, 2016.

giuridico dell'Unione che essa pone. Inoltre, in coerenza con lo stesso, si procederà anche ad illustrare la struttura che si intenderà seguire nel corso del presente elaborato, esponendo brevemente il contenuto dei cinque capitoli di cui si compone.

Partendo dall'esposizione dei presupposti metodologici, come si avrà modo di spiegare nel Capitolo 2 ad essi integralmente dedicato, l'esame e l'illustrazione della nozione di *integrazione* all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione risulta preliminare al fine di operare una definizione giuridica rigorosa della nozione di *differenziazione* (o *integrazione differenziata*). A riguardo, l'approccio qui seguito sarà quello della dottrina *dualista*, ora più correttamente definita *pluralista*.³⁶ Con riferimento all'ordinamento giuridico dell'Unione europea, tale approccio si sostanzia nella tesi, qui condivisa, per cui il processo d'integrazione si caratterizza per il fatto di essere un processo di *autocostituzione*, intervenuto nello spazio creato, o meglio, lasciato libero dagli ordinamenti statali a vantaggio del nuovo ordinamento interindividuale europeo.³⁷ In questi termini, la dottrina pluralista ha dimostrato come gli Stati membri abbiano effettivamente accettato, nelle materie rispetto alle quali essi hanno attribuito all'istituzione comunitaria competenze pubblicistiche di carattere normativo, amministrativo e giurisdizionale, che le relazioni giuridiche con gli individui, soggetti primari del nuovo ordinamento, trovassero regolamentazione diretta ed in via di primato al suo interno.³⁸ In altri termini, secondo l'approccio metodologico qui

³⁶ Il riferimento è evidentemente a **ARANGIO-RUIZ G.**, *Dualism Revisited. International Law and Interindividual Law*, Rivista di Diritto Internazionale, 2003, p. 909-999, cfr. anche **ARANGIO-RUIZ G.**, *State Responsibility Revisited. The Factual Nature of the Attribution of Conduct to the State*, Quaderni della Rivista di diritto Internazionale, Giuffrè, 2017.

³⁷ Cfr. **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution de l'ordre juridique interindividuel européen: essai d'une lecture pluraliste 50 ans après Van Gend en Loos et Costa contre ENEL*, in CORTESE B. (ed.), Studi in onore di Laura Picchio Forlati, Giappichelli, Torino, 2014, p. 301-339, in particolare alle p. 307-328.

³⁸ Secondo la nozione di sovranità accolta da Arangio-Ruiz, e qui condivisa, «[d]iversamente dalle persone giuridiche e dagli altri enti artificiali del diritto interno, i quali nascono come strutture giuridiche mediante atti giuridici pubblici o privati, e diversamente dallo stesso Stato nel senso del diritto interno, la cui istituzione coincide con la formazione dell'ordinamento giuridico della comunità, gli Stati quali persone di diritto internazionale nascono de facto, permangono in esistenza de facto, e vengono eventualmente modificati o estinti de facto dal punto di vista del diritto internazionale [...] le persone internazionali degli Stati sono invece caratterizzate dall'indipendenza; e l'indipendenza è condizione fattuale, sinonimo, in quanto tale, di sovranità (esterna)» (**ARANGIO-RUIZ G.**, *La Persona Internazionale dello Stato, La Persona Internazionale dello Stato*, 2014, UTET, Torino, in particolare alle p. 35 e ss.). Conseguentemente dalle premesse adottate nel definire il concetto di sovranità che : «[c]'est l'utilisation effective des compétences prévues per un traité qui importe, pour

richiamato, è nell'accettazione effettiva, da parte degli Stati membri, di forme di esercizio di una sovranità integrata che deve riscontrarsi e trova fondamento l'instaurazione del nuovo ordinamento giuridico *interindividuale* dell'Unione europea.

La lettura pluralista, inoltre, ha il pregio di evidenziare due importanti caratteristiche strutturali dell'ordinamento UE, e cioè: (i) la natura *anche ed innanzitutto* di diritto internazionale del processo di integrazione europea,³⁹ mai smentita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, e (ii) il carattere necessariamente *reversibile* della limitazione (*rectius* autolimitazione) di sovranità alla quale gli ordinamenti nazionali sovrani si sono prestati, in effettiva aderenza al disegno delineato dalla Corte di giustizia nelle c.d. pronunce fondative.⁴⁰

Il dato della persistente sovranità degli Stati membri, che la dottrina pluralista ha il pregio di evidenziare il modo inequivoco, risulta a sua volta strettamente legato all'interpretazione del fenomeno della differenziazione, sia *in senso ampio* che *in senso stretto*, come un elemento

l'appréciation de l'effectivité d'un ordre juridique prévu par ce traité. Così **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit. sub n. 37, p. 305, *sub* nota 17, rinviando, sulla necessità di adottare codesto approccio teorico a **PICCHIO FORLATI L.**, *La partecipazione al dialogo del diritto internazionale*, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 1992, p. 799-811, p. 801 ed a **PICCHIO FORLATI L.**, *Il fondamento giuridico dell'Unione europea: Trattato o Costituzione?*, in *Studi in onore di G. Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 1378.

³⁹ Cfr. **PICCHIO FORLATI L.**, *Il diritto dell'Unione europea fra dimensione internazionale e transnazionalità*, *Jus*, 1999, p. 461-473; **PICCHIO FORLATI L.**, *Il fondamento giuridico dell'Unione europea...*, già cit. sub n. 38, p. 1377-1386.

⁴⁰ Il riferimento è evidentemente alla Sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*, causa 26-62, in *Racc.* 03 ed alla Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, *Flaminio Costa contro E.N.E.L.*, Causa 6-64, in *Racc.* 1141). I rilievi svolti sembrano, al contrario, sfuggire alla lettura secondo la quale: «[i]ntegration leading away from public international law towards the Community system of shared sovereignty changed the EC as much as the Member States. The former evolved from an international treaty to legal order of a constitutional nature. The latter gradually opened themselves to the exercise of public power from outside their territory. Thereby, the old dichotomy of public international law and national law with its distinguishing feature of territorial reach of national law became increasingly less important. The dichotomy was replaced by an evolving network of structures for the exercise of public power in a system of shared sovereignty. The first and most visible aspect thereof was the creation of a judicial network of courts. The second aspect of shared sovereignty, the integration of the legislative and executive power, became increasingly structured in networks which have often evolved beyond formally set rules in the founding Treaties [...]». Cfr. **HOFMANN H. C.**, *Conflicts and Integration: Revisiting Costa v ENEL and Simmenthal II*, in **POIARES MADURO M.**, **AZULAI L.** (eds), *The Past and the Future of EU Law, The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, 2010, p. 60-69, a p. 63.

essenziale del sistema comunitario, ossia connaturato all'ordinamento giuridico dell'Unione europea.).

Al contrario, non si ritiene qui di condividere la tesi dottrinale che afferma l'esistenza di un c.d. *principio di unità* del diritto dell'Unione – altrimenti detto “*all or nothing effect*” del diritto comunitario -,⁴¹ rispetto al quale la differenziazione risulta ammissibile solamente in quanto compromesso di natura politica delle contrastanti istanze degli Stati membri, mentre non trova alcun fondamento autenticamente giuridico nell'ordinamento comunitario. Questa tesi, che invero risultava assai diffusa nella letteratura del passato, è stata recentemente recuperata da una parte della dottrina al fine di criticare il massiccio ricorso agli strumenti internazionalistici, ed in parte anche per criticare il più modesto ricorso alla cooperazione rafforzata, da parte degli Stati membri, nella gestione delle recenti situazioni di disaccordo politico in Consiglio (concernenti la c.d. Crisi dell'Eurozona o situazioni di più ridotta urgenza), nel timore che essi possano risolversi in operazione di intenzionale quanto illegittima elusione degli obblighi assunti dagli Stati con l'adesione all'Unione.

Riportando i termini della questione dal piano politico a quello giuridico, la tesi che qui si ritiene di sostenere è quella per cui l'integrazione differenziata trova fondamento e giustificazione nello stesso ordinamento giuridico dell'Unione, nel contesto del quale essa costituisce un precipitato necessario della persistente sovranità degli Stati membri. Di conseguenza, la tensione verso l'unità dell'azione normativa comunitaria non costituisce in quanto tale un ostacolo all'impiego degli strumenti di integrazione differenziata. Essi, nondimeno, risultano assoggettati ai condizionamenti di carattere sostanziale che nel corso del tempo hanno trovato effettivamente affermazione come principi generali dell'ordinamento comune, ed eventualmente allo stesso modello dell'unità dell'azione comune,⁴² che

⁴¹ La terminologia è di Weiler. Cfr. **WEILER J.H.H.**, *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, Yearbook of European Law, 1981, p. 267-306, in particolare a p. 297; **WEILER J.H.H.**, *Community, Member States and European Integration: Is the Law Relevant?*, 1982, Journal of Common Market Studies, p. 39-56, in particolare alle p. 54 ss.

⁴² A ciò si ricollega, ad esempio, la previsione di talune delle condizioni sostanziali di ricorso alla cooperazione rafforzata ad opera dei Trattati. Ciò si verifica con riferimento all'esclusione della possibilità di farvi ricorso nei settori riservati alla competenza esclusiva dell'Unione (art. 20, par. 1, TUE) ed all'assoggettamento ad una disciplina parzialmente diversa del settore della politica estera e di sicurezza comune (o PESC; art. 329, par. 1, TFUE). In questi ambiti, il modello potrà essere unicamente quello dell'azione comune o comunque (per la PESC) dell'azione sottoposta al potere di veto di ciascun membro del Consiglio.

tuttavia non rappresenta un modo d'essere di per sé essenziale del diritto comunitario.⁴³

In questo senso, si ritiene, i limiti di legittimo ricorso agli strumenti di integrazione differenziata all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea (*differenziazione in senso stretto*) devono ricercarsi innanzitutto nella natura comunitaria del diritto che essi introducono nell'universo giuridico e di conseguenza sulla base degli elementi *strutturali* che attengono al fenomeno comunitario.⁴⁴ Ciò significa, in particolare, che il rispetto dei principi e delle norme comunitarie gerarchicamente sovraordinate da parte dell'atto integrativo dovrà essere suscettibile di un controllo giurisdizionale *autonomo* dinanzi alla Corte di giustizia;⁴⁵ che all'atto si dovranno ricollegare i tradizionali effetti spiegati dalla introduzione di una disciplina comunitaria sulla competenza degli Stati membri, in termini di *pre-emption* e di *parallelismo* tra competenze interne ed esterne;⁴⁶ ferma tuttavia l'espressa intangibilità della posizione degli Stati non partecipanti (tanto nella cooperazione rafforzata, quanto negli *opt-outs*), che restringe gli effetti delle *occupazioni di campo* sia sul piano interno, sia su quello dell'azione esterna.⁴⁷

Con riferimento alla differenziazione realizzata ricorrendo allo strumento degli accordi internazionali tra Stati membri (c.d. differenziazione *in senso ampio*), invece, essa sarà soggetta ai principi

⁴³ Cfr. *infra*, il Capitolo 2.

⁴⁴ Cfr. *infra* il Capitolo 3.

⁴⁵ La presenza dei vizi contemplati dall'art. 263 TFUE, in altre parole, sarà suscettibile di condurre direttamente all'adozione di una sentenza costitutiva della Corte di giustizia, capace di rimuovere l'atto impugnato dalla realtà giuridica ed imporre alle istituzioni adottanti ogni condotta necessaria all'esecuzione della pronuncia di annullamento. Al contrario, nei casi di differenziazione *in senso ampio*, realizzata dagli Stati membri nell'esercizio collettivo delle proprie competenze per il tramite di accordi internazionali, l'eventuale incompatibilità con il diritto comunitario dichiarata dalla Corte in sede d'infrazione, potrà praticamente imporsi agli Stati membri responsabili solo mediante la doverosa disapplicazione da parte dei giudici nazionali. Sull'importante ruolo di natura autenticamente *costituzionale* (nel senso spiegato *infra* alla Sezione 2.3) svolto in proposito dalle giurisdizioni nazionali, assicurando (il primato e così) la giustiziabilità del diritto comunitario, si rinvia *infra* alla Sezione 4.2

⁴⁶ Cfr. *infra* i Paragrafi 3.4.2 e 0.

⁴⁷ Cfr. l'art. 328 TFUE: «[I]e cooperazioni rafforzate rispettano le competenze, i diritti e gli obblighi degli Stati membri che non vi partecipano. Questi non ne ostacolano l'attuazione da parte degli Stati membri che vi partecipano».

del primato e dell'effetto diretto del diritto comunitario. Per tale via, in particolare, dovranno trovare tutela i principi di autonomia del diritto dell'Unione, di centrale rilievo in materia di creazione di nuove giurisdizioni internazionali chiamate a giudicare dell'applicazione del diritto internazionale anche nei confronti degli Stati membri, e di quello di leale collaborazione.⁴⁸

Coerentemente con le esposte premesse metodologiche, si ritiene di strutturare la presente tesi in base alla scansione che ora si provvederà ad illustrare. Il Capitolo 1 sarà dedicato ad una introduzione del tema dell'integrazione differenziata e dei suoi rapporti con l'ordinamento giuridico dell'Unione, esponendone gli sviluppi all'interno del dibattito politico e l'evoluzione normativa. In particolare, si illustreranno i diversi modelli teorici della differenziazione da realizzare con strumenti di diritto comunitario che nel corso del tempo sono stati proposti come ammissibili dalla dottrina politica e le soluzioni concretamente adottate in sede di revisione dei Trattati. Procedendo in questo modo, si illustrerà come originariamente l'integrazione differenziata *in senso stretto* fosse ritenuta utilizzabile solo ove realizzata in considerazione delle differenze di carattere socio-economico tra gli Stati membri, in sede di elaborazione dei nuovi passaggi del processo di integrazione, e pertanto solo ove costituisse applicazione del principio generale di non discriminazione. Solo successivamente essa è stata ritenuta suscettibile di essere impiegata anche al fine di assicurare l'applicazione differenziata del diritto comune nelle istanze di dissenso politico tra gli Stati membri. Ciò avveniva, in un primo momento, mediante il processo di revisione dei Trattati, com'è avvenuto con l'adozione del Trattato di Maastricht, il quale ha introdotto a livello di diritto primario la differenziazione consistente nei regimi di *opt-out* concernenti l'Unione Economica e Monetaria,⁴⁹ e nel c.d. Protocollo Sociale.⁵⁰ Successivamente, con l'adozione del Trattato di Amsterdam del 1997, gli Stati membri hanno generalizzato la possibilità di ricorrere alla differenziazione politica in tutti i settori di competenza non concorrente dell'UE, mediante l'istituto della cooperazione rafforzata. Proprio con riferimento a quest'ultimo, la Sezione 1.2 del Capitolo 1 sarà dedicata all'esposizione del *case study* del c.d. Pacchetto bevetti, costituente una delle primissime (e sino ad ora forse la più interessante) ipotesi di

⁴⁸ Cfr. *supra* n. 45.

⁴⁹ Al contrario, l'applicazione del sistema dei criteri di convergenza, veniva ricondotta all'idea tradizionale di *multi-speed*. Così, ad esempio, **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13.

⁵⁰ Protocollo sulla Politica Sociale allegato al Trattato di Maastricht, in GU C 191, 29.7.1992.

impiego della cooperazione rafforzata da parte del legislatore comunitario. In particolare, dapprima si esporrà il *background* fattuale ed i precedenti tentativi di armonizzazione del sistema di protezione brevettuale in seno all'UE, mentre in un secondo momento si passerà all'analisi del nuovo Pacchetto brevetti, adottato fra il 2012 ed il 2013, a seguito dell'autorizzazione della cooperazione rafforzata da parte del Consiglio dell'UE, al termine del 2010; da ultimo, infine, si esporranno le questioni dottrinali sollevate dal Pacchetto brevetti in punto di legittimo impiego delle tecniche di differenziazione, solo in parte affrontate dalla Corte di giustizia nelle sue recenti pronunce. Ad esse si cercherà di rispondere attraverso l'analisi proposta nel corso della presente tesi.

Come anticipato, il Capitolo 2 sarà invece dedicato all'esposizione dei fondamenti metodologici dell'analisi giuridica qui proposta, oltre che ad alcune notazioni più generali inerenti il processo di integrazione. Muovendo dalle basi teoriche della dottrina *pluralista* si procederà innanzitutto ad analizzare la nozione di *integrazione* all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione, definendo le relazioni intercorrenti tra il diritto comunitario ed il diritto internazionale, ed affrontando il tema dell'impiego delle categorie proprie del diritto *costituzionale* nel contesto del primo. Le conclusioni accolte su tali basi saranno in un secondo momento valutate alla luce dell'esame delle recenti novità introdotte in sede di diritto primario da parte del Trattato di Lisbona.

Il Capitolo 3 sarà dedicato alla prima parte dell'analisi giuridica qui proposta, finalizzata all'elaborazione di una definizione giuridica rigorosa della nozione di integrazione differenziata, alla sua articolazione in categorie in base alle fonti del diritto dalle quali le diverse forme di differenziazione traggono origine ed alla illustrazione dei rapporti che ciascuna delle diverse categorie individuate presenta con il diritto comunitario unitario. A tal fine, si provvederà in primo luogo a definire il fenomeno dell'integrazione differenziata sulla base delle premesse metodologiche illustrate nel Capitolo 2, distinguendolo da altri istituti giuridici, talora erroneamente ad esso assimilati in letteratura. Si passerà poi ad illustrare le giustificazioni giuridiche dell'integrazione differenziata *in senso ampio* ed il legame essenziale che essa presenta con la persistente sovranità degli Stati membri, le diverse configurazioni che può assumere e la sua evoluzione storica. Su tali basi si affronterà, dunque, la questione dei limiti di legittimo impiego della differenziazione realizzata tramite accordi internazionali *inter se*, considerando in particolare i profili della competenza, della compatibilità sostanziale col diritto comunitario e dei modi in cui è operato il controllo giurisdizionale. In secondo luogo, si esamineranno gli istituti di integrazione differenziata *in senso stretto*, esponendone l'evoluzione storico-giuridica ed illustrandone, anche in

questo caso, i fondamenti giuridici ed il legame con la persistente sovranità degli Stati membri nel contesto dell'ordinamento comunitario. L'ultima parte del Capitolo 3, sarà infine dedicata all'istituto della cooperazione rafforzata: dapprima se ne esporrà l'evoluzione storica, evidenziando la progressiva valorizzazione degli elementi propri del metodo comunitario operata dal legislatore comunitario mediante la graduale riforma del diritto primario che disciplina la cooperazione; alla luce dell'analisi così svolta si procederà dunque ad analizzare il modo di operare, rispetto all'istituto, del principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 TUE e di quello di leale cooperazione ex art. 4, par. 3, TUE; in ultima battuta, si esamineranno i rapporti intercorrenti tra la cooperazione rafforzata e gli accordi internazionali *inter se* adottati dagli Stati membri nelle materie di competenza comunitaria concorrente.

Il Capitolo 4, infine, sarà dedicato all'esame dei limiti imposti alla differenziazione dai principi generali dall'ordinamento comunitario. In primo luogo, si considererà in maggior dettaglio la dottrina del c.d. *all or nothing effect* del diritto comunitario, i suoi corollari e le opinioni dottrinali che recentemente vi hanno fatto appello. In tale contesto, si esamineranno e si criticheranno gli argomenti richiamati dai sostenitori di tale dottrina per giungere, infine, all'esposizione delle motivazioni che spingono a non accoglierla. Esclusa l'esistenza di un principio di *unità* dell'ordinamento comunitario, si passerà all'analisi dei limiti che i principi *costituzionali* (*rectius* strutturali e necessari) dell'ordinamento impongono al fenomeno della differenziazione ammissibile. Il tema richiama quello del c.d. *unconstitutional constitutional amendment*, tipicamente oggetto di riflessioni da parte della dottrina di diritto costituzionale statale.⁵¹ Pur non condividendo l'impiego della terminologia *costituzionale* nel contesto dell'ordinamento giuridico comunitario, per le ragioni che saranno esposte più nel dettaglio già nel corso del Capitolo 2, si cercherà di comprendere se ed in quale modo il ricorso agli strumenti di differenziazione trovi un limite nei principi *strutturali* inerenti il modo d'essere del diritto comunitario,

⁵¹ Solo per citare alcuni esempi, cfr. **ROZNAI Y.**, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, 2017; **HALMAI G.**, *Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?*, *Constellations*, 2012, p. 148–348; **PFERSMANN O.**, *Unconstitutional constitutional amendments: a normativist approach*, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2012, p. 81–113; **BERNAL C.**, *Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine*, *International Journal of Constitutional Law*, 2013, p. 339-357; **ALBERT R.**, *The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada*, Boston College Law School Legal Studies Research Paper No. 376, 2016, consultabile presso: <https://ssrn.com/abstract=2649447>.

così come sino ad ora effettivamente affermatosi ed *autocostituitosi*. In particolare, ci si dedicherà all'esame dei limiti che il principio di *autonomia* del diritto dell'Unione impone all'introduzione di forme più estese ed "aggressive" di differenziazione, ed all'illustrazione del ruolo «essenziale ai fini della tutela del carattere comunitario del diritto istituito dai Trattati»⁵² che la Corte di giustizia ha recentemente riconosciuto all'istituto del rinvio pregiudiziale, nella sua giurisprudenza in punto di creazione di sistemi giurisdizionali internazionali di cui siano parte gli Stati membri.⁵³ Da ultimo, nel Capitolo 5, si applicheranno le riflessioni operate nel contesto dell'analisi giuridica agli interrogativi sollevati dal Pacchetto brevetti in punto di legittimo ricorso alle tecniche di integrazione differenziata, esponendo le conclusioni sul punto raggiunte.

⁵² Parere della Corte in seduta plenaria dell'8 marzo 2011, *Parere emesso ai sensi dell'art. 218, n. 11, TFUE - Progetto di accordo - Creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti - Tribunale dei brevetti europeo e comunitario - Compatibilità di tale progetto con i Trattati*, Parere 1/09, in *Racc.*, 1137, p. 83.

⁵³ Sulla stessa linea, nel Parere 2/13 del 18 dicembre 2014, relativo alla compatibilità con il diritto dell'Unione del progetto di accordo di adesione dell'UE alla CEDU (Parere della Corte in seduta plenaria del 18 dicembre 2014), la Corte ha affermato che: «[...] le condizioni alle quali i Trattati subordinano l'adesione mirano, in modo particolare, a garantire che quest'ultima non incida sulle caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione. A questo proposito occorre ricordare che tra queste caratteristiche figurano quelle relative alla struttura costituzionale dell'Unione, che si riflette nel principio di attribuzione delle competenze contemplato agli articoli 4, paragrafo 1, e 5, paragrafi 1 e 2, TUE, nonché nel quadro istituzionale definito agli articoli da 13 TUE a 19 TUE. A ciò si aggiungono le caratteristiche specifiche attinenti alla natura stessa del diritto dell'Unione. In particolare, come rilevato più volte dalla Corte, il diritto dell'Unione si caratterizza per il fatto di derivare da una fonte autonoma, costituita dai Trattati, per il suo primato sul diritto dei singoli Stati membri (v., in tal senso, sentenze *Costa*, EU:C:1964:66, pagg. 1144 e 1145, nonché *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114, punto 3; parere 1/91, EU:C:1991:490, punto 21; parere 1/09, EU:C:2011:123, punto 65, e sentenza *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, punto 59), nonché per l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini di detti Stati membri nonché agli Stati stessi (sentenza *van Gend & Loos*, EU:C:1963:1, pag. 23, e parere 1/09, EU:C:2011:123, punto 65). Tali caratteristiche essenziali del diritto dell'Unione hanno dato vita ad una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano, in modo reciproco, l'Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché, tra di loro, gli Stati membri, ormai impegnati— come ricordato all'articolo 1, secondo comma, TUE — in un «processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa» (p. 164-167, sottolineatura aggiunta).

CAPITOLO 1: I MODELLI DELL'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA PROPOSTI NEL DIBATTITO POLITICO ED IL CASO DEL BREVETTO EUROPEO CON EFFETTO UNITARIO

SOMMARIO: SEZIONE 1.1: *I modelli teorici di integrazione differenziata* - 1.1.1 *I modelli dell'integrazione differenziata proposti nel dibattito politico* - (a) *Differenziazione tradizionale e principio di progressività dell'azione comunitaria* - (b) *Integrazione differenziata multi-speed ed Europa a più velocità* - (c) *Integrazione differenziata politica à la carte e geometria variabile nel Trattato di Maastricht* - (d) *Geometria variabile nel Trattato di Amsterdam* - (e) *Integrazione differenziata nell'ordinamento comunitario post Amsterdam* - 1.1.2 *I modelli elaborati dalla dottrina e le ambiguità definitorie: l'esigenza di una definizione giuridica rigorosa del fenomeno della differenziazione e dei limiti del suo legittimo impiego* - SEZIONE 1.2: *Il c.d. pacchetto sul brevetto europeo con effetto unitario come case study* - 1.2.1 *I precedenti tentativi di armonizzazione della tutela brevettuale in Europa e la Convenzione di Monaco sul Brevetto Europeo* - (a) *La Convenzione di Monaco sul Brevetto europeo* - (b) *Il progetto di Convenzione sul Brevetto Comunitario e il c.d. Accordo di Lussemburgo* - (c) *Il progetto di regolamento sul brevetto comunitario* - (d) *Il dibattito in ordine alla creazione di un sistema giurisdizionale specializzato ed il Parere 1/09 della Corte di giustizia* - 1.2.2 *Il c.d. Pacchetto sul brevetto europeo con effetto unitario ed il ricorso agli strumenti di integrazione differenziata* - (a) *La cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria* - (b) *L'introduzione della nuova disciplina sostanziale di brevetto: il Regolamento n. 1257/2012 e gli importanti rinvii alla CBE ed all'Accordo TUB* - (c) *La tutela giurisdizionale e l'Accordo TUB* - 1.2.3 *I dubbi espressi dalla dottrina ed il contenzioso dinanzi alla Corte di giustizia* - (a) *Le critiche concernenti il ricorso alla cooperazione rafforzata per la creazione di un brevetto europeo con effetto unitario e la Sentenza della Corte di giustizia del 16 aprile 2013* - (b) *Le critiche inerenti il mancato rispetto del principio di autonomia del diritto dell'Unione europea: il nuovo diritto sostanziale di brevetto* - (c) *Le critiche inerenti il mancato rispetto del principio di autonomia del diritto dell'Unione europea: il nuovo Accordo TUB e la sua dubbia compatibilità con le censure mosse dalla Corte di giustizia nel Parere 1/09.*

SEZIONE 1.1: I MODELLI TEORICI DI INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA

1. Come si è avuto modo di accennare più sopra, una parte considerevole delle critiche dottrinali che sono state avanzate con riferimento al nuovo Pacchetto brevetti fanno riferimento all'inosservanza, da parte del legislatore comunitario, dei limiti imposti dall'ordinamento all'impiego delle tecniche di c.d. *integrazione differenziata* nella produzione del diritto, ed in particolare all'inosservanza delle norme e dei principi generali che governano il ricorso all'istituto della cooperazione rafforzata e agli accordi

internazionali tra Stati membri. All'interno della presente sezione si cercherà di dare una prima definizione del fenomeno, illustrando, inoltre, i modelli teorici che ne hanno accompagnato l'introduzione all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Come si argomenterà una volta terminata tale esposizione, l'esistenza di una pluralità di modelli, soltanto in parte recepiti dal legislatore comunitario, ha fatto sì che in dottrina si sviluppasse molteplici definizioni del fenomeno, spesso solamente in parte sovrapponibili le une alle altre e, complessivamente, alla realtà del dato normativo.

2. La locuzione “*integrazione differenziata*” non trova riscontro nei Trattati comunitari, né riceve definizione da parte di altre fonti del diritto comunitario. Ciò che il Trattato sull'Unione europea considera espressamente è il solo istituto della *cooperazione rafforzata*, il quale appartiene all'insieme più ampio delle c.d. tecniche di integrazione differenziata che possono realizzarsi *all'interno* dell'ordinamento giuridico UE (integrazione differenziata c. d. *in senso stretto*).
3. Ad una primissima approssimazione, è possibile definire il concetto di *integrazione differenziata* nell'Unione europea come inclusivo di tutte le istanze in cui soltanto alcuni degli Stati membri approfondiscono il livello di integrazione tra loro, mediante la produzione di *nuove* norme giuridiche vigenti nei loro rapporti.⁵⁴ In termini più generali, si può definire l'integrazione differenziata come la tecnica integrativa attraverso la quale gli Stati membri che hanno instaurato una forma di integrazione basata su un determinato modello integrativo internazionale realizzano alcuni degli obiettivi ad essi comuni, avvalendosi, nel caso specifico, di un modello integrativo diverso da quello che utilizzano in via principale, pur sempre agendo in conformità alle scadenze temporali e/o in linea con l'ambito obiettivo e soggettivo di applicazione di quest'ultimo.⁵⁵
4. Più precisamente, secondo una categorizzazione che appare condivisibile la nozione appena esposta corrisponde al concetto di

⁵⁴ Per ragioni di semplicità, al fine di offrire una primissima definizione generale del concetto di integrazione differenziata, si utilizza qui il termine *integrazione* come riferentesi a qualunque forma di collaborazione nell'attività di produzione normativa tra Stati. Per un'analisi più approfondita dei rapporti che intercorrono tra la nozione di *integrazione differenziata* ed il concetto di *integrazione*, così come riferito al fenomeno dell'integrazione degli ordinamenti giuridici degli Stati membri nell'Unione europea (*i.e.* il fenomeno dell'*integrazione europea*), si rinvia al prossimo capitolo.

⁵⁵ Così afferma **DE SMIJTER E.**, *The External Relations of a Differentiated European Community*, già citato sub n. 2, p. 269-298.

integrazione differenziata in senso ampio,⁵⁶ così definita in quanto comprensiva di tutte le ipotesi in cui, nel procedere nel livello di integrazione, «*les Etats membres de l'Union européenne, ou leurs citoyens, ne seraient pas soumis à un régime juridique uniforme, alors que l'on se trouvait pourtant dans le champ d'application potentiel des traités*».⁵⁷ Esso pertanto ricomprende sia le ipotesi d'integrazione differenziata realizzata all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione (c.d. *integrazione differenziata in senso stretto*),⁵⁸ tra le quali si collocano la cooperazione rafforzata e le istanze di differenziazione direttamente previste o autorizzate dai Trattati istitutivi, sia le ipotesi di integrazione differenziata *in senso ampio*, realizzate *al di fuori dell'ordinamento giuridico dell'Unione*, mediante la conclusione di accordi internazionali tra alcuni Stati membri soltanto (c.d. *accordi inter se*).⁵⁹

⁵⁶ Cfr. **STUBB A.**, *A Categorization of Differentiated Integration*, Journal of Common Market Studies, June 1996, p. 283-295, a p. 283, ove si parla del concetto di differenziazione in termini di: «[...] *model of integration strategies that try to reconcile heterogeneity within the European Union and allow different groupings of Member States to pursue an array of public policies with different procedural and institutional arrangements*»; cfr. anche **DE BÚRCA G.**, *Legal Principles as an instrument of differentiation? The principles of proportionality and subsidiarity*, in DE WITTE B., HANF D., DE VOS H. (eds.), *The many faces of differentiation*, Intersentia, Antwerp, 2001, p. 131-144, a p. 132, ove la differenziazione viene definita nei seguenti termini: «[...] *the facilitation and accomodation of a degree of difference between member States or regions in relation to what would otherwise be Community or Union policies*».

⁵⁷ Così **BRIBOSIA H.**, *De la subsidiarité à la coopération renforcée*, in LEJEUNE Y. (ed.), *Le traité d'Amsterdam - Espoirs et déceptions*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 23-92, p. 50.

⁵⁸ Cfr. **DOUGAN M.**, *The Unfinished Business of Enhanced Cooperation: Some Institutional Questions and their Constitutional Implications*, in OTT A., DE VOS E. (eds.), *Fifty Years of European Integration: Foundations and Perspectives*, T.M.C.Asser Press, The Hague, 2009, p. 157-179, a p. 157: «*'flexibility' might be roughly be defined as the possibility that one or more Member States may chose or even be obliged to remain permanently outside the scope of certain activities pursued within the Union's legal framework*». Cfr. anche **HERLIN-KARNELL E.**, **KONSTADINIDES T.**, *EU Constitutional Principles as Housekeeping Rules in EU External Variable Geometry*, in BLOCKMANS S., *Differentiated integration in the EU. From inside looking out*, CEPS, 2014, p. 26-36, a p. 26: «[...] *despite its very broad terminology, the notion of variable geometry or 'differentiation' is generally taken to mean the accomplishment of EU objectives in the framework of different grades of integration within the EU constitutional settings*».

⁵⁹ La distinzione tra differenziazione realizzata all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione ed all'esterno dello stesso è di frequente adottata nella dottrina. Cfr., anche, *ex multis*, **EHLERMANN, C.-D.**, *Increased Differentiation or Stronger Uniformity*, già cit. sub n. 13, p. 7-8; **HUILLET S.**, *L'europe a geometrie variable. Experiences et perspectives*, memoire de DEA, Paris 2, 1997, p. 7-28; **DE LA MALÉNE C.**, *Les coopérations renforcées dans l'Union européenne*, Déléation du Sénat pour l'Union européenne, Rapport d'information n. 351, 1996-07, p. 32; **GUILLARD C.**, *L'intégration*

5. Accanto alle distinzioni appena riportate si colloca la dicotomia tra differenziazione *positiva* e *negativa*. Mentre nel primo caso la differenziazione comporta la produzione di nuove norme giuridiche che determinano la possibilità, per un certo numero di Stati membri, di procedere assieme nel perseguimento dei loro obiettivi comuni, con l'espressione differenziazione *negativa* ci si riferisce piuttosto all'esclusione - temporanea o permanente - dall'applicazione della disciplina comune di uno o più Stati membri o regioni.⁶⁰ Infine, si ritiene di richiamare sin da ora l'ulteriore distinzione tra l'integrazione differenziata fondata sull'applicazione del principio di non discriminazione (o differenziazione *tradizionale*),⁶¹ e quella che trova origine nel dissenso di natura politica espresso da taluni Stati membri (differenziazione *politica*).⁶² Nel primo caso le differenze di trattamento che si ricollegano alla disciplina differenziata sono accordate in applicazione del principio generale di non discriminazione, sicché dovranno necessariamente basarsi su obiettivi e peculiari condizioni di carattere socio-economico che connotano gli Stati membri destinatari del trattamento differenziato ed avranno pertanto in linea di principio carattere temporaneo.
6. Ciò premesso, i fondamenti giuridici e la *ratio* del fenomeno dell'*integrazione differenziata* (o *differenziazione*) appaiono suscettibili di essere ricostruiti diversamente a seconda del modello teorico accolto nell'interpretazione del fenomeno dell'integrazione europea. All'esame di tale questione sarà dedicato il prossimo capitolo. Nella presente sezione si tenterà invece di riassumere gli sviluppi intervenuti nel corso del tempo in ordine ai principali modelli teorico-politici di integrazione differenziata proposti dai vari *leaders* europei che ne

différenciée dans l'Union européenne, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 8-33; **ROSSI L.S.**, *Commento all'art. 20 TUE*, in TIZZANO A., *Trattati dell'Unione europea*, 2014, p. 217-222; **DE WITTE B.**, *Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union*, in DE BÚRCA G., SCOTT J. (eds.), già cit. sub n. 6, p. 31- 58; **BRIBOSIA H.**, *De la subsidiarité à la coopération renforcée*, già cit. sub n. 57; **BLANKE H.-J.**, **MANGIAMELI S. (eds.)**, *The Treaty on European Union (TEU)*, già cit. sub n.17, p. 787-830.

⁶⁰ Cfr. **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13

⁶¹ Così è definita da Ehlermann, uno dei primi studiosi del fenomeno, in **EHLERMANN C.-D.**, *How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of "Two-Speeds"*, *The Michigan Law Review*, Vol. 82, No. 5/6, Festschrift in Honor of Eric Stein Apr.- May 1984, p. 1274-1293.

⁶² Altrimenti definita come differenziazione *sovranazionale* da Thym in **THYM D.**, *The Evolution of Supranational Differentiation*, WHI Paper 3/2009.

hanno supportato l'applicazione, così come le teorizzazioni dottrinali che li hanno accompagnati. Ad entrambi i livelli, infatti, si è registrata una focalizzazione sull'elaborazione dei paradigmi cui doveva ispirarsi la concreta implementazione delle tecniche di differenziazione che mano a mano venivano tollerate o forgiate *ex novo* dal legislatore comunitario, mediante l'introduzione di apposite previsioni giuridiche. Un elemento comune ai vari modelli che si illustreranno si riscontra nel fatto che essi in buona sostanza si proponevano come più o meno astratte soluzioni di compromesso tra le concrete esigenze manifestate dalla politica europea e quello che da molti veniva additato come *principio di unità dell'azione comune degli Stati membri*; era perciò in quest'ottica di compromesso che si riteneva dovessero trovare la propria giustificazione ed il proprio trattamento giuridico le istanze di differenziazione.⁶³ In questo senso, è stato affermato in dottrina che la cooperazione rafforzata deve definirsi come «*l'espressione in termini giuridici della mediazione tra l'ampliamento e l'approfondimento dell'Unione [...]*».⁶⁴

1.1.1 I modelli dell'integrazione differenziata proposti nel dibattito politico

(a) Differenziazione tradizionale e principio di progressività dell'azione comunitaria

7. Il primissimo modello di integrazione differenziata teorizzato nel dibattito politico e dottrinale risale alla nascita dell'ordinamento comune ed è quello della costruzione progressiva (o graduale) dell'ordinamento comunitario, basato sul c.d. *principio di progressività dell'integrazione comunitaria*. In questo contesto, l'integrazione differenziata veniva concepita come funzionale alla realizzazione graduale degli obiettivi dell'ordinamento e perciò poteva investire solamente l'elemento cronologico dell'applicazione della disciplina comune. In altri termini, ferma l'applicabilità della disciplina comune rispetto a tutti gli Stati membri, si ammetteva che per alcuni di loro essa potesse divenire efficace solo in un secondo momento.
8. Le origini del principio, già allora, venivano comunemente individuate nella Dichiarazione Schuman, ritenuta come la primissima teorizzazione del concetto di *flessibilità*, che a sua volta costituiva

⁶³ Cfr. *infra* la Sezione 4.1.

⁶⁴ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak nella causa C-77/05, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc. I-11459*, p. 83; e nella causa C-137/05, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc. I-11593*, p. 77.

applicazione del principio di non discriminazione fra Stati membri accolto nella Comunità,⁶⁵ mentre le clausole che ammettevano alcune puntuali ipotesi di trattamento differenziato degli Stati membri contenute nel Trattato di Roma, sulle quali ci si soffermerà più oltre, ne venivano considerate i primi esempi concreti.⁶⁶

9. Il contesto dottrinale in cui trovava sviluppo il modello della costruzione graduale dell'ordinamento comunitario era caratterizzato dalla vigenza indiscussa del *dogma* dell'unità dell'azione comune degli Stati membri (altrimenti chiamato come *principio di unità dell'azione comune*). Il modello integrativo predominante, rimasto indiscusso in sede politica fino agli inizi degli anni Settanta,⁶⁷ infatti, era quello governato da quello che successivamente sarebbe stato denominato da Joseph Weiler come principio dell'«*all or nothing effect*» del diritto comunitario. Esso traeva origine direttamente dalla *membership* dell'Unione, e veniva riassunto nei seguenti termini: «*whereas Member States retain the ultimate political option of withdrawing from the Community and thereby disengaging from their obligation of membership [...] as long as they opt for membership they are largely unable to practice selective application of Community obligations*». Il rifiuto della possibilità per gli Stati membri di procedere ad una «*selective exit*», così come veniva denominata dall'illustre Autore la partecipazione selettiva alle politiche comuni, trovava giustificazione nell'effettiva mancanza di qualunque disciplina comunitaria a formazione differenziata - ossia implicante una integrazione differenziata determinata da ragioni di natura politica, nei termini più sopra evidenziati - così come nel sostanziale misconoscimento della natura innanzitutto internazionalistica dell'ordinamento - alla quale, come si dirà meglio oltre, al contrario si ricollegava già a quel tempo la possibilità per gli Stati membri tanto di un'uscita *tout court*, quanto di una *selective exit*, fossero esse lecite o

⁶⁵ Cfr. la Dichiarazione del Ministro degli esteri francese Robert Schuman del 9 maggio 1950: «L'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme [...]. La fusione della produzioni di carbone e di acciaio assicurerà subito la costituzione di basi comuni per lo sviluppo economico, prima tappa della Federazione europea [...]».

⁶⁶ Cfr. **BECERRIL B.**, *The regulation of enhanced cooperation and its reform in Lisbon: Towards a model of differentiation that is closer to the community method*, già cit. sub n. 15, p. 11-22 e la dottrina richiamata *infra* al Paragrafo 3.3.1 dedicato alle istanze di differenziazione presenti già nel Trattato di Roma.

⁶⁷ In dottrina, il *dogma* dell'unità dell'azione comune sarebbe rimasto intatto per molti altri anni ancora. Cfr. *infra*, la Sezione 4.1, dedicata alla compatibilità della differenziazione con il principio di unità dell'azione comune. Cfr., per ora, **WEILER J.H.H.**, *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, già cit. sub n. 41, in particolare a p. 297 e, dello stesso Autore, *Community, Member States and European Integration: Is the Law Relevant?*, già cit. sub n. 41, in particolare a p. 54 ss.

meno dal punto di vista dei Trattati istitutivi. Pertanto, si argomentava, per procedere ad un'integrazione disomogenea gli Stati membri avrebbero potuto ricorrere ai classici strumenti di diritto internazionale, e concludere degli accordi internazionali tra di loro (c.c.d.d. accordi *inter se*).

10. Ciò precisato, il modello della costruzione graduale dell'ordinamento, nonostante finisse per ammettere la possibilità di una differenziazione nel regime applicabile ai diversi Stati membri, non si poneva necessariamente in contrasto con la visione che abbracciava il principio di unità dell'azione comunitaria. La differenziazione secondo il principio di progressività poteva infatti trovare spazio all'interno dell'ordinamento comune unicamente finché si fosse limitata a distorcere il solo elemento cronologico dell'applicazione generalizzata della disciplina comune, che rimaneva tale innanzitutto con riferimento al suo *iter* di produzione ed emendamento. Ciò, si riteneva, conseguiva all'applicazione del principio di progressività siccome espressione del principio di non discriminazione tra gli Stati membri. Come si preciserà meglio nel corso dell'analisi giuridica, si riteneva espressivo del principio di eguaglianza il trattamento differenziato degli Stati membri che versavano in una situazione di obiettiva arretratezza o difficoltà dal punto di vista socio-economico rispetto agli altri, e che pertanto non potevano partecipare allo *step* integrativo programmato in condizioni di parità rispetto agli altri. In questi casi, la differenziazione informata al principio di progressività avrebbe consentito un'applicazione graduale della normativa comune nei confronti degli Stati membri che versavano in tali condizioni, fermo l'obiettivo della sua applicazione generalizzata nel lungo periodo. In questo senso, le prime forme di differenziazione tollerate nella pratica in aderenza al modello dell'azione comunitaria progressiva, e così fedeli al dogma dell'azione *unitaria* degli Stati membri, sono state definite "*differenziazione tradizionale*" dalla dottrina. Conformemente a questa impostazione, nessuna forma di differenziazione determinata da ragioni di natura politica risultava ammissibile nella produzione del diritto comune.⁶⁸

(b) Integrazione differenziata multi-speed ed Europa a più velocità

11. Alla differenziazione *tradizionale*, associata all'idea di graduale costruzione dell'ordinamento, si avvicinavano molto le istanze di azione comune *differenziata* che sono state proposte nel dibattito politico nel periodo immediatamente successivo all'allargamento "a

⁶⁸ Sulla c.d. *differenziazione tradizionale* cfr. abbondantemente *infra*, il Paragrafo 3.3.2(a).

Nord della Comunità, avvenuto nel 1973. In tale contesto, infatti, era opinione comune che il numero più elevato e la crescente eterogeneità degli Stati membri della Comunità avrebbero reso piuttosto difficile, se non impossibile, una progressione nell'adozione del diritto comune che avesse luogo contemporaneamente per tutti e in tutti i settori politici. Ciò risultava aggravato dalla previsione, per l'esercizio della maggior parte delle basi giuridiche nei Trattati, del voto all'unanimità in Consiglio.⁶⁹

12. In questo scenario, nel novembre del 1974, nel bel mezzo di un'autentica *paralisi* dell'azione normativa causata dalla strenua opposizione del Regno Unito all'armonizzazione della disciplina bancaria e societaria, il cancelliere tedesco Willy Brandt, nell'ambito di un discorso tenuto presso l'Organizzazione Francese del Movimento Europeo a Parigi, invocò per la prima volta l'idea di un'Europa a più velocità (*multi-speed Europe*).⁷⁰ Secondo Brandt, la Comunità non sarebbe stata indebolita ma, al contrario, sarebbe andata incontro ad un rafforzamento, qualora gli Stati membri economicamente più solidi fossero stati ammessi a procedere, in prima battuta, ad una maggiore integrazione economica soltanto tra di loro. Agli Stati membri economicamente più deboli, invece, sarebbe stata consentita la partecipazione alla disciplina comune soltanto in un momento successivo, una volta che si fossero trovati nelle condizioni per poterlo fare.⁷¹
13. La differenziazione proposta da Brandt, trovava pertanto giustificazione nelle obiettive condizioni di minore possibilità economica in cui versavano alcuni membri del consorzio europeo. Dal punto di vista giuridico, questo modello si traduceva nell'introduzione di forme di *esenzione temporanea* dall'applicazione della disciplina comune, altrimenti per tutti vincolante. In questo primo sviluppo, pertanto, la tecnica di integrazione *multi-speed* non comportava una divisione permanente della Comunità in gruppi distinti, ancorché individuati su basi obiettive: il concetto di *Abstufung*

⁶⁹ Si tratta dell'allargamento che ha visto l'accessione all'ordinamento interindividuale europeo di Danimarca, Irlanda e Regno Unito. Cfr. Gli Atti relativi all'adesione alle Comunità europee del Regno di Danimarca, dell'Irlanda, del Regno di Norvegia e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, in GU L 73, 27.3.1972, p. 3 *et seq.*

⁷⁰ **BRANDT W.**, *Speech to the Organisation Française du Mouvement Européen in Paris on 19 November 1974*, extracts reproduced in: Europa-Archiv (30) 1975, D 33-38, D 36.

⁷¹ Cfr. **COLINO S.M.**, *Towards Greater Flexibility or Deadlock*, The Federal Trust Online Paper, 24/04.

(*gradazione*) introdotto da Brandt, era finalizzato ad una maggiore efficienza delle politiche di integrazione, e soprattutto non era inteso a determinare una *Abkopplung* (*dissociazione*). In tutta coerenza, secondo Brandt, il processo di partecipazione graduale all'azione integrata doveva realizzarsi nel contesto del perseguimento di obiettivi comuni ed implicare, al contempo un supporto attivo in favore degli Stati economicamente non ancora pronti a prendervi parte, in piena attuazione della dichiarata componente solidaristica della concezione illustrata.⁷²

14. L'anno successivo il concetto veniva ribadito dal primo ministro belga Leo Tindemans dinanzi al Consiglio Europeo, in occasione dell'esposizione del Report sulla nozione di "Unione europea" del 1975.⁷³ Diversamente da Brandt, Tindemans si concentrava espressamente sulla politica economica e monetaria della Comunità, rispetto alla quale affermava l'inconcepibilità di qualunque programma di azione comune credibile che richiedesse necessariamente la contemporanea partecipazione di tutti gli Stati membri.⁷⁴ Le ragioni del rigetto si riportavano sempre alle crescenti

⁷² Cfr. **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, p. 137 ss.

⁷³ **TINDEMANS L.**, "Report on European Union", reproduced in EC Bulletin, Suppl. 1/1976, in particolare alle p. 20-22. Il compito gli era stato affidato dallo stesso Consiglio nel dicembre 1974. Si legge, all'esordio del Report: «[L]ors du Sommet de Paris des 9 et 10 décembre 1974, les chefs de gouvernement ont constaté que le processus de transformation de l'ensemble des relations entre les États membres, conformément aux décisions prises en octobre 1972 à Paris, avait déjà commencé et ils étaient déterminés à faire de nouveaux progrès dans cette voie. Dans cette optique, ils ont estimé qu'il était opportun que les Neuf se mettent d'accord au plus tôt sur une conception d'ensemble de l'Union européenne. Ils ont convenu de « charger Monsieur Tindemans, Premier ministre du Royaume de Belgique, de faire aux chefs de gouvernement, avant la fin de 1975, un rapport de synthèse sur la base des rapports des Institutions et des consultations qu'il mènera avec les gouvernements et les milieux représentatifs de l'opinion publique au sein de la Communauté ».

⁷⁴ Cfr. **EHLERMANN C.-D.**, *How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of "Two-Speeds"*, già cit. sub n. 61, ivi si nota come Tindemans, pur non affrontando frontalmente la questione della compatibilità con l'ordinamento giuridico dell'Unione del concetto di differenziazione, richiamasse come precedente storico la c.d. *clausola Benelux*, contenuta nel Trattato di Roma. Si tratta dell'art. 220 del Trattato di Roma (ex art. 293 TCE, abrogato dal Trattato di Lisbona), il quale prevedeva espressamente che gli Stati membri potessero concludere tra loro accordi internazionali in diverse materie, quali: il trattamento dei propri cittadini e dei cittadini degli Stati terzi, l'eliminazione della doppia imposizione fiscale, il reciproco riconoscimento delle società e delle decisioni giudiziarie. Sulla clausola si ritornerà in modo approfondito nei Paragrafi 3.1.1 e 3.2.1. Cfr. Per ora anche **WESSELS W.**, *Die Integrationsstrategie des Tindemans-Berichts*, in SCHNEIDER H., **WESSELS W.**

differenze sul piano sociale ed economico che caratterizzavano questi ultimi, le quali se sottovalutate avrebbero rischiato di determinare situazioni di stallo pericolose per l'intero processo di integrazione. Rimaneva ferma, inoltre, l'idea che gli Stati membri economicamente più solidi, procedenti tra loro nel processo di integrazione (i c.d. *pionieri dell'integrazione*), avrebbero dovuto essere vincolati a sostenere attivamente quelli più lenti.

15. Pertanto, anche con Tindemans, il modello dell'Europa a più velocità, benché focalizzato sulla disciplina del mercato interno e monetaria, restava ancorato ad un'idea abbastanza conservatrice dell'impiego delle tecniche d'integrazione, cercando di adattarle alla necessità di evitare che le difficoltà economiche di taluni Stati membri ostacolassero lo sviluppo ulteriore della costruzione europea. Soltanto la tabella di marcia fissata per la messa in atto dell'azione comune, si diceva, avrebbe subito delle variazioni. Tuttavia, si segnala anche come nel progetto di Tindemans non si prevedesse alcun termine finale entro il quale dovesse necessariamente raggiungersi l'uniformità applicativa del diritto. Ad ogni modo, in questa prima fase, nessuno spazio sembrava ammettersi per le forme di integrazione c.d. *à la carte*, basate puramente sui *desiderata* politici degli Stati membri.⁷⁵
16. Le teorizzazioni dell'integrazione *multi-speed* appena esposte, restarono prive di successo nell'immediatezza, giacché non trovarono veste concreta in alcun atto normativo. Entrambe si caratterizzavano per il fatto di riguardare interi settori delle politiche comuni, e non l'operatività di singole norme, nonché, proponevano di escludere gli Stati membri originariamente esonerati dall'applicazione della disciplina integrata dal relativo processo di adozione ed emendamento. In questi aspetti, esse si distinguevano nettamente dalle primissime ipotesi di integrazione differenziata *tradizionale* tollerate dal diritto comunitario, di cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente, le quali per lo più consistevano in deroghe temporanee concernenti gli effetti di specifiche obbligazioni previste dalla disciplina comune alla cui adozione tutti avevano partecipato. Le istanze di *multi-speed integration*, in altre parole, si avvicinavano alla differenziazione *tradizionale* solo nella misura in cui erano basate su differenze obiettive di carattere

(eds.), *Auf dem Weg zur Europäischen Union?*, 1977, p. 217-238; VANDAMME J., *Die abgestufte Integration im Tindemans-Bericht*, *Integration*, 1978, p. 83-89.

⁷⁵ Cfr. anche Parlamento Europeo, *Two-speed Europe. Research and Documentation Papers*, Political Series 11, September 1985, consultabile presso <http://aei.pitt.edu/5770/1/5770.pdf>.

economico-sociale, in applicazione più o meno espressa del principio di non discriminazione.⁷⁶

17. Le ragioni dell'iniziale insuccesso del modello della *multi-speed integration* sono state sottolineate con una certa chiarezza dalla critica dottrinale.⁷⁷ In particolare, la maggior parte degli autori ha evidenziato come esso potesse realizzarsi soltanto per *consensus*, ossia per decisione unanime di tutti gli Stati membri: difatti, si argomentava, al di fuori delle ipotesi di differenziazione *tradizionale*, sarebbe stato impensabile escludere anche solo temporaneamente dal processo di avanzamento alcuni Stati membri senza il loro consenso;⁷⁸ Inoltre, solo attraverso l'adozione per *consensus* dell'atto differenziato si poteva arginare il rischio di abusi, assicurando piena operatività alla giurisprudenza della Corte di giustizia sul principio di non discriminazione.⁷⁹ L'immediata conseguenza della necessità di adozione per *consensus*, tuttavia, era quella di restringere notevolmente l'ambito di applicazione del nuovo modello integrativo, paradossalmente limitandolo alle basi giuridiche inerenti i settori di sovranità condivisa di maggiore sensibilità statale e rendendo assai inverosimile un accordo sull'esclusione di alcuni degli Stati membri, che avrebbero dovuto prestare il proprio consenso ad *autoescludersi*. Al contempo, le *chances* di concreta implementazione dell'Europa a più

⁷⁶ Cfr. **EHLERMANN C.-D.**, *How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of "Two-Speeds"*, già cit. sub n. 61.

⁷⁷ Così come evidenziato in **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, a p. 137 ss. Per quanto riguarda la letteratura in commento, il riferimento è a **GRABITZ E., LANGEHEINE B.**, *Legal Problems Related to a Proposed "Two-Tier System" of Integration within the European Community*, già cit. sub n. 652; **LANGEHEINE B.**, *Abgestufte Integration*, *European Review*, 1983.

⁷⁸ Benché assennatamente fossero stati sollevati dei dubbi in ordine alla "realisticità" dell'ipotesi di un'autodenuncia in tal senso da parte degli Stati membri economicamente più deboli. Così **SHARRER H.-E.**, *Differenzierte Integration im Zeichen der Schlange. Utopie und Dogma in Tindemans Vorschlägen zur Wirtschafts- und Währungsunion*, in SCHNEIDER H., WESSELS W. (eds.), *Auf dem Weg zur Europäischen Union? Diskussionsbeiträge zum Tindemans Bericht. 2004*, Institut für Europäischen Politik. Adopted from Kadlecová, Bonn, in particolare a p. 153.

⁷⁹ La dottrina più attenta aveva sottolineato che la sussistenza di obiettive giustificazioni, postulata nel contesto della differenziazione tradizionale, prescindeva dalla votazione a maggioranza o per *consensus* del provvedimento che la introduceva. Difatti, si evidenziava, l'adozione all'unanimità dell'atto non ne determinava in sé la legittimità, ove questo si fosse comunque posto in contrasto con il principio di non discriminazione; allo stesso modo l'unanimità non poteva nemmeno determinare un'automatica sanatoria delle discriminazioni introdotte. Così **EHLERMANN C.-D.**, *How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of "Two-Speeds"*, già cit. sub n. 61.

velocità, venivano sensibilmente ridotte dall'estensione dell'ambito di applicazione del voto a maggioranza qualificata intervenuta con l'Atto Unico Europeo.⁸⁰ Questa modifica, difatti, contribuiva alla formalizzazione ed al consolidamento del modello *tradizionale* di integrazione differenziata nel diritto primario.⁸¹

18. Per assistere alla pratica realizzazione dell'idea di Europa a più velocità, pertanto, si è dovuta attendere l'adozione del Trattato di Maastricht, con le sue nuove previsioni concernenti la partecipazione graduale di determinati Stati membri al terzo stadio dell'Unione economica e monetaria (UEM), e così alla moneta unica. In particolare, l'applicazione dei c.c.d.d. *criteri di convergenza*, aventi la funzione di definire il grado di convergenza economica che gli Stati membri dovevano raggiungere per poter introdurre la moneta unica, implicava una differenziazione circa le tempistiche dell'implementazione della nuova normativa comunitaria. Quest'ultima, inoltre, era al contempo giustificata sulla base di fattori obiettivi ed introdotta con procedimento di revisione del Trattato (e quindi all'unanimità degli Stati membri), oltre che in vista della finale partecipazione di tutti.⁸² Fedelmente al modello esposto più sopra, infine, non erano previste scadenze temporali specifiche in ordine alla partecipazione alla disciplina comune da parte degli Stati membri *out*,⁸³ così come gli

⁸⁰ Atto Unico Europeo, in GU. L 169, 29.6.1987, p. 1 -29, artt. 6, 7, 14, 16, 18, 21, 23, 24, 25, 29.

⁸¹ Sulle istanze di differenziazione contenute nell'Atto Unico Europeo, si rinvia *infra* al Paragrafo 265(a). In dottrina alcuni affermano che lo stesso Atto Unico Europeo, in realtà, estendendo le ipotesi di differenziazione realizzabili, avrebbe attuato un primo scostamento dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di *differenziazione tradizionale* (così **AVBELJ M.**, *Differentiated Integration-Farewell to the EU-27?*, German Law Journal, 2013, p. 191-211).

⁸² I criteri di convergenza erano indicati all'articolo 109 J del trattato di Maastricht che istituisce la Comunità europea (TCE), ed erano precisati in un apposito Protocollo allegato. Essi erano, in particolare: la stabilità dei prezzi, la situazione delle finanze pubbliche, il tasso di cambio, i tassi di interesse a lungo termine. Tali criteri erano specificati nel Protocollo sui criteri di convergenza.

⁸³ Tuttavia, come evidenziato in **GUILLARD C.**, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, già cit. sub n. 59, p. 8-33, la decisione di cessazione del trattamento differenziato non dipendeva esclusivamente dagli Stati membri che ne beneficiavano: una volta raggiunti i criteri di convergenza, gli Stati membri con deroga sarebbero stati *obbligati* a partecipare al terzo stadio dell'UEM. In questo elemento, secondo l'A., il concetto di integrazione *multi-speed*, così come incorporato nelle previsioni in commento, si differenzerebbe da quello di integrazione graduale proposto da Grabitz e Iliopoulos, i quali non contemplavano alcun termine finale per l'uniforme raggiungimento degli obiettivi comuni (cfr. **GRABITZ E.**, **ILIOPOULOUS C.**, *Typologie der Differenzierungen und Ausnahmen in Gemeinschaftsrecht*, in GRABITZ E., *Abgestufte Integration: Eine Alternative zum*

stessi rimanevano esclusi dai processi decisionali insistenti nei settori di azione politica che essa investiva.⁸⁴

19. Si precisa, in ogni caso, che la maggior parte della dottrina successiva al Trattato di Maastricht riteneva sufficiente, ai fini dell'accertamento del carattere *multi-speed* di una certa disciplina, il carattere intrinsecamente temporaneo del trattamento differenziato e la sua giustificazione sulla base di obiettive condizioni socio-economiche di difficoltà degli Stati membri che ne beneficiavano. In questo modo l'ampio concetto di differenziazione *multi-speed*, anziché indicare qualcosa di sostanzialmente *distinto* dalla differenziazione *tradizionale*, finiva per ricomprenderla.⁸⁵

(c) Integrazione differenziata politica à la carte e geometria variabile nel Trattato di Maastricht

20. Parallelamente all'elaborazione delle critiche verso il concetto di integrazione *multi-speed*, nel corso degli anni Ottanta, in dottrina aveva acquisito consensi la proposta di estendere l'ambito applicativo del modello anche a quei casi in cui l'impossibilità di procedere ad un'integrazione uniforme fosse dipesa da divergenze di carattere

herkömmlichen Integrationskonzept?, N.P. Engel Verlag, Kehl am Rhein/Strasbourg, 1984, p. 31-46). L'A. ritiene, pertanto, che l'assenza di un termine finale non integri un elemento costitutivo della nozione di integrazione differenziata *multi-speed*, che di conseguenza finisce per comprendere tutte le ipotesi di integrazione differenziata imperniata sul fattore *tempo* (così anche Stubb ed altri, cfr. *infra* il Paragrafo (d)).

⁸⁴ Così **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, p. 148 ss. L'A. evidenziava uno scarto tra siffatte previsioni ed il modello teorico che si prefiggevano di seguire. Mentre quest'ultimo richiedeva pur sempre il pieno perseguimento degli obiettivi comuni, le norme ad applicazione differenziata sull'UEM non prevedevano azioni positive a sostegno degli Stati membri *out*, e di conseguenza la partecipazione finale alla disciplina comune da parte di costoro risultava tutt'altro che scontata. In altri termini, l'A. sottolineava l'esigenza che il termine finale di partecipazione degli Stati *out* fosse *certus an*, benché *incertus quando*. Questa critica si collocava al di là di ogni considerazione dell'elemento della *solidarietà* che, giuridicamente parlando, non si riteneva appartenesse necessariamente al modello, ed era vista piuttosto come un'argomentazione politica, utilizzata per aumentarne l'*appeal*. Cfr. in modo simile anche **VIGNE D.**, *Construction européenne et différenciation: la flexibilité*, in *Amicorum Liber Hector Gros Espiel Personne humaine et droit international*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 1753.

⁸⁵ Così **GUILLARD C.**, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, già cit. sub n.59, p. 8-33; **STUBB A.**, *A Categorization of Differentiated Integration*, già cit. sub n. 56, p. 283-295; **EHLERMANN C.D.**, *Differentiation, Flexibility, Closer Co-operation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty*, *European Law, Journal*, 1998, p. 246-270; **AVBELJ M.**, *Differentiated Integration-Farewell to the EU-27?*, già cit. sub n. 81.

politico, inerenti la *volontà* (anziché la *capacità*) di certi Stati membri di procedere nell'avanzamento nella disciplina comune. Fermo il paradigma della comunanza degli obiettivi fissati dai Trattati nei settori politici di competenza comunitaria, la possibilità per un gruppo di Stati pionieri di procedere in anticipo rispetto ad altri, nella prospettiva della necessaria e futura uniformità normativa, veniva riconosciuta anche ove alla base della situazione di stallo vi fosse un mero disaccordo inerente le tempistiche (il *quando*) o i contenuti (*l'an*) della specifica azione integrativa in discussione.⁸⁶

21. Invero, l'opportunità di introdurre nel sistema delle fonti comunitarie delle istanze di differenziazione basate sul dissenso politico tra gli Stati membri, nelle aree in cui non si riscontrava la presenza di obiettivi comuni secondo i Trattati, era già stata sostenuta alla fine degli anni Settanta dal sociologo e politico inglese Ralf Dahrendorf.⁸⁷ Secondo quest'ultimo, tali istanze di differenziazione avrebbero dovuto trovare applicazione solo nell'ambito delle politiche di maggior dettaglio, escludendo con ciò la possibilità, in generale, di rendere *opzionale* ogni obiettivo comune.⁸⁸ Ciò fermo, è evidente come la legittima attuazione di tale modello in seno alla Comunità postulasse una necessaria modifica del Trattato, non essendo esso giustificabile in base al principio di non discriminazione, e non potendosi garantire altrimenti il carattere temporaneo del trattamento differenziato.

⁸⁶ Così **CHARLEMAGNE**, *L'Equilibre entre les Etats Membres*, in LUDLOW P. (ed.), *L'Equilibre européen. Etudes rassemblées et publiées en hommage à Neils Erbsull, Secrétaire général du Conseil de l'Union européenne (1980-1994)*, CEPS, Brussels, 1995, p. 69; **DASHWOOD A.**, *Position Paper Preparing for the Next Enlargement*, in DASHWOOD A., (ed.), *Reviewing Maastricht, Issues for the 1996 ICG*, London, Sweet & Maxwell, 1996, p. 159 ss; **STUBB. A.**, *A Categorization of Differentiation*, già cit. sub n. 56, a p. 287.

⁸⁷ Cfr. **DAHRENDORF R.**, *A Third Europe?*, Third Jean Monnet Lecture, Florence, 26 November 1979, EUI, p. 20-21; come evidenziato in **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13. La dottrina in esame, invero, era stata preceduta dall'opera di Armand e Drancourt, che nel 1968 avevano scritto *Le Pari Européen* (cfr. **ARMAND L.**, **DRANCOURT M.**, *Le Pari Européen*, Librerie Arthème Fayard, Paris, 1968, p. 195).

⁸⁸ Cfr. **DEWOST J. L.**, *Des espaces restreints d'intervention sont-ils compatibles avec l'ordre juridique européen?*, Mimeo, 1996.

Al contrario il modello di *Europe à la carte* sembra essere inteso esattamente in tale senso in **EHLERMANN C.D.**, *Differentiation, Flexibility, Closer Co-operation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty*, già cit. sub n. 85, laddove invece, ogni istanza di integrazione opzionale nelle "aree marginali" dell'ordinamento veniva *in toto* relegata alla nozione di geometria variabile.

22. Queste riflessioni giunsero ad una compiuta elaborazione in termini di modello integrativo solo vent'anni più tardi, quando l'Unione si accingeva ad oltrepassare la linea di confine tra il perseguimento di obiettivi pressoché integralmente economici e la realizzazione di un maggior livello di integrazione negli altri settori dell'azione politica statale, come la disciplina dei diritti sociali e della cittadinanza dell'Unione, i c.d. “*affari interni*” e la politica estera comune, oltre che i primi passi verso la creazione dell'Unione monetaria europea. Tale evoluzione non sembrava di per sé indolore, ed era accompagnata dalla già richiamata complessità gestionale ed eterogeneità sociale, politica ed economica ormai raggiunta dall'ordinamento.⁸⁹ È stato perciò con il trattato di Maastricht che ha trovato espresso riconoscimento la nozione di differenziazione *politica*, fondata sull'assenza di volontà politica di taluni Stati membri di procedere ad un determinato passaggio del processo integrativo. Ciò avveniva, in particolare, attraverso i regimi di non partecipazione (in ciò distinti dai regimi *in deroga*, risolvendosi in una mera temporanea inapplicabilità della disciplina comune, già richiamati) alla terza fase dell'Unione Economica e Monetaria di Danimarca e Regno Unito.⁹⁰ A tali Stati era difatti riconosciuto il semplice diritto di prendervi parte, senza che ve ne fossero obbligati. Lo stesso può dirsi in ordine al regime di *output* britannico relativo al Protocollo sociale.⁹¹

23. L'introduzione all'interno del sistema comunitario di queste forme di flessibilità, dotate di carattere autenticamente *politico*, ha reso necessario il ricorso al procedimento di revisione dei Trattati. Come si vedrà più oltre, nel caso della differenziazione fondata su motivazioni politiche non era possibile avvalersi del principio di non discriminazione, che secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia richiede l'esistenza di obiettive divergenze di carattere economico-sociale.⁹² Tale novità, inoltre, gettava le basi per un definitivo distacco delle previsioni di diritto primario dal paradigma dell'azione comune, distacco che successivamente sarebbe stato compiutamente realizzato con il Trattato di Amsterdam, in un momento in cui le pressioni

⁸⁹ Cfr. **WEILER J.H.H.**, *The Reformation of European Constitutionalism*, 1997, Journal of Common Market Studies, p. 97-131.

⁹⁰ Cfr. il Trattato di Maastricht, in GU C 191, 29 luglio 1992, Protocollo su talune disposizioni relative al Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord ed il Protocollo su talune disposizioni relative alla Danimarca, p. 87 *et seq.*

⁹¹ *Idem*, Accordo sulla politica sociale concluso tra gli Stati membri della Comunità europea ad eccezione del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, p. 91.

⁹² Cfr. *infra* il Paragrafo 265.

avvertite in vista dell'imminente allargamento “*ad Es!*” dell'Unione avrebbero riportato in auge la strategia della differenziazione *politica*, ma questa volta in termini generalizzati, con l'introduzione della cooperazione rafforzata. Al contempo, un ruolo non marginale continuava ad essere svolto dalle forme di integrazione differenziata *positiva* sviluppate dagli Stati membri mediante lo strumento dell'accordo internazionale,⁹³ anche nelle aree politiche ritenute più sensibili, - come notoriamente avvenuto per il caso degli accordi di Schengen - con tutti gli interrogativi in punto di liceità comunitaria, ma soprattutto, di legittimazione democratica che vi si accompagnavano.

24. Il concetto di differenziazione fondata sulla volontà politica degli Stati membri dell'Unione è stato tradizionalmente declinato dalla dottrina secondo due modelli, a seconda che il dissenso politico espresso da alcuni degli Stati concernesse un'intera area dell'azione politica comunitaria, ovvero singole iniziative ricomprese al suo interno. In dottrina, a riguardo, si è parlato di *geometria variabile*, nel primo caso, e di *Europa à la carte*, nel secondo.⁹⁴
25. Una classificazione dei diversi *modelli* di integrazione differenziata che ha ricevuto molta attenzione in letteratura è stata quella elaborata da Alexander Stubb. Costui ha proposto una distinzione così strutturata: laddove la differenziazione si basava sul criterio del tempo, ossia investiva principalmente, se non esclusivamente, il termine iniziale di applicazione della disciplina comune, Stubb individuava l'integrazione di tipo *multi-speed*, avente carattere provvisorio ed adottata dagli Stati membri nel perseguimento degli obiettivi comuni (*rectius* comunitari); laddove l'elemento di differenziazione era invece quello geografico, ossia l'ambito territoriale di applicazione della disciplina comune, l'integrazione differenziata era definita *geometria variabile*; infine, ove la differenziazione si basava sul criterio della materia, nel senso che vi era una discriminazione tra gli Stati membri quanto all'ambito obiettivo di applicazione della disciplina comune, veniva individuato

⁹³ Sul tema degli accordi *inter se*, si rinvia *infra* alla Sezione 3.2, che vi è specificamente dedicata.

⁹⁴ Cfr. anche EHLERMANN C.D., *Differentiation, Flexibility, Closer Co-operation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty*, già cit. sub n. 85: in questo senso l'A. evidenziava una tendenziale degradazione nell'uno o nell'altro modello, in corrispondenza della rimozione di termini finali (giuridicamente incorporanti la condizione del perseguimento di obiettivi comuni) dal modello di partenza della differenziazione *multi-speed*.

il concetto di integrazione *à la carte*.⁹⁵ Come invero emerge sin da questa prima illustrazione, le categorie identificate da Stubb, se non gli stessi criteri di classificazione, presentavano numerose sovrapposizioni, che ne rendevano incerta l'applicazione pratica.⁹⁶

26. Per quello che concerne il concetto di integrazione *multi-speed* e i relativi elementi costitutivi, si registra una tendenziale uniformità nella dottrina. Essendo già stati introdotti nelle pagine che precedono, essi non saranno oggetto di ulteriore indagine.
27. Per ciò che riguarda i due modelli residui, secondo Stubb si sarebbe potuto parlare di *geometria variabile* ove ci si fosse trovati in una situazione di differenziazione permanente od irreversibile, caratterizzata dall'esistenza di un gruppo di Stati membri ($G_1 \leq SM$) aventi in comune un livello avanzato di integrazione (I), ed altri gruppi, di numero variabile, (G_n) e di dimensioni soggettive non necessariamente differenti rispetto al primo ($G_n \leq SM$), in cui si realizzava la condivisione di un livello minore di integrazione ($I-x$), in ragione dell'esistenza di *divergenze insormontabili*, di qualunque natura esse fossero (*i.e.* obiettive/economiche o soggettive/politiche). Nel contesto della *geometria variabile*, inoltre, l'articolazione in gruppi per livelli di integrazione politica trovava corrispondenza sul piano istituzionale. Per l'Autore, invece, ci si sarebbe imbattuti in una forma di integrazione *à la carte* (individuata in base al parametro della materia), se all'interno di una specifica area politica fosse stato consentito a ciascuno Stato membro di scegliere, in base ai propri *desiderata*, le specifiche iniziative comuni alle quali partecipare.⁹⁷ Di conseguenza,

⁹⁵ **STUBB A.**, *A Categorization of Differentiated Integration*, già cit. sub n. 56, p. 283-295. Alla c.d. *tripartizione* di Stubb (*multi-speed Europe; variable geometry; Europe à la carte*) aderisce la maggior parte della dottrina, sebbene poi vi siano delle divergenze tra i diversi autori, in ordine ai contenuti delle varie categorie di differenziazione così individuate.

⁹⁶ Lo stesso Stubb ammetteva implicitamente tali sovrapposizioni, specie quando affermava che tutte le tipologie di differenziazione implicavano in qualche modo la considerazione del criterio della materia. Più precisamente, egli evidenziava come ogni forma di integrazione differenziata fosse identificabile innanzitutto in base al criterio della materia, primo elemento che valeva a delimitarne i confini di ammissibilità; di conseguenza, nella pratica, i modelli presentavano necessariamente dei profili di sovrapposizione, e la scelta della categoria di inquadramento nel caso concreto si avvaleva criteri di "prevalenza", che tuttavia non venivano illustrati dall'autore.

⁹⁷ Si anticipa come altri autori insistessero, piuttosto, sul carattere non necessariamente precario di tale forma di differenziazione, che comunque restava astrattamente possibile. Cfr., ad esempio, **CHALTIEL F.**, *Pour une classification du*

diversamente dall'integrazione *multi-speed*, entrambi i modelli appena illustrati secondo Stubb potevano intervenire unicamente al di fuori dell'*acquis comunitario*. La differenza, sotto questo profilo, stava tutta nel fatto che mentre nella *geometria variabile* si trattava di aderire o meno ad istanze di integrazione particolarmente approfondite nella loro totalità (*i.e.* concernenti interi macro settori politici), nel caso dell'Europa *à la carte* la scelta degli Stati investiva piuttosto le specifiche azioni e misure adottate all'interno delle diverse aree oggetto di integrazione.

28. A ciascuno di questi modelli corrispondeva, in realtà, una pluralità di varianti nella dottrina, così come nel dibattito politico.⁹⁸
29. Per quanto concerne la nozione di *geometria variabile*,⁹⁹ la definizione data da Stubb è stata accostata da alcuni autori al concetto di “*Europa del nocciolo duro*” (*Kerneuropa*, in tedesco).¹⁰⁰ Con questo termine si usa indicare il modello integrativo elaborato nel famoso *paper* scritto da

débat sur l'Europe à plusieurs vitesses, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, 1995, n. 384, p. 5-10.

⁹⁸ Non è possibile registrare un'impostazione prevalente nella dottrina, nel contesto della quale si è già detto come le posizioni in punto di classificazione della differenziazione siano spesso scarsamente conciliabili. L'esempio più eloquente è rappresentato dal regime di differenziazione previsto nel Protocollo sulla Politica Sociale al Trattato di Maastricht. Per Guillard, ad esempio, esso deve ricondursi in parte al concetto di *geometria variabile* (in armonia con la posizione di Chaltiel già cit. sub n. 85), in parte a quello di Europa *à la carte* (si tratta, in questo caso, dell'interpretazione data da Labayle in **LABAYLE F.**, *Amsterdam ou l'Europe des coopérations renforcées*, Europe, 1998, p. 4-7) (cfr. **GUILLARD C.**, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, già cit. sub n.59, p. 8-33). Nel senso che costituirebbero una forma di implementazione della nozione di Europa *à la carte* i regimi di partecipazione differenziata introdotti a Maastricht in favore di Danimarca e Regno Unito, tanto per quanto concerne il Protocollo Sociale, quanto la terza fase dell'Unione economica e monetaria, si esprime invece Tuytschaever (cfr. **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, in particolare alle p. 157-167). Al contrario, gli stessi esempi sono ricondotti da Curtin unicamente al modello della *geometria variabile*, che tuttavia non viene chiaramente definita, se non in termini di differenziazione soggettivamente giustificata, non necessariamente temporanea ed implicante ripercussioni di carattere istituzionale (cfr. **CURTIN D.**, *The Shaping of a European Constitution and the 1996 IGC*, già cit. sub n. 13, p. 244-249).

⁹⁹ Sulle quali cfr. **MANIN P.**, *Le problème de la «géométrie variable»*, in MANIN P. (dir.), *La révision du traité sur l'Union européenne perspectives et réalités*, Rapport du groupe français d'Etudes de droit des Communautés européennes, Pédone, p. 27 ss.

¹⁰⁰ **GUILLARD C.**, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, già cit. sub n.59, p. 8-33 **ANDRÉANI J.**, *Noyau dur ou avant-garde européenne?*, Commentaire, 1997, p. 37-47.

Karl Lamers e Wolfgang Schäuble nel 1994,¹⁰¹ cui sovente viene riconosciuto il merito di aver conferito nuova dinamicità e popolarità al dibattito sulla differenziazione.¹⁰² La caratteristica di base del modello della *Kerneuropa*, secondo costoro, andava individuata nell'esistenza di un gruppo di Stati procedenti nel livello di integrazione ad una velocità più sostenuta rispetto ad eventuali gruppi meno integrati. Nel documento richiamato non si precisava se il regime differenziato dovesse avere carattere temporaneo mentre, al contrario, si prevedeva espressamente che il gruppo degli Stati partecipanti al *nocciolo duro* dovesse essere definito a priori - si ipotizzava, in questa sede, vi prendessero parte gli Stati membri del Benelux, assieme a Francia e Germania - per quanto restasse tendenzialmente aperto.¹⁰³ Ciascuno dei membri del *nocciolo duro*, inoltre, sarebbe stato tenuto a partecipare a tutte le azioni comuni,¹⁰⁴ ove per tali venivano intese tanto le azioni da realizzarsi all'interno dell'ordinamento comunitario quanto quelle da realizzarsi al suo esterno.¹⁰⁵

30. Sotto il profilo strettamente oggettivo la differenziazione propugnata da Lamers e Schäuble perdeva molto di significato rispetto al modello delineato Stubb. Difatti, stante il requisito della predeterminazione del novero degli Stati parte del “*nocciolo duro*”, l'elemento distintivo della differenziazione così delineata finiva per coincidere con quello

¹⁰¹ **LAMERS K., SCHÄUBLE W.**, *Überlegungen zur europäischen Politik*, 1994, consultabile presso: <https://www.cdus.de/upload/schaeublelamers94.pdf>.

¹⁰² Così **EHLERMANN C.D.**, *Differentiation, Flexibility, Closer Co-operation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty*, già cit. sub n. 85.

¹⁰³ *Contra* cfr. **DEUBNER C.**, *Europapolitik von Maastricht nach Kerneuropa?*, Nomos, Baden Baden, 1995, p. 97-100; ammette la possibilità di chiusura del nocciolo duro anche **AVBELJ M.**, *Europe 2025-A Multi-Speed Europe?*, consultabile presso http://www.ijpucnik.si/media/txt_IJP_avbelj.pdf.

¹⁰⁴ Ammette la possibilità che gli Stati membri del *nocciolo duro* non partecipino necessariamente a tutte le attività del gruppo, invece, Quermonne (cfr. **QUERMONNE J.-L.**, *L'Europe à géométrie variable*, Revue Politique et Parlementaire, 1998, p. 11-18).

¹⁰⁵ **DE WITTE B.**, *Future Paths of Flexibility: Enhanced Cooperation, Partial Agreements and Pioneer Groups*, in DE ZWAAN J. W., JANS J.H., NELISSEN F.A., BLOCKMANS S. (eds.), *The European Union. An Ongoing Process of Integration*. Liber Amicorum Alfred E. Kellermann, T.M.C. Asser Institut, The Hague, 2004 p. 141-153.

del suo ambito geografico.¹⁰⁶ Di conseguenza, il criterio della differenziazione in base alla materia veniva posto in secondo piano. Esso, al contrario, era maggiormente valorizzato da altra parte della dottrina,¹⁰⁷ che piuttosto accostava la nozione di *geometria variabile* all'idea dei “*cerchi concentrici*” invocata da Édouard Balladur pochi giorni dopo la pubblicazione del *paper* di Lamers e Schäuble.¹⁰⁸ Secondo l'allora primo ministro francese, l'articolazione del processo integrativo differenziato tra vari gruppi di Stati membri poteva meglio descriversi attraverso l'immagine di astrattamente infinite circonferenze concentriche aventi diverso diametro. Nella concezione di Balladur, inoltre, le dimensioni di ciascuna circonferenza rappresentavano in via inversamente proporzionale il livello di integrazione realizzato da ciascun gruppo, sicché quella più ristretta e centrale corrispondeva al gruppo più integrato, comprensivo degli Stati membri partecipanti a tutte le azioni comuni, viceversa, quella più ampia e periferica corrispondeva al livello di integrazione più rarefatto.¹⁰⁹

31. Accanto a questi modelli di *geometria variabile*, si aggiunge, un parte della dottrina ha impiegato il concetto in maniera più ampia, allo scopo di definire tutte le iniziative di carattere *pan-europeo* coinvolgenti l'integralità o anche solo una parte degli Stati membri dell'Unione ed alcuni Stati terzi.¹¹⁰ La nozione, in questo modo, finisce per descrivere tutte le iniziative di integrazione differenziata autorizzata in via potenziale e generale dal diritto primario dell'Unione, che non siano

¹⁰⁶ GILLESPIE P., *The Promise and Practice of Flexibility*, TONRA B. (ed.), Amsterdam, What the Treaty Means, Institute for European Affairs, Dublin, 1997.

¹⁰⁷ LABAYLE F., *Amsterdam ou l'Europe des coopérations renforcées*, già cit. sub n. 98, p. 4-7; TUGENDHAT C., *How to get Europe moving again*, *International Affairs*, 1985, p. 420-429.

¹⁰⁸ BALLADUR E., *Pour un nouveau traité de l'Élysée*, *Le Monde*, 30 novembre 1994.

¹⁰⁹ Cfr. GUILLARD C., *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, già cit. sub n.59, p. 8-33.

¹¹⁰ Così TUYTSCHAEVER F., *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, p. 183-210. Questo ulteriore sviluppo della nozione della geometria variabile si ricollegava alla fine della guerra fredda ed alla diffusione di ideali aspiranti alla realizzazione di un ordinamento giuridico *pan-europeo*, nel contesto del quale una Comunità ed un'Unione fortemente integrate avrebbero potuto costituire un nucleo di carattere federale (così BLANKE H.-J., MANGIAMELI S. (eds.), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, Springer, già cit. sub n. 17, p. 787-830).

chiaramente inquadrabili né nel modello *à la carte*, né in quello *multi-speed*.¹¹¹

32. In ogni caso, tutti gli sviluppi dottrinali del concetto di geometria variabile insistevano sulla necessità di preservare un'“*architettura comune*” del progetto d'integrazione europea: in altre parole, la promessa della protezione dell'*acquis communautaire* sancita nel Trattato di Maastricht restava ferma.¹¹² Al modello della *geometria variabile*, pertanto, sia Stubb, che altra parte della dottrina, tendevano a ricondurre anche le ipotesi di integrazione differenziata realizzate dagli Stati “*al di fuori dei Trattati*”, mediante accordi *inter se* di diritto internazionale.¹¹³ Da questo elemento sembravano invece distaccarsi gli sviluppi della nozione di Europa *à la carte* che sarebbero intervenuti di lì a poco nel dibattito politico. Se infatti nelle intenzioni di Dahrendorf, il modello sembrava destinato a ricevere applicazione limitata, entro aree *marginali* dell'azione comune,¹¹⁴ a seguito del Trattato di Maastricht ne era stata proposta la generalizzata estensione a *tutte* le aree del processo integrativo.¹¹⁵ Nel famoso discorso del primo ministro del Regno

¹¹¹ *Idem* p. 210-212. L'A., con riferimento alle teorie espresse da Harmsen (in **HARMSSEN R.**, *A European Union of Variable Geometry: Problems and Perspectives*, Northern Ireland Legal Quarterly, 1994, p. 129-131), riferisce la nozione agli «*institutional arrangements which permit the differential participation of Member States in certain policy areas [...]*» (p. 210); in termini più generali, veniva infatti illustrato come: «*variable geometry integration implies that all Member States agree on the common objectives. Together, they set the agenda and adopt and finance a Community platform. The implementation of the Community platform, indeed, occurs by way of what Harmsen referred to as “the differential participation of Member States”. [...] variable geometry integration implies potential differentiation of a general nature, authorised by primary law*».

¹¹² Così nota condivisibilmente **AVBELJ M.**, *Differentiated Integration-Farewell to the EU-27?*, già cit. sub n. 81. Cfr. Sul principio dell'*acquis communautaire*, cfr. *infra* la Sezione 2.4.

¹¹³ Cfr. **STUBB A.**, *A Categorization of Differentiated Integration*, già cit. sub n. 56, p. 290; **DE MICHELIS G.**, *Die EG als Gravitationszentrum: Für ein Europa der vier Kreise*, Integration, 1990, p. 143-147; **TOULEMON R.**, *Kerneuropa- Deutsch-französische Aktionsgemeinschaft in Sicht?*, Integration, 1995, p. 61-68, p. 62; **SCHAUER M.**, *Schengen-Maastricht-Amsterdam. Auf dem Weg zu einer flexiblen Union*, Verlag Österreich, Vienna, 2000, p. 32.

¹¹⁴ Cfr. **STUBB A.**, *A Categorization of Differentiated Integration*, Journal of Common Market Studies, già cit. sub n. 56. In queste aree gli Stati membri potevano scegliere “*come se stessero consultando un menù*” le azioni cui prendere parte e quelle cui rimanere estranei; cfr. anche **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, p. 157-167.

¹¹⁵ Cfr. anche **SHAW J.**, *The Treaty of Amsterdam: Challenges of Flexibility and Legitimacy*, già cit. sub n. 10, p. 67. L'A., cercando di spiegare la distinzione tra Europa del “*nocciolo duro*” ed *à la carte*, afferma: «*[t]he key difference seems to be whether an emphasis is*

Unito John Major, tenutosi a Leida nel settembre del 1994,¹¹⁶ gli equilibri individuati da Dahrendorf venivano completamente rovesciati:¹¹⁷ l'ambito dell'azione necessariamente comune degli Stati membri veniva ridotto ai minimi termini mentre, al di fuori di un novero minimale di politiche condivise, ciascuno avrebbe goduto di piena libertà partecipativa nelle iniziative di approfondimento del processo integrativo, eventualmente anche a scapito della disciplina comune già adottata.¹¹⁸

33. Una delle motivazioni più semplici di questo cambio di rotta doveva individuarsi nel fatto che, in quegli anni, la teoria politica si trovava a fare i conti con le prime ipotesi di integrazione differenziata realizzate all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione e a dover decidere quale seguito darvi. La stessa categorizzazione proposta da Stubb nel 1996, invero, già tradiva come a seguito del Trattato di Maastricht si fosse raggiunta la consapevolezza in dottrina che la differenziazione *politica* di carattere non temporaneo non si risolvesse necessariamente in una forma d'integrazione *negativa*, come parte della dottrina tendeva ad interpretare gli *opt-outs* dall'UEM, ma desse luogo anche ad ipotesi di integrazione positiva.¹¹⁹ A ciò si ricollegava la proposta, infine

placed on the 'discipline' of integration, or upon the 'freedom' of the participants. For a long time - and possibly even still now - the limit of the UK's political ambitions in relation to the question of flexibility has been to secure maximum flexibility for the UK itself while ensuring that the UK is not left behind as it was in 1950s by the dynamic efforts of a stable inner core of countries willing to go down the road towards more extensive and closer cooperation. To do this, it needed to retain a 'veto' over those wanting to go further».

¹¹⁶ MAJOR J., *Speech at the University of Leiden on 7 September 1994*, Agence Europe, 10 September 1994.

¹¹⁷ Si commenta in Guillard che, in questo modo la differenziazione *à la carte* veniva trasformata nella regola e smetteva di essere l'eccezione (così. GUILLARD C., *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, già cit. sub n. 59, p. 8-33).

¹¹⁸ In questi settori, dunque, gli Stati membri avrebbero potuto astrattamente usufruire di forme di flessibilità partecipativa pressoché assoluta: così evidenzia Ehlermann (cfr. EHLERMANN C.D., *Differentiation, Flexibility, Closer Co-operation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty*, già cit. sub n. 85). In questo senso si è anche parlato di "visione materialista" dell'Europa (cfr. LABAYLE F., *Amsterdam ou l'Europe des coopérations*, già cit. sub n. 98). Sul punto, cfr. anche LIPSIUS J., *La conférence intergouvernementale de 1996*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1995, n. 2, p. 183-184; CHARLEMAGNE, *L'Equilibre entre les Etats Membres*, in *L'Equilibre européen, Etudes rassemblées et publiées en hommage à Niels Ersbøll, Secrétaire général du Conseil de l'Union européenne (1980-1994)*, 1994, p. 70: «se traduit par le fait que le traité prévoirait qu'un état membre, sur décision unilatérale, laissée à son libre arbitre, aurait le droit de participer ou non à certaines politiques communautaires».

¹¹⁹ DE BÚRCA G., *Differentiation Within the Core: The Case of the Common Market*, in DE BÚRCA G., SCOTT J. (ed), *Constitutional Change in the EU: From Uniformity*

coronata dal successo nel testo finale del Trattato di Amsterdam con la creazione dell'istituto della cooperazione rafforzata, di introdurre una clausola generale di autorizzazione nel Trattato (*enabling clause*), che consentisse ad un numero minimo di Stati membri volenterosi e capaci di avanzare nel livello di integrazione tra di loro, lasciando che gli Stati non aderenti vi rimanessero estranei a tempo indeterminato.¹²⁰ Anche in questo contesto, prevalse infine l'idea che l'unica condizione imprescindibile alla generalizzazione della differenziazione di diritto secondario, tramite *enabling clause*, fosse quella che essa trovasse applicazione soltanto nel contesto delle discipline non impattanti gli obiettivi comuni – o meglio, gli obiettivi da ritenersi *necessariamente* tali – e sempre facendo fermo il rispetto di questi ultimi.¹²¹ Invero, su queste stesse basi, è stato notato in dottrina che già negli anni immediatamente successivi all'intervento del Trattato di Maastricht erano state trattate con generosa flessibilità diverse sedicenti istanze di differenziazione *tradizionale*, che a meglio vedere si collocavano ai limiti tra questa e la differenziazione determinata da situazioni di dissenso politico.¹²²

(d) *Geometria variabile nel Trattato di Amsterdam*

to Flexibility?, Oxford, Hart, 2000, p. 133-150; **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13. Con riferimento alla disciplina sostanziale dell'UEM, adottata a valle del Trattato di Maastricht ed in base alle nuove basi giuridiche da esso introdotte, si concorda con la dottrina che dal punto di vista strettamente giuridico ha parlato di forma *ante litteram* di cooperazione rafforzata, in quanto permissiva di un'integrazione differenziata *positiva* sviluppata a livello di diritto derivato (così **GUILLARD C.**, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, già cit. sub n. 59, p. 8-33). Limitatamente alla parte in cui le nuove norme materiali sull'UEM venivano fissate direttamente dal Trattato, invece, la differenziazione doveva classificarsi come *negativa*. Queste norme, poi, se da un lato rappresentavano un esempio di *multispeed Europe* per quegli Stati che obiettivamente non erano in grado di raggiungere i criteri di convergenza, per il Regno Unito e la Danimarca potevano costituire un esempio di Europa *à la carte*. Ciò non escludeva, comunque, che in proposito si potesse sempre parlare di differenziazione *politica*, essendo che, finché gli Stati esclusi non avessero cambiato opinione, l'UEM non era disciplina comune.

¹²⁰ Club di Firenze, *Europe: l'impossible statu quo*, Stock, 1996, p. 226-230, ove si affermava che: «les Etats [choissent] librement en fonction des circonstances les domaines dans lesquels ils entendent renforcer leur coopération»

¹²¹ Su questo aspetto si concentravano i dubbi più seri in ordine ai limiti di legittima introduzione di una tale opzione nel diritto primario. Cfr. *infra* Sezione 3.3 per un'analisi più approfondita.

¹²² **DE BÚRCA G.**, *Differentiation Within the Core: The Case of the Common Market*, già cit. sub n. 119.

34. Come si è anticipato, nel dialogo politico, così come nel corso dei negoziati del Trattato di Amsterdam, le posizioni di Major a sostegno dell'integrazione differenziata *à la carte* non ricevettero particolare attenzione. Al contrario, il concetto *geometria variabile* – nella sua sostanziale indeterminatezza – veniva additato come il modello cui fare riferimento. In questo senso si dirigevano le lettere congiunte, scritte nel dicembre 1995, dal Cancelliere tedesco Helmut Kohl e dal Premier francese Jacques Chirac, e quelle dell'ottobre 1996, scritte dai rispettivi ministri degli esteri Klaus Kinkel e Hervé de Charette. Tali dichiarazioni ebbero una fortissima influenza sul c.d. *Westendorp group*, e cioè sul “gruppo di riflessione” istituito per la preparazione delle negoziazioni che si sarebbero svolte nella conferenza intergovernativa di Amsterdam.¹²³ Costoro riprendevano l'idea dell'introduzione nel diritto primario di una clausola generale che abilitasse gli Stati membri “capaci e volenterosi” alla *differenziazione positiva*, pur chiarendo la necessità di mantenere inalterata la struttura istituzionale unitaria dell'Unione. Tale proposta veniva giustificata nella prospettiva dell'allargamento della Comunità, facendo al contempo tesoro degli insegnamenti dell'esperienza già maturata. Posto difatti che, come avevano dimostrato gli *out-puts* concessi dal Trattato di Maastricht, il cammino verso l'integrazione non poteva procedere al medesimo ritmo per tutti gli Stati membri,¹²⁴ la nuova disciplina avrebbe permesso loro di guadagnare terreno in tutti quei settori in cui la conservazione e lo sviluppo dell'*acquis* lo avesse permesso, senza che ciò fosse limitato dalle difficoltà temporanee o dalla riluttanza di alcuni.¹²⁵ In aggiunta, si evidenziava, operando tale modifica dei

¹²³ Cfr. Report del gruppo riflessione del dicembre 1995 (SN 509/95 REFLEX 10), ove veniva rigettata qualunque idea di *Europa à la carte*.

¹²⁴ Come evidenziato in **EHLERMANN C.D.**, *Differentiation, Flexibility, Closer Cooperation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty*, già cit. sub n. 8585, la conferenza intergovernativa, tuttavia, era consapevole del fatto che la nuova clausola sulla cooperazione rafforzata non sarebbe stata la soluzione delle molteplici problematiche che affliggevano la struttura istituzionale dell'Unione, sicché al fine di dare una concreta risposta alle difficoltà operative che si erano riscontrate nei meccanismi di produzione normativa, aveva inserito tra le riforme del diritto primario l'ulteriore estensione delle ipotesi di voto a maggioranza qualificata in Consiglio. Allo stesso modo il Trattato procedeva notoriamente alla parziale “*comunitarizzazione dei pilastri*” dell'Unione.

¹²⁵ Proprio in ciò le proposte di introduzione di una clausola generale di cooperazione rafforzata dimostravano di aver fatto tesoro delle riflessioni già sviluppate nell'Atto Unico Europeo e nel Trattato di Maastricht, chiarendo come il discorso sulla differenziazione dovesse svilupparsi attorno alla variabile degli obiettivi integrativi, piuttosto che attorno all'esigenza di procedervi a ritmi diversi in quanto tale. In questo senso, il punto fondamentale che ogni proposta di differenziazione sottolineava era quello della salvaguardia degli obiettivi comuni per cui restava fondamentale l'uniforme realizzazione per tutti gli Stati membri. In

Trattati, sarebbe stata incentivata la realizzazione *all'interno* dell'ordinamento dell'Unione di quelle forme di integrazione differenziata *positiva* sino ad allora poste in essere soltanto al suo *esterno*, mediante accordi internazionali.¹²⁶ La prospettiva appena illustrata, in altre parole, muoveva dalla constatazione che la differenziazione negativa e specifica si era rivelata insoddisfacente rispetto alla naturale esigenza di flessibilità dell'ordinamento e che non era concepibile procedere di volta in volta ad una revisione dei trattati originari per assecondarla.

35. Il *Report* finale del gruppo di riflessione, presentato nel dicembre del 1995, proponeva dunque l'introduzione della menzionata clausola generale, corredandola di tutte le condizioni necessarie per impedire che l'azione differenziata potesse scontrarsi col rispetto dell'*acquis*, con il sistema istituzionale unico comunitario, ovvero con la posizione degli Stati membri non partecipanti. In particolare, ciò avveniva rigettando le opzioni estreme che proponevano la generalizzazione del modello *à la carte*, evidenziando come il livello di flessibilità tollerabile variasse a seconda del livello di integrazione già raggiunto in ciascuna materia. I tratti salienti della cooperazione rafforzata introdotta con il Trattato di Amsterdam, agli articoli 11 TCE e 40, 43 e 44 TUE, venivano così plasmati includendo, in particolare:¹²⁷

questo senso cfr. **EHLERMANN, C.-D.**, *Increased Differentiation or Stronger Uniformity*, già cit. sub n. 13; cfr. anche **WALLACE W., WALLACE H.**, *Flying Together in a Larger and More Diverse European Union*, Netherlands Scientific Council for Government Policy, Gavenhage W 87/1985.

¹²⁶ Così si affermava nella lettera congiunta di Kohl e Chirac ai *leaders* europei, del 6 dicembre 1995.

¹²⁷ Cfr. l'art. K.15 del TUE (così come introdotto dal Trattato di Amsterdam), inerente le condizioni sostanziali di ricorso alla cooperazione rafforzata: «1. Gli Stati membri che intendono instaurare tra loro una cooperazione rafforzata possono far ricorso alle istituzioni, alle procedure e ai meccanismi previsti dal presente trattato e dal trattato che istituisce la Comunità europea, a condizione che la cooperazione: a) sia diretta a promuovere gli obiettivi dell'Unione e a proteggere e servire i suoi interessi; b) rispetti i principi dei suddetti trattati e il quadro istituzionale unico dell'Unione; c) venga utilizzata solo in ultima istanza, qualora non sia stato possibile raggiungere gli obiettivi dei suddetti trattati applicando le procedure pertinenti ivi contemplate; d) riguardi almeno la maggioranza degli Stati membri; e) non pregiudichi l'*acquis* comunitario e le misure adottate a norma delle altre disposizioni dei suddetti trattati; f) non pregiudichi le competenze, i diritti, gli obblighi e gli interessi degli Stati membri che non vi partecipano; g) sia aperta a tutti gli Stati membri e consenta loro di aderirvi in qualsiasi momento, fatto salvo il rispetto della decisione di base e delle decisioni adottate in tale ambito; h) ottemperi agli ulteriori criteri specifici definiti rispettivamente nell'articolo 5 A del trattato che istituisce la Comunità europea e nell'articolo K.12 del presente trattato, a seconda dei settori interessati, e sia autorizzata dal Consiglio secondo le procedure da essi previste. 2. Gli Stati membri applicano, per quanto li riguarda, gli atti e le decisioni adottati per l'attuazione della cooperazione cui partecipano.

l'espressa menzione dell'intangibilità, da parte della disciplina differenziata, dei settori maggiormente integrati dell'ordinamento comunitario, ossia del mercato interno e del suo assetto concorrenziale; l'espressa proibizione dell'attuazione, per il tramite dell'istituto, delle basi giuridiche ricadenti fra le competenze esclusive dell'Unione; il principio dell'*ultima istanza* del ricorso alla differenziazione *politica*, costituente forma radicale di scostamento dal principio generale di unità dell'azione comunitaria, a cui andava ricollegata anche la condizione della partecipazione di un numero minimo di Stati (la *c.d. massa critica*); il principio del rispetto delle competenze, dei diritti e degli obblighi (ed inizialmente, con espressione ambigua, anche degli "*interests*") degli Stati membri non partecipanti, per i quali l'adesione alla cooperazione restava comunque aperta in ogni tempo (*principio di apertura*).¹²⁸

36. Il limite dell'intangibilità dell'*acquis*, ad ogni modo, valeva solo per i meccanismi di differenziazione politicamente fondati, rimanendo sempre disponibili le forme di integrazione differenziata *tradizionale* obiettivamente giustificate in base al principio di non discriminazione.¹²⁹ Ciò deponeva ulteriormente a favore di una lettura

Gli Stati membri che non partecipano a tale cooperazione non ne ostacolano l'attuazione da parte degli Stati membri che vi partecipano».

Cfr. anche l'art. 5 A, par.1, del TCE, introdotto dal Trattato di Amsterdam: «1. Gli Stati membri che intendono instaurare tra loro una cooperazione rafforzata possono essere autorizzati, in osservanza degli articoli K.15 e K.16 del trattato sull'Unione europea, a ricorrere alle istituzioni, alle procedure e ai meccanismi previsti dal presente trattato, a condizione che la cooperazione proposta: a) non riguardi settori che rientrano nell'ambito della competenza esclusiva della Comunità; b) non incida sulle politiche, sulle azioni o sui programmi comunitari; c) non riguardi la cittadinanza dell'Unione, né crei discriminazioni tra cittadini degli Stati membri; d) rimanga entro i limiti delle competenze conferite alla Comunità dal presente trattato; e) non costituisca una discriminazione né una restrizione negli scambi tra Stati membri e non produca una distorsione delle condizioni di concorrenza tra questi ultimi»

¹²⁸ Infine, risultava escluso che si potesse procedere a cooperazione rafforzata nel "secondo pilastro" (i.e. nel settore della politica estera e di sicurezza comune), ove il nuovo art. 23, par. 1, UE (attualmente art. 31, par 1, secondo comma, TUE) contemplava unicamente lo strumento dell'*astensione costruttiva*. In ordine all'estensione dell'ambito di applicazione del meccanismo della cooperazione rafforzata al settore della politica estera e di sicurezza comune ed a quello della difesa, intervenuto con il Trattato di Lisbona, si rinvia alla lettura di **CREMONA M.**, *Enhanced cooperation and the Common Foreign and Security and Defence Policies of the EU*, EUI Working Papers, Department of Law, 2009/21, 2009.

¹²⁹ **WEATHERILL S.**, *If I'd Wanted You to Understand I Would Have Explained it Better: What is the Purpose of the Provisions on Closer Co-operation Introduced by the Treaty of Amsterdam?*, in O'KEEFFE D., TWOMEY P., *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Hart, Oxford, 1999, p. 21-40.

della cooperazione rafforzata in termini di modello di “*integrative differentiation*”, rispetto al quale risultava proibita «*any “negative” derogation from core parts of the acquis or from “exclusive” Community policy*», essendo vincolato il meccanismo al fine specifico della promozione di «*only a tightly controlled form of positive, differentiated integration*». ¹³⁰ Tale lettura si poneva in tutta coerenza con la funzionalizzazione dell'istituto, che il Trattato di Nizza avrebbe avuto l'accortezza di esplicitare, e che trova attualmente menzione all'art. 20, par. 1, secondo comma, TFUE, che recita: «*[l]e cooperazioni rafforzate sono intese a promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione*». ¹³¹

37. Le condizioni sostanziali di ricorso all'istituto venivano accompagnate dal Trattato di Amsterdam dalla previsione di una speciale procedura di autorizzazione, che doveva essere necessariamente completata per l'attivazione della clausola. A seguito della richiesta inoltrata alla Commissione da parte di una massa critica di Stati membri interessati, che doveva specificare ambito applicativo ed obiettivi della nuova disciplina, si prevedeva che la Commissione avrebbe valutato l'eventualità di presentare una proposta al Consiglio, che l'avrebbe adottata con delibera a maggioranza qualificata. In tutto ciò il Parlamento Europeo era soltanto consultato (art. 5 A, par. 2, del TCE, introdotto dal Trattato di Amsterdam). ¹³²

¹³⁰ Cfr. **DE BÚRCA G.**, *Differentiation Within the Core: The Case of the Common Market*, già cit. sub n. 119.

¹³¹ Questa esplicitazione è stata ritenuta uno dei pregi fondamentali della riforma intervenuta a Nizza. Così si sostiene, ad esempio, in **BECERRIL B.**, *The regulation of enhanced cooperation and its reform in Lisbon: Towards a model of differentiation that is closer to the community method*, già cit. sub n. 15, p. 11-22.

¹³² Nel senso di una maggior democraticità e di una maggior «comunitarizzazione» della procedura di approvazione, cfr. l'attuale art. 329 TFUE, ove si afferma che: «*[g]li Stati membri che desiderano instaurare tra loro una cooperazione rafforzata in uno dei settori di cui ai trattati, eccetto i settori di competenza esclusiva e la politica estera e di sicurezza comune, trasmettono una richiesta alla Commissione precisando il campo d'applicazione e gli obiettivi perseguiti dalla cooperazione rafforzata prevista. La Commissione può presentare al Consiglio una proposta al riguardo. Qualora non presenti una proposta, la Commissione informa gli Stati membri interessati delle ragioni di tale decisione. L'autorizzazione a procedere a una cooperazione rafforzata di cui al primo comma è concessa dal Consiglio, su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo.*

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. Essa è trasmessa all'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, che esprime un parere sulla coerenza della cooperazione rafforzata prevista con la politica estera e di sicurezza comune dell'Unione, e alla Commissione, che esprime un parere, in particolare, sulla coerenza della cooperazione rafforzata prevista con le altre politiche dell'Unione. Essa è inoltre trasmessa per

38. La procedura descritta, inoltre, in conseguenza della strenua opposizione avanzata dal Regno Unito avverso la possibilità che il ricorso all'istituto avvenisse con voto a maggioranza qualificata, prevedeva una sorta di reviviscenza, in questo specifico contesto, del c.d. *compromesso di Lussemburgo*.¹³³ Si trattava del potere di veto esercitabile da ciascun membro del Consiglio, dichiarando che: «*per specificati e importanti motivi di politica interna, intende opporsi alla concessione di un'autorizzazione a maggioranza qualificata, non si procede alla votazione*». Una volta ricevuta tale dichiarazione, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, avrebbe potuto chiedere che della questione fosse investito il Consiglio europeo, affinché si pronunciasse all'unanimità.¹³⁴
39. Autorizzata la cooperazione rafforzata, il diritto primario prevedeva che gli atti di diritto derivato volti all'implementazione della disciplina differenziata avrebbero dovuto essere adottati secondo le procedure ordinarie ai Trattati (art. 20, par. 1, TUE ex artt. da 27 A a 27 E, da 40 a 40 B e da 43 a 45 TUE ed ex artt. da 11 a 11 A TCE).¹³⁵ A questo proposito, sin dalla prima introduzione dell'istituto, si prevedeva che alle delibere in Consiglio partecipassero tutti gli Stati membri, benché solo quelli che erano anche membri della cooperazione avrebbero potuto prendere parte al voto; per converso, laddove si prevedeva un ruolo per il Parlamento Europeo, nessuna esclusione risultava prevista per gli europarlamentari eletti negli Stati membri non partecipanti.¹³⁶

conoscenza al Parlamento europeo. L'autorizzazione a procedere a una cooperazione rafforzata è concessa con una decisione del Consiglio, che delibera all'unanimità.

¹³³ **CHALTIEL F.**, *Le Traité d'Amsterdam et la Coopération Renforcée*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, 1998, p. 289-293; **CONSTANTINESCO V.**, *Le clauses de «coopération renforcée». Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité*, Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1997; **GAJA G.**, *How Flexible is Flexibility Under the Amsterdam Treaty*, Common Market Law Review, 1998, p. 855-870; **KORTENBERG H.**, *Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam*, Common Market Law Review, 1998, p., 833-854.

¹³⁴ Art. K.12, par. 2, secondo comma, del Trattato di Amsterdam.

¹³⁵ Cfr. anche l'art. 5 A, par. 4, del TCE, introdotto dal Trattato di Amsterdam: «[g]li atti e le decisioni necessari per l'attuazione delle attività di cooperazione sono soggetti a tutte le disposizioni pertinenti del presente trattato, salvo se altrimenti previsto dal presente articolo e dagli articoli K.15 e K.16 del trattato sull'Unione europea».

¹³⁶ Cfr. l'art. K.16 del TUE, così come introdotto dal Trattato di Amsterdam: «[a]i fini dell'adozione degli atti e delle decisioni necessari per l'attuazione della cooperazione di cui all'articolo K.15 si applicano le pertinenti disposizioni istituzionali del presente trattato e del trattato che istituisce la Comunità europea. Tuttavia, benché tutti i membri del Consiglio possano partecipare alle deliberazioni, solo quelli che rappresentano Stati membri partecipanti prendono parte all'adozione delle decisioni. Per maggioranza qualificata si intende una proporzione di voti

Il tema sarà approfondito maggiormente nella Sezione 3.4 della presente tesi.

40. Il sistema rigido di condizioni sostanziali e procedurali da soddisfare per l'attivazione dell'istituto della cooperazione rafforzata, previsto dal diritto primario sin dalla sua prima introduzione nell'ordinamento, deve leggersi in ragione della forma di *clausola generale* prescelta per la sua previsione autorizzativa. Così facendo, si è notato,¹³⁷ il Trattato di Amsterdam trasferiva nella disciplina di autorizzazione e di implementazione una decisione di carattere *costituzionale*, o meglio - secondo i presupposti metodologici qui adottati, che si esporranno nel Capitolo 2 – *autocostituzionale*, facendo eccezione rispetto a quanto convenuto a livello di diritto primario.¹³⁸ Gli Stati promotori, mediante la cooperazione, si riappropriavano della sovranità *ceduta* nei confronti degli Stati il cui dissenso impediva un'azione comune secondo le procedure contrattate e decidevano di *ricondividerla ed esercitarla* solamente tra loro.¹³⁹ Da qui la notazione critica per cui: «[e]nhanced cooperation allows for a superficial reconstruction of international actors within the Union», esprime la convinzione per cui tale strumento integri innanzitutto uno strumento di “ridistribuzione” del potere (*rectius* degli assetti di condivisione delle sovranità nazionali) tra gli Stati membri.¹⁴⁰ La previsione di rigide condizioni di ricorso,

ponderati dei membri del Consiglio interessati equivalente a quella prevista all'articolo 148, paragrafo 2 del trattato che istituisce la Comunità europea. L'unanimità è costituita unicamente dai membri del Consiglio interessati.

Le spese derivanti dall'attuazione della cooperazione, diverse dalle spese amministrative che devono sostenere le istituzioni, sono a carico degli Stati membri partecipanti, salvo che il Consiglio, deliberando all'unanimità, decida altrimenti». Una norma corrispondente è attualmente prevista all'art. 330 TFUE, che recita: «[t]utti i membri del Consiglio possono partecipare alle sue deliberazioni, ma solo i membri del Consiglio che rappresentano gli Stati membri partecipanti ad una cooperazione rafforzata prendono parte al voto. L'unanimità è costituita unicamente dai voti dei rappresentanti degli Stati membri partecipanti. Per maggioranza qualificata s'intende quella definita conformemente all'articolo 238, paragrafo 3».

¹³⁷ TUYTSCHAEVER F., *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, p. 165.

¹³⁸ Si veda *infra* la Sezione 2.1.

¹³⁹ Così si afferma in DE AREILZA J. M., *The Reform of Enhanced Co-operation Rules: Towards Less Flexibility?*, già cit. sub n. 12. Invero, secondo i presupposti teorici già accolti, non solo la componente internazionalistica dell'Unione non deve guardarsi come un tabù, ma anche rappresenta il punto di partenza per qualsiasi analisi che intenda approcciarsi al tema della differenziazione. Cfr. in proposito *infra* il Capitolo 2.

¹⁴⁰ *Idem*.

poteva inoltre interpretarsi come espressione di un sostanziale rigetto dell'idea franco-tedesca dell'instaurazione di un gruppo di Stati membri pionieri: se si ammetteva l'introduzione di una clausola generale abilitante alla flessibilità nei Trattati, la possibilità di farvi ricorso doveva restare aperta alla partecipazione di tutti.¹⁴¹

41. Infine, il Trattato di Amsterdam completava la propria opera sistematizzatrice con un parziale *riordino* delle forme di differenziazione esistenti: in particolare, venivano incorporati nell'allora “*pilaastro comunitario*” tanto il Trattato di Schengen quanto il Protocollo sulla Politica Sociale, per quanto si prevedessero delle deroghe a favore della Danimarca e del Regno Unito; venivano inoltre introdotte nuove ipotesi generali di esentabilità *ex post* dalla disciplina comune, abilitanti il mantenimento o l'introduzione di disciplina differenziata da parte di alcuni Stati membri a seguito dell'introduzione di misure di armonizzazione adottate esercitando la base giuridica generale all'art. 95 CE (attuale art. 114 TFUE, il riferimento è ai par. 3-9).¹⁴²

(e) *Integrazione differenziata nell'ordinamento comunitario post Amsterdam*

42. Il tema dell'integrazione differenziata restava cruciale nei negoziati del Trattato di Nizza. In particolare, in quella sede, si arrivava alla conclusione che le stringenti condizioni di ricorso previste dalla disciplina procedurale della cooperazione rafforzata rischiavano di frustrare la capacità dell'istituto di assicurare la flessibilità necessaria per affrontare le sfide di un'Europa a 25. In questo più complesso scenario, si affacciava infatti il rischio di una paralisi dei procedimenti decisionali comunitari, la quale a sua volta aumentava l'appetibilità degli accordi *inter se* tra gli Stati membri, che però erano sordi ad ogni esigenza di controllo democratico e giurisdizionale.¹⁴³

¹⁴¹ DE WITTE B., *Future Paths of Flexibility: Enhanced Cooperation, Partial Agreements and Pioneer Groups*, già cit. sub n. 105.

¹⁴² Sul punto si rinvia *infra* al Paragrafo 1.1.1(a).

¹⁴³ European Parliament, Resolution 25 ottobre 2000, 2000/2161 (INI). Sul questi aspetti del Trattato di Nizza si rinvia a SHAW J., *Enhancing Cooperation After Nice: Will the Treaty Do the Trick?*, in ANDENAS M., USHER J.A. (eds.), *The Treaty of Nice and Beyond: Enlargement and Constitutional Reform*, Hart, Oxford, 2003, p. 207 ss.; BRIBOSIA H., *Les Coopérations renforcées au lendemain du Traité de Nice*, *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2001, p. 111 ss.; ROSSI L. S., *Cooperazione Rafforzata e Trattato di Nizza: quali geometrie per l'Europa allargata?*, in TIZZANO A. (ed.), *Il Trattato di Nizza*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 41 ss.

43. Nell'autunno del 1999, il c.d. Dehaene Report, stilato sotto la guida del *premier* belga Jean-Luc Dehaene, su richiesta della Commissione Prodi, evidenziava un'eccessiva complessità della disciplina procedurale dell'istituto e vi suggeriva diversi alleggerimenti, proponendo in particolare di eliminare il diritto di “*veto*” degli Stati membri dissenzienti.¹⁴⁴ Bastarono queste notazioni perché si accendesse nuovamente il dibattito politico sulla “istituzionalizzazione” del mito dell'Europa *two-speed*, questa volta avente come protagonista l'ex Presidente della Commissione europea, Jacques Delors. Secondo costui, il nuovo gruppo di pionieri al comando avrebbe dovuto potersi avvalere di una struttura istituzionale separata, la “*Confederazione degli Stati europei*”, da costruirsi all'interno della struttura convenzionale già esistente mediante un nuovo trattato tra i sei Stati membri fondatori.¹⁴⁵ Alla chiamata di Delors rispose con sollecitudine il Ministro degli esteri tedesco Joschka Fischer, che vedeva nella cooperazione rafforzata proceduralmente semplificata la via per creare il nuovo “*centro di gravità*” che avrebbe guidato l'Europa, dotato di struttura separata di tipo federale.¹⁴⁶ Allo stesso modo, si associava al nuovo modello il Premier francese Jacques Chirac, determinando la reviviscenza del già noto *leitmotiv* della guida franco-tedesca.¹⁴⁷ La proposta incontrava, tuttavia, l'opposizione di un certo numero di Stati, preoccupati che una riforma di tale portata finisse per tradursi nella creazione un gruppo di Stati membri di “*serie B*”, destinati a stazionare definitivamente nelle retrovie del processo integrativo; al contempo, vi era anche chi, come il Regno Unito, pur non desiderando partecipare all'approfondimento della disciplina comune, era tuttavia preoccupato delle esternalità

¹⁴⁴ Cfr. *European Union: Wise Men Recommend that Commission Table Draft Treaty*, EUROPOLITICS, Oct. 20, 1999, consultabile presso <http://www.europolitics.info/european-union-wise-men-recommend-that-commission-table-draft-treaty-artr150332-32.html>. Cfr. anche VON WEIZSÄCKER R., DEHAENE J.-L., SIMON D., *The Institutional Implications of Enlargement, Report to the European Commission*, 18 Ottobre 1999, consultabile presso <http://www.esi2.us.es/~mbilbao/pdf/repige99.pdf>.

¹⁴⁵ DELORS J., *Reuniting Europe: our historic mission*, Agence Europe Document N. 7625 e N. 7626, Gennaio 2000, p. 3.

¹⁴⁶ FISCHER J., *Quo vadis Europa?*, Address at Humboldt University, 12 Maggio 2000.

¹⁴⁷ CHIRAC J., *Our Europe*, Address Before the German Bundestag, 27 Giugno 2000.

negative che avrebbero potuto derivare dall'avanzamento degli altri, persistente il proprio rifiuto di partecipare.¹⁴⁸

44. La diversità di vedute sul punto faceva sì che negoziazioni del Trattato di Nizza si concentrassero piuttosto sulle questioni istituzionali lasciate aperte dal Trattato di Amsterdam, che erano notoriamente l'estensione dell'ambito di applicazione del voto a maggioranza qualificata ed i criteri normativi disciplinanti la composizione della Commissione e l'assegnazione dei voti in Consiglio. *Ex post* sappiamo che la Conferenza Intergovernativa si sarebbe effettivamente concentrata solo sulla prima delle questioni menzionate, mentre le altre sarebbero state affrontate soltanto con il Trattato di Lisbona.¹⁴⁹ Tanto è bastato, però, affinché la questione della cooperazione rafforzata rientrasse “*dalla porta di servizio*”, all'interno della discussione sull'estensione dell'ambito di applicazione del voto a maggioranza in Consiglio.¹⁵⁰ Fu pertanto per tale via che si raggiunse il compromesso politico che portò ad un lieve alleggerimento delle condizioni sostanziali di ricorso allo strumento, accompagnato dalla semplificazione delle condizioni procedurali per la sua attivazione.
45. In estrema sintesi, sotto il profilo delle condizioni sostanziali di ricorso, vennero aggiunti al Trattato UE i nuovi articoli concernenti l'instaurazione della cooperazione rafforzata nel settore della PESC (artt. 27a-27e UE, inseriti dal Trattato di Nizza); vennero inoltre rimosse alcune limitazioni ritenute responsabili dello scarso successo pratico dell'istituto, quali il necessario rispetto degli “*interessi*” degli Stati non partecipanti – accanto ai loro “*diritti, obblighi e competenze*”, la cui protezione invece si manteneva -, la condizione della non incidenza della differenziazione introdotta sulle “*politiche, azioni e programmi comunitari*”,¹⁵¹ ed infine, la prescrizione che la cooperazione rafforzata non potesse comunque riguardare il settore della

¹⁴⁸ Questa, in particolare era la posizione del regno unito **BLAIR T.**, *Europe's Political Future*, Address to the Polish Stock Exchange, Warsaw, 6 Ottobre 2000.

¹⁴⁹ Sui nuovi criteri di composizione della Commissione cfr. il nuovo art. 17 TUE *post* Lisbona. La norma, ad ogni modo, è stata privata del suo potenziale innovativo dalla decisione del Consiglio europeo dell'11 e 12 dicembre 2008 (cfr. la Nota presidenziale del Consiglio, datata Bruxelles, 13 febbraio 2008, 17271/1708 REV 1, la quale ha deciso che il sistema di rotazione non entrerà in funzione).

¹⁵⁰ **DE AREILZA J. M.**, *The Reform of Enhanced Co-operation Rules: Towards Less Flexibility?*, già cit. sub n. 12.

¹⁵¹ Che, ad una lettura rigorosa, avrebbe implicato il blocco di qualunque cooperazione all'interno del pilastro comunitario (così **ROSSI L.S.**, *Commento all'art. 20 TUE*, già cit. sub n. 59, p. 221).

cittadinanza dell'Unione, così come non potesse provocare discriminazioni fra i cittadini dell'Unione (si trattava infatti di disposizioni ridondanti, ferma la generale operatività del principio di non discriminazione in base alla nazionalità; cfr. gli attuali artt. 18 e 19 TFUE, ex artt. 12 e 13 TCE). Di importante valore ideologico, ma anche precettivo, si ricorda inoltre come in questa sede sia stata esplicitata la funzionalizzazione della cooperazione rafforzata alla protezione ed all'avanzamento del processo d'integrazione europea, a definitiva conferma della natura autenticamente comunitaria dello strumento ed in accordo con il principio di sussidiarietà che sempre si pone alla base dell'attivazione delle competenze comunitarie (cfr. art. 5 TUE).¹⁵²

46. Per quanto concerneva, invece, i limiti procedurali, veniva ridotta la consistenza della “*massa critica*” degli Stati membri necessari per attivare il procedimento di ricorso alla cooperazione e si sostituiva il potere di veto di ciascuno Stato in Consiglio con la possibilità di investire il Consiglio Europeo di eventuali questioni controverse, senza tuttavia dare una precisa disciplina a questa eventuale fase.¹⁵³
47. Qualche anno più tardi, durante le negoziazioni del Trattato Costituzione,¹⁵⁴ il dibattito sull'uso degli strumenti giuridici di

¹⁵² **FABBRINI F.**, *Enhanced Cooperation under Scrutiny: Revisiting the Law and Practice of Multi-Speed Integration in Light of the First Involvement of the EU Judiciary*, Legal Issues of Economic Integration, 2013, p. 197–224.

¹⁵³ Cfr. il nuovo art. 40 A, par. 2, TUE introdotto dal Trattato di Nizza in parziale sostituzione del precedente art. 40 TUE, che così disponeva: «[l]’*autorizzazione di cui al paragrafo 1 è concessa, nel rispetto degli articoli da 43 a 45, dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione o su iniziativa di almeno otto Stati membri e previa consultazione del Parlamento europeo. Ai voti dei membri del Consiglio è attribuita la ponderazione di cui all’articolo 205, paragrafo 2 del trattato che istituisce la Comunità europea.*

Un membro del Consiglio può chiedere che la questione sia sottoposta al Consiglio europeo. Una volta la questione sollevata in tale sede, il Consiglio può deliberare ai sensi del primo comma del presente paragrafo»; cfr. anche il nuovo art. 11, par. 2, del Trattato CE, così come sostituito dal Trattato di Nizza: «L’*autorizzazione di procedere a una cooperazione rafforzata di cui al paragrafo 1 è concessa, nel rispetto degli articoli da 43 a 45 del trattato sull’Unione europea, dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo. Se la cooperazione rafforzata riguarda un settore che rientra nell’ambito della procedura di cui all’articolo 251 del presente trattato, è richiesto il parere conforme del Parlamento europeo.*

Un membro del Consiglio può chiedere che la questione sia sottoposta al Consiglio europeo. Una volta la questione sollevata in tale sede, il Consiglio può deliberare ai sensi del primo comma del presente paragrafo».

¹⁵⁴ Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa firmato a Roma il 29 ottobre 2004, in GU C 301, 16.12.2004. Conformemente alle previsioni di diritto primario in punto di riforma dei Trattati, l'entrata in vigore del Trattato Costituzione era

integrazione differenziata veniva ripreso in modo piuttosto discontinuo. Ancora, ad ogni modo, l'occasione si prestava a far emergere la significativa distanza tra le interpretazioni dei diversi partiti politici, rivelando le incerte le basi per un'analisi coerente della natura giuridica del fenomeno.¹⁵⁵ Al contrario, sicuramente anche in virtù della propria ambivalenza, in questo immutato scenario ideologico, la panacea dell'Europa a più velocità riemergeva nel Consiglio Europeo di Bruxelles del dicembre 2003, che faceva seguito al fallimento dell'ambizioso progetto federalista. L'integrazione differenziata si guadagnava definitivamente il soprannome di “*mostro di Lochness dell'integrazione europea*”, tendente a riaffiorare in superficie ad intervalli regolari,¹⁵⁶ dinnanzi ad ogni prospettiva di crisi del sistema.¹⁵⁷ L'idea, in ogni caso, veniva nuovamente abbandonata poco più tardi, nella primavera del 2004.¹⁵⁸

48. Il discorso sulla *flessibilità partecipativa* tramite lo strumento della cooperazione rafforzata è stato da ultimo ripreso nel Trattato di Lisbona, accanto alle a lungo attese riforme istituzionali riguardanti i criteri di composizione della Commissione, le modalità di calcolo del voto a maggioranza in Consiglio, la ridefinizione del numero dei membri del Parlamento europeo e della loro distribuzione tra gli Stati membri.¹⁵⁹ Inoltre, come si illustrerà in maggiore dettaglio nei

subordinata alla ratifica da parte di tutti gli Stati membri, conformemente alle relative norme costituzionali; la bocciatura del progetto, avvenuta con i *referendum* svoltisi in Francia e nei Paesi Bassi l'anno successivo alla sottoscrizione, tuttavia, bloccò il processo di ratifica e il Trattato non entrò mai in vigore.

¹⁵⁵ SHAW J., *Flexibility in “reorganized” and “simplified” Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 279-311; LAMOUREUX F., *La Constitution «Pénélope»: une refondation pour en finir avec les replâtrages*, *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2003, p. 13-37; DE WITTE B., *Future Paths of Flexibility: Enhanced Cooperation, Partial Agreements and Pioneer Groups*, già cit. sub n. 105.

¹⁵⁶ DE WITTE B., *Future Paths of Flexibility: Enhanced Cooperation, Partial Agreements and Pioneer Groups*, già cit. sub n. 105.

¹⁵⁷ DE AREILZA J. M., *The Reform of Enhanced Co-operation Rules: Towards Less Flexibility?*, già cit. sub n. 12.

¹⁵⁸ Cfr. i discorsi dell'allora Presidente francese Chirac e del Ministro degli esteri tedesco Fischer, riportati nell'articolo “*L'Irlanda espère débloquent les travaux sur la Constitution*”, *Le Monde*, 4 marzo 2004.

¹⁵⁹ Anche in questo contesto sono state adottate soluzioni di compromesso tra le istanze avanzate dagli Stati membri di piccole-medie dimensioni – gruppo in cui tendenzialmente sono ricompresi anche gli Stati di più recente accessione – e dagli Stati membri fondatori. I primi appoggiavano delle riforme sempre più ispirate al metodo comunitario, privilegiando opzioni maggiormente conservative e protettive del ruolo delle istituzioni comuni, in particolare della Commissione europea. I

prossimi capitoli, il Trattato di Lisbona ha contribuito all'evoluzione degli istituti di integrazione differenziata comunitaria anche mediante le modifiche introdotte in punto di relazioni tra Unione e Stati membri.¹⁶⁰ In quel contesto, difatti, si riscontra una più netta definizione del ruolo e delle competenze degli Stati membri all'interno dell'Unione, i quali per diversi aspetti testimoniano un certo *favor* verso un'evoluzione in senso maggiormente *differenziato* del sistema.¹⁶¹

secondi spingevano in senso opposto, ed individuavano nell'esaltazione degli elementi di flessibilità, così come in certi piccoli correttivi nella struttura istituzionale (quali la nomina del Presidente del Consiglio Europeo e dell'Alto Rappresentante per la politica estera) una possibile via per controbilanciare il peso assunto nei processi decisionali dai primi. Cfr. sul punto **CRUM B.**, *Politics and Power in the European Convention*, Politics, 2004, p. 1-11. Come si afferma in **CHRISTIANSEN T.**, *The European Union after the Lisbon Treaty: An Elusive 'Institutional Balance'?*, in BIONDI A., EECKHOUT P., RIPLEY S., *EU Law After Lisbon*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 228-247, a p. 231: «*it was in response to this rearguard action among the smaller Member States in defence of the European Commission that the High Representative was also appointed as Vice President of the Commission, thus acting as a 'bridge' between the institutions of Council and Commission in the area of external relations in which either has competences*».

¹⁶⁰ Cfr. **CHRISTIANSEN T.**, *The European Union after the Lisbon Treaty: An Elusive 'Institutional Balance'?*, già cit. sub n. 159, in particolare alle p. 232 ss. Ivi si evidenzia come, in linea di continuità rispetto alle modifiche introdotte col Trattato di Nizza, le ragioni alla base delle modifiche istituzionali introdotte a Lisbona fossero guidate innanzitutto dalla prospettiva dell'allargamento “*ad Est*” dell'Unione (cfr. sul punto anche **STEUNENBERG B.**, *Enlargement and Institutional Reform in the European Union: Separate or Connected Issues?*, *Constitutional Political Economy*, 2001, p. 351-370 e **WALKER N.**, *Constitutionalising Enlargement. Enlarging Constitutionalism*, *European Law Journal*, 2003, p. 365-385). A questo proposito, tuttavia, Christiansen nota criticamente che: «*[t]he picture is somewhat skewed [...] by the fact that the treaty reform, which was meant to prepare the EU before the arrival of the accession of the new Member States, in the end occurred some five years after the main wave of Eastern enlargement. This meant that the reforms came late and addressed a 'problem' that had largely failed to appear – the above concerns which had been widespread ahead of enlargement did not lead to any slowdown or standstill of the EU's decision-making system. The main EU institutions did work well after 2004, and in fact in some respects performed better – more efficiently – than prior to enlargement. This is true both with respect to their internal functioning as well as their interaction in the legislative process or in the area of centralized policy-implementation (comitology)*». La conclusione di tali riflessioni, anche alla luce delle difficoltà nella negoziazione delle modifiche istituzionali introdotte con il Trattato di Lisbona, è dunque che «*[i]ronically, the arrival of the new Member States did not cause significant problems for the everyday functioning of the European Union, but made it more difficult to achieve these elusive reforms*».

¹⁶¹ In aggiunta alle notazioni qui esposte, si ricorda anche che una parte della dottrina ha evidenziato come il Trattato di Lisbona avrebbe confermato l'originario carattere essenzialmente differenziato dell'area di competenza comunitaria corrispondente al c.d. “*Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*”. Si tratta, secondo l'opinione richiamata, dell'ambito di cooperazione tra gli Stati membri di “*maggiore impatto*” per gli individui (così **MONAR J.**, *Freedom, Security and Justice*, in VON BOGDANDY A., BAST J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, II ed., Hart, Oxford, 2009, p. 551-586). Secondo l'A., benchè essa non rappresenti l'area dell'ordinamento più

Innanzitutto, a questo proposito appare significativa la scomparsa del riferimento al principio del rispetto dell'*acquis* comunitario, che ha coinvolto anche le disposizioni del Trattato dedicate alla cooperazione rafforzata;¹⁶² queste ultime, inoltre, hanno subito una riorganizzazione, a seguito della generale abolizione della struttura a pilastri dell'ordinamento, con la conseguenza che i principi generali che governano l'istituto risultano ora racchiusi in un'unica norma contenuta nel Trattato sull'Unione (art. 20 TUE), mentre alla disciplina di dettaglio sono dedicati gli artt. 326-334 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione.¹⁶³ A ciò si aggiungono: la procedimentalizzazione ed il rafforzamento, nel contesto del più generale irrobustimento del ruolo dei parlamenti nazionali,¹⁶⁴ delle garanzie del controllo di sussidiarietà,¹⁶⁵ che ha portato condivisibile dottrina a ritenere che il Trattato di Lisbona abbia chiaramente affermato il ruolo *negativo* del principio, implicante il “*primato dell'azione degli Stati membri su quella dell'Unione*”;¹⁶⁶ la rigorosa e frequente

intensamente *integrata* (quale comunemente si considera il mercato interno) ad ogni modo costituisce l'area in cui la soggettività giuridica dell'individuo, tratto peculiare dell'ordinamento comunitario in quanto ordinamento internazionale e anche interindividuale, appare maggiormente interessata.

¹⁶² Cfr. *infra* la Sezione 2.4.

¹⁶³ Questo, in conformità alla ripartizione della normativa primaria tra Trattato sull'Unione e Trattato sul Funzionamento dell'Unione, accolta in generale dal Trattato di Lisbona. Il nuovo approccio sistematico può essere così riassunto: la collocazione ideale delle norme di principio è rappresentata dal Trattato sull'Unione Europea, mentre quella delle regole operative o di dettaglio dei vari istituti è costituita dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Cfr. sul punto **CREMONA M.**, *The Two (or Three) Treaty Solution: The New Treaty Structure*, in BIONDI A., EECKHOUT P., RIPLEY S. (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 40-61 e, nello stesso volume, **ROSSI L.S.**, *Does the Lisbon Treaty Provide a Clear Separation of Competences between EU and Member States?*, in BIONDI A., EECKHOUT P., RIPLEY S. (eds.), *EU Law after Lisbon*, OUP, Oxford, 2012, p. 85-106. Il Trattato, comunque, non manca di ammettere qualche eccezione alla regola generale illustrata. Un esempio vistoso è rappresentato dalle disposizioni “*specifiche*” dedicate alla Politica Estera e di Sicurezza Comune dal Capo II del Trattato sull'Unione (artt. 23-41 TUE).

¹⁶⁴ Cfr. il Protocollo n. 1 allegato ai Trattati, Sul Ruolo dei Parlamenti Nazionali nell'Unione Europea; cfr. anche l'art. 12 TUE e gli artt. 69 e 352 TFUE.

¹⁶⁵ Cfr. il Protocollo n. 2 allegato ai Trattati, Sull'Applicazione dei Principi di Sussidiarietà e Proporzionalità, in GU C 202, 7.6.2016, p. 206-209.

¹⁶⁶ Per un'analisi degli elementi che depongono a favore di un'interpretazione *negativa* del principio, specialmente alla luce dei nuovi contenuti del diritto primario, nel senso di principio del “*primato dell'azione degli Stati membri su quella dell'Unione*” (in assenza di *pre-emption*, s'intende; cfr. **POCAR F.**, **BARUFFI M.C.**, *Commentario breve*

invocazione del principio delle competenze di attribuzione;¹⁶⁷ accostata alla sistematizzazione e categorizzazione delle varie tipologie di competenza,¹⁶⁸ ed alla previsione della possibilità di restituire le competenze non esclusive agli Stati membri, da leggersi in combinato con il riconoscimento e la previsione di uno specifico *iter* procedurale, in sede di diritto primario, che permette oggi agli Stati membri di scegliere di fuoriuscire dall'Unione (art. 50 TUE),¹⁶⁹ facoltà che è stata condivisibilmente definita «*the most extensive form of differentiation*».¹⁷⁰ Da ultimo, si noti come il Trattato, accanto alla preservazione dei regimi di *opt-out* preesistenti, ed all'introduzione del difficilmente inquadrabile Protocollo relativo all'applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione a Polonia e Regno Unito,¹⁷¹

ai Trattati dell'Unione europea, CEDAM, Padova, 2014, p. 29-30). Cfr. *infra* la Sezione 3.4 ed il Capitolo 4.

¹⁶⁷ Il principio delle competenze di attribuzione dell'Unione è richiamato per più di 20 volte nei nuovi Trattati.

¹⁶⁸ Cfr. i nuovi artt. da 2 a 6 del TFUE.

¹⁶⁹ Cfr. *infra* la Sezione 0.

¹⁷⁰ L'espressione si riscontra in **LAMPING M.**, *Enhanced Cooperation A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2011, p. 879-925, a p. 3.

¹⁷¹ Cfr. **AMADEO S.**, *Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, in Diritto dell'Unione Europea, 2009, p. 720-742; **BAQUERO CRUZ J.**, *What's Left of the Charter? Reflections on Law and Political Mythology*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2008, p. 65-75. Vi sono diversi dubbi, in dottrina, in ordine all'effettività del Protocollo in discorso. In primo luogo, essa evidenzia che i principi enunciati dalla Carta valgono in ogni caso nei confronti dell'azione giuridica dell'Unione, la quale sarà pertanto ad essi integralmente vincolata anche laddove in concreto indirizzata verso situazioni territorialmente collegate ai due Stati membri che godono della posizione differenziata. Per quanto concerne, poi, l'attività interna di questi ultimi, troveranno applicazione le norme costituzionali interne e quelle internazionali della CEDU, cui tutti e 28 gli Stati membri dell'Unione aderiscono. Per questa via, ove l'azione di costoro fosse riconducibile all'attuazione del diritto dell'Unione, residuerà sempre la rilevanza -perlomeno indiretta- dei principi della Carta, la cui inosservanza potrà essere censurata dalla Corte di giustizia ex art. 263 TFUE, tramite il sindacato di conformità ai principi generali dell'ordinamento siccome desunti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. A conti fatti, dunque, la deroga varrebbe solo per quella parte della Carta di Nizza concernente i diritti sociali che non sono riconducibili né alla CEDU, né ai principi fondamentali comuni agli Stati membri enunciati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Cfr. sul punto anche **ROSSI L. S.**, *Commento all'art. 20 TUE*, già cit. sub n. 59, ove per i motivi enunciati si sostiene che il Protocollo n. 30 al Trattato

abbia mitigato l'estensione del metodo comunitario al settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (Capo III e IV, Titolo V del TFUE), ammettendo una nuova possibilità di *opt-out* in favore del Regno Unito. Tale *opt-out* è stato definito con l'espressione *block opt-out*, proprio a causa del suo modo di operare rispetto al complesso delle norme disciplinanti il settore in considerazione (*en bloc*).¹⁷² Tale facoltà è stata effettivamente esercitata da parte del Regno Unito, il quale ha notificato la propria volontà al Consiglio nel luglio 2013.¹⁷³

di Lisbona non costituirebbe un vero e proprio *opt out*, e forse nemmeno una forma di integrazione differenziata.

¹⁷² Si tratta della possibilità, riconosciuta a tale Stato membro, dall'art. 10 del Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie allegato al Trattato di Lisbona, di rendersi immune ai futuri sviluppi ed emendamenti della materia, così come dagli strumenti preesistenti di c.d. terzo pilastro che già lo vincolassero all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. In particolare, l'art. 10, par. 1 e 5, del Protocollo prevedono la facoltà del Regno Unito di fare *opt-out* dagli atti dell'Unione adottati in materia di cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale adottati prima dell'entrata in vigore del Trattato.

¹⁷³ L'atto di notificazione è consultabile presso <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12750-2013-INIT/en/pdf>. L'esercizio della facoltà di *opt-out* è avvenuto, tuttavia, contemporaneamente all'esercizio del diritto di *opt-in* in 35 delle misure nel settore del c.d. ex-terzo pilastro, consentito dal medesimo Protocollo n. 36. L'*opt-in* in questione è stato esercitato con atto del 27 novembre 2014 (consultabile presso <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15398-2014-INIT/en/pdf>). Come illustrato nel comunicato stampa rilasciato il primo dicembre 2014 dal Consiglio (consultabile presso: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/145981.pdf): «[i]n practice, that means that the Council, acting unanimously, decides on the re-participation of the UK to ex-third pillar measures related to the Schengen acquis, while the Commission decides on the UK's re-participation in the non-Schengen ex-third pillar acts. The UK has notified of its wish to opt back into 35 "ex-third pillar" measures, with effect on 1 December. Six of these concern the Schengen acquis. They include the chapters of the Schengen Convention on police and judicial cooperation in criminal matters and the Schengen Information System (SIS II, which is the police/justice part of the Schengen data base). The remaining 29 non-Schengen measures include the European Arrest Warrant, Europol and Eurojust». Cfr. anche la Decisione del Consiglio, del 1 dicembre 2014, relativa alla notifica da parte del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord che desidera partecipare ad alcune disposizioni dell'*acquis* di Schengen contenute in atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale e che modifica le decisioni 2000/365/CE e 2004/926/CE (in GU L 345, 1.12.2014, p. 1–5) e la Decisione della Commissione, del 1 dicembre 2014, concernente la comunicazione, da parte del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, della volontà di partecipare ad atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati prima dell'entrata in vigore

49. Il generale *favor* che si desume dalle previsioni del Trattato di Lisbona verso il potenziamento degli strumenti e delle dinamiche dell'integrazione differenziata non si pone in contrasto con gli sforzi contemporaneamente profusi dagli Stati membri ai fini dell'estensione dell'ambito di applicazione del metodo comunitario.¹⁷⁴ Al contrario, il progressivo incremento della componente comunitaria dell'istituto della cooperazione rafforzata, dimostra fino in fondo che l'introduzione espressa nell'ordinamento di strumenti di integrazione differenziata, persino se destinati a trovare applicazione generale, non coincide necessariamente con l'abbandono di tale metodo.¹⁷⁵

del trattato di Lisbona e che non fanno parte dell'*acquis* di Schengen (in GU L 345, 1.12.2014, p. 6–9).

¹⁷⁴ È stato notato che l'abolizione della struttura a pilastri, così come l'estensione delle istanze di voto a maggioranza qualificata e l'introduzione della procedura legislativa *ordinaria*, di cui al nuovo art. 294 TFUE, si collocano nel senso di un generale rafforzamento dell'elemento comunitario nei procedimenti di produzione normativa e decisionali, così come agevolano il contenimento della frammentazione della disciplina per settori di competenza *esplosa* a Maastricht (così **DE WITTE B.**, *Institutional Variation across Policy Fields in the Evolution of European Union Law*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2013, p. 465-471). Una parte della dottrina, al contrario, parla di una certa ambivalenza del Trattato di Lisbona rispetto alla cooperazione rafforzata e, più in generale, rispetto al fenomeno della *differenziazione*. Cfr. in proposito **AVBELJ M.**, *Differentiated Integration-Farewell to the EU-27?*, già cit. sub n. 81; così come le questioni evidenziate in **DOUGAN M.**, *The Unfinished Business of Enhanced Cooperation: Some Institutional Questions and their Constitutional Implications*, già cit. sub n. 58, p. 157-179. Diversamente, per le ragioni esposte, la maggior parte della dottrina, riconosce il netto *favor* del Trattato di Lisbona verso l'agevolazione del ricorso alla cooperazione e, più in generale, verso il fenomeno della differenziazione partecipativa (cfr. in proposito, *ex multis*, **CRAIG P.**, *The Lisbon Treaty. Law Politics, and Treaty Reform*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 439-334; **DE WITTE B.**, *Editorial. Five Years After the Lisbon Treaty's Entry into Force. Variable Geometry Running Wild?*, già cit. sub n. 16; **CANTORE C. M.**, *We're one, but we're not the same: Enhanced Cooperation and the Tension between Unity and Asymmetry in the EU*, già cit. sub n. 34; **DASHWOOD A.**, **DOUGAN M.**, **RODGER B.**, **SPAVENTA E.**, **WYATT D.**, *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Sweet and Maxwell, 2011, p. 109-111).

¹⁷⁵ Così si argomenta espressamente in **THYM D.**, *The Evolution of Supranational Differentiation*, già cit. sub n. 62, ed anche in **BECERRIL B.**, *The regulation of enhanced cooperation and its reform in Lisbon: Towards a model of differentiation that is closer to the community method*, già cit. sub n. 15, p. 11-22; **BLANKE H.-J.**, **MANGIAMELI S.** (eds.), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, già cit. sub n. 17, p. 787-830. Evidenzia la finalità *essenzialmente* integrativa dell'istituto, confermata espressamente nel Trattato di Lisbona, **FABBRINI F.**, *Enhanced Cooperation under Scrutiny: Revisiting the Law and Practice of Multi-Speed Integration in Light of the First Involvement of the EU Judiciary*, già cit. sub n. 152, che cita **PESCATORE P.**, *Le droit de l'intégration : Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés Européennes*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

1.1.2 I modelli elaborati dalla dottrina e le ambiguità definitorie: l'esigenza di una definizione giuridica rigorosa del fenomeno della *differenziazione* e dei limiti del suo legittimo impiego

50. Nei paragrafi precedenti si sono illustrati i diversi modelli teorici del concetto di integrazione differenziata che sono stati elaborati dalla dottrina e dagli esponenti politici. Si evidenzia, tuttavia, come le istanze di differenziazione concretamente realizzate dal legislatore comunitario nel corso del processo d'integrazione non siano corrisposte esattamente a nessuno dei modelli cui si era ispirato il dibattito politico che ne aveva preceduto l'introduzione.¹⁷⁶
51. Questo risultato dipende dall'operare congiunto di vari fattori. Un primo elemento da prendere in considerazione è il fatto che le dichiarazioni d'intenti dei protagonisti del dibattito politico, talora esagerate a scopi propagandistici, non tenevano in piena considerazione i limiti giuridici che l'ordinamento comunitario imponeva (e tuttora impone) al fenomeno della differenziazione. Un dato particolare sul quale le critiche dottrinali si sono concentrate è, per esempio, la scarsa considerazione delle interazioni tra la disciplina differenziata ed i principi generali dell'ordinamento giuridico comunitario. Per tali s'intendono innanzitutto i principi generali *sostanziali* dell'ordinamento, compresi quelli che assicurano la tutela dei diritti fondamentali, così come i principi più specifici che governano i singoli settori, ed *in primis* il mercato interno.¹⁷⁷ Ad essi si accostano i principi *strutturali* dell'ordinamento, i quali individuano gli elementi caratteristici della norma giuridica comunitaria: tali sono i principi del primato e dell'effetto diretto, ma anche quelli di autonomia, di giustiziabilità, di democraticità, e di sussidiarietà del diritto comunitario.¹⁷⁸ Di conseguenza, nel passaggio tra la teorizzazione dei possibili modelli politici di integrazione differenziata e la loro pratica trasposizione normativa, il legislatore ha dovuto adattare la propria azione ai limiti entro i quali essa poteva

¹⁷⁶ Così **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, p. 137 ss.; **GUILLARD C.**, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, già cit. sub n. 59, p. 8-33; **DELASERRE V.F.**, **WALLACE H.**, *Les coopérations renforcées, une fausse bonne idée?*, Notre Europe, Etudes et recherches 1997, n. 2; **CHALTIEL F.**, *Le Traité d'Amsterdam et la Coopération Renforcée*, già cit. sub n. 133.

¹⁷⁷ Si esprimono in questo senso, ad esempio, **HERLIN-KARNELL E.**, **KONSTADINIDES T.**, *EU constitutional principles as housekeeping rules in EU external variable geometry*, già cit. sub n. 58, p. 26-36.

¹⁷⁸ Sulla nozione di *principi strutturali* cfr. *infra* il Capitolo 4, ed in particolare la Sezione 4.2.

legittimamente esplicitarsi nel sistema, lasciando tuttavia in bianco numerosi aspetti che al *test* pratico hanno sollevato questioni di non semplice soluzione.

52. Una seconda causa deve individuarsi proprio nell'omissione di qualunque definizione normativa del fenomeno della differenziazione, tanto in termini generali, quanto nelle sue manifestazioni più specifiche (cooperazione rafforzata esclusa), la quale ha in qualche modo agevolato l'invocazione strumentale della differenziazione nel dibattito politico. In questo stesso senso, si è anche evidenziato come l'iniziale assenza di una seria riflessione giuridica sul fenomeno, così come di un correlato sforzo definitorio, abbia fatto sì che l'integrazione differenziata finisse per risolversi in un concetto *plastico* - ossia passibile di una pluralità di interpretazioni, talora sovrapponibili o solo parzialmente confliggenti, talaltra radicalmente opposte -¹⁷⁹ in tutta analogia a quanto accaduto per lungo tempo rispetto al principio di *sussidiarietà* dell'azione comunitaria.¹⁸⁰ Il

¹⁷⁹ Cfr. **EDWARDS G., PHILIPPART E.**, *Flexibility and the Treaty of Amsterdam: Europe's New Byzantium*"; già cit. sub n. 14; **PHILIPPART E., EDWARDS G.**, *The Provisions on Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam: The Politics of Flexibility in the European Union*, già cit. sub n. 133, p. 96-97. Per un recente esempio a dimostrazione dell'*ambivalenza* cui si presta l'elemento dell'*ultima ratio* ai fini del ricorso alla cooperazione rafforzata, in assenza di una rigorosa analisi, cfr. la posizione sostenuta dall'Italia nel contesto del giudizio di annullamento della decisione autorizzativa della cooperazione rafforzata in materia di brevetto, smentita dal giudizio della Corte (cfr. *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, cause riunite C-247/11 e C-295/11, già cit. sub n. 22., ai punti p. 33-37, in particolare al p. 36: «[...] gli articoli 20 TUE e da 326 TFUE a 334 TFUE non limitano la facoltà di ricorrere a una cooperazione rafforzata alla sola ipotesi in cui uno o più Stati membri dichiarino di non essere ancora pronti a partecipare ad un'azione legislativa dell'Unione nel suo insieme. Ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 2, TUE, la situazione che può legittimamente condurre a una cooperazione rafforzata è quella in cui «gli obiettivi ricercati da detta cooperazione non possono essere conseguiti entro un termine ragionevole dall'Unione nel suo insieme». L'impossibilità cui fa riferimento tale disposizione può essere dovuta a diverse cause, quali una mancanza di interesse di uno o più Stati membri o l'incapacità degli Stati membri, che si mostrino tutti interessati all'adozione di un regime a livello dell'Unione, di pervenire ad un accordo sul contenuto di un tale regime»), che ha richiamato la posizione adottata dall'avvocato generale nelle proprie conclusioni (cfr. le Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, presentate l'11 dicembre 2012, nelle Cause riunite C-274/11 e C-295/11, p. 40-67, al p. 79: «[...] in risposta all'argomento della Repubblica italiana secondo cui la cooperazione rafforzata non potrebbe essere instaurata quando gli Stati membri che decidono di non prendervi parte sono, in linea di principio, interessati e hanno intenzione di partecipare al processo legislativo nel settore considerato, la Commissione sostiene che, se semplici dichiarazioni di volontà di partecipare al processo di integrazione fossero ritenute sufficienti per bloccare il ricorso ad una cooperazione rafforzata, ciò equivarrebbe, in sostanza, a riconoscere un diritto di veto a tutti gli Stati membri»).

¹⁸⁰ In ordine alla plasticità del concetto di sussidiarietà, quale nozione politica suscettibile di ospitare visioni tra loro contrastanti, e dunque di essere interpretato, a seconda dell'approccio adottato, sia come scudo protettivo delle competenze e della

concetto di integrazione differenziata, è stato allora descritto come *sfuggente*, o intrinsecamente *ambiguo*,¹⁸¹ al punto che esso è stato talora interpretato come strumento necessario per la sopravvivenza ed il rafforzamento del processo di integrazione avverso gli ostacoli posti da una crescente complessità dell'ordinamento, talaltra come una pericolosa arma nelle mani degli Stati membri che non fossero più disposti ad accettare soluzioni condivise.¹⁸² Nel primo caso, infatti, si è sostenuto che la differenziazione esprimerebbe un compromesso necessario al progresso effettivo di un'Unione sempre più eterogenea, che altrimenti rischierebbe di limitarsi ad una legislazione “*al minimo comun denominator*”; nel secondo, invece, si è paventato che essa costituirebbe una pericolosa minaccia alla sopravvivenza stessa dell'ordinamento comunitario. In quest'ultimo senso, si è infatti detto che gli strumenti d'integrazione differenziata sarebbero in grado di offrire agli Stati membri una concreta via di fuga dagli obblighi derivanti dalla partecipazione all'Unione, anche e soprattutto con riferimento alle aree centrali (il c.d. “*hard core*”) dell'ordinamento integrato.¹⁸³

53. Ad aggiungere un ulteriore livello di ambiguità al quadro descritto si è posto il tentativo della dottrina di mettere ordine laddove mai ve ne è stato, cercando di incastrare all'interno delle classificazioni teoriche i vari modelli integrativi che via via venivano proposti nel dibattito

libertà di azione degli Stati membri, sia come principio legittimante l'azione unitaria della Comunità, si veda **ROBINSON W.**, *The Court of Justice after Maastricht*, in O'KEEFFE D., TWOMEY P. (eds.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Chancery Law Publishing, Chichester, 1994, p. 187-189; cfr. anche **PARTAN D. G.**, *The justiciability of subsidiarity*, in RODHES C., MAZEY S. (eds.), *The State of European Union*, Vol. 3, *Building a European Polity?* (1995, Lynne Rienner); **BIONDI A.**, *subsidiarity in the Courtroom*, in BIONDI A., EECKHOUT P., RIPLEY S. (eds.), *EU Law after Lisbon*, OUP, Oxford, 2012, p. 213-227; **DE BÚRCA**, *Reappraising subsidiarity's Significance After Amsterdam*, Harvard Jean Monnet WP 7/99, Harvard School of Law, Cambridge, MA, 2000; **WEATHERILL S.**, *subsidiarity, Flexibility and New Forms of Governance*, in WEATHERILL S. *Cases and Materials On EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 558-570, p. 558-570. Per l'analisi del principio di sussidiarietà, siccome riconducibile al principio di flessibilità (definito “*microflexibility*” da De Búrca; cfr. *supra* n. 502) e delle incertezze relative ai suoi concreti limiti di operativi, si rinvia *infra* alla Sezione 3.4.

¹⁸¹ **SHAW J.**, *The Treaty of Amsterdam: Challenges of Flexibility and Legitimacy*, già cit. sub n. 10.

¹⁸² **AVBELJ M.**, *Differentiated Integration-Farewell to the EU-27?*, già cit. sub n. 81; **HARMSSEN R.**, *A European Union of Variable Geometry: Problems and Perspectives*, già cit. sub n. 111, p. 129-131.

¹⁸³ Cfr. *infra* il Paragrafo 4.2.2.

politico. Questo sforzo tuttavia, raramente si è collocato all'interno di un'analisi giuridica che si soffermasse sull'esame dei rapporti tra l'integrazione differenziata ed il più generale fenomeno dell'integrazione europea. Per l'effetto, ci si ritrova oggi con l'elaborazione di una pluralità di modelli teorici cui l'integrazione differenziata concretamente prevista dal legislatore comunitario non offre pratico riscontro.

54. Le esposte lacune definitorie non hanno trovato soluzione nemmeno con l'introduzione della clausola generale di *cooperazione rafforzata*. Il Trattato di Amsterdam ha scelto di utilizzare questo termine inedito proprio in ragione delle incertezze aleggianti attorno al significato dei numerosi termini immaginifici conati in precedenza dalla dottrina e dai rappresentanti degli Stati membri; al contempo, con questa scelta terminologica, il trattato di riforma poneva l'accento sull'aspetto del rafforzamento del processo d'integrazione tra alcuni Stati membri, anziché sull'esclusione di quelli che non partecipavano all'adozione del diritto nuovo.¹⁸⁴ L'approccio è rimasto immutato a seguito delle ulteriori riforme del diritto primario: difatti, tanto il trattato di Nizza, quanto quello di Lisbona, pur agevolando le condizioni di ricorso alla cooperazione rafforzata, hanno scientemente omesso di dare alla differenziazione espressa definizione.¹⁸⁵ Allo stesso modo, anche a seguito del Trattato di Lisbona, la dottrina si è tendenzialmente limitata a mantenere e sviluppare i modelli teorici dell'integrazione differenziata sino ad allora proposti.

SEZIONE 1.2: IL C.D. PACCHETTO SUL BREVETTO EUROPEO CON EFFETTO UNITARIO COME *CASE STUDY*

1.2.1 I precedenti tentativi di armonizzazione della tutela brevettuale in Europa e la Convenzione di Monaco sul Brevetto Europeo

55. L'introduzione del c.d. Pacchetto sul brevetto europeo con effetto unitario rappresenta la prima grande riforma del diritto brevettuale

¹⁸⁴ **MARTENCZUCK B.**, *Die differenzierte Integration nach dem Vertrag von Amsterdam*, *Die differenzierte Integration nach dem Vertrag von Amsterdam* p. 405; **BORDIGNON M.**, **BRUSCO S.**, *On enhanced cooperation*, *Journal of Public Economics*, 200, p. 2063-2090, a p. 2064. Cfr. anche, in toni critici, **WEILER J.H.H.**, *Editorial: Amsterdam, Amsterdam!*, *European Law Journal*, 1997, p. 309-312.

¹⁸⁵ Di conseguenza, si è affermato che: «[t]he crucial point, then, is that the EU has yet to nominate in any clear way which model of flexibility it is following, and this has been reflected in the ways in which flexibility has been built – in a relatively ad hoc way – into the system of the EU Treaties». Così **SHAW J.**, *Flexibility in “reorganized” and “simplified” Treaty*, già cit sub n. 155, p. 283 ss.

nell'ambito regionale europeo a seguito dell'adozione della Convenzione sul Brevetto Europeo (CBE), firmata a Monaco il 5 ottobre 1973 ed entrata in vigore il 7 ottobre 1977.¹⁸⁶ Si tratta di una riforma estremamente significativa, avente lo scopo di introdurre, anche nel settore brevettuale, un titolo di proprietà intellettuale avente natura autenticamente comunitaria, ed in questo senso *autonomo*, dotato di effetto unitario nell'ambito territoriale dell'Unione.¹⁸⁷ Per tale motivo, il Pacchetto è stato accolto con notevole entusiasmo sia dalla dottrina che dai pratici del diritto della proprietà intellettuale.¹⁸⁸ Nondimeno, come si illustrerà più approfonditamente nel prosieguo del presente capitolo, l'adozione del Pacchetto ha suscitato numerose critiche concernenti il merito della disciplina materiale introdotta e la tecnica normativa adottata dal legislatore comunitario e dagli Stati

¹⁸⁶ Il testo vigente della Convenzione, così come risultante dalla sedicesima revisione dell'anno 2016, ed i testi presenti nell'archivio dell'Organizzazione Europea dei Brevetti (OEB), sono consultabili presso il sito web dell'OEB, alla pagina: <http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/epc.html>.

¹⁸⁷ Per i precedenti in materia di marchio, disegni e modelli cfr.: Regolamento (CE) n. 40/94 del Consiglio, del 20 dicembre 1993, sul marchio comunitario, in GU L 011 del 14/01/1994, p. 1-36, sulla base del quale è stato adottato il Regolamento (CE) n. 2868/95 della Commissione del 13 dicembre 1995 recante modalità di esecuzione del regolamento (CE) n. 40/94 del Consiglio sul marchio comunitario, in GU L 303 dell'15.12.1995, p. 1 (attualmente, la disciplina del marchio comunitario è prevista dal Regolamento (CE) n. 207/2009 del Consiglio del 26 febbraio 2009 sul marchio dell'Unione europea, GU L 078 dell'24.3.2009, p. 1).

¹⁸⁸ Per una prima illustrazione della lunga storia che ha segnato l'introduzione di un brevetto con effetto unitario in ambito europeo e per un'esposizione generale dei tratti salienti del nuovo Pacchetto brevetti, si rinvia alla seguente dottrina: CAGGIANO G., *Il pacchetto normativo sul 'brevetto europeo unitario' tra esigenze di un nuovo sistema di tutela, profili di legittimità delle proposte in discussione e impasse istituzionale*, già cit. sub. n. 16, in particolare a p. 693-694; ELLYNE E., *European Unitary Patent: are we there yet?*, già cit. sub n. 29, p. 57-78; BORGES R.-M., *Le brevet unitaire européen et la juridiction du brevet européen: enfin l'aboutissement?*, *Revue de l'Union européenne*, 2013, p. 148-155; NECATI PEHLIVAN C., *The Creation of a Single European Patent System: From Dream to (Almost) Reality*, *European Intellectual Property Review*, 2012, p. 453-460; TAMBOU O., *Le brevet européen à effet unitaire: un brevet tant attendu*, *Europe*, 2013, p. 7-13; GATHEM G., *Protéger ses inventions dans l'Union européenne: le brevet européen à effet unitaire et la juridiction unifiée du brevet*, *Journal de droit européen*, 2014, p. 274-283; GELATO P., LALA F., *Brevetto unitario per l'Europa o brevetto europeo (con effetto) unitario? Nodi giuridici e linguistici nella prospettiva italiana*, *Contratto e Impresa/Europa*, 2012, p. 516-541; KAISI A., *Finally a Single European Right for the EU? An Analysis of the substantive Provisions of the European Patent with Unitary Effect*, già cit. sub n. 30, p. 170-180; GUILLOT J.-F., DE HAAS C., *La malediction s'acharne sur le projet de brevet européen à effet unitaire*, *Contratto e Impresa. Europa*, 2012, p. 543-556.

membri, anche e specialmente in punto di *autonomia* del nuovo titolo di proprietà intellettuale.

56. Nei paragrafi che seguono si cercherà di riassumere il percorso evolutivo seguito dal diritto brevettuale europeo negli ultimi decenni, e di esporre i tratti salienti dei diversi progetti di riforma che nel corso del tempo si sono susseguiti.

(a) La Convenzione di Monaco sul Brevetto europeo

57. La riforma del diritto brevettuale europeo è stata attesa a lungo da parte della dottrina e degli utilizzatori del sistema, e rappresenta il punto di arrivo di un percorso iniziato all'incirca verso la fine degli anni Cinquanta, finalizzato alla creazione di un titolo autenticamente *comunitario* di brevetto. Com'è infatti noto, nell'ambito regionale europeo, accanto al diritto brevettuale interno di ciascuno Stato membro, si accosta da svariati decenni il c.d. "brevetto europeo", titolo di proprietà intellettuale avente natura internazionale, disciplinato dalla CBE.¹⁸⁹ In particolare, la CBE consiste in un accordo internazionale multilaterale concluso fra trentotto Stati, tra i quali sono ricompresi tutti i ventotto Stati membri dell'Unione europea, oltre che altri dieci Stati terzi appartenenti all'ambito regionale europeo; diversamente, l'Unione europea non è parte della CBE.¹⁹⁰

58. Più precisamente, la CBE ha istituito l'Organizzazione Europea dei Brevetti (OEB), avente sede centrale a Monaco di Baviera, in Germania (art. 6 CBE), e le cui lingue ufficiali sono l'inglese, il francese ed il tedesco. L'OEB ricomprende in sé due organi: l'Ufficio Europeo dei Brevetti (UEB) ed il Consiglio di Amministrazione. Come espressamente previsto dall'art. 4 CBE, l'OEB «[...] ha il compito di concedere i brevetti europei. Questo compito è assolto dall'Ufficio europeo dei brevetti sotto il controllo del Consiglio d'amministrazione». A tal fine, la CBE disciplina espressamente le condizioni di brevettabilità delle invenzioni industriali (art. 52 e ss. CBE) ed istituisce una procedura unitaria per il rilascio del titolo di brevetto europeo, la quale fa capo all'UEB (art. 75 e ss. CBE). Una volta concesso, il titolo di brevetto europeo assicura al titolare una protezione ventennale, ai sensi dell'art. 63 CBE.

¹⁸⁹ Afferma l'art. 1 della CBE: «[c]on la presente convenzione è istituito un diritto comune agli Stati contraenti in materia di concessione di brevetti per invenzioni».

¹⁹⁰ Si tratta di Albania, Svizzera, Principato di Monaco, Norvegia, Serbia, San Marino, Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia, Islanda, Liechtenstein e Turchia.

59. In questo senso, la CBE ha rappresentato un importante passaggio nell'evoluzione della protezione internazionale delle invenzioni industriali, risolvendo il problema dei depositi plurimi delle domande di concessione di brevetto nei diversi Stati parte della Convenzione, e stabilendo una procedura unificata di rilascio, che si avvale di un sistema omogeneo di condizioni di brevettabilità. Precedentemente all'introduzione della CBE, infatti, le imprese e gli altri individui che intendevano brevettare le proprie invenzioni industriali nell'ambito territoriale europeo dovevano presentare una domanda separata per ciascuno degli Stati nei quali intendevano ottenere tutela, presso i rispettivi uffici nazionali, avvalendosi, se necessario, del diritto di priorità previsto dall'art. 4 CBE.¹⁹¹ Ciascuna domanda era soggetta alla specifica procedura nazionale di approvazione e doveva chiaramente essere presentata nella lingua dello Stato di deposito.¹⁹²
60. A riguardo, la principale novità della disciplina dettata dalla CBE era rappresentata dal fatto che essa consentiva il deposito di un'unica richiesta all'Ufficio Europeo dei Brevetti, redatta in una sola lingua (francese, inglese oppure tedesco), con differimento delle spese di traduzione al momento dell'effettivo conseguimento del brevetto.¹⁹³

¹⁹¹ Si evidenzia, in ogni caso, come già prima dall'introduzione della CBE il riavvicinamento delle normative nazionali in punto di condizioni di brevettabilità era stato agevolato dall'adozione della Convenzione di Parigi del 20 marzo 1883 per la protezione della proprietà industriale e della Convenzione di Strasburgo sull'unificazione di taluni elementi del diritto dei brevetti d'invenzione, sottoscritta il 27 novembre 1963 da alcuni Stati appartenenti al Consiglio d'Europa ed entrata in vigore il 1° agosto 1980. Tali normative si prefiggevano l'obiettivo di unificare alcune regole del diritto brevettuale degli Stati partecipanti. I punti principali riguardavano i requisiti di brevettabilità e il contenuto della domanda di brevetto. I principi così stabiliti sono stati successivamente recepiti dalla CBE e sono penetrati nei sistemi nazionali, a seguito delle modifiche che li hanno di conseguenza riguardati. In proposito si rinvia a **WADLOW C.**, *Strasburg, the Forgotten Patent Convention, and the Origins of the European Patents Jurisdiction*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2010, p. 123-148; cfr. Anche **PILA J.**, *The European Patent: An Old and Vexing Problem*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, p. 917-940.

¹⁹² Cfr. anche Convenzione di Parigi del 20 marzo 1883 per la protezione della proprietà industriale, riveduta a Stoccolma il 14 luglio 1967 (consultabile presso: <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/index.html>). La convenzione si applica alla proprietà industriale nel senso più ampio, dal momento che concerne sia i brevetti che i modelli d'utilità, i marchi, i disegni ed i modelli industriali. La Convenzione di Parigi, che è tuttora in vigore e conta più di 173 Stati contraenti, rappresenta uno dei primissimi trattati internazionali aventi ad oggetto le materie della proprietà intellettuale e della proprietà industriale.

¹⁹³ Dispone infatti l'art. 14, par. 2 e 3, CBE che: «[o]gni domanda di brevetto europeo deve essere depositata in una delle lingue ufficiali o, se è depositata in un'altra lingua, tradotta in una lingua ufficiale, conformemente al regolamento di esecuzione 1. Durante l'intera procedura dinanzi

Soltanto dopo il conseguimento di quest'ultimo, una volta completata la procedura centralizzata presso l'UEB, per il titolare sarebbe stato necessario depositare presso gli Uffici nazionali di brevetto la traduzione della domanda inoltrata all'UEB, nella lingua ufficiale dello Stato, senza che i singoli Uffici nazionali dovessero procedere nuovamente all'analisi della brevettabilità dell'invenzione. Allo stesso modo, la CBE prevedeva una disciplina unitaria con riferimento all'eventuale opposizione al rilascio del brevetto (art. 99 e ss. CBE).

61. Il titolo di brevetto europeo rilasciato dall'UEB non integra, tuttavia, un titolo dotato di effetti unitari, soggetto cioè ad una disciplina unitaria ed avente un ambito territoriale di efficacia esteso al territorio di tutti i 38 Stati membri della CBE. Al contrario, il brevetto europeo integra un *fascio di brevetti nazionali* e pertanto equivale alla titolarità di tanti brevetti nazionali quanti sono gli Stati in cui il titolare l'ha convalidato. Ciascuno dei brevetti nazionali "ricompresi" nel titolo di brevetto europeo risulta efficace nei limiti del corrispondente territorio nazionale ed è soggetto alla corrispondente disciplina brevettuale (cfr. gli artt. 2 e 64, par. 1, CBE: «[...] *il brevetto europeo conferisce al suo titolare, a decorrere dal giorno di pubblicazione della menzione della sua concessione e in ciascuno Stato contraente per il quale è stato concesso, i medesimi diritti che gli conferirebbe un brevetto nazionale concesso in questo Stato*»). Allo stesso modo, con riferimento alle violazioni del diritto di brevetto, la tutela giurisdizionale viene assicurata dai giudici nazionali nel cui territorio le violazioni sono state poste in essere ed il procedimento giurisdizionale è disciplinato dal corrispondente diritto processuale nazionale (art. 64, par. 3, CBE). L'unica eccezione al principio di applicazione della legge nazionale dello Stato membro in cui si richiede tutela, riguarda la disciplina sostanziale delle condizioni

all'Ufficio europeo dei brevetti, tale traduzione può essere resa conforme al testo originale della domanda. Se la traduzione richiesta non è stata presentata in tempo, la domanda è ritenuta ritirata. La lingua ufficiale dell'Ufficio europeo dei brevetti nella quale la domanda è stata depositata o tradotta deve essere utilizzata in tutte le procedure dinanzi all'Ufficio europeo dei brevetti, salvo diversa disposizione del regolamento di esecuzione. Le domande di brevetto europeo sono pubblicate nella lingua della procedura». Inoltre, i par. 5- 8 del medesimo articolo stabiliscono che «[I]e domande di brevetto europeo sono pubblicate nella lingua della procedura. I fascicoli di brevetto europeo sono pubblicati nella lingua della procedura e contengono una traduzione delle rivendicazioni nelle altre due lingue ufficiali dell'Ufficio europeo dei brevetti. Sono pubblicati nelle tre lingue ufficiali dell'Ufficio europeo dei brevetti: a) il Bollettino europeo dei brevetti; b) la Gazzetta ufficiale dell'Ufficio europeo dei brevetti. Le iscrizioni nel Registro europeo dei brevetti vengono apportate nelle tre lingue ufficiali dell'Ufficio europeo dei brevetti. In caso di dubbio, fa fede l'iscrizione nella lingua della procedura».

di brevettabilità alla Convenzione, che deve essere applicata anche dal giudice nazionale.¹⁹⁴

62. Si è detto che, all'interno del sistema stabilito dalla CBE, spetta al soggetto che abbia ottenuto il titolo di brevetto europeo designare gli Stati membri in cui intende ottenere tutela a seguito del processo di concessione (artt. 3 e 79 CBE).¹⁹⁵ Secondo le regole della Convenzione, in particolare, la designazione degli Stati contraenti nei quali il titolare intende ottenere tutela comporta il rispetto di regole specifiche, con riferimento al regime delle traduzioni e delle tasse di mantenimento del brevetto. In ordine al primo aspetto, l'art. 65 CBE prevede che ciascuno Stato contraente possa stabilire che *«se il brevetto europeo concesso, mantenuto nel testo modificato oppure limitato dall'Ufficio europeo dei brevetti non è redatto in una delle sue lingue ufficiali, il titolare del brevetto debba presentare al servizio centrale della proprietà industriale una traduzione in una delle lingue ufficiali, a sua scelta, del testo concesso, modificato o limitato del brevetto oppure, se lo Stato considerato ha imposto l'uso di una lingua ufficiale determinata, in quest'ultima lingua»*, nel termine di tre mesi dalla pubblicazione della menzione di concessione, mantenimento o limitazione del titolo nel Bollettino europeo dei brevetti e sempre salva la concessione di un termine più lungo. Inoltre, ciascuno Stato contraente può disporre che, in caso di inosservanza della disciplina delle traduzioni da esso adottata, *«il brevetto sia considerato, fin dall'inizio, senza effetto sul suo territorio»* (art. 65, par. 3, CBE). Con riguardo al sistema delle tasse nazionali di mantenimento, l'art. 86 della Convenzione prevede inoltre che: *«[c]onformemente al regolamento di esecuzione, l'Ufficio europeo dei brevetti riscuote tasse annuali per tutte le domande di brevetto europeo. Tali tasse sono dovute per il terzo anno a decorrere dal giorno di deposito, e per ciascuno degli anni seguenti. Se il pagamento di una tassa annuale non è stato effettuato in tempo, la domanda è considerata ritirata. (2) L'obbligo di pagare tasse annuali cessa con il pagamento di quella dovuta per l'anno in cui è pubblicata la menzione della concessione del brevetto europeo»*.
63. Illustrati i tratti salienti del brevetto europeo, è possibile esporre i pregi e i difetti tradizionalmente individuati dalla dottrina con riferimento

¹⁹⁴ Così che, sebbene sia il giudice nazionale a conoscere della contraffazione e della validità del brevetto, egli è tenuto dare applicazione alla disciplina uniforme della CBE inerente l'oggetto della privativa, le condizioni di brevettabilità e le cause tassative di nullità del brevetto (art. 138 ss UEB).

¹⁹⁵ In particolare, l'art. 79 CBE prevede che: *«[t]utti gli Stati contraenti della presente convenzione al momento del deposito della domanda di brevetto europeo sono ritenuti designati nella richiesta di concessione del brevetto europeo. La designazione di uno Stato contraente può essere soggetta al pagamento di una tassa di designazione. La designazione di uno Stato contraente può essere ritirata in qualsiasi momento prima della concessione del brevetto europeo»*.

al sistema CBE.¹⁹⁶ Esso, infatti, comporta significativi vantaggi per gli inventori che intendono ottenere protezione in ambito territoriale europeo: in particolare, essa stabilisce un nucleo unico di regole di concessione, le quali, sotto il profilo procedurale, si traducono nella possibilità di inoltrare un'unica richiesta di concessione di brevetto, presso gli uffici dell'UEB, e di tradurla unicamente nelle sue tre lingue ufficiali. Al contempo, tuttavia, tale sistema presenta evidenti limiti. Questi investono innanzitutto il piano della tutela giurisdizionale, che risulta frammentata fra i diversi Stati membri della CBE, e così rischia di rivelarsi particolarmente costosa, oltre che incerta nei suoi risultati. L'aspetto più problematico, evidentemente, concerne l'eventualità che nei diversi Stati parte della Convenzione i giudici aditi decidano diversamente la medesima questione sostanziale, in quanto regolata da diverse normative e riferentesi a diversi territori. Altrettanto, sul piano del diritto del mercato interno, si evidenzia come la frammentazione territoriale, insita nella natura del titolo di brevetto europeo quale "fascio" di privative nazionali, rischi di determinare, in caso di divergenti soluzioni circa la validità o l'estensione del brevetto, davanti alle diverse giurisdizioni, una corrispondente frammentazione del mercato interno e di ingenerare barriere agli scambi tra gli Stati membri dell'UE. Un altro punto particolarmente dolente della disciplina, infine, riguarda la questione dei costi delle traduzioni e delle tasse nazionali di mantenimento dei brevetti che, come si è visto, possono essere imposte dai singoli Stati membri della CBE al fine di rendere efficace la designazione da parte del titolare di brevetto (procedimento di c.d. convalida del brevetto).¹⁹⁷ Proprio in ragione delle valutazioni ambivalenti cui il sistema della CBE si prestava già all'indomani della sua adozione, gli Stati membri sono presto giunti

¹⁹⁶ Cfr. in proposito **KITCHIN D.**, *Introductory Remarks: A Judicial Perspective*, in PILA J., WADLOW C. (ed.), *The Unitary EU Patent System*, Hart, Oxford, 2014, p. 1-8; **PILA J.**, *The European Patent: An Old and Vexing Problem*, già cit. sub n. 191; **MICHEA P.**, *Licenza di Brevetto. Il Parlamento Europeo e il Consiglio raggiungono uno storico accord sul brevetto europeo unitario*, I Contratti, 2013, p. 316- 320; **KAZI I.**, *Will We Ever See a Single Patent System Covering the European Union, Let Alone Spanning the Atlantic or Pacific?*, *European Intellectual Property Review*, 2011, p. 538-542; **SCUFFI M.**, *L'evoluzione del diritto europeo dei brevetti: verso la nuova corte europea dei brevetti e l'unified patent litigation system*, *Diritto Industriale*, 2010, p. 169-175; **MONGILLO R.**, *Esperienze straniere e comparate. Riflessioni sul mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale*, *Rassegna di Diritto Civile*, 2011, p. 1227 -1245; **KUR A.**, **DIETER T.**, *European Intellectual Property Law. Text, Cases and Materials*, Edward Elgar, 2013, p. 86-148.

¹⁹⁷ E questo, si badi, a prescindere dal fatto che con l'Accordo di Londra dell'1 maggio 2008, 15 Stati membri della CBE avessero convenuto l'eliminazione, totale o parziale, delle condizioni di traduzione previste per la convalida del brevetto nel loro territorio.

alla convinzione che vi fosse la necessità di un sistema unitario ed autonomo di protezione dei brevetti e che l'ambito migliore in cui una tutela siffatta potesse trovare sviluppo fosse quello comunitario.

(b) Il progetto di Convenzione sul Brevetto Comunitario e il c.d. Accordo di Lussemburgo

64. Come si è già fatto cenno, la prima iniziativa volta alla creazione di un titolo unitario di protezione brevettuale in ambito comunitario risale alla fine degli anni Cinquanta. Infatti, pressoché in parallelo alla negoziazione della CBE, gli Stati membri della Comunità Europea, procedevano ad elaborare tra loro un accordo internazionale denominato “Convenzione sul Brevetto Comunitario” (CBC), concluso nel 1975.¹⁹⁸ La scelta degli Stati membri di fare ricorso ad un classico accordo di diritto internazionale dipendeva dall'assenza a quel tempo di alcuna base giuridica nei Trattati per la creazione di titoli comunitari di proprietà intellettuale. Per vero, per l'introduzione di una base giuridica siffatta si sarebbe dovuto attendere il Trattato di Lisbona, che ha previsto il nuovo art. 118 TFUE, sul quale si ritornerà in seguito.
65. La CBC prevedeva che il nuovo titolo di brevetto fosse rilasciato dall'UEB, in applicazione della disciplina sostanziale sulla brevettabilità delle invenzioni industriali contenuta nella CBE. Essa, inoltre, prevedeva che il titolo così concesso avesse estensione territoriale comunitaria, ossia assicurasse protezione unitaria in tutto il territorio degli Stati membri, senza la necessità di seguire procedure nazionali di convalida. Inoltre, pur non provvedendovi direttamente, la nuova Convenzione disponeva in via programmatica la creazione di un sistema sovranazionale di risoluzione delle controversie derivanti dalla sua applicazione e di quelle inerenti la gestione della concessione di licenze obbligatorie. In via provvisoria, l'applicazione delle previsioni della CBC sarebbe stata affidata ai giudici nazionali degli Stati membri, i quali potevano operare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per ottenere l'interpretazione della disciplina sostanziale di brevetto (art. 73 CPC).
66. Sono verosimilmente plurime le ragioni per le quali un progetto di riforma così ambizioso, quantomeno sul piano ideologico, non ottenne successo in fase di ratifica. La dottrina, tuttavia, si è concentrata in particolare sul fatto che, nell'ottica dei *patent users*, il

¹⁹⁸ Per approfondimenti, in ordine al sistema della CBC, si rinvia alla lettura di **SCUFFI M.**, *Il brevetto comunitario: osservazioni a margine della legge n. 302/1993*, in Quaderni del CSM, consultabile presso il sito: http://www.csm.it/quaderni/quad_94/qua_94_16.pdf e a **LUGINBUEHL S.**, *European Patent Law Towards a Uniform Interpretation*, Edward Elgar, 2011, p. 18-36.

nuovo titolo, se superava alcuni dei limiti caratterizzanti la CBE, presentava anche indubbi elementi di criticità. Si trattava, in particolare, dell'impossibilità per titolari di brevetto di selezionare l'ambito territoriale - eventualmente limitato - entro il quale intendevano ottenere la protezione del proprio titolo, con eventuale risparmio di spese rispetto alla concessione di un brevetto esteso al territorio di tutti gli Stati membri della CE. In secondo luogo, nell'ottica dei *patent users*, la previsione di un brevetto dotato di estensione territoriale unitaria appariva problematica anche sotto il profilo della gestione del contenzioso, consentendo che con una sola azione di nullità il titolare di brevetto potesse essere privato del titolo in tutta la sua estensione. Al contempo, nel sistema della CBC sembrava ancora necessario agire separatamente dinanzi alle varie giurisdizioni nazionali per sanzionare eventuali contraffazioni, rendendo peraltro incerto l'effetto che il titolo avrebbe prodotto sulle economie locali.¹⁹⁹ Per tali ragioni, la dottrina evidenziava come il sistema giurisdizionale prefigurato dalla CBC fosse potenzialmente in grado di incentivare il fenomeno del c.d. *forum shopping* delle giurisdizioni nazionali, elemento di sicura preoccupazione assieme alla previsione della c.d. *biforcazione* tra le azioni di contraffazione e quelle di nullità. Per tutte queste ragioni, come condivisibilmente evidenziato da Pila, appariva giustificato il timore che la CBC «*might harm rather than promote political integration by exacerbating existing disparities in the technological development of EEC States, and encouraging divisive industrial and regulatory practices, such as establishing business subsidiaries and granting compulsory licenses in respect of patents originating in other parts of the Community*».²⁰⁰

67. Allo stesso modo, un nuovo insuccesso investiva l'iniziativa di unificazione della disciplina brevettuale avanzata dagli Stati membri qualche anno più tardi, con la conclusione dell'Accordo di Lussemburgo del 15 dicembre 1989.²⁰¹ Quest'ultimo, invero, costituiva la messa in atto dei correttivi al sistema giurisdizionale comunitario di tutela dei diritti brevettuali, prefigurati dagli Stati

¹⁹⁹ **BAILLIE I.**, *Where Goes Europe? The European Patent*, Journal of the Patent and Trademark Office Society, 1976, p. 153-185; **FEDERICO P.J.**, *The European Patent Concept*, 1974, The PCT Research Foundation - New Location, New Programs, New IDEAs, First Session, p. 33-43.

²⁰⁰ Così **PILA J.**, *The European Patent: An Old and Vexing Problem*, già cit. sub n. 191, in particolare a p. 933, citando a sua volta **ROBBINS L. J.**, *The European Patent Convention - Some Present Viewpoints of the European Patent Profession*, Journal of the Patent Office Society, 1963, p. 295-307.

²⁰¹ Accordo sul brevetto comunitario - Fatto a Lussemburgo il 15 dicembre 1989, in GU L 401 del 30 dicembre 1989, p. 1-27.

membri al tempo della conclusione della CBC del 1975. L'Accordo stabiliva la competenza delle corti nazionali a conoscere congiuntamente delle questioni di validità e di contraffazione del brevetto, con la possibilità di proporre appello avverso le loro decisioni dinanzi ad una Corte d'appello comune e, in ultima istanza, di richiedere una pronuncia della Corte di giustizia. Quest'ultima, inoltre, a determinate condizioni, poteva anche essere adita in via pregiudiziale dagli organi giurisdizionali di rango inferiore (art. 73 Accordo di Lussemburgo). In aggiunta, l'Accordo prevedeva, all'art. 30, par. 1, che: «[o]ltre alle traduzioni previste dall'articolo 29, paragrafo 1, il richiedente deposita presso l'Ufficio europeo dei brevetti, prima della scadenza del periodo prescritto nel regolamento di esecuzione, una traduzione del testo della domanda che forma la base per il rilascio del brevetto comunitario in una delle lingue ufficiali di ciascuno degli Stati contraenti in cui la lingua impiegata nella procedura non sia quella ufficiale [...]», appesantendo ulteriormente i requisiti linguistici imposti dalla CBE, che si accontentava della mera traduzione delle rivendicazioni di brevetto. Per tutte le ragioni già enucleate più sopra, anche tale progetto falliva durante la fase di ratifica. Come tuttavia evidenziato da Scuffi, sia la CBC che l'Accordo appena menzionato, non costituirono uno sforzo completamente vano, dal momento che «[i] tratti essenziali di quel sistema hanno rappresentato suggerimenti processuali significativi in seguito recepiti dai Regolamenti istitutivi del marchio comunitario e dei disegni e modelli comunitari». ²⁰² A loro volta, come si passerà immediatamente ad esaminare, tali regolamenti hanno costituito un'importante fonte di ispirazione per il legislatore comunitario nei successivi progetti volti all'istituzione di una tutela brevettuale unitaria.

(c) Il progetto di regolamento sul brevetto comunitario

68. In particolare, facendo tesoro degli insegnamenti acquisiti in occasione del fallimento delle precedenti iniziative di armonizzazione in materia brevettuale, tra gli anni Novanta ed i primi anni Duemila, il legislatore comunitario introduceva un significativo *corpus* normativo volto a regolare gli altri settori della proprietà intellettuale. Nel fare ciò, esso si avvaleva di una normativa che presentava autentica natura *comunitaria*, la cui adozione risultava in parte agevolata dalle modifiche introdotte al diritto primario dall'Atto Unico Europeo del 1986, il quale introduceva nel Trattato CE l'art. 100A (successivamente

²⁰² SCUFFI M., *L'evoluzione del diritto europeo dei brevetti: verso la nuova corte europea dei brevetti e l'unified patent litigation system*, già cit. sub n. 196, p. 170.

divenuto art. 95 CE, ed attualmente art. 114 TFUE, base giuridica generale in materia di armonizzazione).²⁰³

69. In particolare, in materia brevettuale, venivano adottati il Regolamento (CE) n. 2100/94, concernente la privativa comunitaria per ritrovati vegetali,²⁰⁴ due regolamenti sui certificati supplementari di protezione brevettuale,²⁰⁵ nonché una direttiva sulla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche.²⁰⁶ A riguardo, il primo regolamento risultava basato sull'art. 235 CE (l'attuale art. 352 TFUE), mentre i restanti regolamenti e la menzionata direttiva venivano adottati sulla base dell'art. 100A CEE (corrispondente all'art. 95 CE ed attualmente all'art. 114 TFUE). Per altro verso, in quegli stessi anni, veniva adottato il primo regolamento sul marchio comunitario,²⁰⁷

²⁰³ Atto Unico Europeo, in GU L 169, 29.6.1987, p. 1 -29. L'art. 100 A costituiva la base giuridica per l'adozione del Regolamento (CEE) n. 1768/92 sull'istituzione di un certificato protettivo complementare per i medicinali e del Regolamento (CE) n. 1610/96 1996 sull'istituzione di un certificato protettivo complementare per i prodotti fitosanitari. Difatti, come affermato dalla Corte di giustizia: «[...] occorre sottolineare che, sul piano legislativo interno, la Comunità dispone in materia di proprietà intellettuale di una competenza di armonizzazione delle legislazioni nazionali in forza degli artt. 100 e 100 A, e può basarsi sull'art. 235 per creare titoli nuovi che si sovrappongono ai titoli nazionali, come ha disposto con il regolamento sul marchio comunitario [regolamento (CE) del Consiglio 20 dicembre 1993, n. 40/94, sul marchio comunitario (GU L 11 del 14 gennaio 1994, pag. 1)]. Dette disposizioni sono soggette a modalità di voto (l'unanimità per quanto riguarda gli artt. 100 e 235) o a norme procedurali (con sultazione del Parlamento quanto all'art. 100 e all'art. 235, procedimento di codecisione quanto all'art. 100 A) diverse da quelle che si applicano in base all'art. 113». (cfr. Parere della Corte del 15 novembre 1994, Parere 1/94, in *Racc.* 5267, p. 59).

²⁰⁴ Regolamento (CE) n. 2100/94 del Consiglio, del 27 luglio 1994, concernente la privativa comunitaria per ritrovati vegetali, in GU L 227 del 01/09/1994, p. 1-30.

²⁰⁵ Cfr. Regolamento (CEE) n. 1768/92 del Consiglio, del 18 giugno 1992, sull'istituzione di un certificato protettivo complementare per i medicinali, GU L 182, 2.7.1992, p. 1-5; e Regolamento (CE) n. 1610/96 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 1996 sull'istituzione di un certificato protettivo complementare per i prodotti fitosanitari, in GU L 198, 8.8.1996, p. 30-35.

²⁰⁶ Direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, GU L 213, 30.7.1998, p. 13-21.

²⁰⁷ Regolamento (CE) n. 40/94 del Consiglio, del 20 dicembre 1993, sul marchio comunitario, in GU L 011 del 14/01/1994, p. 1-36, sulla base del quale è stato adottato il Regolamento (CE) n. 2868/95 della Commissione del 13 dicembre 1995 recante modalità di esecuzione del regolamento (CE) n. 40/94 del Consiglio sul marchio comunitario, in GU L 303 dell'15.12.1995, p. 1 (attualmente, la disciplina del marchio comunitario è prevista dal Regolamento (CE) n. 207/2009 del Consiglio

accompagnato da una direttiva finalizzata al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi,²⁰⁸ e veniva introdotta sempre con regolamento la disciplina comunitaria in materia di disegni e modelli.²⁰⁹ Con riferimento a questi ultimi, mentre entrambi i regolamenti venivano adottati sulla base dell'art. 235 CE (l'attuale art. 352 TFUE), la direttiva trovava base giuridica nell'art. 95 CE (l'attuale art. 114 TFUE).

70. In ragione del successo riscosso da tali iniziative, sorgeva pertanto l'idea di utilizzare le medesime basi giuridiche ai Trattati per introdurre una disciplina brevettuale unitaria e comunitaria.²¹⁰ Nel febbraio del 1999, all'esito delle discussioni che erano state avviate dal Libro verde della Commissione europea del giugno 1997 sul brevetto comunitario ed il sistema dei brevetti in Europa, veniva adottata la Comunicazione della Commissione europea denominata "*Il seguito da dare al Libro verde sul brevetto comunitario e sul sistema dei brevetti in Europa*". Su tale base, nell'estate dell'anno 2000, la Commissione perveniva ad una proposta di regolamento per la creazione di un brevetto comunitario.²¹¹
71. Tenendo fermo il principio per cui le condizioni di brevettabilità ed il procedimento di rilascio erano quelli stabiliti dalla CBE, la nuova proposta di regolamento prevedeva, per la prima volta, l'instaurazione ed il rilascio di un titolo autenticamente comunitario, dotato di carattere unitario ed autonomo, e produttivo degli stessi effetti nell'insieme della Comunità. Tale titolo, inoltre, avrebbe potuto essere rilasciato, trasferito o annullato unicamente per tutta la Comunità.

del 26 febbraio 2009 sul marchio dell'Unione europea, GU L 078 dell'24.3.2009, p. 1)

²⁰⁸ Cfr. Direttiva 2008/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2008, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, in GU L 299 del 8.11.2008, p. 25–33, recentemente sostituita da Direttiva (UE) 2015/2436 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2015, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, in GU L 336 del 23.12.2015, p. 1–26.

²⁰⁹ Cfr. Regolamento (CE) n. 6/2002 del Consiglio del 12 dicembre 2001, su disegni e modelli comunitari, in GU L 3 del 5.1.2002, p. 1; Direttiva 98/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 1998 sulla protezione giuridica dei disegni e dei modelli, in GU L 289 del 28/10/1998, p. 28-35.

²¹⁰ Per approfondimenti in ordine al progetto di regolamento cfr. **JAEGER T.**, *The EU Patent: cui bono et quo vadit?*, Common Market Law Review, 2010, p. 63-115; **TILMANN M.**, *Community Patent and European Patent Litigation*, European Intellectual Property Review, 2005, p. 65-67.

²¹¹ Cfr. Proposta di regolamento del Consiglio, del 1° agosto 2000, sul brevetto comunitario, in GU C 337 E, 28.11.2000, p. 278-290.

Questo progetto ambiva ad offrire una disciplina completa del nuovo titolo di proprietà intellettuale, regolandone gli effetti e le limitazioni, la disciplina delle licenze, volontarie od obbligatorie, le fattispecie di contraffazione ed il regime linguistico. Ciò avveniva invocando la medesima base giuridica a suo tempo sfruttata per l'adozione dei regolamenti sul marchio comunitario e sui disegni e modelli, ossia l'art. 235 CE, corrispondente all'art. 352 TFUE *post* Lisbona. Si tratta della norma secondo la quale, laddove un'azione dell'Unione appaia necessaria, nel quadro delle politiche definite dai Trattati comunitari al fine di realizzare uno degli obiettivi della Comunità, senza che tuttavia questi ultimi abbiano previsto un'apposita base giuridica, sussiste nondimeno la possibilità di adottare un atto di diritto comunitario. A tal fine, tuttavia, è necessario il rispetto di una specifica procedura di adozione dell'atto, la quale risulta particolarmente gravosa in quanto coinvolge tutte le istituzioni comunitarie: il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate; nel caso in cui l'adozione delle disposizioni in questione debba avvenire secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo.

72. Nonostante la nuova proposta regolamento dettasse una disciplina tendenzialmente completa dell'introducendo titolo di proprietà industriale, essa non si proponeva di sostituire i sistemi nazionali ed il sistema della Convenzione di Monaco, ma semplicemente ambiva a coesistere con gli stessi. A tal fine, essa prevedeva che la propria applicazione avrebbe richiesto l'adesione della Comunità alla Convenzione di Monaco, nonché una revisione di tale convenzione affinché l'Ufficio fosse abilitato a rilasciare un brevetto comunitario.
73. Infine, la proposta di regolamento prevedeva la creazione di un sistema giurisdizionale comunitario che fosse centralizzato e specializzato e venisse dotato di competenza esclusiva (il "Tribunale comunitario della proprietà immateriale"), da istituire mediante apposita modifica del diritto primario.²¹² In realtà, a seguito

²¹² A tal fine, la proposta di regolamento prevedeva, al punto 2.4.5.3, che: «[d]iscussioni a questo proposito sono già in corso nell'ambito della conferenza intergovernativa sulle riforme istituzionali. Il trattato CE disporrà parimenti che, alla stregua del tribunale di primo grado (articoli 225 e da 243 a 245 del trattato CE), gli organi giudiziali in questione adottino disposizioni procedurali proprie e dispongano provvedimenti provvisori, come pure che le sentenze di tali tribunali abbiano efficacia esecutiva negli Stati membri identicamente a quanto avviene per le sentenze della Corte di giustizia. Nel trattato CE saranno parimenti precisate le relazioni tra organi giudiziali comunitari, compreso il dispositivo di ricorso nell'interesse della legge di cui più avanti al punto 2.4.5.4. Nei suoi pareri del 26 gennaio e del primo marzo 2000 la

dell'introduzione, ad opera del Trattato di Nizza, dell'art. 225 A CE (attualmente art. 257 TFUE), veniva prevista in generale la possibilità per il legislatore comunitario di istituire tribunali specializzati da affiancare al Tribunale, incaricati di conoscere in primo grado talune categorie di ricorsi proposti in materie specifiche. Di conseguenza, veniva meno anche la necessità di modificare i Trattati per la realizzazione di un sistema comunitario specializzato per la tutela giurisdizionale del nuovo diritto di brevetto. Al nuovo assetto, pertanto, si adeguava anche dalla Proposta di decisione del Consiglio per l'attribuzione alla Corte di giustizia della competenza a conoscere le controversie in materia di brevetto comunitario del 2003.²¹³

(d) Il dibattito in ordine alla creazione di un sistema giurisdizionale specializzato ed il Parere 1/09 della Corte di giustizia

74. Il sistema di tutela giurisdizionale da assegnare al nuovo diritto di brevetto rimaneva tuttavia questione oggetto di forte dibattito. Questo, inoltre, si intrecciava con il tentativo degli Stati parte della Convenzione di Monaco, a partire dalla fine degli anni Novanta, di instaurare un sistema opzionale di risoluzione delle controversie per gli Stati parte della CBE, il quale, mentre assicurava specializzazione tecnica e giuridica, oltre che una presenza decentrata su un territorio esteso come quello dei trentotto Stati aderenti alla Convenzione, non aveva nulla a che vedere con il sistema comunitario di tutela giurisdizionale e, soprattutto, con la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell'UE. Finalmente, alla fine del 2003, il progetto coltivato in seno alla CBE trovava veste formale, sotto forma di bozza

Commissione ha già suggerito che la conferenza intergovernativa discuta le modifiche da apportare al trattato per consentire un'adeguata certezza del diritto in tema di proprietà immateriale comunitaria. Nel suo contributo complementare dell'1 marzo 2000 alla conferenza intergovernativa sulla riforme istituzionali la Commissione si è così dichiarata del parere che "in materia di titoli comunitari di proprietà immateriale, e segnatamente nella prospettiva del futuro brevetto comunitario, si debba considerare l'opportunità d'istituire un organo giurisdizionale specializzato, competente per le controversie relative sia alla validità sia alla contraffazione del brevetto comunitario, allo scopo di garantire la sicurezza giuridica dei titoli di proprietà unitari aventi effetto nell'intero territorio della Comunità, ed esonerare definitivamente ed integralmente la Corte ed il Tribunale da tale contenzioso altamente tecnico." In attesa dell'esito delle trattative che si svolgono in seno alla Conferenza intergovernativa la Commissione include dunque nella presente proposta di regolamento disposizioni corrispondenti allo spirito del suo contributo. Sarà ovviamente necessario adottare disposizioni più particolareggiate, segnatamente per quanto riguarda le disposizioni procedurali che i nuovi organi giudiziari dovranno applicare. Tali disposizioni verranno, alla pari dello statuto del tribunale, precisate in un secondo momento».

²¹³ Proposta di decisione del Consiglio che attribuisce alla Corte di giustizia la competenza a conoscere delle controversie in materia di brevetto comunitario, COM/2003/0827 def. - CNS 2003/0326, non pubblicata in GU.

di accordo internazionale. Si trattava del c.d. progetto volto all'adozione di uno "European Patent Litigation Agreement" (EPLA).

75. Il progetto volto all'instaurazione dell'EPLA non tardò a manifestare una certa influenza sul progetto comunitario volto alla creazione di un autonomo titolo di brevetto. Difatti, nella primavera del 2007, a seguito delle conclusioni del Consiglio «Competitività» del 4 dicembre 2006, e del Consiglio europeo dell'8-9 marzo 2007, la Commissione europea presentava al Parlamento europeo e al Consiglio una Comunicazione intitolata "Migliorare il sistema dei brevetti in Europa",²¹⁴ nel contesto della quale sottolineava come le discussioni con gli Stati membri avessero portato alla luce la sussistenza di opinioni divergenti circa il modo migliore di procedere per istituire il sistema giurisdizionale da abbinare alla creazione del nuovo brevetto. In proposito, la Commissione illustrava come due principali opzioni fossero state avanzate: da un lato, alcuni Stati propendevano per la diretta adesione all'EPLA da parte della Comunità;²¹⁵ dall'altro, altri Stati perseveravano nel sostenere «*la creazione di una giurisdizione comunitaria specifica per le controversie in materia di brevetti europei e comunitari*», la quale applicasse «*le disposizioni giurisdizionali previste dal Trattato CE*».²¹⁶ Di fronte a tali alternative, l'atteggiamento della Commissione europea era quello di proporre una *terza via*, ossia un modello di compromesso tra le due strade additate dagli Stati membri, da realizzarsi «*mediante l'istituzione di uno speciale organo giudiziario unificato e specializzato con competenza per le controversie in materia di brevetti europei e di futuri brevetti comunitari*», ma ispirato al modello dell'EPLA sviluppato in seno alla Convenzione di Monaco. La Commissione, già in quella sede, si preoccupava di precisare l'esigenza che si procedesse ad una

²¹⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio, del 3 aprile 2007, intitolata "Migliorare il sistema dei brevetti in Europa", COM(2007) 165 finale - Non pubblicata nella Gazzetta ufficiale.

²¹⁵ In proposito, la Comunicazione affermava che: «[g]li Stati membri favorevoli al processo EPLA auspicano pertanto che la Commissione chieda direttive di negoziato e che il Consiglio gliene conceda affinché la Comunità possa partecipare ai negoziati sull'accordo EPLA».

²¹⁶ *Idem*. «[s]econdo i sostenitori di questa proposta, è necessario un accordo internazionale al quale partecipi la Comunità per conferire la competenza all'Ordinamento giudiziario comunitario in materia di brevetti europei. Tale competenza dovrebbe permettere di garantire il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico comunitario nelle controversie aventi per oggetto la validità e la violazione dei brevetti europei e, una volta istituiti, dei brevetti comunitari. Inoltre, e sulla base dell'articolo 225 A del trattato CE, verrebbe istituita una Camera giurisdizionale specifica per le controversie in materia di brevetti, che comprenderebbe tribunali di primo grado con giudici specializzati ubicati negli Stati membri mentre i ricorsi sarebbero trattati dal Tribunale di primo grado. Norme procedurali uniformi dovrebbero essere applicate e i giudici comunitari non dovrebbero applicare soltanto il diritto comunitario ma anche le pertinenti disposizioni previste dalla Convenzione sul brevetto europeo».

integrazione armoniosa del modello dell'EPLA all'interno del sistema giurisdizionale comunitario, prevedendo il necessario rispetto delle competenze della Corte di giustizia in quanto «*arbitro ultimo in materia di diritto comunitario, compreso nelle questioni relative all' acquis comunitario e alla validità dei futuri brevetti comunitari*».

76. L'opzione di un sistema integrato di protezione giurisdizionale in sede europea, nel 2009 trovava riscontro nel Progetto di Accordo per l'istituzione di un Tribunale dei brevetti europeo e comunitario,²¹⁷ aperto alla partecipazione dell'Unione Europea, dei suoi Stati membri, oltre che degli Stati terzi che fossero parte della Convenzione di Monaco. Il nuovo Tribunale sarebbe stato destinato ad offrire un sistema unico di tutela giurisdizionale sia per il “vecchio” diritto di brevetto europeo sia per l'istituendo brevetto comunitario.²¹⁸ Rispetto a quest'ultimo, nel frattempo, era stata adottata una nuova proposta di regolamento comunitario, sempre basata sull'art. 308 CE (l'attuale art. 352 TFUE), che prevedeva una disciplina completa dei vari aspetti del titolo di proprietà intellettuale.²¹⁹
77. Il Progetto di Accordo prevedeva l'istituzione di un organo giurisdizionale comune denominato “Tribunale dei brevetti europeo e comunitario” (TB), dotato di autonoma personalità giuridica. Esso sarebbe stato composto da un tribunale di primo grado, comprensivo di una divisione centrale e divisioni locali e regionali, e da una corte d'appello; il terzo organo del TB sarebbe stata una cancelleria comune. In base all'art. 14 bis del Progetto di Accordo, nel conoscere le cause ad esso proposte, il TB avrebbe applicato «*il diritto comunitario*», ed in particolare: l'Accordo istitutivo; il diritto comunitario direttamente applicabile - in particolare il regolamento istitutivo del brevetto

²¹⁷ Il Progetto di Accordo del 23 marzo 2009, per l'istituzione di un Tribunale dei brevetti europeo e comunitario, è consultabile presso il sito web del Consiglio, all'indirizzo:
<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%207928%202009%20INIT>.

²¹⁸ Più precisamente, il progetto di accordo definiva il proprio ambito di applicazione, all'art. 3, nei termini che seguono: «*[t]his Agreement shall apply to any: (a) Community patent; (b) supplementary protection certificate issued for a patent; (c) compulsory licence in respect of a Community patent; (d) European patent which has not yet lapsed at the date referred to in Article 59 or was granted after that date, without prejudice to Article 58; and (e) application for a patent which is pending at the date referred to in Article 59 or filed after that date*».

²¹⁹ Il 19 settembre 2009, la Presidenza del Consiglio adottava la “Revised proposal for a Council Regulation on the Community patent”, consultabile presso il sito web del Consiglio, all'indirizzo:
<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2013706%202009%20INIT>.

comunitario - e la legislazione nazionale degli Stati contraenti che attua il diritto comunitario; nonché la Convenzione di Monaco del 1973 e la legislazione nazionale adottata dagli Stati aderenti alla CBE in conformità di quest'ultima; infine, si prevedeva l'applicazione delle disposizioni degli accordi internazionali applicabili ai brevetti e vincolanti tutte le parti contraenti. Più in particolare, la norma aggiungeva che «[n]ella misura in cui il Tribunale fonda le sue decisioni sul diritto nazionale degli Stati contraenti, la legge applicabile è determinata: a) dalle disposizioni direttamente applicabili del diritto comunitario, o b) in assenza di disposizioni direttamente applicabili del diritto comunitario, dagli strumenti internazionali sul diritto internazionale privato di cui tutte le parti contraenti sono parti; ovvero c) in assenza delle disposizioni di cui alle lettere (a) e (b), dalle disposizioni nazionali sul diritto internazionale privato come determinato dal Tribunale». L'istituendo TB, formato da *legally qualified judges* e *technically qualified judges*, sarebbe stato dotato di competenza esclusiva nelle materie che seguono: azioni di contraffazione già consumata, azioni di minaccia di contraffazione o di accertamento di non contraffazione; tutte le azioni di natura cautelare; le azioni dirette e le domande riconvenzionali di nullità dei brevetti; azioni correlate all'utilizzo dell'invenzione precedente la concessione del brevetto o al diritto basato sull'utilizzo precedente del brevetto; azioni per conseguire la concessione o la revoca di licenze obbligatorie di brevetto; azioni di compensazione per licenze; e, infine, per tutte le azioni risarcitorie ricollegate a quelle precedentemente elencate (art. 15, par. 1). Tali azioni, in primo grado, avrebbero dovuto essere ripartite tra una camera centrale, con sede da definire, competente per le azioni dirette di revocazione, per quelle di non contraffazione e di licenza obbligatoria, e diverse divisioni locali o regionali (comuni a due o più Stati contraenti), competenti in materia di azioni cautelari, azioni di contraffazione e risarcitorie.²²⁰ Le decisioni rese in prime cure avrebbero potuto essere impugnate dinanzi ad una Corte d'appello centrale (art. 45). In via residuale, il Progetto di Accordo stabiliva la competenza giurisdizionale delle corti nazionali a conoscere di tutte le controversie non attribuite in via esclusiva al TB (art. 15, par. 2). Per quanto concerneva la disciplina della responsabilità del nuovo organo giurisdizionale, per i danni derivanti dalla violazione del diritto UE cagionati nell'esercizio delle sue funzioni, il Progetto di Accordo stabiliva solamente, all'art. 3 c, che: «[t]he contractual liability of the Court shall be governed by the law applicable to the contract in question. The non-contractual liability of the Court in respect of any damage caused by it or its staff in the performance of their duties shall be governed by the law of the State of seat of the organ of the Court concerned». Quanto ai rapporti tra il nuovo sistema di tutela giurisdizionale e la Corte di giustizia dell'UE, l'art. 48

²²⁰ In questi casi, sarebbe stata territorialmente competente la divisione locale del luogo in cui si è verificato l'evento ovvero ha domicilio il convenuto.

del Progetto, si limitava a prevedere che qualora dinanzi al TB fosse stata sollevata una questione circa l'interpretazione del Trattato o la validità e l'interpretazione degli atti delle istituzioni della Comunità, tanto in primo grado quanto in grado d'appello, quest'ultimo avrebbe potuto chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione, *se ritenuto necessario per decidere*. In entrambi i casi la pronuncia della Corte di giustizia avrebbe avuto valore vincolante per i giudici del TB.

78. Prevedendosi la partecipazione dell'UE all'accordo istitutivo del TB, esso veniva sottoposto dal Consiglio all'esame della Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 218, par. 11, TFUE, il quale prevede che: «[u]no Stato membro, il Parlamento europeo, il Consiglio o la Commissione possono domandare il parere della Corte di giustizia circa la compatibilità di un accordo previsto con i trattati. In caso di parere negativo della Corte, l'accordo previsto non può entrare in vigore, salvo modifiche dello stesso o revisione dei trattati». Nel contesto del Parere 1/09, reso l'8 marzo del 2011, che sarà oggetto di esame più approfondito nel Capitolo 4 della presente tesi, la Corte di giustizia affermava, tuttavia, l'incompatibilità del progetto di accordo con il diritto primario dell'Unione.

79. In quella sede, in particolare, la Corte evidenziava una pluralità di elementi problematici inerenti il progetto di accordo sottoposto al suo esame. In primo luogo, la Corte ravvisava che esso aveva come obiettivo la creazione di un nuovo giudice di natura internazionale, il quale sarebbe stato dotato di una competenza «*esclusiva a conoscere un rilevante numero di azioni promosse da privati in materia di brevetto comunitario, nonché ad interpretare e ad applicare il diritto dell'Unione in questa materia*».²²¹ A riguardo, la Corte osservava come il nuovo giudice internazionale, nel contesto delle controversie attribuite alla sua giurisdizione, non si sarebbe limitato all'applicazione delle norme dell'accordo istitutivo, ma sarebbe stato chiamato ad interpretare ed applicare il diritto dell'UE a 360 gradi, ossia «[...] *anche il futuro regolamento sul brevetto comunitario nonché altri atti del diritto dell'Unione, segnatamente regolamenti e direttive in combinato disposto con i quali il citato regolamento dovrebbe eventualmente essere letto, ossia norme riguardanti altri regimi di proprietà intellettuale, nonché norme del Trattato FUE concernenti il mercato interno e il diritto della concorrenza*». La Corte osservava come, in tale modo, alla competenza del nuovo giudice internazionale non sarebbero sfuggite nemmeno le controversie incentrate «*sui diritti fondamentali e sui principi*

²²¹ Parere della Corte in seduta plenaria dell'8 marzo 2011, *Parere emesso ai sensi dell'art. 218, n. 11, TFUE - Progetto di accordo - Creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti - Tribunale dei brevetti europeo e comunitario - Compatibilità di tale progetto con i Trattati*, Parere 1/09, in *Racc.*, 1137, p. 98.

*generali del diritto dell'Unione».*²²² Inoltre, essa notava che il progetto di accordo deprivava i giudici nazionali delle competenze ad essi attribuite nell'ordinamento giuridico dell'Unione anche nella misura in cui riservava al TB, soggetto estraneo al sistema giurisdizionale dell'UE, in quanto non integrante organo giurisdizionale comune agli Stati membri ma solamente giudice internazionale, la (mera) *facoltà* di operare rinvio pregiudiziale ex art. 276 TFUE. Tale previsione, secondo la Corte, determinava una distorsione dei meccanismi che regolano il funzionamento dello strumento del rinvio pregiudiziale, la cui caratteristica principale è quella di essere diretto ad istituire una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali, nell'ambito della quale questi ultimi sono messi in condizione di partecipare strettamente alla corretta applicazione e all'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, nonché alla tutela dei diritti attribuiti da quest'ordinamento giuridico ai privati. L'indebita alterazione dell'istituto del rinvio pregiudiziale, il quale nelle parole della Corte integra uno strumento «*essenziale ai fini della tutela del carattere comunitario del diritto istituito dai Trattati*»,²²³ altererebbe la competenza della stessa Corte di giustizia così come concepita nei Trattati UE e FUE, e, per tale via, metterebbe in crisi l'autonomia del sistema giurisdizionale comunitario.²²⁴ Da ultimo, i giudici di Lussemburgo evidenziavano come, per effetto dell'illustrata natura internazionale e non *comunitaria* del nuovo giudice chiamato ad interpretare ed applicare il diritto UE, nel caso in cui esso con una propria pronuncia l'avesse violato, tale fattispecie non avrebbe potuto essere oggetto di un giudizio di infrazione, né determinare l'insorgere di una responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto dell'Unione in capo a uno o più Stati membri.²²⁵

1.2.2 Il c.d. Pacchetto sul brevetto europeo con effetto unitario ed il ricorso agli strumenti di integrazione differenziata

80. Il parere negativo della Corte di giustizia ha segnato un passaggio fondamentale nel processo di elaborazione del nuovo regime

²²² *Idem*, p. 78. Più oltre, al p. 85 del Parere, la Corte di giustizia ha affermato che nel contesto del procedimento di rinvio: «[...] *le funzioni attribuite, rispettivamente, ai giudici nazionali e alla Corte sono essenziali alla salvaguardia della natura stessa dell'ordinamento istituito dai Trattati*».

²²³ *Idem*, p. 83.

²²⁴ *Idem*, p. 76.

²²⁵ Nessuna responsabilità, in buona sostanza, avrebbe potuto essere imputata in capo agli Stati membri in applicazione dei consolidati principi affermati dalla Corte nella Sentenza della Corte del 30 settembre 2003, *Gerhard Köbler contro Republik Österreich*, Causa C-224/01, in *Racc.* 10239.

comunitario di tutela sostanziale e giurisdizionale del diritto di brevetto. In primo luogo, esso ha costretto gli Stati membri ad adeguare le proprie scelte in punto di creazione del nuovo sistema giurisdizionale internazionale, apportando dei correttivi che consentissero la compatibilità dello stesso con il principio di autonomia del diritto dell'Unione europea e della sua tutela giurisdizionale. In secondo luogo, esso ha condizionato indirettamente la struttura da assegnare alla regolamentazione sostanziale del nuovo diritto di proprietà intellettuale, rendendo evidente che può conciliarsi l'istituzione di un diritto di brevetto dotato di natura comunitaria con la creazione di un sistema giurisdizionale internazionale e specializzato, dotato di competenza esclusiva rispetto ai giudici nazionali degli Stati membri, e così non soggetto alla finale supervisione della Corte di giustizia ed al regime di responsabilità extracontrattuale per i danni derivanti dalla violazione del diritto UE posta in essere dai giudici nazionali di cui alla giurisprudenza *Köbler* della Corte.²²⁶

81. Gli elementi di criticità messi in luce dal Parere 1/09, inoltre, si sono combinati con un'ulteriore componente di novità caratterizzante la regolamentazione comunitaria dei diritti di proprietà intellettuale: con il Trattato di Lisbona, infatti, è stata introdotta nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, una nuova base giuridica, la quale afferma espressamente la competenza dell'UE all'istituzione di titoli unitari di proprietà intellettuale aventi natura comunitaria. In particolare, ai sensi del nuovo art. 118, par. 1, TFUE si prevede che: «[n]ell'ambito dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure per la creazione di titoli europei al fine di garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione e per l'istituzione di regimi di autorizzazione, di coordinamento e di controllo centralizzati a livello di Unione». L'articolo citato prevede inoltre, al paragrafo 2, una base giuridica differenziata per i regimi linguistici dei titoli europei di proprietà intellettuale, stabilendo che: «[i]l Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, stabilisce i regimi linguistici dei titoli europei. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo». ²²⁷ Di conseguenza, sin dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è stato chiaro che l'adozione della nuova disciplina *comunitaria* del brevetto unitario

²²⁶ *Idem.*

²²⁷ Cfr. **BARATTA R.**, *Commento all'art. 2 TFUE*, in TIZZANO A., *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 369-376; **BERTOLI G.**, *Art. 118 TFUE*, in CURTI GIALDINO C. (ed.), *Codice dell'Unione Europea Operativo - TUE e TFUE commentati articolo per articolo*, Simone, 2012, p. 1166-1170.

sarebbe dovuta avvenire sulla base dell'art. 118, par. 1, TFUE, anziché sulla base all'art. 352 TFUE. Questo, da un lato, rendeva più agevole la creazione del nuovo titolo di proprietà intellettuale, richiedendo la nuova base giuridica la semplice maggioranza qualificata in Consiglio, e non più l'unanimità - come invece prescritto all'art. 352 TFUE -. Al contempo, tuttavia, la nuova regolamentazione primaria comportava la necessità di adottare un regolamento distinto per la disciplina del regime linguistico, per il quale invece permaneva la necessità di un consenso unanime degli Stati membri.

(a) La cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria

82. In tutta coerenza con le nuove basi giuridiche introdotte dal Trattato di Lisbona, a partire dall'anno 2009, le istituzioni comunitarie si dedicavano all'elaborazione di due regolamenti separati al fine di creare il nuovo brevetto comunitario. In particolare, durante l'estate del 2010, la Commissione europea adottava una proposta di regolamento sul regime di traduzione del nuovo brevetto unitario, ex art. 118, par. 2, TFUE, la quale, in tutta analogia con le previsioni della CBE, stabiliva che il brevetto fosse domandato, concesso e pubblicato in una delle tre lingue ufficiali dell'UEB, con traduzione nelle altre due lingue ufficiali delle sole rivendicazioni. A questo riguardo, tuttavia, emergeva un conflitto profondo tra gli Stati membri, il quale impediva di raggiungere l'approvazione per *consensus* in Consiglio, prescritta dall'art. 118, par. 2, TFUE. In particolare, pur essendo determinati a partecipare alla creazione del nuovo titolo di proprietà intellettuale, e dunque pur appoggiando politicamente il progetto volto all'introduzione di un brevetto *comunitario* uniforme, si opponevano duramente alla scelta di aderire al regime linguistico della CBE lo Stato italiano e quello spagnolo. Costoro, infatti, ritenevano fondamentale includere anche le proprie lingue all'interno del regime linguistico del nuovo titolo comunitario, in analogia con il regime linguistico stabilito nel contesto dell'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO).²²⁸ Nell'impossibilità di raggiungere un accordo alla riunione del Consiglio "Competitività" del 10 dicembre 2010,²²⁹

²²⁸ L'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO) è un'agenzia dell'UE fondata nel 1994 e preposta alla gestione dei marchi e del *design* industriale per il mercato interno dell'Unione europea. Fino al 23 marzo 2016 tale agenzia era denominata "Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno" (UAMI, o in inglese OHIM).

²²⁹ Cfr. il Comunicato stampa inerente la riunione straordinaria del Consiglio "Competitività (mercato interno, industria, ricerca e spazio)", 17668/10, del 10.12.2010.

che era stata preceduta da un analogo esito nella riunione precedente,²³⁰ gli Stati membri in Consiglio confermavano l'esistenza di «difficoltà insormontabili che rendevano impossibile adottare una decisione all'unanimità allora e in un prossimo futuro». Sulla base di tale constatazione, una parte degli Stati membri, con l'avvallo della Commissione europea, concludeva che gli obiettivi di entrambe le proposte di regolamento non potevano essere raggiunti entro un periodo di tempo ragionevole mediante applicazione delle pertinenti disposizioni dei Trattati. Su tali basi, il 14 dicembre 2010, dodici Stati membri presentavano al Consiglio una richiesta di autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata ex art. 20 TUE, nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria, la quale veniva approvata il 10 marzo del 2011, ossia solamente due giorni dopo l'adozione del già commentato Parere 1/09 ad opera della Corte di giustizia.²³¹ Con l'approvazione della decisione autorizzativa, si stabiliva che solamente gli Stati membri integralmente favorevoli alla nuova disciplina di brevetto, compresi i suoi aspetti di dettaglio, avrebbero potuto scegliere di parteciparvi, mediante l'adozione di un atto dotato di natura autenticamente *comunitaria*, ma il cui ambito applicativo restava pur sempre soggettivamente differenziato.

83. Con la decisione autorizzativa in questione, gli Stati membri si avvalevano, per la seconda volta nella storia dell'ordinamento comunitario, della clausola generale di cooperazione rafforzata, introdotta nel diritto primario con il Trattato di Amsterdam e successivamente modificata con i Trattati di Nizza e di Lisbona.²³² Come si è già diffusamente spiegato nel Paragrafo 1.1.1, la cooperazione rafforzata è un istituto di diritto comunitario suscettibile di applicazione generalizzata nei settori di competenza non esclusiva e riconducibile al più ampio fenomeno giuridico che prende il nome di *integrazione differenziata*. Nonostante le modifiche che vi sono state

²³⁰ Cfr. il Comunicato stampa, riunione straordinaria del Consiglio “Competitività (mercato interno, industria, ricerca e spazio)”, 16041/10 del 10.11.2010.

²³¹ 2011/167/UE: Decisione del Consiglio, del 10 marzo 2011, che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria, in GU L 76, 22.3.2011, p. 53–55.

²³² La prima ipotesi di ricorso all'istituto della cooperazione rafforzata si è verificata sempre nel 2010, in materia di separazione personale e divorzio, con l'adozione della decisione 2010/405/: Decisione del Consiglio, del 12 luglio 2010, che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore del diritto applicabile in materia di divorzio e di separazione legale, in GU L 189, 22.7.2010, p. 12–13, alla quale ha fatto seguito in breve tempo il 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, in GU L 343, 29.12.2010, p. 10–16.

apportate dai trattati di riforma susseguirsi nel corso del tempo, i tratti essenziali dell'istituto sono rimasti inalterati: per il suo tramite è consentita ad una massa critica di (almeno nove, ai sensi del nuovo art. 20 TUE) Stati membri l'adozione di nuove norme di diritto derivato all'interno dei settori di competenza non esclusiva dell'UE, a condizione che si osservi un peculiare procedimento di approvazione. Attualmente, risulta espressamente previsto che la disciplina adottata avvalendosi della cooperazione debba essere diretta al fine di promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione (art. 20 TUE). Allo stesso modo, il Trattato attualmente prescrive che le cooperazioni rafforzate non possono recare pregiudizio al mercato interno o alla coesione economica, sociale e territoriale; nonché, stabilisce esse non possono costituire un ostacolo né una discriminazione per gli scambi tra gli Stati membri o provocare distorsioni di concorrenza tra questi ultimi (art. 326 TFUE). Al contempo, nel contesto dell'integrazione tramite cooperazione rafforzata, si ammette che gli Stati membri non aderenti possano rimanere estranei alla nuova disciplina derivata per un tempo indeterminato, stabilendo che «[l]e cooperazioni rafforzate rispettano le competenze, i diritti e gli obblighi degli Stati membri che non vi partecipano» (art. 327 TFUE), nel frattempo riconoscendo loro la possibilità di partecipare (senza diritto di voto) alle pertinenti deliberazioni in Consiglio (art. 330 TFUE) ed ammettendo al voto in Parlamento europeo anche gli europarlamentari appartenenti a Stati membri che non partecipano alla cooperazione. È inoltre sempre salva la facoltà di questi ultimi di aderire alla cooperazione in qualunque momento, alle stesse condizioni degli Stati partecipanti (art. 333 TFUE).

(b) L'introduzione della nuova disciplina sostanziale di brevetto: il Regolamento n. 1257/2012 e gli importanti rinvii alla CBE ed all'Accordo TUB

84. A valle della decisione autorizzativa del Consiglio, la quale si limitava a richiamare che, a seguito del Trattato di Lisbona, l'art. 118 TFUE era divenuto la nuova base giuridica *«per la creazione di titoli europei di proprietà intellettuale»*,²³³ la Commissione europea presentava due nuovi progetti di regolamento basati su tale norma. Con particolare riferimento al progetto finalizzato alla creazione di un titolo unitario di proprietà intellettuale, in tale contesto la Commissione affermava che: *«[r]ispetto alla proposta [...] del 2000, questa proposta si basa sul sistema esistente dei brevetti europei e conferisce un effetto unitario ai brevetti europei*

²³³ Cfr. 2011/167/UE: Decisione del Consiglio, del 10 marzo 2011, che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria, già cit., p. 12.

*concessi nei territori degli Stati membri partecipanti. La tutela brevettuale unitaria sarà facoltativa e coesisterà con i brevetti europei e nazionali. I titolari dei brevetti europei concessi dall'UEB possono presentare una richiesta all'UEB stesso entro un mese dalla pubblicazione della menzione di concessione del brevetto europeo nella quale si chiede la registrazione dell'effetto unitario. Una volta registrato, l'effetto unitario garantirà una tutela uniforme e avrà pari efficacia nei territori di tutti gli Stati membri partecipanti. I brevetti europei con effetto unitario possono essere concessi, trasferiti, revocati o estinguersi unicamente sulla totalità di questi territori. Gli Stati membri partecipanti affideranno all'UEB la gestione dei brevetti europei con effetto unitario».*²³⁴ Attraverso tale inciso, che trovava pieno riscontro nei contenuti della proposta, la Commissione anticipava un significativo mutamento di approccio nell'articolazione della nuova disciplina brevettuale, che avrebbe trovato espressione nei regolamenti attuativi della cooperazione rafforzata.

85. Con il Regolamento n. 1257/2012, infatti, il legislatore comunitario dava attuazione alla cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria, operando la formale introduzione del nuovo diritto di proprietà intellettuale nell'universo giuridico e definendo all'art. 2, lett. c) il nuovo «*brevetto europeo con effetto unitario*», come «*un brevetto europeo che beneficia dell'effetto unitario negli Stati membri partecipanti in virtù del presente regolamento*». Il Regolamento in questione, tuttavia, si limitava a definire l'estensione territoriale del nuovo titolo di brevetto, affermando all'art. 3, par. 2, che: «*[u]n brevetto europeo con effetto unitario possiede un carattere unitario*», dovendo ciò intendersi nel senso che «*[e]sso fornisce una protezione uniforme e ha pari efficacia in tutti gli Stati membri partecipanti. Esso può essere limitato, trasferito o revocato, o estinguersi unicamente in relazione a tutti gli Stati membri partecipanti. Esso può essere concesso in licenza in relazione all'intero territorio degli Stati membri partecipanti o ad una parte di esso*». Il Regolamento, al contrario, rinviava integralmente alla Convenzione di Monaco con riferimento alla disciplina procedurale e sostanziale della fase pre-concessoria del brevetto, nonché ometteva di delineare il contenuto del diritto appena introdotto,²³⁵ la cui disciplina veniva dettata tramite rinvio, nella sua

²³⁴ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria COM/2011/0215 definitivo - 2011/0093 (COD).

²³⁵ Cfr. il 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 brevettuale unitaria, in GU L 361 del 31.12.2012, p. 1–8. Inoltre, il legislatore comunitario introduceva la disciplina linguistica del nuovo titolo con il Regolamento (UE) n.1260/2012 del Consiglio, del 17 dicembre 2012, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore

parte preponderante, al diritto nazionale degli Stati membri partecipanti.²³⁶ Come infatti affermato dal suo art. 5, par. 2 e 3: «[I]a portata di tale diritto e le sue limitazioni sono uniformi in tutti gli Stati membri partecipanti in cui il brevetto ha effetto unitario. Gli atti avverso cui il brevetto fornisce la tutela di cui al paragrafo 1 e le limitazioni applicabili sono definiti dalla normativa applicata ai brevetti europei con effetto unitario negli Stati membri partecipanti il cui diritto nazionale si applica al brevetto europeo con effetto unitario in quanto oggetto di proprietà a norma dell'articolo 7».

86. Vale la pena di notare brevemente come il progetto di regolamento in origine disciplinasse, nei suoi artt. da 6 a 8, la tutela conferita dal nuovo titolo di brevetto europeo con effetto unitario e le eccezioni alla privativa da esso attribuita (*i.e.* la sua disciplina sostanziale, o perlomeno i suoi tratti essenziali).²³⁷ Tali articoli, tuttavia, sono stati rimossi durante l'*iter* di approvazione dell'atto -nell'estate del 2012 - e sono stati sostituiti con il richiamato rinvio al diritto nazionale contenuto nell'art. 5, par. 3, del regolamento, stante l'opposizione alla loro introduzione, manifestata da vari attori nel panorama internazionale del diritto brevettuale. Si trattava, in particolare, di alcuni Stati membri, oltre che di diversi esponenti della dottrina ed esperti in materia brevettuale, i quali avevano sollevato numerosi dubbi in ordine all'opportunità che la disciplina sostanziale di brevetto

dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria con riferimento al regime di traduzione applicabile, in GU L 361 del 31.12.2012, p. 89-92.

²³⁶ Le uniche eccezioni, in proposito, sono rappresentate dall'art. 6 del Regolamento, dedicato alla materia dell'"*esaurimento dei diritti conferiti da un brevetto europeo con effetto unitario*" (secondo il quale: «[i] diritti conferiti dal brevetto europeo con effetto unitario non si estendono agli atti relativi a un prodotto tutelato da tale brevetto compiuti negli Stati membri partecipanti in cui tale brevetto abbia effetto unitario, dopo che il prodotto sia stato immesso sul mercato dell'Unione dal titolare del brevetto o con il suo consenso, a meno che il titolare del brevetto non abbia motivi legittimi per opporsi all'ulteriore commercializzazione del prodotto») e dall'art. 7, rubricato "*Equiparazione del brevetto europeo con effetto unitario al brevetto nazionale*", il quale stabilisce i criteri di rinvio alla legge nazionale degli Stati partecipanti ai fini della identificazione della disciplina applicabile al brevetto europeo con effetto unitario come oggetto di proprietà.

²³⁷ Cfr. European Council, Conclusions, EUCO 76/12 (Brussels, June 29, 2012), p. 2. In particolare, gli artt. 6 e 7 erano rispettivamente dedicati alla disciplina del diritto di impedire l'utilizzazione diretta ed indiretta delle invenzioni brevettate, mentre l'art. 8 regolava le limitazioni agli effetti del diritto. Di conseguenza, come notato da alcuni autori in dottrina (cfr. ad esempio **KUPZOK A.**, *Law and Economics of Unitary Patent Protection in the European Union: the Rebels' Viewpoint*, *European Intellectual Property Law Review*, 2014, p. 418-427, in particolare alle p. 422-423), la disciplina sostanziale del diritto di brevetto originariamente contenuta nel regolamento non esauriva, in ogni caso, il novero delle questioni sostanziali bisognose di regolamentazione. Ad esempio, in quella sede non veniva in considerazione la rilevante questione della concessione di licenze obbligatorie.

fosse contenuta in un atto di diritto comunitario, in quanto tale suscettibile di interpretazione in via pregiudiziale della Corte di giustizia. Ciò dal momento che la Corte risultava priva di competenza specializzata sul punto ed attenta ad esigenze di ordine generale non necessariamente corrispondenti a quelle dei *patent users*.²³⁸ Tale

²³⁸ Come afferma Kupzok, «[t]his adjustment could have resulted from the strong resistance to the inclusion of the substantive patent law provisions in the proposed regulation on unitary patent protection from the established European patent scholars, especially from Germany and the United Kingdom and from the European legal practitioners» (così **KUPZOK A.**, *Law and Economics of Unitary Patent Protection in the European Union: the Rebels' Viewpoint*, già cit. sub n. 237, p. 423). Il riferimento è a **KRAßER R.**, *Effects of an inclusion of regulations concerning the content and limits of the patent holder's rights to prohibit in an EU regulation for the creation of Unitary European patent protection*, 2011, consultabile presso: <http://www.eplawpatentblog.com/2011/October/Opinion%20Prof%20Kraßer%20EN.pdf>; **European Patent Lawyers Association (EPLAW)**, *Unitary Patent and Unified Patent Court*, 2011, consultabile presso: <http://www.eplawpatentblog.com/2011/November/EPLAW%2020Resolution%2020on%2020Regulation%202029%2020Oct%20202011%5B1%5D.pdf>; **JACOB R.**, *Opinion on the proposal to create a Unified Patent Court and Unitary Patent*, 2011, consultabile presso: <http://www.eplawpatentblog.com/eplaw/2011/11/07/>. Commenta Drexl che «[t]he reason for the transfer of these provisions to the UPC Agreement was the resistance of the British Prime Minister, David Cameron, to accept the jurisdiction of the CJEU for the substantive patent law provisions at a meeting of the European Council in summer 2012. This resistance was inspired by concerns on the part of the UK judiciary that the CJEU would not be capable of delivering high-quality decisions on patent law. Such concerns did not exclusively stem from two major CJEU decisions on the interpretation of the Directive on biotechnological inventions, but even more so from referral decisions on trade-mark law that were received extremely critically by the referring UK courts». Il riferimento è fatto, in particolare, alla Sentenza della Corte (Quarta Sezione) dell'8 settembre 2011, *Monsanto SAS e altri contro Ministre de l'Agriculture et de la Pêche*, cause riunite C-58/10 a C-68/10, in *Racc.* 7763, alla Sentenza della Corte (grande sezione) del 18 ottobre 2011, *Oliver Brüstle contro Greenpeace eV.*, Causa C-34/10, in *Racc.* 9821 e alla Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 18 giugno 2009, *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC e Laboratoire Garnier & Cie contro Bellure NV, Malaika Investments Ltd e Starion International Ltd*, Causa C-487/07, in *Racc.* 5185. L'A. prosegue affermando che «[t]he transfer of substantive patent law provisions to the UPC Agreement is thus the result of a high-level political compromise to win the support of the UK for the unitary patent system. This compromise then also had to pass the European Parliament. There, even supporters of unitary patent protection such as Bernhard Rapkay, the Rapporteur on the UPP Regulation, and Evelyn Regner, representing the Committee on Constitutional Affairs, criticized the deletion of core patent law provisions from the UPP Regulation on the initiative of the European Council as a violation of EU law and a curtailment of the democratic rights of the European Parliament. Yet they still supported the package since the relevant provisions were still maintained as part of the UPC Agreement. The argument of bringing a unified patent law system into existence convinced the majority of the Parliament; the two regulations were finally adopted by 484 votes to 164, with 35 abstentions» (**DREXL J.**, *The European Unitary Patent System: On the 'Unconstitutional' Misuse of Conflict-of-Law Rules*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No 15-01, consultabile presso: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2553791, in particolare alle p. 8-9).

rimozione ha suscitato forti critiche in ambito politico²³⁹ e nella dottrina giuridica, in quanto in grado di deprivere il nuovo titolo comunitario di proprietà intellettuale della propria autonomia.²⁴⁰

87. L'articolazione in concreto della disciplina nazionale cui rinvia l'art. 5, par. 3, nel testo approvato del regolamento 1257/2012, non è stata, tuttavia, lasciata all'iniziativa individuale degli Stati membri, che si sarebbe inevitabilmente posta in contrasto con la proclamata uniformità di protezione assicurata dal nuovo titolo, contraddicendo le (poche) previsioni sostanziali al Regolamento.²⁴¹ La disciplina sostanziale del nuovo brevetto, infatti, veniva adottata dagli Stati membri partecipanti alla cooperazione rafforzata in via collettiva, in seno dell'Accordo internazionale che istituisce un Tribunale Unificato dei Brevetti (il c.d. Accordo TUB).²⁴² Per tale via, pertanto, gli Stati

²³⁹ Come riportano Guillot e de Haas (cfr. **GUILLOT J.-F., DE HAAS C.**, *La malediction s'acharne sur le projet de brevet européen à effet unitaire*, già cit. sub n. 188, in particolare a p. 522), diversi membri del parlamento europeo hanno affermato che la rimozione dal nuovo regolamento degli artt. da 6 ad 8 rischiava di comprometterne la validità ai sensi del diritto comunitario. Ad esempio Bernard Rapkay (S&D), aveva affermato che «*le Conseil avait promis le 2 décembre 2011 de statuer sur la loi telle qu'elle se présentait à l'époque, à condition que le Parlement fasse de même. Le changer à présent reviendrait à une 'violation scandaleuse' de la procédure, a-t-il dit, ajoutant que le marchandage du Conseil au sujet du siège de la juridiction des brevets proposée ressemblait à un 'bazar oriental'*» (Comunicato stampa del Parlamento europeo del 2 luglio 2012). Cfr. anche **STROWEL A., DE VISSCHER F., CASSIERS V.**, *L'Unione non può essere privata dei suoi poteri da parte degli Stati membri: il pericoloso precedente del pacchetto brevetti*, *Il diritto industriale*, 2015, p. 221-222.

²⁴⁰ Come riporta Azéma, «*cette amputation déséquilibre gravement le projet dans la mesure où celui-ci tendait à instaurer un titre unitaire sans que soient précisées les prérogatives qu'il devait conférer par hypothèse de façon uniforme dans tous les États*» (cfr. **AZÉMA J.**, *Le brevet européen à effet unitaire*, *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2013, p. 16-18, in particolare a p. 18). Cfr. in senso simile **GUILLOT J.-F., DE HAAS C.**, *La malediction s'acharne sur le projet de brevet européen à effet unitaire*, già cit. sub n. 188. Per una esposizione completa delle critiche dottrinali concernenti l'esclusione della disciplina sostanziale di brevetto dal nuovo regolamento, si rinvia *infra* al Paragrafo 1.1.1(b).

²⁴¹ Cfr. **ULLRICH H.**, *Select from Within the System: The European Patent with Unitary Effect*, già cit. sub n. 30. Come afferma Honorati (in **HONORATI C.**, *Il diritto applicabile dal Tribunale unificato: il coordinamento tra fonti e i rapporti tra accordo TUB e regolamento (UE) n. 1257/2012*, già cit. sub n. 35, a p. 142), infatti, «[...] il rinvio al diritto nazionale effettuato dall'art. 7 reg. nasconde in verità il richiamo a norme convenzionali che realizzano l'armonizzazione (o piuttosto l'uniformità) delle norme sulla contraffazione. In sostanza, anziché seguire la strada 'palese' di un accordo internazionale volto a introdurre norme uniformi sulla contraffazione, si è scelta una strada ambigua e contorta che conduce all'applicazione delle norme convenzionali – molto dettagliate e quindi uniformi – in quanto richiamate da una disposizione UE».

²⁴² L'Accordo internazionale che istituisce un Tribunale Unificato dei Brevetti è stato sottoscritto a margine della riunione del Consiglio Competitività, tenutasi a

membri non si sono limitati a disciplinare il sistema giurisdizionale volto ad assicurare la tutela del nuovo diritto di proprietà industriale, ma hanno voluto anche regolare il contenuto sostanziale del diritto di brevetto, esercitando la base giuridica all'art. 118, par. 1, TFUE per la parte in cui non vi aveva provveduto il legislatore comunitario. In tal senso, l'Accordo TUB contiene la compiuta definizione della tutela assicurata dal diritto di proprietà industriale e delle ipotesi di violazione dello stesso.²⁴³ Un tale rinvio, inoltre, giustificava ampiamente lo

Bruxelles il 19 febbraio 2013 (il testo dell'accordo è consultabile presso: [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/A1080B83447CB9DDC1257B36005AAAB8/\\$File/upc_agreement_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/A1080B83447CB9DDC1257B36005AAAB8/$File/upc_agreement_en.pdf)). Per quanto concerne la sua entrata in vigore, esso prevede, all'art. 89, che: «[i]l presente accordo entra in vigore il 1 o gennaio 2014 o il primo giorno del quarto mese successivo al deposito del tredicesimo strumento di ratifica o di adesione conformemente all'articolo 84, inclusi i tre Stati nei quali il maggior numero di brevetti europei aveva effetto nell'anno precedente a quello in cui ha luogo la firma dell'accordo, o il primo giorno del quarto mese successivo alla data di entrata in vigore delle modifiche del regolamento (UE) n. 1215/2012 relative alle relazioni con il presente accordo, se questa data è posteriore». Nel momento in cui si scrive, la fase di ratifica dell'Accordo è ancora pendente; per il momento esso è stato ratificato solo dai seguenti Stati membri: Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Lussemburgo, Malta, Svezia, Portogallo, Finlandia, Bulgaria, Olanda. La Repubblica Italiana ha ratificato l'Accordo TUB il 10 febbraio 2017. Tra gli Stati membri dei quali la ratifica è necessaria per l'operatività dell'accordo, soltanto la Francia vi ha già provveduto. Nonostante l'esito positivo del referendum sulla fuoriuscita del Regno Unito dall'UE (c.d. *Brexit*), nella riunione del Consiglio del 28 novembre 2016, il Ministro britannico per la Proprietà Intellettuale ha dichiarato l'intenzione di ratificare l'accordo. L'Italia è parte firmataria dell'Accordo, pur essendo stata – come si è detto – inizialmente estranea, assieme al Regno di Spagna, alla cooperazione rafforzata instaurata ai fini dell'adozione dei regolamenti n. 1257/12 e 1260/12. L'adesione italiana alla cooperazione rafforzata è intervenuta alla fine di settembre 2015: cfr. la Decisione (UE) 2015/1753 della Commissione, del 30 settembre 2015, che conferma la partecipazione dell'Italia alla cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria, in GU L 265/19, dell'1 ottobre 2015.

²⁴³ Cfr., ad esempio, i seguenti articoli dell'Accordo TUB: l'art. 25 del TUB, rubricato “Diritto di impedire l'utilizzazione diretta dell'invenzione”; l'art. 26 “Diritto di impedire l'utilizzazione indiretta dell'invenzione”; l'art. 27 “Limiti degli effetti di un brevetto”; l'art. 28 “Diritto basato su una precedente utilizzazione dell'invenzione”; l'art. 30 “Effetti dei certificati protettivi complementari”. La natura sostanziale di tali norme è resa evidente, *inter alia*, dal titolo del Capo V dell'Accordo TUB, che tali norme contiene, denominato “Fonti del diritto e diritto sostanziale”. Inoltre, ai sensi dell'art. 24 dell'Accordo TUB, rubricato “Fonti del diritto” e che inaugura il Capo in esame, si prevede espressamente che: «[n]el pieno rispetto dell'articolo 20, nel conoscere una causa ad esso proposta a norma del presente accordo, il tribunale fonda le proprie decisioni: a) sul diritto dell'Unione, ivi inclusi il regolamento (UE) n. 1257/2012 e il regolamento (UE) n. 1260/2012 (1); b) sul presente accordo; c) sulla CBE; d) su altri accordi internazionali applicabili ai brevetti e vincolanti per tutti gli Stati membri contraenti; e e) sul diritto nazionale. Nei casi in cui il tribunale fonda le sue decisioni sul diritto nazionale, compreso, se del caso, il diritto di Stati non contraenti, la legge applicabile è determinata: a) dalle disposizioni direttamente applicabili del diritto dell'Unione contenenti norme di diritto internazionale privato; o b) in assenza di disposizioni direttamente applicabili del diritto dell'Unione o qualora quest'ultimo non sia di

stretto collegamento instaurato dal Regolamento n. 1257 tra la propria applicazione e l'entrata in vigore dell'Accordo TUB (art. 18, par. 3).²⁴⁴

88. In aggiunta, in dottrina vi è stato anche chi ha valorizzato la previsione residuale all'art. 7, par. 3, del regolamento 1257, concernente l'applicabilità della legge dello Stato membro in cui ha sede l'OEB (Germania) al nuovo brevetto - come oggetto di proprietà, ma anche ai fini dell'individuazione della tutela uniforme su tutto il territorio

*applicazione, dagli strumenti internazionali contenenti le norme di diritto internazionale privato; o c) in assenza delle disposizioni di cui alle lettere a) e b), dalle disposizioni nazionali sul diritto internazionale privato come determinato dal tribunale. 3. Il diritto degli Stati membri non contraenti si applica quando designato in applicazione delle norme di cui al paragrafo 2, in particolare in relazione agli articoli da 25 a 28, 54, 55, 64, 68 e 72». Per l'analisi della disciplina sostanziale contenuta nell'Accordo TUB, si rinvia a **HONORATI C.**, *Il diritto applicabile dal Tribunale unificato: il coordinamento tra fonti e i rapporti tra accordo TUB e regolamento (UE) n. 1257/2012*, già cit. sub n. 35, p. 119-151; sul punto cfr. anche **DREXL J.**, *The European Unitary Patent System: On the 'Unconstitutional' Misuse of Conflict-of-Law Rules*, già cit. sub n. 238.*

²⁴⁴ La disposizione prescrive che il nuovo Regolamento troverà applicazione «[...] a decorrere dal 1° gennaio 2014 o dalla data di entrata in vigore dell'accordo su un tribunale unificato dei brevetti («accordo»), se successiva». La medesima disposizione prevede una deroga al carattere unitario del brevetto all'interno dell'intero territorio della cooperazione rafforzata, stabilendo che: «[i]n deroga all'articolo 3, paragrafi 1 e 2, e all'articolo 4, paragrafo 1, un brevetto europeo per cui è registrato un effetto unitario presso il registro per la tutela brevettuale unitaria ha effetto unitario solo negli Stati membri partecipanti nei quali il tribunale unificato dei brevetti abbia giurisdizione esclusiva in materia di brevetti europei con effetto unitario alla data della registrazione». Difatti, ai sensi dell'art. 89 dell'Accordo TUB, si prevede che lo stesso debba entrare in vigore: «il 1° gennaio 2014 o il primo giorno del quarto mese successivo al deposito del tredicesimo strumento di ratifica o di adesione conformemente all'articolo 84, inclusi i tre Stati nei quali il maggior numero di brevetti europei aveva effetto nel anno precedente a quello in cui ha luogo la firma dell'accordo, o il primo giorno del quarto mese successivo alla data di entrata in vigore delle modifiche del regolamento (UE) n. 1215/2012 relative alle relazioni con il presente accordo, se questa data è posteriore». Intervenuta la ratifica di solamente tredici Stati membri, pertanto, il Regolamento n. 1257/2012 diventerà applicabile, sicché sarà ben possibile che per qualche periodo il nuovo brevetto non sarà dotato di effetto unitario con riferimento agli Stati membri partecipanti alla cooperazione che non abbiano ancora ratificato l'accordo, realizzandosi una sorta di “differenziazione nella differenziazione”. Come nota condivisibilmente Honorati, infatti, «[...] l'ambito di applicazione soggettivo del regolamento non è determinato dalla partecipazione alla cooperazione rafforzata, ma dal fatto che tale Stato sia (anche) parte all'accordo TUB. Un brevetto europeo avrà dunque effetti unitari solo in relazione a quegli Stati che siano congiuntamente parte alla cooperazione rafforzata e abbiano ratificato l'accordo TUB. Sul piano dei rapporti tra fonti ciò dà luogo a effetti bizzarri, laddove l'ambito di efficacia di un regolamento UE risulta condizionato all'ambito di efficacia di un accordo, al quale peraltro la UE non è parte [...] sul piano politico, la scelta di partecipare – o non partecipare – alla cooperazione rafforzata non è che il primo dei momenti in cui si esprime il consenso degli Stati sul complessivo 'pacchetto brevettuale'» (cfr. **HONORATI C.**, *Il diritto applicabile dal Tribunale unificato: il coordinamento tra fonti e i rapporti tra accordo TUB e regolamento (UE) n. 1257/2012*, già cit. sub n. 35, in particolare a p. 123).

della cooperazione rafforzata, ai sensi dell'art. 5, par. 3 – per l'ipotesi in cui il richiedente, al momento del deposito della domanda, non avesse residenza, sede di attività o sede principale di attività in uno Stato membro partecipante alla cooperazione e in cui il brevetto abbia effetto unitario. Tale norma deve essere letta in combinato con l'art. 18 del Regolamento 1257, il cui par. 1 prevede l'applicazione del nuovo regolamento a decorrere dall'1 gennaio 2014, o dalla data di entrata in vigore dell'accordo su un tribunale unificato dei brevetti, se successiva. L'entrata in vigore dell'Accordo TUB, ai sensi dell'art. 89 TUB, sarebbe dovuta avvenire «[...] il 1° gennaio 2014 o il primo giorno del quarto mese successivo al deposito del tredicesimo strumento di ratifica o di adesione conformemente all'articolo 84, inclusi i tre Stati nei quali il maggior numero di brevetti europei aveva effetto nell'anno precedente a quello in cui ha luogo la firma dell'accordo, o il primo giorno del quarto mese successivo alla data di entrata in vigore delle modifiche del regolamento (UE) n. 1215/2012 relative alle relazioni con il presente accordo, se questa data è posteriore». Inoltre, in base al par. 2 dell'art. 18 del regolamento, si prevede che: «[i]n deroga all'articolo 3, paragrafi 1 e 2, e all'articolo 4, paragrafo 1, un brevetto europeo per cui è registrato un effetto unitario presso il registro per la tutela brevettuale unitaria ha effetto unitario solo negli Stati membri partecipanti nei quali il tribunale unificato dei brevetti abbia giurisdizione esclusiva in materia di brevetti europei con effetto unitario alla data della registrazione». Di conseguenza, è stato evidenziato che la tutela assicurata dal nuovo Pacchetto brevetti potrebbe risultare non uniforme per tutti i nuovi brevetti europei con effetto unitario, se non a condizione che tutti gli Stati membri partecipanti alla cooperazione rafforzata provvedano anche alla ratifica dell'accordo.²⁴⁵ A ciò deve aggiungersi anche che, ai sensi del

²⁴⁵ Così **DREXL J.**, *The European Unitary Patent System: On the 'Unconstitutional' Misuse of Conflict-of-Law Rule*, già cit. sub n. 238. Il riferimento concerneva, in particolare, il caso della Polonia, la quale ha sin dall'inizio preso parte alla cooperazione rafforzata per l'instaurazione di una tutela brevettuale unitaria, mentre non ha firmato il nuovo Accordo TUB. Sulla particolare posizione della Polonia cfr. anche **ZAWADZKA A.**, *The Unitary Patent Protection – A Voice in the Discussion from the Polish Perspective*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2014, p. 384-399.

Vale la pena, in proposito, richiamare la chiara spiegazione offerta da Honorati (in **HONORATI C.**, *Il diritto applicabile dal Tribunale unificato: il coordinamento tra fonti e i rapporti tra accordo TUB e regolamento (UE) n. 1257/2012*, già cit. sub n. 35, a p. 143). L'A. afferma, con riferimento alla disciplina all'art. 7 del regolamento, che «[...] un criterio di natura personale, quale la residenza, la sede o l'attività del titolare, costituisce un valido collegamento per regolare in modo unitario la cessione o il trasferimento del brevetto quale effettuata dal titolare tramite un atto negoziale. Esso tuttavia non esprime alcun collegamento significativo con il luogo in cui il brevetto viene contraffatto cosicché la legge ivi vigente appare inidonea a definirne la nozione [...]. L'accettazione dei criteri di natura soggettiva contenuti nell'art. 7 si spiega solo con il fatto che è in realtà irrilevante quale sia lo Stato così individuato, posto che la normativa che si vuole in concreto rendere applicabile è sempre e comunque quella posta dall'accordo TUB. In altre parole, la norma non pone un «criterio di collegamento» che selezioni lo Stato che

considerando 10 del regolamento, è previsto che «*le licenze obbligatorie per i brevetti europei con effetto unitario dovrebbero essere disciplinate dalla normativa degli Stati membri partecipanti in relazione ai rispettivi territori*». Alla luce di quest'ultimo dato è stato evidenziato che, anche nell'ipotesi di ratifica dell'Accordo TUB da parte di tutti gli Stati membri partecipanti alla cooperazione, appare difficile ipotizzare che il nuovo Pacchetto sia in grado di conferire una tutela effettivamente uniforme dei nuovi brevetti (e forse nemmeno un vero effetto unitario).²⁴⁶

89. Nella sua versione finale del 13 febbraio 2013, incorporante le modifiche ritenute necessarie per dare seguito ai profili di incompatibilità con il diritto comunitario evidenziati dalla Corte di giustizia mediante il Parere 1/09, l'Accordo TUB veniva concluso esclusivamente tra 25 Stati membri dell'UE, senza partecipazione dell'Unione e senza ammettere la partecipazione di Stati terzi. Tra gli Stati partecipanti, in particolare, erano inclusi tutti gli Stati a quel tempo membri dell'UE, fatta eccezione per la Spagna, Stato non partecipante alla cooperazione rafforzata per l'istituzione del nuovo brevetto, e per la Polonia, che invece aveva scelto di partecipare soltanto alla cooperazione rafforzata, ma di non partecipare all'accordo inerente il sistema di tutela giurisdizionale.

*presenti un legame forte con la fattispecie di contraffazione e che dunque vanti un interesse a regolare il fatto illecito alla luce della propria legislazione; piuttosto, il criterio richiama una singola norma materiale che si assume essere presente in quell'ordinamento (e cioè la trasposizione nazionale dell'art. 25 e 26 dell'accordo TUB)». Con riferimento al richiamo della legge tedesca, da parte dell'art. 7, par. 3, per l'ipotesi in cui il richiedente risieda in uno Stato membro che non abbia ratificato l'Accordo TUB, l'A. evidenzia pertanto che, in virtù del 'rinvio' operato dall'art. 5, par. 3, del regolamento, si avrà che «*alla definizione di contraffazione si applicherà sempre la legge tedesca*». A commento di questo, ella afferma condivisibilmente che: «*[e]videntemente anche in tale caso, come già rilevato, il richiamo alla legge tedesca è per lo più un artificio, posto che ciò che in concreto viene richiamato è il contenuto del diritto di esclusiva e le sue limitazioni, quale definito dagli articoli 25, 26, 27 accordo TUB. Sul piano politico e diplomatico, tuttavia, non dovrebbe sottovalutarsi il peso così attribuito al richiamo operato a tale ordinamento, specie in questo particolare momento storico. Anche perché un'applicazione residuale di tale legge è giustificabile in relazione a ipotesi che siano percepite come completamente estranee al pacchetto (e alla UE): si giustifica meno nel caso di un inventore residente in uno Stato UE che partecipa alla cooperazione o all'accordo, la cui legge interna viene tuttavia sostituita dalla legge tedesca*».*

²⁴⁶ Cfr. **TAMBOU O.**, *Le brevet européen à effet unitaire: un brevet tant attendu*, già cit. sub n. 188, in particolare a p. 11; **HILTY R., JAEGER T., LAMPING M.**, *The Unitary Patent Package: Twelve Reasons For Concern*, già cit. sub n. 32; **KAISI A.**, *Finally a Single European Right for the EU? An Analysis of the substantive Provisions of the European Patent with Unitary Effect*, già cit. sub n. 30, p. 176.

90. Si ritiene di evidenziare sin da ora come l'Accordo TUB debba annoverarsi tra le ipotesi di integrazione differenziata *in senso ampio*, che gli Stati membri possono realizzare al di fuori dell'ordinamento giuridico comunitario. Trattasi, infatti, di un accordo internazionale *inter se* con il quale gli Stati membri provvedono ad esercitare in forma collettiva le competenze concorrenti previste nei Trattati UE, ed avente carattere *parziale*, in quanto coinvolgente alcuni Stati membri soltanto. Tale esercizio collettivo risulta in generale consentito agli Stati membri nelle materie di competenza non esclusiva dell'UE, in virtù del combinato disposto degli artt. 5 TUE e 2, par. 2, TFUE.²⁴⁷ La fondamentale differenza che intercorre tra il ricorso allo strumento degli accordi *inter se* e la cooperazione rafforzata consiste nel fatto che, sebbene in entrambi i casi si giunga alla produzione di diritto comune tra alcuni soltanto degli Stati dell'UE ad esclusione degli altri, il diritto creato nel primo caso presenta natura di diritto internazionale, mentre presenta natura di diritto comunitario nel secondo. Come si spiegherà in maggiore dettaglio nel Capitolo 3, tale distinzione è estremamente importante, in quanto da essa dipende il diverso regime giuridico cui sono soggetti i due strumenti. Dal punto di vista dei rapporti tra fonti del diritto, nella prospettiva dell'ordinamento comunitario, gli accordi internazionali tra gli Stati membri hanno lo stesso *status* del loro diritto nazionale, sicché soggiacciono ai consueti limiti derivanti dalla ripartizione delle competenze tra essi e l'Unione e dal *primato* della disciplina comunitaria.²⁴⁸ Inoltre, dal punto di vista applicativo, la conclusione degli accordi internazionali risulta caratterizzata per l'assenza delle garanzie procedurali, sia democratiche che inerenti la qualità della disciplina sostanziale prodotta, che tradizionalmente si accompagnano all'impiego del c.d. *metodo comunitario*.²⁴⁹ Ad esempio, tali strumenti permettono agli Stati membri che se ne avvalgono di

²⁴⁷ Sugli accordi *inter se* si tornerà in modo più approfondito nel corso dell'analisi giuridica, in particolare alla Sezione 3.2.

²⁴⁸ Come confermato dalla Corte di giustizia in varie occasioni. Cfr. in proposito la Sentenza della Corte del 27 febbraio 1962, *Commissione della Comunità economica europea contro Repubblica italiana*, causa 10-61, già cit. sub n. 504, p. 10-11; cfr. anche Sentenza della Corte del 27 settembre 1988, *Annunziata Mattucci contro Communauté française de Belgique e Commissariat général aux relations internationales de la communauté française de Belgique*, causa 235/87, già cit. sub n. 504, p. 17-23; cfr. anche Sentenza della Corte in seduta plenaria del 27 novembre 2012, *Thomas Pringle contro Gouvernement of Ireland, Ireland e The Attorney General*, causa C-370/12, in particolare ai p. 166-169..

²⁴⁹ Sulla nozione di metodo *comunitario* e sulle differenze che esso presenta rispetto al c.d. *metodo intergovernativo*, si ritornerà più avanti al Paragrafo 3.4.1. Cfr. per ora, per un'efficace sintesi degli elementi caratterizzanti il metodo comunitario, **PONZANO P.**, *Méthode intergouvernementale ou méthode communautaire: une querelle sans intérêt*, Les Brefs, Notre Europe, 2011, già cit sub n. 16.

escludere a tempo indeterminato alcuni degli altri membri del consorzio comunitario dalla produzione e dall'applicazione della disciplina comune e, in questo modo, dalle dinamiche di coordinamento dei relativi ordinamenti, senza che sia possibile registrare alcun obbligo di apertura.²⁵⁰ Sul piano delle garanzie, deve inoltre evidenziarsi che a tali accordi non è applicabile la procedura di controllo preventivo di compatibilità con il diritto comunitario prevista all'art. 218, par. 11, TFUE, la quale è riservata ai soli accordi internazionali di cui l'Unione è parte (e ciò spiega anche perché nessun controllo preventivo la Corte di giustizia avrebbe potuto svolgere sul successivo progetto di Accordo TUB). Essi, peraltro, anche nel caso in cui fossero incompatibili con il diritto UE, risultano esclusi dall'ambito oggettivo del sindacato di legittimità della Corte di giustizia,²⁵¹ la quale può accertarne l'illiceità soltanto in sede di azione di infrazione (ex artt. 258-260) od eventualmente in via indiretta, in sede di rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE), senza in ogni caso il potere di annullare l'atto (o di interpretarlo direttamente).²⁵² Tanto

²⁵⁰ Cfr. **PEERS S.**, *Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework*, già cit. sub n. 29, p. 37-72, in particolare a p. 39, ove si trova l'espressione: «*sidestepping the vetoes of recalcitrant member States*». Al contrario, il principio di apertura, in qualunque momento, ed a vantaggio di tutti gli Stati membri, è espressamente previsto dall'art. 328 TFUE per le cooperazioni rafforzate.

²⁵¹ Cfr. Sentenza della Corte del 30 giugno 1993, *Parlamento europeo contro Consiglio delle Comunità europee e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-181/91 e C-248/91, in Racc. 3685, p. 12: l'esclusione del sindacato giurisdizionale di annullamento, si ripete, vale tanto con riguardo agli accordi conclusi tra alcuni Stati membri soltanto, quanto con riguardo a quelli conclusi fra tutti loro (c.d. *accordi paralleli*), a prescindere dalle concrete modalità di adozione degli stessi (nel caso di specie si trattava di un atto adottato dai rappresentanti degli Stati Membri, in sede di Consiglio, ma in veste di rappresentanti dei rispettivi governi e non di membri dell'istituzione comunitaria); cfr. per ora, **DE WITTE B.**, *Chamaleontic Member States: Differentiation by Means of Partial and Parallel International Agreements*, già cit. sub n.17, p. 231-267.

²⁵² Si tratta dunque di pronunce aventi natura dichiarativa, di per sé inidonee a rimuovere dall'universo giuridico la normativa statale incompatibile. Cruciale perciò sarà in questi casi la posizione del giudice nazionale nell'assicurare l'effetto diretto e la *primauté* della disciplina comunitaria, procedendo alla disapplicazione od eventualmente all'interpretazione conforme della normativa nazionale (dell'accordo). In questo contesto, un grosso potenziale risiede nella cooperazione tra organi giurisdizionali comunitari e nazionali, che trova espressione nella giurisprudenza *Simmenthal* (Sentenza della Corte del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpA Simmenthal*, causa 106/77, in Racc. 629) e nei suoi successivi sviluppi. Cfr. in proposito **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution*, già cit. sub n. 37, a p. 330: in virtù di tale giurisprudenza della Corte, infatti, «[i]/ [il giudice nazionale] *des fonctions et des pouvoirs qu'il n'aurait pas en tant que simple organe juridictionnel étatique. Il acquiert notamment la fonction de garantir la protection des droits individuels trouvant leur source dans l'ordre juridique UE, et cela non seulement contre les choix législatifs et même constitutionnels de l'ordre juridique étatique, mais aussi au-delà des*

*pouvoirs juridictionnels qui lui sont dévolus dans son système national. Ce même juge se voit notamment reconnaître par le droit communautaire le pouvoir de laisser inappliquées ces dispositions internes, sans interposition ni d'un éventuel juge des lois prévu par le système national (Cour constitutionnelle), ni de la Cour de justice», con la conseguenza che: «[a]u-delà de la garantie de l'applicabilité directe et de la primauté du droit communautaire, la jurisprudence de la Cour vise en effet la construction, par la voie prétorienne, d'un système communautaire de protection juridictionnelle directe des droits individuels» (p. 333; cfr. anche **GROZDANOVSKI L., TURMO A.**, *Le juge national, interlocuteur privilégié de la Cour de justice de l'Union européenne*, già cit. sub n. 248.*

La tutela giurisdizionale *autonoma* dei diritti individuali, si è già detto, costituisce il tratto saliente ed autenticamente *costituzionale* dell'ordinamento comunitario. Il suo impedimento, anche indiretto (ad esempio facendo dipendere l'applicazione del diritto *interno* da un organo non riconducibile alla nozione di "giurisdizione nazionale", così come interpretata dai giudici di Lussemburgo) esporrà evidentemente gli Stati membri a responsabilità per inadempimento. Questo è il caso che recentemente si è posto per i trattati bilaterali d'investimento conclusi tra gli Stati membri di recente accessione e pressochè tutti gli altri membri dell'UE, anteriormente alla menzionata accessione, nella parte in cui si pongono in contrasto con il diritto del mercato interno e prevedono che la propria applicazione sia riservata, in modo più o meno esclusivo, a tribunali arbitrali internazionali (cfr. Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 marzo 2009, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica d'Austria*, causa C-205/06, in *Racc.* I-01301; Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 marzo 2009, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Svezia*, causa C-249/06, in *Racc.* I-01335; Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 19 novembre 2009, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica di Finlandia*, causa C-118/07, in *Racc.* I-10889; European Commission - Press release. Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties, 18 June 2015. Per la dottrina cfr. **BERMANN G. A.**, *Navigating EU Law and the Law of International Arbitration*, Arbitration International, 2012, p. 397-445; **BOUÉ A.**, *Case C-264/09, Commission v. Slovakia, Judgement of the Court (First Chamber) of 15 September 2011*, Common Market Law Review, 2012, p. 1179-1196; **BURGSTALLER M.**, *European Law and Investment Treaties*, Journal of International Arbitration, 2002, p. 191-216; **DISMOPOULOS A.**, *The Validity and Applicability of International Investment Agreements Between EU Member States Under EU and International Law*, già cit. sub n. 5, p. 63-93; **EILMANSBERGER T.**, *Bilateral Investment Treaties and EU Law*, già cit. sub n. 5, 2009, p. 383- 429; **HINDELANG S.**, *Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration*, già cit. sub n. 5, p. 179-206; **LAVRANOS N.**, *European Court of Justice- Infringement of Article 307 - Failure of Member States to Adopt Appropriate Measures to Eliminate Incompatibilities Between the Treaty Establishing the European Community and Bilateral Investment Treaties Entered into with Third Countries Prior to Accession to the European Union*, The American Journal of International Law, 2009, p. 716-722).

La questione si è recentemente posta anche nel contesto del "Trattato transatlantico" (Il Partenariato transatlantico per il commercio e gli investimenti) tra Unione europea e Stati Uniti d'America, le cui negoziazioni sono iniziate nel 2013. Il Trattato rappresenterà, fra l'altro, la prima ipotesi di esercizio della nuova competenza esterna esclusiva dell'Unione in materia di investimenti diretti (ai sensi dell'art. 207 TFUE, ex art. 133 CE, così come modificato dal Trattato di Lisbona). A partire dall'autunno 2015, la Commissione ha adottato un nuovo approccio in ordine al sistema di risoluzione delle controversie da inserire nell'accordo, passando

precisato, appare con evidenza che la ripartizione della disciplina sostanziale di brevetto tra il Regolamento n. 1257 e l'Accordo TUB non possa ritenersi priva di rilievo sul piano giuridico, e non casualmente essa ha costituito oggetto di analisi da parte di copiosa dottrina, sulla quale si tornerà.²⁵³

91. Procedendo nell'esposizione dei tratti salienti del c.d. Pacchetto brevetti, si evidenzia come il Regolamento n. 1257/2012 rinvii alla già esaminata Convenzione di Monaco, con riferimento all'intera disciplina procedurale della fase pre-concessoria del brevetto (incluso l'eventuale contenzioso amministrativo che durante il suo corso si innesti), e anche in ordine alle condizioni di validità del brevetto europeo con effetto unitario. Difatti, esso dichiara, già all'art. 1, par. 2, di costituire «[...] un accordo particolare ai sensi dell'articolo 142 della Convenzione sulla concessione di brevetti europei del 5 ottobre 1973, riveduta il 17 dicembre 1991 e il 29 novembre 2000 («CBE»)). Ai sensi dell'art. 142 CBE, si prevede che: «[u]n gruppo di Stati contraenti che, in un accordo particolare, hanno disposto che i brevetti europei concessi per questi Stati hanno un carattere unitario nel complesso dei loro territori, può prevedere che i brevetti europei potranno essere concessi soltanto congiuntamente per tutti questi Stati».²⁵⁴

dall'iniziale configurazione di un sistema alternativo di risoluzione delle controversie, all'opzione per un sistema giurisdizionale che preveda un tribunale internazionale degli investimenti (il nuovo testo della proposta relativa alla Protezione ed alla risoluzione di controversie in materia di investimenti e sul sistema di una corte per gli investimenti può essere consultato presso http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_en.htm). Per la dottrina in proposito cfr. **TITI C.**, *The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead*, già cit. sub n. 248. Per una panoramica della situazione antecedente delle negoziazioni si rinvia a **CREMONA M.**, *Guest Editorial, Negotiating the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) Context and scope of TTIP*, *Common Market Law Review*, 2013, p. 351–362.

²⁵³ Cfr. *infra* il Paragrafo 1.2.3.

²⁵⁴ Si richiama come la qualificazione operata dall'art. 1, par. 2, del Regolamento in termini di «accordo particolare ai sensi dell'articolo 142» della CBE sia stata ritenuta da una parte della dottrina come una *fiction* giuridica di discutibile legittimità. Il tema non costituirà oggetto di particolari riflessioni nel corso della presente tesi, e pertanto per la sua analisi si rinvia alla lettura di **ULLRICH H.**, *Le future système de protection des inventions par brevets dans l'Union européenne: un exemple d'intégration (re-) poussée?*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Discussion Paper No. 2. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2464032>, in particolare alle p. 43 e 103; **SAMPEDRO CALLE R.**, *The European Patent with unitary effect. Gateway to a European Union Patent? Perspectives from non-participating Member States (Spain)*, in **GEIGER C.**, *Quel droit des brevets pour l'Union Européenne? / What Patent Law for the European Union?*, p. 88-89; **JAEGER T.**, *Shielding the Unitary Patent from the ECJ: A Rash and Futile Exercise*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2013 p. 389; **MYLLY T.**, *A Constitutional Perspective*, già cit. sub n. 29, p. 77-109, in particolare a p. 80; **TRONCOSO S.**, *A European Union Patents: A*

In tutta coerenza, il Regolamento 1257, costruisce il neo-introdotta brevetto europeo con effetto unitario in termini di «*brevetto europeo che beneficia dell'effetto unitario negli Stati membri partecipanti in virtù del presente regolamento*». A tal fine, esso stabilisce all'art. 3, par. 1, che: «*[u]n brevetto europeo concesso con la stessa serie di rivendicazioni con riguardo a tutti gli Stati membri partecipanti beneficia di un effetto unitario in detti Stati membri, a condizione che il suo effetto unitario sia stato registrato nel registro per la tutela brevettuale unitaria*».

92. In terzo luogo, il Regolamento n. 1257/2012, all'art. 9, delega una pluralità di compiti amministrativi all'Organizzazione Europea dei Brevetti. Essa, in particolare, risulta investita di alcune funzioni fondamentali ai fini del corretto funzionamento del nuovo sistema di brevetto europeo con effetto unitario, quali: (i) la gestione delle richieste di effetto unitario presentate dai titolari di brevetti europei; (ii) l'introduzione e la gestione del registro per la tutela brevettuale unitaria, nell'ambito del registro europeo dei brevetti; (iii) la registrazione ed il ritiro delle dichiarazioni relative alle licenze di brevetto e agli impegni assunti dal titolare in seno agli organismi internazionali di standardizzazione in materia di concessione di licenze; (iv) la pubblicazione delle traduzioni all'art. 6 del regolamento disciplinante il regime linguistico del nuovo brevetto, durante il periodo transitorio di cui al medesimo articolo; (v) la riscossione e la gestione delle tasse di rinnovo dei brevetti per gli anni successivi al primo; la riscossione e gestione delle sovrattasse per pagamento tardivo delle tasse di rinnovo, quando tale pagamento tardivo sia effettuato entro sei mesi dalla data prevista; e la distribuzione di una parte delle tasse di rinnovo riscosse agli Stati membri partecipanti; (vi) la gestione del regime di compensazione per il rimborso dei costi di traduzione di cui all'articolo 5 del regolamento disciplinante il regime linguistico; (vii) l'applicazione della norma che impone ai titolari di brevetto europeo di presentare la richiesta di effetto unitario nella lingua del procedimento ai sensi dell'articolo 14, par. 3, CBE, non oltre un mese dalla pubblicazione nel bollettino europeo dei brevetti della menzione della concessione; ed infine, (viii) il compito di garantire che l'effetto unitario sia indicato nel registro per la tutela brevettuale unitaria, se una richiesta di effetto unitario è stata depositata e, durante

Mission Impossible? An Assessment of the Historical and Current Approaches, già cit. sub n. 29 p. 257-259; **DESANTES REAL M.**, *Le «paquet européen des brevets», paradigme du chemin à rebours: De la logique institutionnelle à la logique intergouvernementale*, Cahiers de droit européen, 2014, p. 577-670 a p. 613, 632 e ss.; **SÉDRATI-DINET G.**, *Academics Confirm Flaws in the Unitary Patent*, 2012, consultabile presso: <https://ssrn.com/abstract=2111581> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2111581>; *contra* cfr. **SANDRINI L.**, *La convenzione di Monaco sul brevetto europeo e i suoi rapporti con il 'pacchetto brevetti'*, in HONORATI C., *Luci e Ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, Giappichelli, 2014, p. 51.).

il periodo transitorio di cui all'articolo 6 del regolamento (UE) n. 1260/2012, unitamente alle traduzioni di cui al medesimo articolo, e che l'UEB sia informato di qualsiasi limitazione, licenza, trasferimento o revoca dei brevetti europei con effetto unitario. Secondo l'ultimo comma dell'art. 9, avverso le decisioni assunte dall'UEB nell'assolvimento degli importanti compiti amministrativi elencati, gli Stati membri partecipanti alla cooperazione rafforzata sono tenuti a garantire «una protezione giuridica efficace dinanzi a una giurisdizione competente di uno o più» di essi. Anche in questo caso, come si passerà immediatamente ad esaminare, gli Stati membri hanno attribuito la competenza giurisdizionale esclusiva al nuovo Tribunale Unificato dei Brevetti (art. 24, par. 1, lett *i*), Accordo TUB).

(c) La tutela giurisdizionale e l'Accordo TUB

93. L'ultima componente del nuovo Pacchetto brevetti è rappresentata dal più volte menzionato Accordo TUB. Si è già parlato della sua natura di accordo *inter se* e del fatto che per il suo tramite gli Stati membri hanno provveduto, quantomeno in parte, ad esercitare la base giuridica all'art. 118, par. 1, TFUE. Si ritiene, da ultimo, di esporre gli elementi che caratterizzano il nuovo sistema giurisdizionale da esso delineato a valle della pronuncia di incompatibilità con il diritto dell'Unione resa dalla Corte di giustizia nel contesto del Parere 1/09.²⁵⁵
94. In primo luogo, si ritiene di affrontare i correttivi apportati all'Accordo dal legislatore comunitario al fine di assicurarne la compatibilità con il principio di autonomia del diritto dell'Unione. Come si è già avuto modo di introdurre, il nuovo Accordo TUB non impegnerà più l'azione esterna dell'UE, nella misura in cui né l'Unione, né gli Stati terzi partecipanti alla CBE possono prendervi parte. Al contrario, l'accordo, si configura come un semplice accordo *inter se* tra gli Stati membri dell'Unione. Si tratta di un dato estremamente rilevante, non solo dal punto di vista della qualificazione in termini di diritto internazionale della normativa per tale via introdotta, di cui si è già parlato, ma anche dal punto di vista della natura rivestita dal nuovo TUB. Come si è visto più sopra, infatti, una delle obiezioni mosse dalla Corte di giustizia alla legittimità del TB concerneva la sua natura di giudice situato all'*esterno* della cornice istituzionale dell'UE (*i.e.* la sua natura di giudice internazionale), avente il compito di applicare in via esclusiva il nuovo diritto brevettuale comunitario, con

²⁵⁵ Per un'illustrazione completa della previsioni inerenti il nuovo sistema di tutela giurisdizionale previsto dall'Accordo TUB, si rinvia alla lettura di **CALLENS P., GRANATA S.**, *Introduction to the unitary patent and the Unified Patent Court: the (draft) rules of procedure of the Unified Patent Court*, già cit. sub n. 31.

il rischio che, nell'escludere l'operatività del meccanismo *essenziale* di rinvio pregiudiziale così come configurato dall'art. 267 TFUE e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, risultasse pregiudicata l'*autonomia* del nuovo diritto comunitario dei brevetti. Nel contesto di tale esame, invero, la Corte chiariva come la creazione del nuovo giudice non fosse impedita né da dall'art. 257 TFUE, né dall'art. 262 TFUE, giacché sia la creazione di tribunali comunitari specializzati sia l'estensione delle competenze della Corte di giustizia «*su controversie connesse con l'applicazione degli atti adottati in base ai trattati che creano titoli europei di proprietà intellettuale*» costituiscono una semplice facoltà per gli Stati membri e non un obbligo. A riguardo, la Corte, inoltre, sottolineava come la «[...] *posizione del TB delineata dal progetto di accordo sarebbe diversa da quella della Corte di giustizia del Benelux, oggetto della sentenza 4 novembre 1997, causa C-337/95, Parfums Christian Dior (Racc. pag. I-6013, punti 21-23). Infatti, dato che quest'ultima costituisce un organo giurisdizionale comune a diversi Stati membri e, di conseguenza, è situata nel sistema giurisdizionale dell'Unione, le sue pronunce sono soggette a procedure in grado di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione*»;²⁵⁶ per l'effetto, nessuna lesione del principio di autonomia del diritto dell'Unione poteva riscontrarsi nel caso della Corte del Benelux.²⁵⁷

95. Orbene, assumendo evidentemente come modello la Corte del Benelux, l'Accordo TUB ha configurato il nuovo Tribunale Unificato dei Brevetti come un organo giurisdizionale comune a diversi Stati membri. Per conseguire tale risultato, l'Accordo consente la partecipazione al nuovo TUB solo agli Stati membri e lo definisce espressamente come giudice ad essi comune, dotato di natura internazionale e nazionale al contempo. Recita, infatti, il nuovo art. 1 Accordo TUB che: «[i]l tribunale unificato dei brevetti è un tribunale comune agli Stati membri contraenti ed è pertanto soggetto agli stessi obblighi in virtù del diritto dell'Unione di qualsiasi altro organo giurisdizionale nazionale degli Stati membri contraenti». Tale previsione ha trovato riscontro nel Regolamento n. 542/2014, adottato il 15 maggio 2014,²⁵⁸ con il quale il legislatore comunitario ha appositamente modificato il

²⁵⁶ Parere 1/09 della Corte (Seduta Plenaria), 8 marzo 2011, già cit. sub n. 53, p. 82.

²⁵⁷ Cfr. Sentenza della Corte del 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior SA e Parfums Christian Dior BV contro Evora BV*, Causa C-337/95, in *Racc.* 6013; cfr. il Trattato del 31 marzo 1965 relativo all'istituzione e allo statuto di una Corte di giustizia del Benelux («trattato della Corte di giustizia del Benelux»).

²⁵⁸ Regolamento (UE) n. 542/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante modifica del regolamento (UE) n. 1215/2012 per quanto riguarda le norme da applicare con riferimento al Tribunale unificato dei brevetti e alla Corte di giustizia del Benelux, in *GU L* 163 del 29.5.2014, p. 1–4.

Regolamento n. 1215/2012, noto anche come Regolamento Bruxelles I bis, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.²⁵⁹ In particolare, il nuovo Regolamento n. 542 ha introdotto nel Regolamento n. 1215 l'art. 71 bis, contenente l'espresso riconoscimento della natura di «*autorità giurisdizionale comune*» sia relativamente al Tribunale Unificato dei Brevetti, che con riguardo alla Corte di giustizia del Benelux.²⁶⁰

96. Il nuovo accordo, tuttavia, continua a prevedere la competenza giurisdizionale esclusiva del TUB, ad esclusione di quella dei giudici nazionali, relativamente al contenzioso che investe il nuovo brevetto europeo con effetto unitario ed il brevetto europeo previsto dalla CBE, nelle seguenti materie: «a) *azioni per violazione o minaccia di violazione di brevetti e certificati protettivi complementari e relativi controricorsi, comprese le domande riconvenzionali relative a licenze; b) azioni di accertamento di non violazione di brevetti e certificati protettivi complementari; c) azioni per misure provvisorie e cautelari e ingiunzioni; d) azioni di revoca di brevetti e di accertamento di nullità dei certificati protettivi complementari; e) domande riconvenzionali di revoca di brevetti e di accertamento di nullità dei certificati protettivi complementari; f) azioni per il risarcimento di danni o per indennizzi derivanti dalla protezione provvisoria conferita da una domanda di brevetto europeo pubblicata; g) azioni correlate all'utilizzazione dell'invenzione precedente la concessione del brevetto o al diritto basato sull'utilizzazione precedente*

²⁵⁹ Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in GU L 351 del 20.12.2012, p. 1–32. Si noti anche come, ai sensi dell'art. 89, par. 1, dell'Accordo TUB, tale emendamento risultava previsto espressamente ai fini dell'entrata in vigore dell'accordo, stabilendo che: «[i]l presente accordo entra in vigore il 1° gennaio 2014 o il primo giorno del quarto mese successivo al deposito del tredicesimo strumento di ratifica o di adesione conformemente all'articolo 84, inclusi i tre Stati nei quali il maggior numero di brevetti europei aveva effetto nell'anno precedente a quello in cui ha luogo la firma dell'accordo, o il primo giorno del quarto mese successivo alla data di entrata in vigore delle modifiche del regolamento (UE) n. 1215/2012 relative alle relazioni con il presente accordo, se questa data è posteriore».

²⁶⁰ Inoltre, il nuovo regolamento si preoccupava di estendere le previsioni del Regolamento n. 1215 all'esecuzione delle decisioni adottate dalle autorità giurisdizionali comuni agli Stati membri. In particolare, si prevedeva l'introduzione degli artt.: 71 *ter*, sulla determinazione della competenza di un'autorità giurisdizionale comune; 71 *quater*, relativo all'applicazione delle norme su litispendenza e connessione; e l'art. 71 *quinqes*, relativo all'applicazione del Regolamento n. 1215 al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni emesse da un'autorità giurisdizionale comune che devono essere riconosciute ed eseguite in uno Stato membro che non è parte dello strumento che istituisce l'autorità giurisdizionale comune; e delle decisioni emesse dall'autorità giurisdizionale di uno Stato membro che non è parte dello strumento che istituisce l'autorità giurisdizionale comune, che devono essere riconosciute ed eseguite in uno Stato membro parte di tale accordo.

dell'invenzione; b) azioni di compensazione per licenze sulla base dell'articolo 8 del regolamento (UE) n. 1257/2012; e i) azioni concernenti decisioni prese dall'Ufficio europeo dei brevetti nello svolgimento dei compiti di cui all'articolo 9 del regolamento (UE) n. 1257/2012» (art. 32).

97. Il *restyling* del TUB in termini di giudice nazionale comune agli Stati membri presenta delle ricadute anche con riferimento ad un secondo elemento di novità nell'Accordo istitutivo, inserito dagli Stati membri al fine di assicurare adeguato seguito alle censure operate dal Parere 1/09. Esso, in particolare, è dato dalla piena estensione nei confronti del TUB, in quanto giurisdizione comune agli Stati membri, della disciplina del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, di cui all'art. 267 TFUE. In proposito, prevede attualmente l'art. 21 dell'Accordo che: «[q]uale tribunale comune agli Stati membri contraenti e parte del loro ordinamento giudiziario, il tribunale coopera con la Corte di giustizia dell'Unione europea per garantire la corretta applicazione e l'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, come per ogni tribunale nazionale, in particolare conformemente all'articolo 267 TFUE. Le decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea sono vincolanti per il tribunale». L'Accordo TUB, inoltre, si è preoccupato di dettare un'apposita disciplina in ordine alle garanzie procedurali applicabili, stabilendo, all'art. 38 dello Statuto del Tribunale Unificato, che: «[s]i applicano le procedure stabilite dalla Corte di giustizia dell'Unione europea per le domande di pronuncia pregiudiziale nell'ambito dell'Unione europea. Qualora abbiano deciso di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea una questione circa l'interpretazione del trattato sull'Unione europea o del trattato sul funzionamento dell'Unione europea ovvero una questione circa la validità o interpretazione di atti delle istituzioni dell'Unione europea, il tribunale di primo grado o la corte d'appello sospendono il procedimento».
98. Da ultimo, sempre con approccio coerente con le altre modifiche appena menzionate, deve ricordarsi che nell'Accordo TUB gli Stati membri hanno provveduto a disciplinare espressamente l'ipotesi di responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto comunitario da parte del nuovo Tribunale Unificato dei Brevetti, stabilendo, all'art. 23, che: «[l]e azioni del tribunale sono direttamente imputabili a ciascuno degli Stati membri contraenti singolarmente, anche ai fini degli articoli 258, 259 e 260 TFUE, e all'insieme degli Stati membri contraenti collettivamente». Essi, pertanto, hanno ambito ad assicurare la piena applicazione dei principi stabiliti dalla Corte di giustizia con la già menzionata giurisprudenza *Köbler*, per il tramite della propria responsabilità solidale.
99. Le modifiche richiamate risultano all'evidenza finalizzate a soddisfare le censure mosse dalla Corte di giustizia nel contesto del Parere 1/09. Nel tentativo di perseguire efficacemente tale obiettivo, infine, si sottolinea che gli Stati membri hanno inserito nel testo dell'Accordo TUB, e precisamente al suo art. 20, l'espresso riconoscimento del

primato del diritto dell'Unione europea, statuendo che «[i]l tribunale applica il diritto dell'Unione nella sua integralità e ne rispetta il primato».

1.2.3 I dubbi espressi dalla dottrina ed il contenzioso dinanzi alla Corte di giustizia

100. Più sopra si sono esposte le principali novità apportate dagli Stati membri alla disciplina comunitaria finalizzata all'introduzione di un brevetto europeo con effetto unitario ed all'Accordo TUB, nel contesto del c.d. Pacchetto brevetti. Sul versante della tecnica normativa si può concludere che, per il tramite di tali modifiche, gli Stati partecipanti, supportati dalle istituzioni comunitarie, hanno inteso perseguire tre principali ordini di obiettivi: il primo, consistente nel superamento delle resistenze manifestate in Consiglio da Spagna ed Italia, con riferimento al regime linguistico da associare al nuovo titolo unitario, realizzato con l'autorizzazione della cooperazione rafforzata; il secondo, consistente nel superamento delle critiche operate dalla Corte di giustizia nel Parere 1/09, perseguito cercando di stabilire un parallelismo tra il TUB e la Corte del Benelux, menzionata dalla stessa Corte a titolo di esempio; il terzo, una volta operata la piena estensione del meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE ai rapporti tra TUB e Corte di giustizia, consistente nel collocare la parte più cospicua della disciplina sostanziale di brevetto all'interno dell'Accordo TUB, escludendola così dall'ambito degli atti soggetti al sindacato pieno della Corte ed assicurando, perlomeno con riferimento ad essa, la competenza esclusiva del nuovo giudice creato dall'Accordo.²⁶¹

101. Proprio in ragione della ripartizione della disciplina sostanziale tra atti di diritto derivato ed accordo TUB, è stato evidenziato in modo compatto dalla dottrina giuridica che il Pacchetto brevetti rappresenta una soluzione di compromesso politico e giuridico, ritenuto

²⁶¹ Come condivisibilmente evidenzia Ottaviano (in OTTAVIANO I., *La tutela brevettuale unitaria nell'Unione europea: alcuni spunti su questioni istituzionali tuttora aperte*, Osservatorio costituzionale, 2014, consultabile presso: <http://www.osservatorioaic.it/la-tutela-brevettuale-unitaria-nell-unione-europea-alcuni-spunti-su-questioni-istituzionali-tuttora-aperte.html>, in particolare a p. 8, sub n. 34) la limitazione del controllo giurisdizionale della Corte di giustizia sulla nuova disciplina sostanziale, costituiva l'esplicita finalità per alcuni Governi. L'A. cita in proposito House of Commons (European Scrutiny Committee), *The Unified Patent Court: help or hindrance?* Government Response to the Committee's, Sixty-fifth Report of 2012, 25 April 2012, *Jurisdiction of the Court of Justice*, ove si afferma: «*While it is difficult to quantify the potential impact on UK businesses of Articles 6 to 8 of the regulation, which establish the patent, the Government agrees that deleting the Articles could help safeguard against delays and uncertainty in settling patent disputes. The Government will continue to press this point with our counterparts during the negotiations*» (corsivo aggiunto).

necessario dal legislatore comunitario e dagli Stati membri al fine di introdurre, dopo molti anni di attesa, un titolo brevettuale dotato di disciplina uniforme in tutto (o quasi) il territorio dell'UE.²⁶² Come si illustrerà più estesamente nel Paragrafo 1.2.3(b), la dottrina ha evidenziato una pluralità di aspetti di dubbia legittimità caratterizzanti le modalità concrete in cui tale compromesso è stato realizzato, le quali hanno avuto l'effetto di frustrare l'autonomia del nuovo titolo di proprietà intellettuale e di ostacolare la possibilità di un sviluppo futuro autonomo della disciplina comunitaria a riguardo.²⁶³

102. Come si è già avuto modo di precisare più sopra, oggetto di specifica analisi nel contesto della presente tesi saranno esclusivamente le numerose questioni che, rispetto al Pacchetto, si sono concentrate sui limiti del legittimo esercizio delle tecniche di integrazione differenziata.²⁶⁴ Nei paragrafi che seguono, in particolare, si cercherà di riassumere le posizioni critiche espresse dalla dottrina giuridica, alle quali si tenterà di offrire un'utile analisi nel proseguo dell'elaborato. Come anticipato più sopra, in contemporanea alla stesura di

²⁶² Trattasi di un compromesso del quale risulta da più parti denunciata la scarsa trasparenza. Si consideri che alla fine del 2012, a ridosso della conclusione dell'Accordo TUB, scriveva Köhler che: «[t]he lawmaking process has been heavily criticized because the proposals that have been presented seem to be the result of deliberately non-public discussions and political deals that are not guided by the attempt to achieve the best quality of the new system. The last version of the Draft Agreement dated 6 December 2012 is available only in a completely blackened form. Significant uncertainties continue to exist about the structure of the new system as certain aspects of the system remain open. And the experience of the last months has shown that major changes may happen to the unified litigation system literally over night, in particular such nights that are close to a change in the presidency of the EU» (KÖHLER M., *Unitary Patent: complexity and simplification – how preventing territorial peculiarities of patent Enforcement in a harmonized judicial system? Observations from Germany*, Contratto e Impresa/Europa, 2012, p. 557-576, in particolare a p. 562); cfr. anche la lettera di Jochen Pagenberg all'allora Presidente del Consiglio Europeo Herman Van Rompuy, consultabile presso <http://ipkitten.blogspot.it/2012/05/pagenberg-unitary-patent-package.html>.

²⁶³ Cfr. GALLOUX J.-C., *Le brevet européen à effet unitaire: greffe et chimère*, Propriétés Intellectuelles, 2012, p. 193-199; AZÉMA J., *Le brevet européen à effet unitaire*, Revue Lamy Droit des Affaires, 2013, p. 16-18; KUPZOK A., *Law and Economics of Unitary Patent Protection in the European Union: the Rebels' Viewpoint*, European Intellectual Property Law Review, 2014, p. 418-427, in particolare alle p. 422-423; GUILLOT J.-F., DE HAAS C., *La malediction s'acharne sur le projet de brevet européen à effet unitaire*, già cit. sub n. 188, in particolare a p. 522; JAEGER T., *Shielding the Unitary Patent from the ECJ: A Rash and Futile Exercise*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2013, p. 389-391; JAEGER T., *What's in the Unitary Patent Package?*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 14-08, 2014; ULLRICH H., *Le futur système de protection des inventions par brevets dans l'Union européenne: un exemple d'intégration (re-) poussée?*, già cit. sub n. 30, in particolare alle p. 24-25.

²⁶⁴ Cfr. *supra* la Premessa all'indagine.

quest'ultimo, una parte delle critiche concernenti il Pacchetto ha costituito oggetto di esame da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea, sicché sarà possibile integrare l'analisi proposta con l'esposizione dei principi che al riguardo sono stati espressi nella giurisprudenza comunitaria.

103. Come si illustrerà immediatamente, le critiche elaborate dalla dottrina circa il legittimo impiego delle tecniche di differenziazione nel contesto Pacchetto brevetti, sono schematicamente riconducibili a tre ordini di argomenti: il primo concerne l'insussistenza, a parere di alcuni, in materia di instaurazione di un brevetto europeo con effetto unitario, di tutti i presupposti e di tutte le condizioni necessari per l'instaurazione di una cooperazione rafforzata; il secondo concerne, invece, la frammentazione (tra regolamenti e Accordo TUB) della nuova disciplina sostanziale di brevetto e la sua dubbia compatibilità con il principio di autonomia del diritto dell'Unione; l'ultimo, infine, riguarda la liceità dal punto di vista comunitario dell'Accordo TUB, sia sotto il profilo formale, sia sotto quello sostanziale. A riguardo, la dottrina si è interessata in particolare ai profili della piena e adeguata messa in atto dei correttivi indicati dalla Corte di giustizia nel Parere 1/09 e della compatibilità del nuovo organo giurisdizionale internazionale con il principio di autonomia della tutela giurisdizionale comunitaria.

(a) *Le critiche concernenti il ricorso alla cooperazione rafforzata per la creazione di un brevetto europeo con effetto unitario e la Sentenza della Corte di giustizia del 16 aprile 2013*

104. Le prime contestazioni mosse dalla dottrina avverso il Pacchetto brevetti sono state quelle inerenti la legittimità del ricorso alla cooperazione rafforzata per l'esercizio della base giuridica all'art. 118 TFUE. Ciò, invero, è dipeso anche dal fatto che la pretesa illegittimità della decisione autorizzativa della cooperazione rafforzata è stata censurata dinanzi alla Corte di giustizia, nel contesto di due specifici ricorsi di annullamento, instaurati dal Regno di Spagna e dalla Repubblica italiana, all'indomani della sua adozione.²⁶⁵ I due ricorsi sono stati riuniti, ai sensi dell'art. 54 del Regolamento di Procedura della Corte,²⁶⁶ e sono stati decisi con un'unica sentenza il 16 aprile

²⁶⁵ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, già cit. sub n. 22

²⁶⁶ Regolamento di procedura della Corte di giustizia, del 25 settembre 2012 (GU L 265 del 29.9.2012), come modificato il 18 giugno 2013 (GU L 173 del 26.6.2013, p. 65) e il 19 luglio 2016 (GU L 217 del 12.8.2016, p. 69).

2013.²⁶⁷ Attraverso tale pronuncia, i giudici di Lussemburgo hanno interpretato per la prima volta le norme stabilite dai Trattati in materia di cooperazione rafforzata ed hanno illustrato i caratteri del controllo giurisdizionale che la Corte di giustizia dell'Unione è chiamata ad esercitare in sede di impugnazione delle decisioni autorizzative ex art. 329 TFUE.

105.In particolare, nel contesto della sentenza in commento, sono stati dibattuti i seguenti aspetti: (i) la natura della competenza di cui all'art. 118 TFUE, e la possibilità di esercitarla in via di cooperazione rafforzata, ai sensi dell'art. 20, par. 1, TFUE, il quale prescrive il carattere necessariamente non esclusivo delle competenze comunitarie per tale via attivate; (ii) il rispetto della funzionalizzazione dell'istituto della cooperazione rafforzata, che ai sensi dell'art. 20, par. 2, prima frase, TFUE deve essere inteso «*a promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione*»; (iii) il rispetto della condizione di autorizzazione solamente «*in ultima istanza*» della cooperazione (c.d. requisito dell'*ultima ratio* ex art. 20, par. 3, TFUE); (iv) il rispetto del principio di necessaria «apertura» della cooperazione rafforzata a tutti gli Stati membri (art. 20, par. 2, seconda frase, TFUE); (v) la compatibilità del ricorso alla cooperazione rafforzata con il rispetto dell'*acquis communautaire*, del diritto della concorrenza e del mercato interno, nonché, più in generale, l'osservanza della condizione che impone di rispettare «*i trattati e il diritto dell'Unione*» (art. 326 TFUE).

106.Procedendo con ordine, la prima censura avanzata nei ricorsi presentati da Spagna ed Italia ha riguardato la natura della competenza comunitaria alla creazione di titoli uniformi di proprietà intellettuale, introdotta dal Trattato di Lisbona all'art. 118 TFUE.²⁶⁸ Come anticipato, infatti, ai sensi dell'art. 20 TUE, le cooperazioni rafforzate possono essere instaurate solamente nei settori di competenza non esclusiva dell'UE. Nel caso di specie, la decisione autorizzativa del Consiglio considerava la base giuridica all'art. 118 TFUE ricadente nei settori di competenza concorrente dell'Unione, ex art. 4 TFUE. Al contrario, secondo l'impostazione seguita dalle ricorrenti, l'art. 118 TFUE avrebbe delineato una competenza esclusiva dell'UE, ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. b), TFUE, riguardando la «*definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno*».

²⁶⁷ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, già cit. sub n. 22.

²⁶⁸ *Idem*, p. 10.

107. La tesi della natura esclusiva della competenza prevista dall'art 118 TFUE, inoltre, è stata sostenuta da una parte significativa della dottrina, la quale non ritiene plausibile che la competenza volta alla creazione di nuovi titoli unitari di proprietà intellettuale possa qualificarsi in termini di competenza concorrente, giacché ove ciò fosse dovrebbe ammettersi la piena operatività del principio di sussidiarietà. Secondo tale dottrina, invece, il principio di sussidiarietà non può trovare applicazione con riferimento all'art. 118 TFUE, dal momento che la creazione di titoli europei assicuranti una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione postulerebbe necessariamente l'adozione di un atto comunitario, mentre non potrebbe essere realizzata mediante l'iniziativa individuale degli Stati membri.²⁶⁹

²⁶⁹ Cfr., in questo senso, **LAMPING M.**, *Enhanced Cooperation A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?*, già cit. sub n. 170, p. 37 ss., il quale afferma: «[...] the exclusive competences include those areas "where it is essential that Member States do not act by themselves, even if no Union solution can be found".¹²¹ With respect to the creation of an EU patent, however, the question of whether an exclusive action on the part of the Union is essential for the smooth functioning of the internal market does not even arise. After all, it can by definition not be part of the competence of the Member States to create rights that result by virtue of a Union act. Nor would a different interpretation be compatible with Art. 20(4) TEU, since acts adopted in the framework of enhanced cooperation shall not be regarded as part of the *acquis*. It would lack coherence to permit the creation of "European rights" within the framework of enhanced cooperation but not to regard them as such. As a result, there are plausible reasons to assume that enhanced cooperation should not be admissible on the basis of Art. 118(1) TFEU. Thus, irrespective of where the provision is anchored in the Treaty text, the creation of "European rights" must be regarded an exclusive competence of the Union»; **ULLRICH H.**, *Harmonizing Patent Law: the Untameable Union Patent*, già cit. sub n. 30; p. 29-30, secondo il quale: «[...] Art. 118 para. 1 TFEU confers upon the Union the competence to establish unitary, EU-wide titles of protection precisely (and only) "within the context of the establishment and functioning of the Internal Market". It thus is a competence bound by a purpose, which is to strengthen and to broaden the Internal Market by establishing a framework regulation for innovation based on unified rather than only on harmonized (national) protection of intellectual property. [...] Non-exclusivity of the competence, which Art. 118 TFEU attributes to the Union, means, that to the difference of an exclusive competence, its exercise is subject to control by the rules on subsidiarity. For obvious reasons, it does not mean that, as long as the Union does not make use of Art. 118 para. 1 TFEU, Member States may exercise the competence to grant EU-wide unitary titles. Pursuant to Art. 2 para. 2 TFEU such, however, is the characteristic of a shared competence. Therefore, qualifying Art. 118 TFEU as introducing a shared competence makes little sense»; **JAEGER T.**, *All Back to Square One? - An Assessment of the Latest Proposals for a Patent and Court for the Internal Market and Possible Alternatives*, già cit. sub n. 29, p. 5, il quale afferma: «[a]lthough the internal market chapter in general constitutes a shared competence between the EU and its member states, that can logically not also be true for the specific aspect of creation of a sui generis intellectual property (IP) right by the EU as envisaged by Art. 118 TFEU: Clearly, the member states are free to cooperate in international law to align certain of their IP rights, but such international law-based cooperation can never have the effect of creating a sui generis EU IP right. That type of right presupposes an EU law act, so that Art. 118 TFEU cannot but be read as concerning an area which logically excludes member states competences alongside those of the EU»; **PEERS S.**, *The Constitutional Implications of the EU Patent*, *European Constitutional Law Review*, 2011, p. 229-266,

108. La censura in questione è stata rigettata dalla Corte di giustizia, seguendo l'approccio adottato dall'Avvocato Generale Bot nelle sue conclusioni,²⁷⁰ e confermando la natura concorrente della competenza all'art. 118 TFUE. La Corte, in primo luogo, ha argomentato che il principio di residualità delle competenze concorrenti stabilito dall'art. 4, par. 2, TFUE, trova applicazione anche rispetto settore del «mercato interno». Pur non disconoscendo la rilevanza essenziale della disciplina della proprietà intellettuale al fine di mantenere una concorrenza non alterata all'interno di quest'ultimo, la Corte ha tuttavia escluso che essa possa ricondursi alle «regole di concorrenza» cui fa riferimento l'art. 3, par. 1, lettera b), TFUE, la cui portata e modalità di esercizio sono stabilite alla parte terza, titolo VII, capo 1, TFUE, ed in particolare dagli artt. 101-109 TFUE. Da questo, la Corte ha tratto la conseguenza che «[c]onsiderare l'articolo 118 TFUE come rientrante in tale settore sarebbe dunque in contrasto con l'articolo 2, paragrafo 6, TFUE e comporterebbe un'indebita estensione della portata dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), TFUE». L'eccessivo formalismo e la valorizzazione del solo elemento sistematico seguiti nella pronuncia ha suscitato forti critiche da parte della dottrina,²⁷¹ che

in particolare a p. 251; **TRONCOSO S.**, *A European Union Patents: A Mission Impossible? An Assessment of the Historical and Current Approaches*, già cit. sub n. 29, in particolare a p. 254; **THEBEN A.**, *Unitary Patent Protection under Enhanced Cooperation: Is an EU patent feasible in the future?*, Master Thesis University of Twente, 2014, consultabile presso: http://essay.utwente.nl/64408/1/Theben_MA_Faculty%20of%20Management%20and%20Governance.pdf, p. 45-46.

²⁷⁰ Cfr. le Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, presentate l'11 dicembre 2012, già cit. sub n. 179, p. 40-67.

²⁷¹ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, già cit. sub n. 22, p. 19-24. Hanno espresso forti critiche rispetto a tale approccio diversi esponenti della dottrina, tra i quali: **DESANTES REAL M.**, *Le "paquet européen des brevets", paradigme du chemin à rebours : de la logique institutionnelle à la logique intergouvernementale*, Cahiers de droit européen, 2013, p. 577-670; **ULLRICH H.**, *Le futur système de protection des inventions par brevets dans l'Union européenne: un exemple d'intégration (re-) poussée?*, già cit. sub n. 30, p. 69; **JAEGER T.**, *Einheitspatent – Zulässigkeit der Verstärkten Zusammenarbeit ohne Spanien und Italien*, Neue Juristische Wochenschrift, 2013, p. 1998-2001; **LAMPING M.**, *Enhanced Cooperation in the Area of the Unitary Patent Protection: Testing the Boundaries of the Rule of Law*, già cit. sub n. 32, in particolare a p. 595, ove si afferma che: «[i]n an audacious attempt to save enhanced cooperation from this obvious pitfall, the Court comes up with what is probably the weakest part of the entire judgment. By implying that Articles 3 and 4 TFEU exhaustively define the allocation of competences by policy area it overlooks the subtle gradations in the division of powers under EU law. Just as competition law is an exclusive competence of the Union to the extent that it 'is necessary for functioning of the Internal Market' (compare to Article 3(1)(b) TEU), which does not deprive the Member States of the freedom to develop their own competition rules ad policies, not all measures falling into the sphere of the Internal Market (compare to Article 4(2)(a) TFEU) as defined by Article 26(1) TFEU can

ha contestato la debolezza degli argomenti a suo sostegno, evidenziando, per assurdo, come in conseguenza della qualificazione in termini di competenza concorrente dell'art. 118 TFUE sussisterebbe, in difetto di intervento comunitario, la facoltà di ciascuno Stato membro di istituire in via individuale ed autonoma nuovi titoli di proprietà intellettuale dotati di effetto unitario in tutta l'UE, cosa che invece è ritenuta impossibile da concepire oltre che incompatibile con la *ratio* della norma.²⁷²

109. In secondo luogo, le censure sollevate con i ricorsi presentati da Spagna e Italia hanno riguardato il rispetto da parte della decisione autorizzativa della condizione stabilita all'art. 20, par. 2, TUE, secondo la quale le cooperazioni rafforzate devono essere indirizzate «a promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione». Più precisamente, il rispetto di tale condizione è stato contestato dagli Stati ricorrenti nel contesto della censura di sviamento di potere, affermando che «il vero obiettivo della decisione impugnata sarebbe stato non quello di pervenire ad un'integrazione, ma quello di escludere il Regno di Spagna e la Repubblica italiana dai negoziati sulla questione del regime linguistico del brevetto unitario e di privare in tal modo detti Stati membri della loro prerogativa, conferita dall'articolo 118, secondo comma, TFUE, di opporsi a un regime linguistico che non condividono».²⁷³

110. A tale censura si è associata anche una parte della dottrina, secondo la quale la previsione in commento individua l'autentica «funzione costituzionale» assegnata dai Trattati all'istituto della cooperazione rafforzata, e facendo ciò introduce una condizione fondamentale per il legittimo ricorso alla stessa.²⁷⁴ Tale dottrina, in particolare, ritiene

*automatically be classified as a shared competence. Indeed, a functional allocation of competences requires a little bit more than a glance into the Treaty's table of contents. Instead of acknowledging that Article 118 TFEU was introduced into the Treaty in order to supplement Article 114 TFEU, the Court stubbornly persists with the view that it is located in the chapter on the Internal Market and must therefore be classified as a shared competence»; contra cfr. FABBRINI F., *Enhanced Cooperation under Scrutiny: Revisiting the Law and Practice of Multi-Speed Integration in Light of the First Involvement of the EU Judiciary*, già cit. sub n. 152; PISTOIA E., *Enhanced cooperation as a tool to...enhance integration? Spain and Italy v. Council*, 2014, *Common Market Law Review*, p. 247–260.*

²⁷² **BLUMENRÖDER U., PETO J.**, *The First Decision on the Unitary Patent: the Court Dismissed the Actions of Spain and Italy*, già cit. sub n. 29, p. 110-117, in particolare a p. 113-114.

²⁷³ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, Cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 22, p. 27.

²⁷⁴ **FABBRINI F.**, *Enhanced Cooperation under Scrutiny: Revisiting the Law and Practice of Multi-Speed Integration in Light of the First Involvement of the EU Judiciary*, già cit. sub

che nel caso del brevetto europeo con effetto unitario il ricorso alla cooperazione rafforzata non abbia aspirato alla promozione del processo di integrazione, ma piuttosto abbia perseguito il fine di escludere dall'atto integrativo degli Stati membri non aderenti alla scelta di adeguarsi al regime linguistico dell'UEB, con i quali i negoziati non raggiungevano un compromesso.²⁷⁵ In particolare, la dottrina critica afferma che tale atteggiamento contrasta con la funzione *costituzionale* della cooperazione rafforzata, in base alla quale deve escludersi l'ammissibilità del ricorso ad una integrazione differenziata *politica* laddove il disaccordo tra gli Stati membri investa il merito della nuova disciplina da adottare (*i.e.* gli aspetti di dettaglio della disciplina sostanziale).²⁷⁶

111. La censura dei ricorrenti e le critiche dottrinali che vi si sono accostate affondano le proprie radici in un'interessante questione analizzata dalla dottrina del passato, appena a seguito dell'introduzione della cooperazione rafforzata nei Trattati istitutivi. Si trattava, in particolare, dell'interrogativo se il ricorso alla cooperazione rafforzata fosse compatibile con la funzionalizzazione dell'istituto al rafforzamento del processo di integrazione, nelle ipotesi in cui il dissenso manifestato dagli Stati non partecipanti insistesse sul merito della regolamentazione sostanziale proposta (sul *modo* in cui procedere a maggiore integrazione), e non più radicalmente la scelta di procedere ad una maggiore integrazione in un certo settore (ossia sull'*an* dello *step* integrativo).²⁷⁷ Come vedremo in maggior dettaglio più oltre, tale

n. 152; **FABBRINI F.**, *The Enhanced Cooperation Procedure: a Study in Multispeed Integration*, Centro Studi sul Federalismo, Research Paper, 2012; cfr. anche **ULLRICH H.**, *Le futur système de protection des inventions par brevets dans l'Union européenne: un exemple d'intégration (re-) poussée?*, già cit. sub n. 30, p. 70.

²⁷⁵ Così **LAMPING M.**, *Enhanced Cooperation A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?*, già cit. sub n. 170, in particolare a p. 26, ove si afferma che: «[i]n the present case, enhanced cooperation is being used exclusively as a secessionist means of applying pressure with the aim of avoiding further negotiations on the translation agreement. This form of "repressive dominance" is a clear misuse, or even abuse, of the concept of flexibility and violates the principles of loyalty and solidarity that must be taken into account in any cooperation between the Union and the Member States».

²⁷⁶ Cfr. **LAMPING M.**, *Enhanced Cooperation A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?*, già cit. sub n. 170, **FABBRINI F.**, *Enhanced Cooperation under Scrutiny: Revisiting the Law and Practice of Multi-Speed Integration in Light of the First Involvement of the EU Judiciary*, già cit. sub n. 152, p. 197–224; **FABBRINI F.**, *The Enhanced Cooperation Procedure: a Study in Multispeed Integration*, Centro Studi sul Federalismo, Research Paper, 2012.

²⁷⁷ In questo senso, si collocano alcune note posizioni della dottrina di diritto comunitario. In particolare, si riporta in proposito l'opinione di Fabbrini, secondo il quale: «[e]nhanced cooperation can be used only when EU Member States disagree on whether

questione risultava ricollegata alla convinzione dell'esistenza di un c.d. *principio* di unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione, rispetto al quale la cooperazione rafforzata veniva concepita da molti autori come un'eccezione ammessa per motivi esclusivamente politici, in quanto tale richiedente il necessario recupero dell'unità dell'ordinamento non appena possibile.²⁷⁸ Su tali basi,²⁷⁹ secondo una parte significativa della dottrina, il ricorso alla cooperazione postulava la necessità di un accordo tra tutti gli Stati membri, compresi gli Stati esclusi, con la conseguenza che essa avrebbe potuto autorizzarsi soltanto ove questi ultimi non avessero voluto oppure non avessero potuto partecipare al nuovo *step* integrativo. Al contrario, ove il loro dissenso o la loro impossibilità a partecipare avesse investito la sola regolamentazione di dettaglio oggetto di introduzione mediante il nuovo atto comunitario, la cooperazione non avrebbe potuto autorizzarsi.²⁸⁰

to act jointly at the EU level. On the contrary, the procedure cannot be used when Member States agree on the opportunity of expanding integration into a new legal field but disagree on how to act at the EU level. While it will be argued that this interpretation restricts the possible room for the use of enhanced cooperation [...] this construction has several advantages, including preserving the integrity of the EU constitutional order, preventing circumvention of Treaty rules and providing the EU judiciary with a manageable standard to review action by the EU political branches» (FABBRINI F., *Enhanced Cooperation under Scrutiny...*, già cit. sub n. 152, in particolare a p. 199). In senso analogo cfr. anche Kuipers: «*[t]he risk of enhanced cooperation when applied to an area where the substance of the rule is the main controversy, rather than the question whether the Union should accede the policy area as such, is that a group of minority Member States may try to establish common rules among themselves. [...] Enhanced cooperation then would not lead to a two-speed Europe, but rather push Europe into two directions»* (KUIPERS J. J., *The Law Applicable to Divorce as Test Ground for Enhanced Cooperation*, *European Law Journal*, 2012, p. 201–229, in particolare a p. 213).

²⁷⁸ Cfr. LANGEHEINE B., *Rechtliche und institutionelle Probleme einer abgestuften Integration in der Europäischen Gemeinschaft*, in GRABITZ E., *Abgestufte Integration: Eine Alternative zum herkömmlichen Integrationskonzept?*, N.P. Engel Verlag, Kehl am Rhein/Strasbourg, 1984.

²⁷⁹ Si noti bene, non indiscusse. Cfr. in questo senso DASHWOOD A., DOUGAN M., RODGER B., SPAVENTA E., WYATT D., *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, già cit. sub n. 174, p. 124 ss; DOUGAN M., *The Unfinished Business of Enhanced Cooperation*, già cit. sub n. 58.

²⁸⁰ Negli anni Ottanta, da una parte del movimento dottrinale dell'*Abgestufte Integration*, aveva ipotizzato la conclusione in proposito di una sorta di *gentlemen's agreement*. Cfr. in particolare LANGEHEINE B., WINSTOCK. U., *Graduated Integration: A Modest Path Towards Progress: A contribution to the debate about the future development of the European Community*, *Journal of Common Market Studies*, 1985, p. 185–197; *contra* SCHARRER, H. E., *Differenzierte Integration im Zeichen der Schlange. Utopie und Dogma in Tindemans Vorschlägen zur Wirtschafts- und Währungsunion*. in

112. La Corte di giustizia ha rigettato la censura dei ricorrenti basata sulle tesi dottrinali che si sono appena espone, evidenziando, sulla scia di quanto già affermato dall'Avvocato Generale Bot nelle sue conclusioni, che «[...] *contrariamente a quanto sostenuto dal Regno di Spagna e dalla Repubblica italiana, gli articoli 20 TUE e da 326 TFUE a 334 TFUE non limitano la facoltà di ricorrere a una cooperazione rafforzata alla sola ipotesi in cui uno o più Stati membri dichiarino di non essere ancora pronti a partecipare ad un'azione legislativa dell'Unione nel suo insieme*». ²⁸¹ In particolare, la Corte ha invocato, ai fini della ricostruzione della funzione assegnata alla cooperazione rafforzata dai Trattati, la previsione per cui il ricorso all'istituto risulta legittimo quando «*gli obiettivi ricercati da detta cooperazione non possono essere conseguiti entro un termine ragionevole dall'Unione nel suo insieme*». Essa pertanto ha affermato che «*l'impossibilità cui fa riferimento tale disposizione può essere dovuta a diverse cause, quali una mancanza di interesse di uno o più Stati membri o l'incapacità degli Stati membri, che si mostrino tutti interessati all'adozione di un regime a livello dell'Unione, di pervenire ad un accordo sul contenuto di un tale regime*». ²⁸²

Schneider, H. – già cit. sub n. 78; **EHLERMANN C.-D.**, *How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of "Two-Speeds"*, già cit. sub n. 61.

²⁸¹ Secondo l'Avvocato Generale Bot, ai p. 82 ed 83 delle sue conclusioni, già cit. sub n. 179, infatti, «[...] *le cooperazioni rafforzate sono un mezzo per un gruppo di Stati membri, desiderosi di procedere in una determinata materia, per far fronte ad un blocco restando al contempo nell'ambito istituzionale dell'Unione, e ciò nel rispetto delle condizioni previste dai Trattati. Pertanto, la circostanza stessa che, con l'instaurazione della cooperazione rafforzata nel settore della creazione di un brevetto unitario, alcuni Stati membri siano «esclusi» perché non hanno voluto partecipare a tale cooperazione non è sufficiente a dimostrare che il Consiglio abbia commesso uno sviamento di potere autorizzando la suddetta cooperazione. Si tratta, in tal caso, proprio della specificità del meccanismo della cooperazione rafforzata, e tale «esclusione» non è comunque irreversibile dal momento che, ai sensi dell'articolo 328, paragrafo 1, primo comma, TFUE, le cooperazioni rafforzate sono aperte a tutti gli Stati membri in qualsiasi momento e debbono anche raccogliere la partecipazione del maggior numero possibile di Stati membri*».

²⁸² Cfr. Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, Cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 22, p. 36. Commenta Pistoia in proposito che: «[i]l caso in esame toglie così ogni dubbio sul fatto che la cooperazione rafforzata può essere il frutto di spinte antagoniste nella base sociale dell'Unione e costituire l'esito di visioni inconciliabili sulla fisionomia di misure comuni che tutti o molti reputino necessarie sebbene per l'appunto con modalità diverse. L'integrazione differenziata attivabile sub specie di cooperazione rafforzata, cioè, può essere instaurata anche qualora gli Stati non partecipanti non siano contrari allo sviluppo dell'integrazione in un certo settore di per sé, ma agli assetti voluti in proposito da una minoranza qualificata (notoriamente almeno nove Stati membri) che abbia saputo aggregarsi. L'esito del dissenso che prende forma in una geometria variabile è che un gruppo prosegue l'integrazione nei modi preferiti, mentre gli altri sono posti nelle condizioni di rinunciare del tutto a sviluppare l'integrazione nel settore de quo. A garanzia di questi ultimi, che è anche garanzia del processo di integrazione europea nel suo complesso, opera la previsione per cui le modalità adottate dagli altri Stati in regime di cooperazione rafforzata non possono costituire *acquis comune*, oltre al fatto che essi non hanno alcun obbligo di aderire pur conservando la possibilità di farlo "in qualsiasi altro

113. Con l'argomento appena richiamato la Corte ha operato un collegamento tra la funzionalizzazione della cooperazione rafforzata al perseguimento del processo di integrazione e la condizione di approvazione "in ultima istanza",²⁸³ il cui rispetto è stato allo stesso modo censurato dagli Stati ricorrenti.²⁸⁴ Ciò, si ricorda, in quanto, ad avviso del Regno di Spagna e della Repubblica Italiana, nel caso di specie non erano state affatto esaurite le possibilità di trattative tra gli Stati membri sul regime linguistico da assegnare al nuovo brevetto dell'Unione.²⁸⁵ Anche tale censura è stata scartata dalla Corte di

momento" (art. 328, par. 1, TFUE)» (**PISTOIA E.**, *Rimettere in discussione la cooperazione rafforzata? Spunti dalla sentenza della Corte di giustizia contro Spagna e Italia*, 2013, consultabile presso: <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=328>).

²⁸³ Inoltre la Corte richiamava che tale condizione: «[...] riveste particolare importanza e dev'essere letta alla luce dell'articolo 20, paragrafo 1, secondo comma, TUE, secondo cui le cooperazioni rafforzate «sono intese a promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione». È evidente che gli interessi dell'Unione ed il processo di integrazione non sarebbero protetti se ogni negoziato infruttuoso potesse condurre ad una o più cooperazioni rafforzate a scapito della ricerca di un compromesso che consenta di adottare una normativa per l'Unione nel suo insieme» (cfr. *idem*, p. 48-49).

²⁸⁴ Nel fare ciò, la Corte sembra aver accolto i commenti di Peers, il quale a sostegno della legittimità del pacchetto brevetti ha affermato quanto segue: «[...] although Spain and Italy were willing to sign up to the proposed legislation in principle, the other Member states could not find common ground with them. But in the absence of wording to the contrary, the 'last resort' condition is not satisfied only where member states disagree with the very idea of proposed legislation; it should also be considered satisfied whenever agreement among all member states (or, where relevant, a qualified majority of them) seems impossible to reach in the foreseeable future, regardless of the reasons why. It might also be argued that the 'last resort' condition was not met in this case because one of the proposals involved (the general EU patent proposal) was subject to QMV, not unanimity, and was moreover agreed by all member states previously. On the first point, the enhanced co-operation rules do not require that the measures concerned be subject to unanimous voting, and indeed the possibility that QMV might be used to adopt measures implementing enhanced co-operation is referred to expressly. On the second point, while it would obviously normally not be possible to use the enhanced co-operation procedure where member states had reached agreement on a proposal, this is a special case because Article 118 TFEU explicitly links the translation issue with the legislation creating EU intellectual property rights, and because the translation issue is equally linked to those substantive rights by the EPC» (**PEERS S.**, *The Constitutional Implications of the EU Patent*, già cit. sub n. 269, in particolare a p. 250).

Anche con riferimento alla condizione di ultima istanza, una parte significativa della dottrina si è associata alle censure delle ricorrenti: cfr. **LAMPING M.**, *Enhanced Cooperation A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?*, già cit. sub n. 170; **TRONCOSO S.**, *A European Union Patents: A Mission Impossible? An Assessment of the Historical and Current Approaches*, già cit. sub n. 29, p. 254.

²⁸⁵ Cfr. Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, già cit. sub n. 22, p. 42. In particolare, come richiama anche la sentenza, ai p. 43 e 44: «[I]l Regno di Spagna fa valere che non è trascorso neppure un periodo di sei mesi tra la proposta di regime linguistico

giustizia, questa volta mediante un'argomentazione più sofisticata e tecnica, facente leva sullo *standard* del controllo giurisdizionale da essa esercitabile in sede di impugnazione delle decisioni autorizzative di cooperazione rafforzata. In particolare, la Corte ha argomentato che in base all'art. 20, par. 2, TFUE, dovendo la decisione autorizzativa essere adottata "in ultima istanza" dal Consiglio, questo si trova «[...] 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».²⁸⁶ Di conseguenza, essa ha concluso nel senso che il controllo giurisdizionale sul punto dovesse limitarsi ad accertare «[...] se il Consiglio abbia esaminato con cura ed imparzialità gli elementi rilevanti a tale riguardo e se la conclusione alla quale quest'ultimo è pervenuto sia sufficientemente motivata».²⁸⁷

114. L'enunciazione di un tale *standard* limitato di controllo giurisdizionale, esercitabile in sede di impugnazione della decisione autorizzativa ex art. 20 TUE, risulta in linea con la giurisprudenza tradizionale della Corte in punto di atti giuridici implicanti l'esercizio un ampio margine di discrezionalità *politica* in capo al legislatore comunitario.²⁸⁸ Come

presentata dalla Commissione il 30 giugno 2010 e la proposta di cooperazione rafforzata presentata dalla stessa istituzione il successivo 14 dicembre. Quanto al periodo compreso tra la prima proposta di regolamento sul brevetto comunitario presentata nell'agosto 2000 e la suddetta proposta di regime linguistico della Commissione, esso non può essere preso in considerazione per valutare se la decisione impugnata sia stata adottata in ultima istanza. A tale proposito, il medesimo Stato membro espone che, nel corso dell'anno 2003, era stato definito un approccio comune e che, successivamente, la questione linguistica non è più stata discussa in maniera significativa in seno al Consiglio. La Repubblica italiana ammette che il Consiglio dispone di un'ampia discrezionalità quanto alla valutazione dello stato dei negoziati e che la questione del rispetto della condizione relativa all'adozione in ultima istanza di una decisione che autorizza una cooperazione rafforzata può, quindi, essere solamente oggetto di un controllo limitato da parte della Corte. Nella fattispecie, però, il «pacchetto legislativo» sul brevetto unitario sarebbe stato incompleto ed i negoziati dedicati al regime linguistico sarebbero stati brevi. Alla luce di tali premesse, la violazione dell'articolo 20, paragrafo 2, TUE sarebbe manifesta».

Cfr. anche Lamping, il quale illustra in modo esteso le varie tappe del processo di negoziazione nel caso del brevetto (**LAMPING M.**, *Enhanced Cooperation A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?*, già cit. sub n. 170, p. 34 e ss.).

²⁸⁶ *Idem*, p. 53.

²⁸⁷ *Idem*, p. 54.

²⁸⁸ Lo stesso vale per il controllo giurisdizionale degli atti implicanti l'esercizio di un'ampia discrezionalità tecnica da parte delle istituzioni comunitarie nell'esercizio della loro attività amministrativa. Un esempio molto noto concerne i limiti del controllo giurisdizionale esercitabile dalla Corte di giustizia sulle decisioni adottate dalla Commissione europea con le quali si accerta la violazione del diritto UE della

riconosciuto anche dall'Avvocato Generale Bot nelle sue conclusioni, in questi casi, al fine di assicurare il rigoroso rispetto del principio di separazione dei poteri in seno all'UE,²⁸⁹ il controllo giurisdizionale di legittimità deve limitarsi a verificare che, nell'esercizio della discrezionalità accordata, il legislatore «[...] non sia incorso in errore manifesto o sviamento di potere o se non abbia manifestamente ecceduto i limiti del proprio potere discrezionale».²⁹⁰ Con particolare riferimento all'iter di

concorrenza. Per l'esame di tale questione si rinvia a più ampia dottrina: cfr. in proposito **SCHWEITZER H.**, *Judicial Review in EU Competition Law*, in GERADIN D., LIANOS I. (eds.), *Research Handbook on EU Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 491-538; **WILS W. P. J.**, *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights*, *World Competition: Law and Economics Review*, 2010, p. 5-29; **FORRESTER I. S.**, *A Challenge for Europe's Judges: The Review of Fines in Competition Cases*, *European Law Review*, 2011, p. 191-199; **SLATER D., THOMAS S., WAELBROEK D.**, *Competition Law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?*, GCLC Working Paper 04/08, in particolare a p. 139; **BARAN M., DONIEC A.**, *EU Courts' Jurisdiction Over and Review of Decisions Imposing Fines in EU Competition Law*, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2010, p. 238-245; **CASTILLO DE LA TORRE F.**, *Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Case*, *World Competition*, 2009, p. 505-578; **GERARD D. M. B.**, *EU Antitrust Enforcement in 2025: 'Why Wait? Full Appellate Jurisdiction, Now*, (December 9, 2010), *CPI Antitrust Journal*, 2010, consultabile presso SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1762047>, 2010, p. 4 e ss; più in generale, cfr. **SCORDAMAGLIA-TOUSIS A.**, *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, Wolters Kluwer, 2013.

²⁸⁹ Cfr. sul tema **FRITZSCHE A.**, *Discretion, scope of judicial review and institutional balance in European Law*, *Common Market Law Review*, 2010, p. 361-403; **BOMBOIS T.**, *L'arrêt Menarini c. Italie de la Cour européenne des droits de l'homme: droit antitrust, champ pénal et contrôle de pleine juridiction*, *Cahiers de droit européen* 2011, p. 560 e 571; **MOUGUET-POULLENEC G., DOMENICUCCI D. P.**, *Amende infligée par une autorité de concurrence et droit à une protection juridictionnelle effective: les enseignements de l'arrêt Menarini de la CEDH*, *Revue Lamy de la Concurrence: Droit, Économie, Régulation* 2012, p. 49-59; **BOSCO D.**, *Du Contrôle De Pleine Jurisdiction Exercé Sur Les Décisions Des Autorités De Concurrence, À Propos De Cour EDH, 27 Septembre 2011, Menarini, 2011*, consultabile presso SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2014062>.

²⁹⁰ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Bot, già cit. sub n. 179, p. 29. Al p. 27, costui aveva anche richiamato che: «[a] mio avviso, deve trattarsi di un controllo ristretto. Infatti, come rilevato dall'avvocato generale Jacobs, «è importante tener presente i limiti del potere della Corte di sindacare gli atti normativi adottati dal Consiglio. Tali limiti derivano dal principio fondamentale della separazione dei poteri nell'ambito delle Comunità. Ove il Trattato abbia attribuito ampi poteri normativi al Consiglio, non spetta alla Corte sostituire a quella del Consiglio la sua propria valutazione della situazione economica o della necessità od opportunità dei provvedimenti adottati. Se lo facesse, essa usurperebbe la funzione normativa del Consiglio, imponendo il suo proprio giudizio sulle politiche economiche che debbono essere perseguite dalle Comunità». Del resto, come nota Lamping, era già stato rilevato da alcuni Stati membri che «the question whether the condition of a last resort is satisfied is "largely a matter of political discretion"», (cfr. **LAMPING M.**, *Enhanced Cooperation A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?*, già cit. sub n. 170, a p. 22, il

approvazione della cooperazione rafforzata, secondo l'Avvocato Generale, il Consiglio dispone, infatti, di un siffatto ampio margine di discrezionalità, dal momento che né la condizione di "ultima istanza", né la nozione di "termine ragionevole", hanno ricevuto definizione nel testo dei Trattati.²⁹¹

115. Di conseguenza, secondo il giudizio della Corte di giustizia, le condizioni del perseguimento delle finalità integrative comunitarie e del ricorso in ultima istanza, pur essendo tra loro collegate, risultano soggette a due distinti modelli di controllo giurisdizionale: *pieno* nel primo caso, così che la Corte potrà valutare in via autonoma se la scelta di procedere ad una cooperazione rafforzata si collochi in linea con gli obiettivi comunitari, e *limitato* nel secondo caso, con la conseguenza che l'atto potrà essere annullato dalla Corte solo ove risulti che, nel procedere alla valutazione di ultima istanza, il Consiglio abbia commesso un errore di fatto, o abbia omesso radicalmente di formulare la motivazione, ovvero abbia abusato della discrezionalità accordatagli o manifestamente l'abbia esercitata in modo erraneo.²⁹² Anche tale soluzione è stata criticata dalla dottrina, sul presupposto che l'applicazione del modello del controllo limitato alla cooperazione rafforzata avrebbe l'effetto di rendere il criterio dell'ultima istanza

quale richiama CONFER 4783/00 of 6 October 2000, IGC 2000: Enhanced Cooperation – Position Paper from Germany and Italy, p. 4).

²⁹¹ *Idem*, p. 109-110, e 114. Come nota Louis: «[i]l est à remarquer que la Cour ne suit pas à la lettre l'avocat général lorsque celui-ci évoque, dans des termes classiques, les limites du contrôle de la Cour qui devrait se borner à examiner si l'exercice du «large pouvoir» d'appréciation du Conseil «n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir [...] ou encore si le Conseil n'a pas dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation» [...] [c] 'est sans doute surtout dans le vocabulaire que les conclusions et l'arrêt présentent des nuances mais, manifestement, la Cour entend souligner l'importance de son contrôle, en tant que garante du respect des droits des opposants à la coopération renforcée» (cfr. **LOUIS J.-V.**, *La Pratique de la Coopération Renforcée*, Cahiers de Droit Européen, 2013, p. 277-291, in particolare a p. 285).

²⁹² In questo senso, si rinvia alla già richiamata opera di Fabbrini, il quale critica aspramente l'esito del sindacato della Corte di giustizia con riferimento alla funzione costituzionale della cooperazione, mentre, al contrario, ritiene condivisibile l'argomentazione sviluppata dalla Corte a supporto del rigetto della censura inerente la condizione di ricorso in ultima istanza. In particolare, secondo l'A.: «[...] the AG and the ECJ appropriately rejected the pleas raised by Italy and Spain alleging an infringement of the last resort condition of Article 20 TEU [...] On the former, both the AG and the ECJ emphasized that 'the Council is still best placed' to assess whether, in time, an agreement might be reached within it, suggesting that it is for the EU political branches to determine when the search for compromise is no longer possible and for EU judiciary to review whether the Council has examined, 'carefully and impartially' all the relevant elements of the individual cases» (così **FABBRINI F.**, *Enhanced Cooperation under Scrutiny: Revisiting the Law and Practice of Multi-Speed Integration in Light of the First Involvement of the EU Judiciary*, già cit. sub n. 152, p. 218-219).

«purely a political issue, which is virtually impossible to establish and review in court proceedings».²⁹³

116. Si segnala, inoltre, come il carattere limitato del controllo giurisdizionale affidato alla Corte fosse stato espressamente considerato nel ricorso presentato dalla Repubblica italiana. Secondo tale Stato ricorrente, la decisione impugnata avrebbe dovuto essere annullata esattamente in ragione della manifesta incompletezza del pacchetto legislativo sul brevetto ed in ragione della brevità dei negoziati dedicati al regime linguistico. Egualmente, il ricorrente rappresentava come la decisione impugnata fosse altresì viziata da una carenza di istruttoria e da un difetto di motivazione, essendosi soffermata in misura eccessivamente succinta sulle ragioni in base alle quali il Consiglio riteneva soddisfatti i presupposti stabiliti dai Trattati in materia di cooperazione rafforzata.²⁹⁴ A riguardo, una volta enunciato lo *standard* di controllo giurisdizionale seguito, la Corte di giustizia ha rigettato le censure degli Stati ricorrenti. La motivazione di tale rigetto, è stata individuata dalla Corte nella totale carenza di supporto probatorio alle affermazioni allegate dall'Italia. In particolare, la Corte ha rilevato che i ricorrenti non avevano fornito «alcun elemento concreto idoneo a smentire l'affermazione del Consiglio secondo cui, al momento della presentazione delle domande di cooperazione rafforzata, al momento della proposta di autorizzazione trasmessa dalla Commissione al Consiglio e alla data di adozione della decisione impugnata, persisteva la mancanza di sostegno sufficiente a qualunque regime linguistico proposto o ipotizzabile».²⁹⁵

117. Collegata alla questione del rispetto della *funzione* assegnata dai Trattati alla cooperazione rafforzata, si pone anche la censura inerente la violazione del principio di necessaria apertura che caratterizza l'istituto, il quale trova riscontro negli artt. 20 TUE (secondo il quale «[l]e cooperazioni rafforzate [...] [s]ono aperte in qualsiasi momento a tutti gli Stati membri») e 328 TFUE (il cui par. 1 recita: «[a]l momento della loro instaurazione le cooperazioni rafforzate sono aperte a tutti gli Stati membri, fatto salvo il rispetto delle eventuali condizioni di partecipazione stabilite dalla decisione di autorizzazione. La partecipazione alle cooperazioni rafforzate resta inoltre

²⁹³ Così Lamping, il quale a sua volta rinvia a **JAEGER T.**, *Einheitspatent – Zulässigkeit der Verstärkten Zusammenarbeit ohne Spanien und Italien*, già cit. sub n. 271 (cfr. **LAMPING M.**, *Enhanced Cooperation in the Area of the Unitary Patent Protection: Testing the Boundaries of the Rule of Law*, già cit., p. 597, sub. n. 32).

²⁹⁴ Cfr. Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, già cit. sub n. 22, p. 44-45.

²⁹⁵ *Idem*, p. 57.

possibile in qualsiasi altro momento, fatto salvo il rispetto, oltre che delle condizioni summenzionate, degli atti già adottati in tale ambito»). La violazione di tale principio ha costituito motivo d'impugnazione nel ricorso presentato dallo Stato spagnolo, il quale ha affermato che: «[r]isulterebbe violato, in particolare, il diritto del Regno di Spagna e della Repubblica italiana di partecipare in futuro a tale cooperazione rafforzata, per il fatto che il Consiglio favorisce un regime linguistico che questi due Stati membri non accettano».²⁹⁶ L'asserita violazione del principio di apertura veniva associata dalla Spagna alla pretesa violazione dell'art. 327 TFUE da parte della decisione autorizzativa, ritenendo che il regime linguistico da essa prefigurato avrebbe costretto gli Stati membri a rinunciare al diritto loro accordato dall'art. 65 CBE di esigere una traduzione nella propria lingua ufficiale del fascicolo del brevetto, cui subordinare la produzione degli effetti giuridici nel proprio territorio. Entrambi i motivi d'impugnazione son stati ritenuti irricevibili dall'Avvocato Generale, sul presupposto che la questione del regime linguistico non potesse assumere un «*rilievo determinante ai fini della validità della decisione di autorizzazione di una cooperazione rafforzata*».²⁹⁷ Diversamente, la Corte di giustizia ha provveduto a rigettarli nel merito, evidenziando come la previsione di un determinato regime linguistico, non priverebbe gli Stati esclusi dalla possibilità di partecipare alla cooperazione e che del resto «[c]ome previsto dall'articolo 328, paragrafo 1, primo comma, TFUE, un'adesione del genere è soggetta alla condizione di rispettare gli atti già adottati, dopo l'inizio della cooperazione rafforzata, dagli Stati membri che vi partecipano».²⁹⁸ Tale affermazione è stata fortemente criticata da una parte della dottrina, che al contrario ritiene violata la regola di apertura della cooperazione, sulla base degli stessi argomenti richiamati per giustificare l'asserita violazione della *funzione costituzionale* dell'istituto, i quali sono stati richiamati più sopra e a cui si rinvia. Colpisce, in particolare, la critica avanzata da Lamping, secondo il quale: «[i]nstead of assessing what the requirement of openness really means in light of the constitutional ratio of enhanced cooperation, the Court deprives it of any significance that goes beyond avoiding discrimination of non-participating Member States (which hardly needs to be made explicit)» costringendoli, di

²⁹⁶ *Idem*, p. 79.

²⁹⁷ Deducendone che, in realtà, il Regno di Spagna mirava «*a contestare la legittimità del futuro regolamento del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria relativamente al regime di traduzione applicabile*» (cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Bot, già cit. sub n. 179, p. 160-161).

²⁹⁸ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, già cit. sub n. 22, p. 83.

conseguenza, «to ultimately accept the conditions on which common action has failed in the first place».²⁹⁹

118. Un'ultima questione critica evidenziata dalla dottrina e sottoposta alla Corte di giustizia nel contesto dei ricorsi in commento, ha riguardato la legittimità della decisione autorizzativa ai sensi dell'art. 326 TFUE.³⁰⁰ Tale norma prevede che 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» (art. 326, par. 2, TFUE). Secondo la dottrina in questione, l'art. 326 TFUE risulterebbe violato dalla decisione autorizzativa in materia di brevetto, dal momento che essa sarebbe intervenuta direttamente nell'ambito del mercato interno, nel quale per definizione nessuna cooperazione rafforzata potrebbe essere instaurata. Secondo tale posizione, a prescindere dalla natura esclusiva o meno della competenza delineata dall'art. 118 TFUE, nessuna cooperazione rafforzata potrebbe essere instaurata per la creazione di titoli uniformi di proprietà intellettuale nell'Unione.³⁰¹ I

²⁹⁹ LAMPING M., *Enhanced Cooperation in the Area of the Unitary Patent Protection: Testing the Boundaries of the Rule of Law*, già cit. sub n. 32, p. 597-598.

³⁰⁰ Cfr. ad esempio, Ullrich, il quale afferma che: «CJUE du 16 avril 2013, supra n. 311, no. 75 a considéré que d'éventuelles distorsions seraient la conséquence normale d'une coopération renforcée. Elles sont pourtant réelles et toute la question est de savoir si, nonobstant le libellé exprès et clair de l'art. 326(2) TFUE, elles sont tolérables. Il ne s'agit pas seulement d'une fragmentation territoriale entravant la libre circulation des marchandises, mais de la couverture ou non de marchés nationaux entiers, qui font partie intégrale du marché intérieur. Par ex., puisque le niveau des taxes de renouvellement du brevet unitaire égalera celui d'un brevet européen classique de couverture géographique moyenne (art. 12(3) lit a Règ. 1257/2012), le titulaire va-t-il en plus demander des brevets pour l'Espagne et l'Italie et payer les taxes de renouvellement nationales ou va-t-il délaisser ces marchés [...] ? A l'inverse, une entreprise espagnole ou italienne, qui doit nécessairement protéger son marché national, est pratiquement contrainte d'encourir ces coûts cumulés. De telles distorsions sont aggravées par le fait qu'une technologie demande d'être protégée par tout un portefeuille de brevets» (ULLRICH H., *Le futur système de protection des inventions par brevets dans l'Union européenne: un exemple d'intégration (re-) poussée?*, già cit. sub n. 30, p. 71, sub n. 318).

³⁰¹ Afferma in proposito Lamping che «[t]he internal market as such, however, is little more than empty words. It is only through the approximation of the conditions for economic activities in the Member States that a common market is created on which effective competition on the merits can be established. A differential approach to the regulation of the internal market can, in turn, lead to an alteration of the competitive conditions, which would distort the performance-related attribution of market revenues. The admissibility of enhanced cooperation is thus directly linked to the socio-economic implications of innercommunity diversification. The decisive factor is the manner in which differentiation has an effect on the "geography of economic activities", in other words, influences factor allocation within the internal market and in particular in the relationship between the participating and the non-participating Member States. This provides some insight into the question of how much flexibility is considered compatible within the sphere of the internal

sostenitori di tale tesi, in particolare, recuperano ed applicano al caso del Pacchetto brevetti le riflessioni sviluppate da parte di alcuni autori già all'epoca dell'introduzione nei Trattati delle prime istanze di differenziazione c.d. *politica*. Con analisi volta ad individuare i limiti di natura sostanziale imposti dal diritto primario alla differenziazione ammissibile, costoro si erano interrogati sull'ammissibilità di istanze di differenziazione politica nei settori più fortemente integrati dell'ordinamento comunitario, sforzandosi di individuare a tal fine un c.d. *hard core* (o *nocciolo duro*) del diritto comunitario, intangibile da parte delle istanze di integrazione differenziata.³⁰² Tale espressione valeva dunque ad indicare il novero dei settori rispetto ai quali si riteneva

*market. Alterations of the economic geography involve the risk of disintegrative effects due to the creation of new or a consolidation of existing disparities in the economic development of the Member States, which must give rise to fundamental reservations. What follows from this is that the policy fields affecting inter-community competition must in principle be subject to uniform legal conditions (without prejudice to differentiations necessary for eliminating factual disparities) in order to ensure a uniform competitive environment. It might be possible to envisage discrete areas of policy-making where a number of Member States can enhance their integration within the Union's structures without endangering cohesion. However, these areas would be marginal and occasional. Measures that broadly influence factor allocation in the internal market require a joint approach. Such measures with "relevant effect on economic activity" may admittedly be binding within their scope of application on both domestic enterprises (participating in enhanced cooperation) and foreign enterprises (not participating in enhanced cooperation), but they frequently involve an additional burden and competitive disadvantages for one side or the others» (cfr. LAMPING M., *Enhanced Cooperation A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?*, già cit. sub n. 170, p. 32-33).*

³⁰² Cfr. *ex multis* CURTIN D., *The Shaping of a European Constitution and the 1996 IGC*, già cit. sub n. 13, p. 244-249; HARMSSEN R., *A European Union of Variable Geometry: Problems and Perspectives*, già cit. sub n. 111, 109 ss; EHLERMANN, C.-D., *Increased Differentiation or Stronger Uniformity*, già cit. sub n. 13; STUBB A., *A Categorization of Differentiated Integration*, già cit. sub n. 56, p. 283-295; WEATHERILL S., *subsidiarity, Flexibility and New Forms of Governance*, già cit. sub n. 180, p. 570-579; HARROP J., *The Political Economy of Integration in the EC*, Edward Elgar Publishing, Aldershot, 1992, p. 262-267; DE BÚRCA G., *Differentiation Within the Core: The Case of the Common Market*, già cit. sub n. 119; DEWATRIPONT M., GIAVAZZI F., VON HAGEN J., HREN I., PERSSON T., ROLAND G., ROSENTHAL H., SAPIR A., TABELLINI G., *Flexible Integration, Towards a More Effective and Democratic Europe*, Centre for Economic Policy Research, London, 1995; WALLACE H., WALLACE W., *Flying Together in a Larger and More Diverse European Union*, già cit. sub n. 125; WESSEL W., *Flexibility, Differentiation and Closer Co-operation: The Amsterdam Provisions in the List of the Treaty Report*, in WESTLAKE M. (ed.), *The European Union Beyond Amsterdam: New Concepts of European Integration*, Routledge, London, 1998; WEATHERILL S., *Safeguarding the Acquis Communautaire*, in HEUKELS T., BLOKKER N., BRUS M. (eds.), *The European Union after Amsterdam*, Europa Institute Leiden, The Hague, 1998, p. 153-178; WATSON P., *Social Policy After Maastricht*, *Common Market Law Review*, 1992, 481-513; BARNARD C., *A Social Policy for Europe: Politicians 1:0 Lawyers*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 1992, p. 15 ss.

necessario preservare il principio dell'azione comune degli Stati membri, eventualmente frazionabile solo in attuazione di un modello di *differenziazione tradizionale*, ossia funzionale alla realizzazione graduale degli obiettivi dell'ordinamento ed inerente il solo elemento cronologico dell'applicazione della disciplina comune.³⁰³ Tali autori, in modo assolutamente concorde, collocavano all'interno del *nocciolo duro* del diritto comunitario il diritto della concorrenza e, più in generale, tutto il diritto del mercato interno, richiamando a sostegno di tale argomento il fatto che il Trattato di Amsterdam aveva previsto il loro rispetto come limite generale all'instaurazione delle cooperazioni rafforzate, assieme al rispetto dell'*acquis communautaire*, (cfr. art. 5 A, par. 1, lett. e), TCE, introdotto dal Trattato di Amsterdam).³⁰⁴

119. Tale tesi è stata sostenuta anche dagli Stati membri ricorrenti nel contesto del giudizio di impugnazione in commento. Essi, in particolare, hanno affermato che la cooperazione rafforzata in materia di brevetto europeo avrebbe pregiudicato il perseguimento degli obiettivi comunitari del mercato interno e della coesione tra Stati membri, favorendo l'assorbimento dell'attività relativa ai prodotti innovativi in una parte soltanto dell'Unione, a scapito degli Stati membri non partecipanti. La cooperazione inoltre, a parere dei ricorrenti, avrebbe determinato una distorsione della concorrenza ed una discriminazione tra le imprese, dal momento che gli scambi di prodotti innovativi, in base al regime linguistico previsto nella decisione impugnata, sarebbero stati agevolati per le imprese che lavorano in tedesco, in inglese o in francese.³⁰⁵ Tali argomenti, tuttavia, sono stati respinti recisamente dalla Corte di giustizia, la quale ha ritenuto che, anche in un'area fortemente integrata come quella del mercato interno, la differenziazione nell'ambito soggettivo di applicazione del diritto comunitario costituisce un tratto saliente dell'istituto della cooperazione rafforzata, sicché «[...] *non si può validamente sostenere che, proponendo di creare un brevetto unitario applicabile negli Stati membri partecipanti e non in tutta l'Unione, la decisione impugnata*

³⁰³ Cfr. *supra* il Paragrafo 1.1.2(a).

³⁰⁴ Cfr. l'attuale art. 326, par. 2, TFUE, che recita: «[e]sse 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».

³⁰⁵ Cfr. Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, già cit. sub n. 22, p. 71-72.

*arrecchi pregiudizio al mercato interno o alla coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione».*³⁰⁶

120. La Corte, del resto, con argomentazione simile aveva già rigettato la censura sollevata dagli Stati ricorrenti per cui la frammentazione dell'ambito di applicazione territoriale del nuovo diritto brevettuale comunitario sarebbe risultata comunque incompatibile con la base giuridica azionata, ossia con l'art. 118 TFUE, il quale prevede «*la creazione di titoli europei al fine di garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale*». ³⁰⁷ A riguardo, la Corte di giustizia ha motivato che: «[...] è insito nel fatto che la competenza attribuita da detto articolo sia, nella fattispecie, esercitata a titolo di cooperazione rafforzata che il titolo europeo di proprietà in tal modo creato, la protezione uniforme da esso conferita ed i regimi che lo integrano saranno in vigore unicamente sul territorio degli Stati membri partecipanti, e non in tutta l'Unione. Tale conseguenza, lungi dal costituire una violazione dell'articolo 118 TFUE, deriva necessariamente dall'articolo 20 TUE, il quale, al paragrafo 4, dispone che «[g]li atti adottati nel quadro di una cooperazione rafforzata vincolano solo gli Stati membri partecipanti»». ³⁰⁸

(b) Le critiche inerenti il mancato rispetto del principio di autonomia del diritto dell'Unione europea: il nuovo diritto sostanziale di brevetto

³⁰⁶ *Idem*, p. 75. Del resto, con riferimento alla pretesa violazione dell'art. 326, comma 2, TFUE, in ragione del regime linguistico previsto per il nuovo brevetto, la Corte di giustizia affermava che: «[...] la compatibilità di tale regime con il diritto dell'Unione non può essere valutata nell'ambito dei ricorsi in esame. Infatti, come precisato dal citato punto 7, il regime linguistico descritto in quest'ultimo corrisponde ad una mera proposta della Commissione arricchita da elementi di compromesso proposti dallo Stato membro che ricopriva la presidenza del Consiglio dell'Unione al momento delle richieste di cooperazione rafforzata. Il regime linguistico esposto in tale punto si trovava, quindi, solamente in una fase preparatoria al momento dell'adozione della decisione impugnata e non ne rappresenta un elemento costitutivo» (p. 76-77).

³⁰⁷ *Idem*, p. 64-65.

³⁰⁸ *Idem*, p. 68. Per completezza, si richiama anche che, nel contesto della medesima sentenza, la Corte rigettava un'ulteriore censura di cui la decisione autorizzativa era stata investita dalle ricorrenti. Trattasi della pretesa violazione del sistema giurisdizionale dell'Unione, dal momento che il Consiglio avrebbe autorizzato la cooperazione senza che fosse precisato il regime giurisdizionale previsto per il nuovo titolo di brevetto, rigettata dalla Corte affermando che «[i]l Consiglio non era tenuto a fornire, nella decisione impugnata, informazioni aggiuntive circa il possibile contenuto del regime adottato dai partecipanti alla cooperazione rafforzata controversa. Tale decisione, infatti, era unicamente intesa ad autorizzare gli Stati membri richiedenti ad avviare detta cooperazione. Spettava successivamente a questi ultimi, ricorrendo alle istituzioni dell'Unione secondo le modalità previste agli articoli 20 TUE e da 326 TFUE a 334 TFUE, istituire il brevetto unitario e fissare le relative norme, comprese, eventualmente, norme specifiche in materia giurisdizionale» (p. 92).

121. La censura degli Stati ricorrenti in ordine al mancato rispetto della base giuridica prevista dall'art. 118 TFUE ha ricevuto un discreto sostegno anche da parte della dottrina, benché sotto diverso profilo. Quest'ultima, infatti, ha argomentato la violazione dell'art. 118 TFUE in ragione del difetto di autonomia che caratterizza la disciplina del nuovo titolo, così come effettivamente introdotto a valle dell'autorizzazione della cooperazione mediante il Regolamento n. 1257/2012. Trattasi di una questione del tutto autonoma rispetto alla validità della decisione autorizzativa della cooperazione rafforzata, che pertanto è rimasta impregiudicata dalla prima sentenza di rigetto della Corte pocanzi commentata.

122. In *parte qua*, pertanto, il Regno di Spagna ha sollevato nuovamente la questione del rispetto della base giuridica all'art. 118 TFUE dinanzi alla Corte di giustizia, nel contesto dello specifico ricorso di annullamento presentato avverso il Regolamento 1257. Ciò è avvenuto, in particolare, argomentando che l'articolo 118, primo comma, TFUE non costituiva la base giuridica appropriata per l'adozione del regolamento impugnato, il quale pertanto doveva considerarsi giuridicamente inesistente. Difatti, secondo la prospettazione della ricorrente, il regolamento 1257 non presentava alcun contenuto sostanziale e la sua adozione non risultava stata accompagnata da misure atte a garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione, né aveva comportato un adeguato ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri a tal fine.³⁰⁹ Il riferimento era evidentemente alla soluzione di compromesso adottata dagli Stati membri dopo l'autorizzazione della cooperazione rafforzata, a valle dell'adozione del Parere 1/09, finalizzata a soddisfare i *desiderata* di una parte significativa della comunità dei *patent users*, la quale spingeva per escludere dalla competenza della Corte di giustizia l'applicazione delle nuove regole brevettuali. Come richiamato più sopra, infatti, gli artt. da 6 a 8 del progetto di regolamento di attuazione, concernenti la definizione della tutela offerta dal nuovo titolo di privativa industriale, nella versione definitiva dell'atto sono stati spostati all'interno dell'Accordo TUB. Più precisamente, la il Regno di Spagna ha affermato: (i) che il regolamento impugnato non avrebbe individuato gli atti avverso i quali il brevetto europeo con effetto unitario garantisce protezione; (ii) che il rinvio alla disciplina nazionale degli Stati membri operato dall'art. 5, par. 3, del regolamento sarebbe stato illegittimo per violazione del c.d. principio di *pre-emption*, in quanto nei settori di competenza concorrente gli Stati membri possono esercitare la loro competenza

³⁰⁹ Sentenza della Corte (grande sezione) del 5 maggio 2015, *Regno di Spagna contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-146/13, già cit. sub n. 22, p. 33.

soltanto allorché l'Unione non abbia esercitato la propria; e infine, (iii) che il rinvio da parte del regolamento impugnato all'Accordo TUB avrebbe violato il principio di autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione, giacché «[n]el caso di specie, il suddetto regolamento sarebbe stato svuotato del proprio contenuto, dato che il «ravvicinamento delle legislazioni» sarebbe stato trasferito nelle disposizioni dell'accordo TUB». ³¹⁰

123. La Corte di giustizia, con la sentenza del 5 maggio 2015, ha rigettato tali censure, affermando che l'art. 118 TFUE, rientra nel capo 3 del titolo VII del Trattato FUE sul “ravvicinamento delle legislazioni” e che esso, «nel menzionare l'istituzione di «misure per la creazione di titoli europei al fine di garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione», non esige necessariamente un'armonizzazione completa ed esaustiva di tutti gli aspetti del diritto di proprietà intellettuale». ³¹¹

124. La Corte, inoltre, ha ritenuto di interpretare il carattere dell'*uniformità* della protezione prescritto dall'art. 118 TFUE nel senso che esso richiede la mera uniformità della disciplina sostanziale applicabile al *singolo* titolo di brevetto, e non del complesso dei nuovi brevetti europei con effetto unitario. Così facendo, la Corte non ha accolto l'interpretazione del concetto di *uniformità* proposta dalla ricorrente, riferentesi alla previsione di un unico *corpus* di disciplina sostanziale, applicabile per tutto il territorio comunitario e per tutti i brevetti con effetto unitario in quel contesto rilasciati. In proposito, la Corte ha infatti affermato che: «[n]onostante il regolamento impugnato non indichi effettivamente gli atti contro i quali il BEEU conferisce tutela, una siffatta protezione resta nondimeno uniforme in quanto, indipendentemente dalla portata esatta della tutela sostanziale conferita da un BEEU ai sensi del diritto nazionale applicabile, in forza dell'articolo 7 del regolamento impugnato, quest'ultima si applicherà, per detto BEEU, nel territorio di tutti gli Stati membri partecipanti nei quali tale brevetto ha un effetto unitario». ³¹²

125. La pronuncia della Corte risulta evidentemente condizionata dalla inadeguata o manchevole formulazione degli argomenti a supporto della censura in parola da parte dello Stato ricorrente, i quali sono stati più approfonditamente ripresi ed integrati da una parte della dottrina. Questa ha innanzitutto evidenziato che, contrariamente a quanto affermato dalla Corte, con l'introduzione dell'art. 118 TFUE il Trattato di Lisbona ha attribuito al legislatore UE, per la prima volta nella storia dell'integrazione europea, la specifica competenza alla

³¹⁰ *Idem*, p. 35.

³¹¹ *Idem*, p. 48.

³¹² *Idem*, p. 49.

creazione di nuovi titoli comunitari di proprietà intellettuale, in quanto tali dotati di *autonomia* rispetto ai titoli di proprietà intellettuale nazionali od internazionali già esistenti. Tanto premesso, tale dottrina richiama che, prima del Trattato di Lisbona, in difetto di una specifica base giuridica, il legislatore comunitario poteva procedere alla creazione di *nuovi* titoli di proprietà intellettuale unicamente avvalendosi delle basi giuridiche previste agli artt. 100 e 100A TCE (l'attuale art. 114 TFUE), base giuridica generale per l'*armonizzazione* delle legislazioni nazionali, e all'art. 308 TCE (l'attuale art. 352 TFUE). Quest'ultimo, in particolare, codifica la regola dei c.d. poteri impliciti, stabilendo che, in difetto di una norma di diritto primario attributiva della competenza per l'adozione di un atto comunitario, quest'ultima risulta sempre possibile, a condizione che si tratti di un atto necessario al perseguimento degli obiettivi previsti nei Trattati e che sia approvato a seguito di un procedimento aggravato di adozione, richiedente il voto all'unanimità in Consiglio.³¹³ Di conseguenza, al fine di attribuire un qualche significato alla nuova base giuridica all'art. 118 TFUE, è stato evidenziato che il suo esercizio avrebbe dovuto comportare più che una semplice armonizzazione delle discipline nazionali, e cioè la creazione di *nuovi* e *autonomi* titoli di proprietà intellettuale che si aggiungessero a quelli già esistenti a livello nazionale ed internazionale. Secondo le previsioni dell'art. 118 TFUE, inoltre, tali titoli avrebbero dovuto configurarsi come *uniformi*, assicurando cioè una protezione identica per ciascun brevetto rilasciato all'interno dell'intero territorio comunitario, e avrebbero dovuto godere di un sistema di gestione centralizzato a livello UE, analogamente a quanto avvenuto anteriormente al Trattato di Lisbona

³¹³ Ai sensi dell'art. 352, par. 1, TFUE, infatti, si prevede che: «[s]e un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo». In base al par. 3 del medesimo articolo si prevede che «[l]e misure fondate sul presente articolo non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei casi in cui i trattati la escludono». Per la differenza tra "armonizzazione" e "creazione di nuovi titoli" cfr. la Sentenza della Corte del 13 luglio 1995, *Regno di Spagna contro Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-350/92, in *Racc.* 1985, p. 23: «[l]a Corte ha peraltro confermato nel parere 15 novembre 1994, 1/94 (*Racc.* pag. 1-5267, punto 59), che, sul piano legislativo interno, la Comunità dispone in materia di proprietà intellettuale di una competenza di armonizzazione delle legislazioni nazionali in forza degli artt. 100 e 100 A e può basarsi sull'art. 235 per creare titoli nuovi che si sovrappongono ai titoli nazionali, come ha disposto con il regolamento sul marchio comunitario [regolamento (CE) del Consiglio 20 dicembre 1993, n. 40/94, sul marchio comunitario (GU L 11 del 14 gennaio 1994, pag. 1)]».

con la creazione dell'autonomo sistema del marchio comunitario, di protezione di disegni e modelli, e delle varietà vegetali.³¹⁴

126. Sulla base delle osservazioni esposte, la dottrina ha pertanto ravvisato anche un significativo difetto di autonomia che caratterizza il nuovo titolo di proprietà intellettuale creato dal Regolamento n. 1257, il quale a sua volta determina la violazione dell'art. 118 TFUE. In particolare, è stato sostenuto che: (i) il nuovo regolamento non assicurerebbe nessuna protezione *uniforme*, sia perché, rispetto al singolo titolo di brevetto, ammetterebbe l'applicazione una pluralità di discipline distinte, in corrispondenza del territorio dei vari Stati membri partecipanti alla cooperazione, sia perché, in ogni caso, anche ammettendo per il singolo titolo di brevetto l'applicabilità di un solo diritto nazionale per l'intero territorio della cooperazione rafforzata, individuato ai sensi dell'art. 5, par. 3, del regolamento, ciascun titolo rilasciato in base al nuovo regolamento sarebbe soggetto ad una

³¹⁴ Cfr. **CAGGIANO G.**, *Il pacchetto normativo sul 'brevetto europeo unitario' tra esigenze di un nuovo sistema di tutela, profili di legittimità delle proposte in discussione e impasse istituzionale*, già cit. sub. n. 16, in particolare a p. 689-690; **ULLRICH H.**, *Le futur système de protection des inventions par brevets dans l'Union européenne: un exemple d'intégration (re-) poussée?*, già cit. sub. n. 30, p. 83, il quale afferma: «[l]a raison d'être de l'art. 118(1) est donc de mettre l'Union à même de définir, vu les objectifs du Traité (art. 3(3) TUE), une politique de protection de la propriété industrielle menée non seulement par rapport aux droits nationaux et en tenant compte de leurs spécificités et nécessités, c'est-à-dire une politique d'harmonisation, mais également une politique propre, indépendante et distincte, voire autonome»; cfr. anche **JAEGER T.**, *What's in the Unitary Patent Package?*, già cit. sub. n. 263, a p. 17, il quale afferma: «[a]nother key question of legality concerns is whether, since the Regulation does not determine the scope of the patent (or its property aspects), the choice of legal basis in Art. 118 TFEU (sui generis EU rights) can at all be correct or wether, instead, Art. 114 TFEU (harmonizing measures) would be more appropriate». *Contra* cfr. **TILMANN W.**, *Spain's Action against the EU Patent Package: Arguments and Counter – Arguments in Case C-146/13*, già cit. sub. n. 29, in particolare a p. 5, ove si afferma che «[...] the Regulation does provide for uniform protection. It has been common opinion since 1976 (first Luxembourg Conference) and from 2003 on (when the Commission took the wheel) that the Union would have to use the granting (and opposition) procedure of the EPO as a basis for the EU patent. The Lisbon architects of art. 118 TFEU were aware of this. In the field of patents a "European IP title" (art. 118(1) TFEU; not "EU IP title") could only be a European patent granted by the EPO and endowed with a unitary effect by Union law»; cfr. anche **BLUMENRÖDER U., PETO J.**, *The First Decision on the Unitary Patent: the Court Dismissed the Actions of Spain and Italy*, già cit. sub. n. 29 in particolare a p. 115, ove si afferma che: «[a]rticle 118(1) TFEU was examined in the decision of the Court concerning enhanced cooperation. There, the Court held that the unitary protection of a European intellectual property right created by enhanced cooperation of only a part of EU Member States is inherently only provided in the territory of the participating Member States. The Court gave rather short reasoning on this point. Nonetheless, the Court took a clear position confirming that European measures established by enhanced cooperation may be subsumed as being «Union-wide» according to Article 118(1) TFEU. Given this clear position, one must assume that the Court will not change its position in the new annulment action and will therefore dismiss the second pleas»; **MYLLY T.**, *A Constitutional Perspective*, già cit. sub. n. 29, a p. 83.

disciplina nazionale diversa – estesa all'intero territorio della cooperazione; (ii) esso inoltre non varrebbe ad introdurre nel mondo del diritto un *nuovo* titolo di proprietà intellettuale, ma costituirebbe un più limitato tentativo di sviluppare il già esistente diritto di brevetto europeo previsto dalla Convenzione di Monaco; (iii) infine, esso non istituirebbe alcun regime comunitario di gestione centralizzata del nuovo titolo.

127. Con riferimento alla prima censura, essa è stata sviluppata dalla dottrina osservando che il regolamento n. 1257, non contiene alcuna – o quasi –³¹⁵ disciplina sostanziale del nuovo brevetto europeo con effetto unitario. Ciò costituirebbe, più precisamente, la conseguenza dello spostamento degli artt. da 6 ad 8 del progetto di regolamento (inclusivi della nuova disciplina sostanziale di brevetto originariamente prevista) all'interno dell'Accordo TUB, così come della costruzione del nuovo diritto di brevetto sulla base del brevetto europeo previsto dalla Convenzione di Monaco.³¹⁶ Il commento di Jaeger, in proposito, è che «[...] *the Regulation does also not delineate the right accorded. The requirements of protection and exceptions are laid down in the EPC (to which the EU is not yet a member), while all limitations are left to the national laws. The scope of protection is therefore not determined in the Regulation. Instead, a detour is made to the Court Agreement, where the infringing acts falling within the Court's jurisdiction are laid down. The harmonization of the patent scope necessary for the operation of the system is thus only introduced through the backdoor of international law*», con la conseguenza che il legislatore comunitario avrebbe finito per introdurre un «[...] *substantially truncated patent right created in order to ensure the consent of stakeholders critical towards the role of the ECJ in patent law without taking the time to convince*

³¹⁵ Costituiscono pertanto due eccezioni gli artt. 6 e 8 del regolamento, rubricati rispettivamente “Esaurimento dei diritti conferiti da un brevetto europeo con effetto unitario” e “Licenze di diritto” (cfr. **DREXL J.**, *The European Unitary Patent System: On the 'Unconstitutional' Misuse of Conflict-of-Law Rule*, già cit. sub n.238).

³¹⁶ Cfr. in proposito gli autori citati sub n. 314, nonché **AZÉMA J.**, *Le brevet européen à effet unitaire*, già cit. sub n. 240, in particolare a p. 18. Come afferma Pila, «[...] *while the unitary patent will have its legal basis in an EU Regulation, it will not be an autonomous right in the sense of deriving its content from its founding (EU) instrument. Instead, its content will be derived from the national laws of participating Member States, incorporating the provisions of the EPC and UPC Agreement, making it little different qua right from a national or European bundle patents*» (**PILA J.**, *An Historical Perspective I*, in **PILA J.**, **WADLOW C.** (eds.), *The Unitary EU Patent System*, Hart, Oxford, 2014, p. 9-31, in particolare alle p. 16-17). Inoltre, come nota Galloux, anche le cause di cessazione dell'“effetto unitario” del nuovo titolo risultano essere le stesse previste per il brevetto europeo disciplinato dalla CBE, con un'unica eccezione all'art. 3, par. 3, del regolamento, ove si prevede che: «[l]’effetto unitario di un brevetto europeo si considera come non prodotto nella misura in cui il brevetto europeo è stato revocato o limitato» (**GALLOUX J.-C.**, *Le brevet européen à effet unitaire: greffe et chimère*, già cit. sub n. 263, in particolare a p. 197).

critics or look for a better solution». ³¹⁷ In particolare, così facendo, il legislatore comunitario avrebbe introdotto un «*trimmed-down type of right resembling harmonization under Art. 114 TFEU more than a sui generis right under Art. 118 TFEU*». ³¹⁸

128. In questo contesto, si colloca anche l'uso ritenuto improprio – se non abusivo – della norma di rinvio contenuta nell'art. 5, par. 3, del regolamento: essa, in particolare, nell'individuare la disciplina applicabile al nuovo titolo di brevetto europeo con effetto unitario, rinvia al diritto nazionale degli Stati membri partecipanti, statuendo che «*[g]li atti avverso cui il brevetto fornisce la tutela di cui al paragrafo 1 e le limitazioni applicabili sono definiti dalla normativa applicata ai brevetti europei con effetto unitario negli Stati membri partecipanti il cui diritto nazionale si applica al brevetto europeo con effetto unitario in quanto oggetto di proprietà a norma dell'articolo 7*». Tale «diritto nazionale» è stato infine adottato dagli Stati membri, in via collettiva, nel contesto dell'Accordo TUB. Come afferma Ullrich a riguardo, «*[l]e compromis trouvé (par les juristes!) est l'art. 5, notamment son paragraphe 3 [...] A cette fin, le législateur s'est engagé dans une manœuvre de camouflage, qui ne trompe que celui à qui elle plaît. Ainsi, l'art. 5 (3) renvoie à un droit national qui manque de rapport direct avec la matière à régler, car l'art. 7, la norme de référence, ne concerne pas le contenu du droit exclusif, mais le traitement du brevet unitaire en tant qu'objet de propriété. Toutefois, ce renvoi opère dans le vide, car la référence à une loi nationale simule un conflit de lois qui n'existe pas. Par sa nature même et par sa fonction, l'effet unitaire fait que le territoire de protection du brevet européen unitaire n'est pas un territoire composé d'autant de territoires nationaux qu'il y a d'Etats membres participants, mais bien le territoire de la coopération renforcée dans son intégralité. [...] Il s'ensuit que l'objectif du renvoi au droit national prévu par l'art. 5 (3) n'est pas de régler un conflit de lois, mais de substituer un droit national au droit de l'Union avec effet pour le territoire de la coopération renforcée en sa totalité [...] on est amené à penser qu'il s'agit d'un renvoi «faux» ou sui generis en dehors du droit de l'Union, à un droit qui n'est pas le droit national en tant que tel (id est: au sens des règles de compétences partagées), mais un droit «de référence» pour tout le territoire de la coopération renforcée. Il doit en être de même alors pour le droit de l'Accord JUB, à savoir ses art. 25 à 28 relatifs à la contrefaçon directe ou indirecte et aux limitations de l'exclusivité conférée par le brevet. En effet, le renvoi n'est pas fait directement à l'Accord JUB en tant que convention de droit international, mais indirectement à cet accord en tant que partie de l'ordre juridique national des Etats membres participants*». ³¹⁹ L'Autore ha inoltre

³¹⁷ JAEGER T., *What's in the Unitary Patent Package?*, già cit. sub n. 263, p. 15 e 16.

³¹⁸ *Idem*, p. 7.

³¹⁹ Cfr. ULLRICH H., *Le futur système de protection des inventions par brevets dans l'Union européenne: un exemple d'intégration (re-) poussée?*, già cit. sub n. 30, p. 31-33. *Contra*

notato come, in conseguenza del difetto di autonomia della nuova disciplina, risulterebbe preclusa all'Unione ogni possibile incisione, in futuro, sulla disciplina sostanziale di brevetto, essendo quest'ultima integralmente allocata presso fonti non comunitarie.

129. In base a tale ambiguo impiego delle tecniche di rinvio, vi è anche chi ha evidenziato come il nuovo regolamento non preveda l'applicazione di una disciplina identica - sebbene territorialmente limitata ai membri della cooperazione rafforzata e costruita tramite ampi rinvii al diritto internazionale - rispetto a tutti i nuovi titoli di brevetto europeo con effetto unitario. Difatti, stante il rinvio al diritto nazionale, ai sensi dell'art. 7 del regolamento, l'uniformità della disciplina sostanziale concernerebbe solo il singolo titolo di brevetto rilasciato e non il complesso dei brevetti concessi ai sensi della nuova disciplina.³²⁰

130. In secondo luogo, è stato evidenziato che il regolamento n. 1257/12, adottato al fine di attuare la cooperazione rafforzata, non vale ad introdurre nel mondo del diritto un *nuovo* titolo comunitario di proprietà intellettuale, come invece prescritto dall'art. 118 TFUE, dal momento che il neo-introdotta diritto di brevetto europeo con effetto unitario non costituirebbe che lo sviluppo del preesistente diritto di brevetto europeo istituito con la Convenzione di Monaco, sulla quale il regolamento n. 1257 si appoggia in ordine a tutte le fasi anteriori al riconoscimento dell'effetto unitario. Infatti, ai sensi dell'art. 3, par. 1, del nuovo regolamento, si prevede che: «[u]n brevetto europeo concesso con la stessa serie di rivendicazioni con riguardo a tutti gli Stati membri partecipanti beneficia di un effetto unitario in detti Stati membri, a condizione che il suo effetto unitario sia stato registrato nel registro per la tutela brevettuale unitaria». In proposito, il regolamento prevede, all'art. 4, par. 1, che: «[u]n brevetto europeo con effetto unitario acquista efficacia negli Stati membri partecipanti alla data di pubblicazione nel bollettino europeo dei brevetti, da parte dell'UEB, della menzione della concessione del brevetto europeo».

TILMANN W., *Spain's Action against the EU Patent Package: Arguments and Counter – Arguments in Case C-146/13*, già cit., sub n. 29, in particolare a p. 5, ove si afferma che: «[t]he applied method of using external definitions by way of an incorporating referral is an acknowledged legal method, and it does not change the character of art. 5 as an EU law article concerning its whole content (including the content incorporated by the referral). It is not an international law-type referral to the applicability of a rule of a different legal system».

³²⁰ Cfr. **DREXL J.**, *The European Unitary Patent System: On the 'Unconstitutional' Misuse of Conflict-of-Law Rule*, già cit. sub n. 238; **ZAWADZKA A.**, *The Unitary Patent Protection – A Voice in the Discussion from the Polish Perspective*, già cit. sub n. 245; **HONORATI C.**, *Il diritto applicabile dal Tribunale unificato*, già cit. sub n. 35.

131. Su tale base, una parte della dottrina ha pertanto messo in dubbio la stessa idoneità del neo-introdotta diritto di brevetto europeo con effetto unitario a dare vita ad un nuovo titolo di proprietà intellettuale. Secondo tale opinione, esso integrerebbe piuttosto una nuova *caratteristica accessoria* del vecchio brevetto europeo disciplinato dalla Convenzione di Monaco. Ciò non solo in quanto il Regolamento n. 1257 rinvia *in toto* alle condizioni di concessione e validità previste nella CBE, ma anche perché esso non prevede un'autonoma procedura di concessione del brevetto unitario, né dispone in ordine alla durata della protezione da esso conferita. Come affermato da Galloux, il regolamento in parola varrebbe ad introdurre «[u]n *objet juridique nouveau et pour tout dire étrange*». ³²¹ Del resto, in sintonia con tali argomenti, si colloca la stessa previsione al Considerando n. 7 del Regolamento n. 1257, per cui «[...] *l'effetto unitario attribuito a un brevetto europeo dovrebbe avere natura accessoria e si dovrebbe considerare come non prodotto nella misura in cui il brevetto europeo di base è stato revocato o limitato*». L'assenza di qualsivoglia autonomia del titolo appare argomentabile anche sulla base del Considerando n. 5 del regolamento, per cui: «[u]n *brevetto europeo concesso dall'UEB dovrebbe, su richiesta del titolare del brevetto, beneficiare dell'effetto unitario in virtù del presente regolamento negli Stati membri partecipanti. Tale brevetto è in prosieguo denominato «brevetto europeo con effetto unitario»*». ³²²

132. Tale tesi è stata ulteriormente sviluppata da una parte della dottrina, evidenziando che il carattere eterogeneo (*bétéroclite*) che contraddistingue le fonti del diritto cui attinge il Pacchetto brevetti avrebbe l'effetto di mettere ulteriormente in pericolo il principio di autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione, nella misura in cui esso costituirebbe un ostacolo all'autonomo sviluppo del diritto comunitario in materia brevettuale. Come ha affermato Ullrich, infatti, l'idea sottesa al Pacchetto brevetti «[...] *n'est plus la création d'un brevet unioniste unitaire et autonome, mais sa substitution par une variété à valeur ajoutée du brevet européen, dite «le brevet européen à effet unitaire» (art. 2 lit. c), art. 3(1) Règlement 1257/2012). L'effet unitaire (art. 3 (2)) étant bien connu en droit unioniste de la propriété industrielle*». La conseguenza di tale assetto sarebbe precisamente che «[...] *la question est de savoir quel effet il produit sur le brevet européen lui-même, car on n'ajoute pas une valeur à un produit sans*

³²¹ GALLOUX J.-C., *Le brevet européen à effet unitaire: greffe et chimère*, già cit. sub n. 263, in particolare a p. 193; cfr. anche GATHEM G., *Protéger ses inventions dans l'Union européenne: le brevet européen à effet unitaire et la juridiction unifiée du brevet*, già cit. sub n. 188, p. 276; GUILLOT J.-F., DE HAAS C., *La malediction s'acharne sur le projet de brevet européen à effet unitaire*, già cit. sub n. 188, p. 554.

³²² *Idem*, p. 197.

le transformer». ³²³ L'illustre Autore rileva che, proprio in conseguenza dell'articolazione del nuovo titolo come effetto accessorio che si aggiunge al classico brevetto europeo della CBE, anziché come diritto autonomo, il legislatore comunitario sarebbe giunto a realizzare un risultato opposto rispetto a quello che originariamente aveva ispirato la creazione del brevetto comunitario, ³²⁴ dal momento che, anziché introdurre un nuovo titolo autonomo *di* diritto comunitario, esso avrebbe introdotto un nuovo titolo autonomo *dal* diritto comunitario, «*non seulement quant à sa délivrance, mais également quant à son existence*». ³²⁵

133. Il rilevante problema evidenziato da Ullrich, invero, sembra essere sfuggito al Regno di Spagna, nel contesto del ricorso presentato avverso il Regolamento n. 1257/2012, dal momento che non è stato richiamato tra i vizi inficianti il rispetto del diritto dell'Unione da parte dell'atto impugnato. In aggiunta alla censura relativa alla “*mancaza di fondamento giuridico del regolamento per non aver introdotto misure a garanzia della protezione uniforme prevista all'articolo 118 TFUE*”, infatti, lo Stato ricorrente presentava altri sei differenti motivi di impugnazione. Tre motivi concernevano la legittimità dell'attribuzione di determinate competenze all'UEB, da parte del Pacchetto brevetti, e come anticipato non saranno qui esaminati, ³²⁶ gli altri concernevano, invece, gli aspetti istituzionali nella nuova disciplina e, in particolare: (i) la censura di sviamento di potere, per aver utilizzato la cooperazione rafforzata a fini diversi da quelli previsti nei Trattati; (ii) la violazione dei principi di autonomia e di uniformità nell'applicazione del diritto dell'Unione relativamente al sistema di entrata in vigore del regolamento; e, infine, (iii) la collegata censura per cui l'articolo 18, paragrafo 2, secondo comma, del regolamento impugnato avrebbe attribuito agli Stati membri parte della cooperazione il potere di decidere unilateralmente della sua applicazione nei loro confronti.

³²³ Cfr. ULLRICH H., *Le futur système de protection des inventions par brevets dans l'Union européenne: un exemple d'intégration (re-) poussée?*, già cit. sub n. 30, p. 23.

³²⁴ Cfr. *supra* il Paragrafo 1.2.1.

³²⁵ Cfr. ULLRICH H., *Le futur système de protection des inventions par brevets dans l'Union européenne: un exemple d'intégration (re-) poussée?*, già cit. sub n. 30, p. 23. Con riferimento all'abusivo impiego delle tecniche di rinvio all'art. 5, par. 3, del Regolamento, a p. 85 del medesimo scritto, commenta l'A: «[...] *c'est précisément cette dernière formulation circulaire qui révèle le problème caractérisant tout le règlement. Le législateur européen y établit un titre de propriété, dont la naissance, l'existence et la substance en tant que droit exclusif et en tant qu'objet de propriété ne sont pas définies par ses soins, mais par un droit national ou international qu'il accepte ou auquel il renvoie sans vouloir ni même pouvoir le contrôler quant à son contenu ou quant à son application jurisprudentielle* ».

³²⁶ Si rinvia pertanto alla bibliografia indicata *supra* alla Sezione 1.2.

134. La censura di sviamento di potere è stata sostanzialmente argomentata dalla Spagna sulla base degli stessi argomenti individuati a fondamento della violazione dell'art. 118 TFUE, ossia ribadendo che il regolamento, non contenendo alcuna reale disciplina sostanziale del nuovo diritto di proprietà intellettuale e limitandosi a regolare l'ambito di estensione territoriale del nuovo effetto unitario, non sarebbe che un «*guscio vuoto*», in totale violazione di quanto prescritto dalla base giuridica all'art. 118 TFUE. La censura del Regno di Spagna risultava, pertanto, costruita in modo tecnicamente imperfetto, dal momento che, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, la verifica del vizio di sviamento di potere postula la dimostrazione, sulla base di indizi oggettivi, pertinenti e concordanti, che l'atto impugnato sia stato adottato esclusivamente, o quanto meno in maniera determinante, per fini diversi da quelli per i quali il potere di cui trattasi è stato conferito o allo scopo di eludere una procedura appositamente prevista dal Trattato FUE. Di conseguenza, come evidenziato dalla stessa Corte di giustizia nella pronuncia di rigetto, la Spagna non ha fornito, nel contesto del proprio ricorso, la dimostrazione che il regolamento impugnato fosse stato adottato allo scopo esclusivo o determinante di conseguire obiettivi diversi da quelli per i quali il potere in questione è stato conferito, oppure allo scopo di eludere una procedura specificamente prevista dal Trattato per fare fronte alle circostanze della fattispecie, confermando dunque l'approccio seguito nella prima sentenza, relativa alla decisione autorizzativa della cooperazione rafforzata.³²⁷

135. Il sesto motivo di ricorso, invece, è stato dedicato all'asserita violazione del principio di autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione da parte del regolamento impugnato. Esso è stato articolato dal Regno di Spagna secondo tre distinti argomenti: la prima parte del motivo biasimava l'incompatibilità dell'Accordo TUB con il diritto dell'Unione, anche alla luce delle censure operate dalla Corte nel Parere 1/09, affermando che il nuovo Tribunale Unificato dei Brevetti non avrebbe fatto parte del sistema istituzionale e giurisdizionale dell'Unione e l'imputazione diretta, individuale e collettiva in capo agli Stati membri contraenti delle sue azioni, anche ai fini dell'applicazione degli artt. 258, 259 e 260 TFUE, prevista all'articolo 23 del TUB, quand'anche fosse compatibile con i Trattati, sarebbe insufficiente a tal proposito; la seconda evidenziava l'incompetenza degli Stati membri ad adottare l'Accordo TUB, ai sensi dell'art. 3, par. 2, TFUE, dal momento che esso incidere inevitabilmente la disciplina del Regolamento n. 1215/2012, così come quella della Convenzione concernente la competenza

³²⁷ Sentenza della Corte (grande sezione) del 5 maggio 2015, *Regno di Spagna contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, già cit. sub n. 22, p. 56-57.

giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, firmata a Lugano il 30 ottobre 2007, e ne modificherebbe la portata; con la terza parte, lo Stato ricorrente censurava la previsione all' art. 18, par. 2, del regolamento impugnato, nella parte in cui subordina l'applicazione di quest'ultimo all'entrata in vigore dell'Accordo TUB, con la conseguenza che l'effettività della competenza esercitata dall'Unione mediante il regolamento impugnato dipenderebbe dalla volontà degli Stati membri parti dell'Accordo TUB.³²⁸

136. I primi due argomenti sono stati comprensibilmente rigettati dalla Corte, in quanto inammissibili. A prescindere dalla loro bontà sostanziale, infatti, essi concernevano l'Accordo TUB e non già il regolamento impugnato, e pertanto fuoriuscivano dall'oggetto del giudizio incardinato dinanzi alla Corte dal Regno di Spagna.³²⁹ Inoltre, come si spiegherà in modo più approfondito nei prossimi capitoli, gli accordi internazionali conclusi dagli Stati membri, anche nei casi in cui siano inquadrabili nella categoria dell'integrazione differenziata *in senso* ampio, non possono mai essere impugnati attraverso il ricorso di annullamento ex art. 263 TFUE, il cui ambito oggettivo di applicazione si estende unicamente al «controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi [...] un controllo di legittimità sugli atti degli organi organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi».³³⁰ Di conseguenza, i Trattati non prevedono alcuna giurisdizione di annullamento in capo alla Corte di giustizia avverso tali atti, che non ricadono tra gli atti di diritto comunitario impugnabili ex art. 263 TFUE. Al contrario, dal punto di vista del diritto dell'Unione, tali accordi appaiono riconducibili alle fonti del diritto nazionale dei singoli Stati membri, sicché, ove incompatibili con il diritto dell'Unione, essi saranno illeciti. In particolare, in applicazione del principio del primato del diritto dell'Unione, l'illiceità degli accordi internazionali conclusi dagli Stati membri in violazione del diritto dell'Unione risulta sanzionabile dalla Corte di giustizia nel contesto della procedura di infrazione e suscettibile di essere portata ad esecuzione mediante disapplicazione da parte del giudice nazionale.

³²⁸ *Idem*, p. 90-92.

³²⁹ *Idem*, p. 100-102.

³³⁰ Si veda *infra*, il Paragrafo 1.1.1(c).

137. Sempre con riferimento alle censure in commento, si evidenzia anche che esse sono state riprese dalla dottrina e sviluppate con specifico riferimento all'Accordo TUB, evidenziando l'assenza di ogni valenza preclusiva della pronuncia di inammissibilità della sentenza della Corte sulla causa C-146/13, e richiamando la possibilità che in un futuro essi trovino protezione nel contesto della procedura di infrazione; a tali censure è dedicato il paragrafo finale del presente capitolo.
138. Il terzo degli argomenti a sostegno del sesto motivo d'impugnazione, infine, veniva rigettato dalla Corte evidenziando che, ai sensi dell'art. 288 TFUE, il concetto di diretta applicabilità di un regolamento implica che la sua entrata in vigore e la sua applicazione in favore o a carico dei soggetti giuridici si realizzino «*senza alcun provvedimento di recepimento nel diritto nazionale, salvo che il regolamento di cui trattasi lasci agli Stati membri il compito di adottare essi stessi i provvedimenti legislativi, regolamentari, amministrativi e finanziari necessari affinché le disposizioni del regolamento stesso possano essere applicate*». Tanto accadeva nel caso di specie, secondo la Corte, dal momento che il legislatore dell'Unione avrebbe conferito agli Stati membri il compito di procedere all'istituzione del TUB al fine di dare attuazione delle disposizioni del regolamento impugnato, in quanto strumento essenziale per garantire il corretto funzionamento dei nuovi brevetti, oltre che per assicurare «*la coerenza della giurisprudenza e, quindi, la certezza del diritto nonché l'efficienza dei costi per i titolari di brevetti*».³³¹
139. Alla terza parte del sesto motivo risultava legato anche il settimo motivo di ricorso presentato dalla Spagna: lo Stato ricorrente aveva infatti affermato che l'articolo 18, paragrafo 2, secondo comma, del regolamento impugnato attribuiva agli Stati membri parte della cooperazione il potere di decidere unilateralmente se il medesimo regolamento potesse essere applicato nei loro confronti. In particolare, affermava la Spagna, se uno Stato membro parte della cooperazione rafforzata avesse deciso di non ratificare l'Accordo TUB, il regolamento impugnato non sarebbe stato applicabile nei suoi confronti e il TUB non avrebbe acquisito una giurisdizione esclusiva per pronunciarsi sul brevetto unitario nel suo territorio. Da tali considerazioni la Spagna ricavava che nell'ipotesi di mancata ratifica dell'Accordo TUB da parte di anche uno soltanto degli Stati partecipanti alla cooperazione, il nuovo titolo di brevetto sarebbe stato privato del preteso effetto unitario – quantomeno con

³³¹ *Idem*, p. 94-95. Afferma Tilmann in proposito che: «[c]ontrary to Spain's opinion it is compatible with Union law to postpone parts of the applicability of a Regulation (the applicability for users) to a date after the entry into force of the Regulation. How this date is defined – whether it is defined as a calendar date, or whether the date is defined by reference to a certain event - is legally irrelevant» (TILMANN W., *Spain's Action against the EU Patent Package: Arguments and Counter – Arguments in Case C-146/13*, già cit. sub n. 29, p. 7).

riferimento al territorio dello Stato non ratificante -, con conseguente violazione dei principi di autonomia e di applicazione uniforme del diritto dell'Unione. Anche questo argomento è stato rigettato dalla Corte che, al punto 107 della sentenza in commento, ha affermato che: «[...] esso è fondato su una premessa erronea, dato che tale disposizione [l'art. 18, paragrafo 2, secondo comma, del regolamento], si limita a derogare all'articolo 3, paragrafi 1 e 2, e all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento impugnato, con l'esclusione delle altre disposizioni del suddetto regolamento. Siffatta deroga parziale e temporanea è, peraltro, giustificata dai motivi ricordati al punto 106 della presente sentenza», ossia sulla base degli stessi argomenti sviluppati dalla Corte per rigettare il sesto motivo.

(c) Le critiche inerenti il mancato rispetto del principio di autonomia del diritto dell'Unione europea: il nuovo Accordo TUB e la sua dubbia compatibilità con le censure mosse dalla Corte di giustizia nel Parere 1/09

140. Come anticipato, un ultimo insieme di questioni controverse sollevate in dottrina e nel dibattito politico gravitante attorno al Pacchetto brevetti concerne la liceità, dal punto di vista del diritto comunitario, dell'Accordo TUB. Esse, pertanto, si concentrano sulla compatibilità formale e sostanziale del nuovo accordo con l'ordinamento giuridico comunitario e concernono precisamente: (i) la compatibilità con il principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE, dell'esercizio collettivo delle competenze concorrenti degli Stati membri tramite accordo internazionale; (ii) la sussistenza della competenza degli Stati membri alla conclusione dell'Accordo TUB, ai sensi dell'art. 2, par. 2, TFUE; e, infine, (iii) la corretta messa in atto dei correttivi indicati dalla Corte di giustizia nel Parere 1/09 e la compatibilità del nuovo sistema giurisdizionale internazionale del Tribunale Unificato dei Brevetti con il principio fondamentale dell'autonomia della tutela giurisdizionale comunitaria.

141. La prima questione controversa, invero sollevata da una parte minoritaria della dottrina, concerne la compatibilità con il principio di leale collaborazione della scelta operata dagli Stati membri di ricorrere allo strumento dell'accordo internazionale *inter se* per istituire il sistema giurisdizionale da associare al nuovo brevetto. Secondo tale dottrina, infatti, il principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE impone agli Stati membri, nell'esercizio delle competenze comunitarie, di riconoscere una sorta di *priorità giuridica* all'impiego degli strumenti comunitari – cooperazione rafforzata inclusa – rispetto ai tradizionali strumenti internazionali. Secondo questa concezione, come affermato da Rossi, «[...] dapprima occorre tentare la via del procedimento normativo ordinario previsto dai Trattati; in caso di

*insuccesso si può passare alla cooperazione rafforzata; solo ove anche quest'ultima fallisca sarà consentito il ricorso a procedure extra ordinem».*³³²

142. La posizione dottrinale in commento, presenta forti legami con l'argomento sostenuto da Constantinesco a ridosso dell'introduzione della cooperazione rafforzata nell'ordinamento comunitario, sul punto seguito da una discreta parte della dottrina.³³³ Secondo l'illustre Autore, l'introduzione dello strumento della cooperazione rafforzata nel diritto primario comportava un'implicita esclusione della facoltà degli Stati membri di procedere all'esercizio in via collettiva delle proprie competenze concorrenti, tramite accordo internazionale *parallelo* o *parziale*. Si segnala anche che tale argomento è stato da altri riformulato in modo meno rigoroso, associando all'introduzione dello strumento della cooperazione rafforzata l'affermazione di una sorta di principio di priorità giuridica dello strumento comunitario, per effetto del quale, nell'impossibilità di raggiungere un accordo in ordine alla nuova normativa da adottare, gli Stati membri avrebbero potuto esercitare in via collettiva le proprie competenze concorrenti adottando un accordo internazionale *inter se* soltanto ove per qualche ragione il ricorso alla cooperazione non fosse stato possibile.

143. Le posizioni appena illustrate, tuttavia, in breve tempo venivano superate dalla prassi degli Stati, i quali, stanti le gravose condizioni di ricorso alla cooperazione previste dai Trattati, si ostinavano a non avvalersene, mentre continuavano a concludere accordi internazionali *inter se*, sicché vennero presto abbandonate anche dalla dottrina.³³⁴

³³² **ROSSI L.S.**, *Commento all'art. 20 TUE*, già cit. sub n. 59, p. 217-222, in particolare a p. 220; cfr. in senso analogo, Editorial Comments, *What do we want? "Flexibility! Sort-of..." When do we want it? "Now! Maybe..."*, già cit. sub n. 458 e **SCHÜTZE R.**, *EC Law and International Agreements of the Member States - An Ambivalent Relationship?*, già cit. sub n. 5, p. 387- 440.

³³³ **CONSTANTINESCO V.**, *Le clauses de «coopération renforcée». Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité*, già cit. sub n. 133, p. 751 ss. Cfr. anche **SHAW J.**, *Flexibility in "reorganized" and "simplified" Treaty*, già cit. sub n. 155; **KORTENBERG H.**, *Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam*, già cit. sub n. 133, a p. 845.

³³⁴ Almeno con riferimento alle ipotesi in cui non sia possibile procedere per cooperazione rafforzata per difetto di una sufficientemente nutrita *massa critica*, un rilevante contro-argomento pratico è offerto dalla conclusione del Trattato di Prüm, avvenuta il 27 maggio 2005, da parte di Austria, Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo, Spagna e Paesi Bassi (su cui cfr. **ZILLER, J.**, *Le traité de Prüm. Une vraie-fausse coopération renforcée dans l'Espace de sécurité, liberté et de justice*, EUI WP 2006/32).

144. Non stupisce, pertanto, che qualche anno dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, con l'approvazione le prime decisioni autorizzative di cooperazione rafforzata, la tesi della generale ed astratta priorità giuridica dell'impiego degli strumenti di diritto dell'Unione nell'esercizio delle competenze concorrenti sia nuovamente tornata in auge. Invero, come si è in parte già anticipato, la tesi si è manifestata nuovamente nel dibattito politico e dottrinale principalmente in ragione dell'intenso ricorso allo strumento degli accordi internazionali *inter se* fatto dagli Stati membri nel contesto della gestione della c.d. crisi dell'Eurozona. Sulla sua base, in particolare, è stato costruito uno dei principali interrogativi che hanno interessato la legittimità dell'instaurazione del c.d. Meccanismo Europeo di Stabilità (MES), mediante apposito accordo internazionale di cui facevano parte tutti i 17 Stati membri dell'Eurozona, ossia il Trattato che istituisce il Meccanismo Europeo di Stabilità.³³⁵ La Corte di giustizia, nel contesto della pronuncia pregiudiziale resa caso *Pringle*,³³⁶ ha tuttavia ritenuto di escludere la sussistenza di qualsivoglia competenza comunitaria in ordine all'instaurazione del MES, rispondendo al giudice del rinvio che: «*poiché né l'articolo 122, paragrafo 2, TFUE né alcun'altra disposizione dei Trattati UE e FUE conferiscono una competenza specifica all'Unione ad istituire un meccanismo di stabilità permanente come il MES [...], alla luce degli articoli 4, paragrafo 1, TUE e 5, paragrafo 2, TUE gli Stati membri sono abilitati ad agire in tale settore*».³³⁷ In particolare, la Corte ha collocato a fondamento di tale conclusione la riflessione che, sulla base dell'art. 20, par. 1, TUE, «*una cooperazione rafforzata può essere instaurata solo qualora l'Unione stessa sia competente ad agire nel settore oggetto di tale cooperazione*»; ciò premesso, tenuto conto del fatto che, come già evidenziato ai punti 64-66 della sentenza, «*le disposizioni dei trattati su cui si fonda l'Unione non conferiscono a quest'ultima una competenza specifica per istituire un meccanismo permanente di stabilità come il MES*», la Corte concludeva che «*l'articolo 20 TUE non osta alla conclusione tra gli*

³³⁵ Il Trattato MES è stato firmato a Bruxelles il 2 febbraio 2012 dai 17 Stati membri dell'Eurozona. Il Trattato è entrato in vigore il 27 settembre 2012; gli Stati membri che hanno successivamente adottato la moneta comune vi hanno aderito successivamente: in particolare Lettonia vi ha aderito nel 2014, mentre la Lituania nel 2015. Il testo del trattato è consultabile presso: https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/20150203_-_esm_treaty_-_it.pdf.

³³⁶ Cfr. Sentenza della Corte in seduta plenaria del 27 novembre 2012, *Thomas Pringle contro Government of Ireland, Ireland e The Attorney General*, causa C-370/12, già cit. sub n. 248, in particolare ai p. 166-169.

³³⁷ *Idem*, p. 105.

*Stati membri la cui moneta è l'euro di un accordo come il Trattato MES né alla sua ratifica da parte di questi ultimi».*³³⁸

145. Sulla base di tale sentenza, una parte della dottrina ha pertanto argomentato l'esistenza di una sorta di «sequenza gerarchica d'intervento», in base alla quale gli Stati membri sono tenuti a fare ricorso in via prioritaria agli strumenti comunitari e solo in un secondo momento, ove la via comunitaria non risulti percorribile, agli strumenti classici del diritto internazionale. Secondo tale tesi, l'obbligo che ne deriverebbe per gli Stati membri troverebbe fondamento nei principi generali del diritto comunitario, ed in particolare nel principio di leale collaborazione ex art. 4, par. 3, TUE.³³⁹
146. Una seconda questione, inerente la formale liceità comunitaria dell'Accordo TUB, interessa invece la sussistenza della competenza degli Stati membri a concluderlo.³⁴⁰ Difatti, secondo una parte della dottrina, in materia si riscontrerebbe una competenza *esclusiva* dell'Unione europea, tale da rendere illecita la stipulazione di un accordo internazionale *inter se* tra gli Stati membri.³⁴¹

³³⁸ *Idem*, p. 167-169.

³³⁹ Così ad esempio si veda **ROSSI L.S.**, *Commento all'art. 20 TUE*, già cit. sub n. 59, in particolare a p. 220; in termini dubitativi invece cfr. Editorial Comment: *What do we want? Flexibility! Sort-of... "When do we want it? "Now! Maybe..."*, già cit. sub n. 458, così come, anteriormente a Pringle, **SCHÜTZE R.**, *EC Law and International Agreements of the Member States - An Ambivalent Relationship?*, già cit. sub n. 5, p. 387-440; *contra* cfr. anche **DE GREGORIO MERINO A.**, *Institutional Aspects of Variable Geometry. Special Consideration of the Intergovernmental Method*, già cit. sub n. 16, p. 101-117; **DE WITTE B.**, *Using International Law in the Euro Crisis. Causes and Consequences*, già cit. sub n. 16, Progetto di accordo internazionale - Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - Compatibilità di detto progetto con i Trattati UE e FUE, parere 2/13, già cit. sub n. 53, p. 193.

³⁴⁰ Cfr. **PEERS S.**, *The Constitutional Implications of the EU Patent*, già cit. sub n. 269; **ULLRICH H.**, *Le futur système de protection des inventions par brevets dans l'Union européenne: un exemple d'intégration (re-) poussée?*, già cit. sub n. 30; **JAEGER T.**, *What's in the Unitary Patent Package?*, già cit. sub n. 263; **DEHOUSSE F.**, *The Unified Court on Patents: the New Oxymoron of European Law*, Egmont Paper, 2013; **TAMBOU O.**, *Le brevet européen à effet unitaire: un brevet tant attendu*, già cit. sub n. 188, p. 13.

³⁴¹ Si ricorda come la questione sia stata, invero, sollevata anche dal Regno di Spagna nel contesto dell'impugnazione del Regolamento n. 1257, affermando che «[...] aderendo all'accordo TUB, gli Stati membri partecipanti esercitano una competenza che spetterebbe ormai all'Unione, e ciò in violazione dei principi di leale cooperazione e di autonomia del diritto dell'Unione. Dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione disporrebbe di una competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali, ove tale conclusione possa incidere su norme comuni o modificarne la portata. Orbene, l'accordo TUB inciderebbe sul regolamento n.

147. L'incompetenza degli Stati membri a concludere un accordo internazionale volto all'istituzione di un sistema giurisdizionale da associare al nuovo titolo comunitario di brevetto viene argomentata, innanzitutto, valorizzando come la medesima censura sia già stata sollevata dalle istituzioni europee ai tempi del menzionato progetto di "European Patent Litigation Agreement" (EPLA).³⁴² Più precisamente, secondo il c.d. principio del parallelismo o "effetto AETS" (attualmente codificato all'art. 3, par. 2, TFUE), «qualora vengano adottate norme comunitarie per il raggiungimento degli scopi del Trattato, gli Stati membri non possono, fuori dall'ambito delle istituzioni comuni, assumere impegni atti ad incidere su dette norme o ad alterarne l'efficacia».³⁴³ In base a tale principio, sin dal Parere 1/03,³⁴⁴ la Corte di giustizia ha adottato

1215/2012 e sulla convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, firmata a Lugano il 30 ottobre 2007 (GU L 339, pag. 3), e ne modificerebbe la portata». Come anticipato più sopra, tale censura è stata dichiarata inammissibile dalla Corte di giustizia, in quanto palesemente al di fuori dell'oggetto del giudizio dinanzi ad essa incardinato.

³⁴² Si veda *supra* il Paragrafo 1.1.1(d).

³⁴³ Cfr. Sentenza della Corte del 31 marzo 1971, *Commissione delle Comunità europee contro Consiglio delle Comunità europee*, causa 22-70, in *Racc.* 263.

³⁴⁴ Parere 1/03 del 7 febbraio 2006, Competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, Parere 1/03, in *Racc.* 1145. Trattasi di una delle sentenze con le quali la Corte di giustizia ha provveduto a sviluppare i principi enunciati nella Sentenza della Corte del 31 marzo 1971, *Commissione delle Comunità europee contro Consiglio delle Comunità europee* (AETS), richiamata *supra*, alla nota precedente. Ai p. 126-128 e 133 del Parere 1/03, la Corte ha in particolare affermato che: «[...] non è necessario che sussista una concordanza completa tra il settore disciplinato dall'accordo internazionale e quello della normativa comunitaria. Qualora occorra determinare se il criterio indicato dalla formula «di un settore già in gran parte disciplinato da norme comunitarie» (parere 2/91, cit., punti 25 e 26) sia soddisfatto, l'analisi deve basarsi non solo sulla portata delle disposizioni in questione, ma anche sulla natura e sul contenuto delle stesse. Occorre inoltre prendere in considerazione non soltanto lo stato attuale del diritto comunitario nel settore interessato, ma anche le sue prospettive di evoluzione, qualora esse siano prevedibili al momento di tale analisi [...] La necessità di prendere in considerazione non solo l'ampiezza del settore disciplinato, ma anche la natura e il contenuto delle disposizioni comunitarie è espressa anche nella giurisprudenza della Corte [...] secondo cui la natura delle prescrizioni minime contenute sia nelle disposizioni comunitarie sia in quelle dell'accordo internazionale può portare alla conclusione della mancanza di incidenza, anche se le disposizioni comunitarie e quelle dell'accordo disciplinano lo stesso settore. In definitiva, è essenziale garantire un'applicazione uniforme e coerente delle disposizioni comunitarie ed un corretto funzionamento del sistema che esse istituiscono al fine di preservare la piena efficacia del diritto comunitario». Tali stringenti criteri sono stati recentemente richiamati dalla Corte nel Parere 1/13 (cfr. Parere della Corte (Grande Sezione) del 14 ottobre 2014, Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori - Adesione di Stati terzi - Regolamento (CE) n. 2201/2003, Parere 1/13, p. 71-74), anche se nel caso di specie poche parole sono state spese dalla Corte in ordine all'esame della predicata

la posizione che nel settore della giurisdizione, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile sussiste la competenza esterna esclusiva dell'Unione, in ragione della previa adozione, da parte di quest'ultima del c.d. Regolamento di Bruxelles.³⁴⁵ Tanto premesso, stante la sussistenza di evidenti collegamenti tra la giurisdizione in materia brevettuale e la disciplina comunitaria in materia di giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni civili, sia la Commissione europea che il Servizio Giuridico del Parlamento europeo, in occasione dell'elaborazione dell'EPLA, avevano evidenziato che il progetto volto all'istituzione di un sistema giurisdizionale specializzato per la tutela del nuovo diritto brevetto tramite accordo di diritto internazionale implicante la partecipazione di Stati terzi, avrebbe richiesto necessariamente la partecipazione dell'UE, dal momento che ne impegnava la competenza esterna esclusiva.³⁴⁶

148. Come si è già visto, il nuovo progetto di “Tribunale dei brevetti europeo e comunitario” (TB) veniva pertanto costruito come accordo c.d. *misto* (ossia implicante la partecipazione sia degli Stati membri che dell'Unione). Come già illustrato, tuttavia, a seguito delle censure espresse dalla Corte di giustizia con il Parere 1/09, gli Stati membri hanno deciso di concludere l'Accordo TUB nella forma dell'accordo *inter se*, senza dunque coinvolgere né l'Unione europea, né gli Stati terzi parte dell'OEB. Pur non impegnando più l'azione esterna dell'Unione, tuttavia, dal punto di vista sostanziale il nuovo Accordo TUB continua a sovrapporsi estesamente alla disciplina comunitaria in materia di giurisdizione ed esecuzione delle decisioni civili. Di conseguenza, questa volta in applicazione della regola tradizionale di *pre-emption* in ordine all'esercizio delle competenze *interne*, prevista dall'art. 2, par. 2, seconda e terza frase, TFUE, la dottrina ha evidenziato la preclusione per gli Stati membri della possibilità di disciplinare la materia in via autonoma e al di fuori dell'ordinamento giuridico dell'Unione. La norma in commento, infatti, afferma che nei settori di competenza

necessità di riscontrare una concreta incisione delle norme comunitarie (cfr. in particolare i p. 84 e ss. del Parere).

³⁴⁵ Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in GU L 12, 16.1.2001, p. 1–23.

³⁴⁶ Si veda il Comunicato stampa della Commissione europea del 24 marzo 2009, IP/09/460 ed il parere del Servizio giuridico del Parlamento europeo del 21/2/2007, SJ-0844/06, consultabile presso http://www.ipeg.com/_UPLOAD%20BLOG/Interim%20Legal%20Opinions%20Legal%20Service%20EP%20Feb%201%202007.pdf.

concorrente «[g]li Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria. Gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria». ³⁴⁷

149. Secondo alcuni, peraltro, la questione della competenza degli Stati membri alla conclusione dell'Accordo TUB risulterebbe ulteriormente complicata, in ragione dello spostamento della quasi totalità della nuova disciplina sostanziale di brevetto al suo interno. Come infatti evidenziato da Ullrich, considerando che «*en ce qui concerne le brevet unitaire, l'Union a pleinement exercé ses compétences, ne serait-ce que par renvoi à un droit national et l'extension de son application à tous les territoires des Etats membres participants*», sarebbe inevitabile concludere che nessuna competenza residua agli Stati membri per procedere all'armonizzazione del diritto brevettuale sostanziale tramite l'Accordo TUB. Secondo l'illustre autore, «*[i]l y a donc un problème de compatibilité avec l'art. 114 TFUE, notamment avec ses règles institutionnelles et de procédure législative. En plus, il y a un problème de protection des intérêts des Etats membres non adhérents à l'Accord JUB*». ³⁴⁸

150. Per altro verso, lo spostamento degli ex artt. 6-8 del progetto di regolamento all'interno dell'Accordo TUB è stato ritenuto da più parti incompatibile con i principi generali del diritto dell'Unione, ed in particolare con il principio di coerenza che in via generale governa l'ordinamento giuridico comunitario, ³⁴⁹ ovvero, come si è già detto, con il principio di autonomia del diritto comunitario, nella misura in cui tale spostamento di disciplina impedisce l'autonomo sviluppo

³⁴⁷ Sicchè Jaeger, ad esempio si pone la seguente questione: «*[t]he competence issue amounts to the simple question as to how, in view of the allocation of external competence between the EU and the Member States that brought EPLA to fall, the Member States in question may hold any competence to conclude the UPC Agreement without participation of the EU. Can that competence simply be waived by the EU through an explicit act or implicitly through silence? In view of the logics underlying the EU law doctrine of implied powers, it most likely cannot*» (cfr. **JAEGER T.**, *What's in the Unitary Patent Package?*, già cit. sub n. 263, p. 20); nello stesso senso, argomentando in base al fatto che, a seguito del Trattato di Lisbona e della Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 18 luglio 2013, *Daiichi Sankyo Co. Ltd e Sanofi-Aventis Deutschland GmbH contro DEMO Anonymos Viomichaniki kai Emporiki Etairia Farmakon*, Causa C-414/11, la competenza esclusiva dell'UE in materia di politica commerciale comune ex art. 207 TFUE coprirebbe tutti gli aspetti commerciali del diritto della proprietà intellettuale, cfr. anche **MYLLY T.**, *A Constitutional Perspective*, già cit. sub n. 29, p. 91 e ss.

³⁴⁸ Cfr. **ULLRICH H.**, *Le futur système de protection des inventions par brevets dans l'Union européenne: un exemple d'intégration (re-) poussée?*, già cit. sub n. 30, p. 85, sub n. 381.

³⁴⁹ **TAMBOU O.**, *Le brevet européen à effet unitaire: un brevet tant attendu*, già cit. sub n. 188, p. 13.

della disciplina del nuovo brevetto, dotata di autentica natura comunitaria (ossia dei regolamenti con cui il legislatore comunitario ha provveduto all'attuazione della decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata).³⁵⁰

151. Il rispetto del principio di autonomia da parte del nuovo accordo rileva anche ai fini della valutazione di compatibilità con il diritto dell'Unione del sistema di protezione giurisdizionale istituito dal nuovo Accordo TUB, da valutarsi alla luce delle censure sollevate dalla Corte di giustizia nel contesto del Parere 1/09. Come si è avuto modo di illustrare più sopra, infatti, la Corte ha sottolineato la necessità che la nuova giurisdizione dei brevetti rispetti le caratteristiche fondamentali del sistema giurisdizionale comunitario di protezione dei diritti. In particolare, la essa ha fatto riferimento alla necessità che l'introduzione del nuovo tribunale non alteri le caratteristiche fondamentali dell'istituto del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE, il quale assicura in modo essenziale l'autonomia del sistema giurisdizionale comunitario e dello stesso ordinamento.

152. In proposito, vale la pena di ricordare innanzitutto come, nell'esaminare tale profilo di incompatibilità, i giudici di Lussemburgo hanno operato una distinzione tra il sistema oggetto di esame e quello integrato dalla Corte di giustizia del Benelux. Essi, infatti, hanno affermato che: «[...] *la posizione del TB delineata dal progetto di accordo sarebbe diversa da quella della Corte di giustizia del Benelux, oggetto della sentenza 4 novembre 1997, causa C-337/95, Parfums Christian Dior (Racc. pag. I-6013, punti 21-23). Infatti, dato che quest'ultima costituisce un organo giurisdizionale comune a diversi Stati membri e, di conseguenza, è situata nel sistema giurisdizionale dell'Unione, le sue pronunce sono soggette a procedure in grado di garantire la piena efficacia delle norme dell'Unione*».³⁵¹

153. Valorizzando al massimo il citato passaggio della pronuncia, nel tentativo di adeguare il progetto di accordo ai rilevanti profili di incompatibilità individuati dalla Corte, gli Stati membri hanno eletto la Corte di giustizia del Benelux a nuovo modello per la costruzione del Tribunale Unificato. Essi, pertanto, nel concludere il nuovo Accordo TUB come accordo internazionale *inter se*, hanno ridefinito la struttura del Tribunale Unificato dei Brevetti, qualificandolo espressamente come giudice avente sia natura internazionale che natura nazionale, ossia come *«tribunale comune agli Stati membri contraenti*

³⁵⁰ Cfr. *supra*, al Paragrafo 1.2.3, le censure mosse dalla dottrina in ordine al difetto di autonomia della disciplina sostanziale di brevetto; in particolare si veda **ULLRICH H.**, *Le futur système de protection des inventions par brevets dans l'Union européenne: un exemple d'intégration (re-) poussée?*, già cit. sub n. 30, 2014.

³⁵¹ Parere 1/09 della Corte (Seduta Plenaria), 8 marzo 2011, già cit. sub n. 53, p. 82.

[...] *soggetto agli stessi obblighi in virtù del diritto dell'Unione di qualsiasi altro organo giurisdizionale nazionale degli Stati membri contraenti*» (art. 1 TUB).

154. I correttivi apportati all'Accordo a valle del Parere 1/09, tuttavia, non hanno convinto una parte consistente della dottrina. A sostegno della posizione critica è stato innanzitutto evidenziato che, diversamente dalla Corte del Benelux, l'instaurazione del nuovo TUB non risulta autorizzata da nessuna norma di diritto primario,³⁵² oltre al fatto che mentre la Corte del Benelux procede unicamente ad applicare il diritto internazionale di cui all'accordo Benelux, il nuovo TUB, ai sensi dell'art. 24 dell'Accordo, è chiamato ad applicare anche ed innanzitutto il diritto comunitario.

155. Inoltre, la dottrina ha evidenziato che il nuovo Tribunale, nonostante l'espressa natura *anche nazionale* ad esso assegnata dagli Stati membri, non risulterebbe comunque inquadrabile nella nozione di giudice nazionale (nemmeno "comune" tra più Stati membri) accolta dalla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia. In particolare, è stato evidenziato, richiamando la sentenza *Miles contro Scuole europee*,³⁵³ che, diversamente da quanto accade per la Corte del Benelux, giacché «*il procedimento instaurato dinanzi ad essa costituisce un incidente nell'ambito delle cause pendenti dinanzi ai giudici nazionali, in esito al quale viene fissata l'interpretazione definitiva delle norme giuridiche comuni al Benelux*»,³⁵⁴ il nuovo TUB continuerebbe ad essere dotato di una competenza esclusiva sulle liti brevettuali e non presenterebbe sufficienti elementi di collegamento con gli organi giurisdizionali nazionali degli Stati membri. Così stando le cose, il sistema di tutela giurisdizionale introdotto dall'Accordo TUB non rispetterebbe le caratteristiche di autonomia che connotano il meccanismo del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TUFUE, il quale lega direttamente e senza interferenza alcuna i giudici nazionali alla Corte di giustizia dell'UE.³⁵⁵ Di conseguenza,

³⁵² Al contrario, ai sensi dell'art. 350 TFUE (ex art. 306 TCE), si prevede espressamente che «*[l]e disposizioni dei trattati non ostano all'esistenza e al perfezionamento delle unioni regionali tra il Belgio e il Lussemburgo, come pure tra il Belgio, il Lussemburgo e i Paesi Bassi, nella misura in cui gli obiettivi di tali unioni regionali non sono raggiunti in applicazione dei trattati*».

³⁵³ Sentenza della Corte del 14 giugno 2011, *Paul Miles e a. contro Écoles européennes*, causa C-196/09, in *Racc.* 5105.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 41.

³⁵⁵ Così **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit. sub n. 37, p. 334, sub n. 156, ove si afferma: «*[l]e institution d'une juridiction unifiée en matière de brevet unitaire, telle que prévue par l'accord ouvert à la signature des Etats membres à Bruxelles le 19 février 2013, a certes prise en compte la plupart des critiques formulées par la Cour de Justice dans l'avis 1/09, mais ne semble pas avoir tenu compte de l'impératif exprimé par la Cour dans*

la dottrina ha evidenziato che il nuovo TUB non rispetterebbe le condizioni stilate dalla Corte nel Parere 1/09, il cui punto cruciale deve individuarsi proprio nel riconoscimento della necessità che siano preservate le caratteristiche del rinvio pregiudiziale al fine di garantire l'autonomia del sistema giurisdizionale comunitario e, per tale via, del carattere interindividuale dell'ordinamento, affermando che, nel suo contesto, «*le funzioni attribuite, rispettivamente, ai giudici nazionali e alla Corte sono essenziali alla salvaguardia della natura stessa dell'ordinamento istituito dai Trattati*».³⁵⁶ Posta in questi termini, la questione della compatibilità con l'art. 267 TFUE del sistema giurisdizionale di cui al nuovo Accordo TUB risulta oggetto di fortissimi dubbi,³⁵⁷ rispetto ai quali nulla varrebbe la qualificazione del TUB in termini di “giurisdizione comune agli Stati membri” da parte del Regolamento n. 542/2014, stante il rango secondario di tale fonte, in quanto tale incapace di scalfire la portata della disciplina dei Trattati e la sua interpretazione ad opera del supremo giudice comunitario.³⁵⁸

156. I punti di contrasto delineati sembrano assumere accresciuto rilievo alla luce dello spostamento della quasi totalità della disciplina sostanziale di brevetto all'interno dell'Accordo TUB. Tale articolazione, infatti, ammessa e non concessa la compatibilità con l'art. 267 TFUE del meccanismo di rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 21 dell'Accordo, ha avuto l'effetto di limitare drasticamente l'ambito delle questioni che possono sottoporsi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia. Ad essa, in particolare, risulterà preclusa ogni interpretazione della disciplina materiale di brevetto, rimanendo il controllo esercitabile in via pregiudiziale limitato alla verifica del

*l'arrêt Miles, notamment que la procédure devant un organe juridictionnel commun à plusieurs Etats membres et appelé à appliquer le droit UE doit se limiter à «un incident dans les procédures pendantes devant les juridictions nationales» (arrêt du 14 juin 2011, affaire C-196/09, Miles c. Ecoles Européennes, Rec. 2011, p. I-5105, point 41)»; cfr. in senso analogo JAEGER T., *All back to square one?*, già cit. sub n. 29, il particolare alle p. 15-17; ULLRICH H., *Le futur système de protection des inventions par brevets*, già cit. sub n. 30, p. 56 e ss.*

³⁵⁶ Cfr. p. 85 del Parere 1/09, già cit. sub n. 52 (sottolineatura aggiunta).

³⁵⁷ Così PASSCHIER R., STREMLER M., *Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of substantive Constraints on Treaty Revision*, già cit. sub n. 51, p. 11-12.

³⁵⁸ Così CORTESE B., *The Relationship with the ECJ, The Unified Patent Court Litigation System at a Crossroad between National, EU and International Jurisdiction* University of Padua Department for Public, International and EU Law, International Study Seminar Padua, 20 December 2013.

rispetto dei principi generali del diritto comunitario.³⁵⁹ Anche in questo senso l'Accordo TUB ha sollevato numerosi dubbi alla luce del principio di leale collaborazione ex art. 3, par. 4, TUE, nella misura in cui, limitando la competenza interpretativa della Corte di giustizia, finisce per apporre un limite all'autonomo sviluppo del diritto comunitario.³⁶⁰

157. Nondimeno, si segnala che, secondo l'interpretazione di alcuni, il rinvio operato dall'art. 5, par. 3, del Regolamento n. 1257 alle norme materiali che disciplinano il nuovo brevetto contenute nell'Accordo TUB, estenderebbe anche a queste ultime la natura di diritto comunitario, conferendo di conseguenza alla Corte di giustizia la competenza ad interpretarle.³⁶¹ Inoltre, vi è anche stato chi ha argomentato, con ragionamento più sofisticato, che, avendo l'UE acquisito una competenza esclusiva sopra tutti gli aspetti commerciali del diritto della proprietà intellettuale, in virtù della modifica dell'art. 207 TFUE da parte del Trattato di Lisbona, la Corte di giustizia sarebbe per l'effetto divenuta competente ad interpretare anche gli aspetti materiali del brevetto europeo con effetto unitario disciplinati dall'Accordo TUB.³⁶² Più precisamente, ai sensi dell'art. 3, lett. e), TFUE, la politica commerciale comune rientra tra le materie espressamente assegnate dai Trattati alla competenza esclusiva dell'UE. Essa, inoltre, a seguito delle modifiche apportate all'art. 207, par. 1, TFUE, dal Trattato di Lisbona, ricomprende esplicitamente anche «*gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale*». In ragione di tale evoluzione del diritto primario, nella causa *Daiichi Sankyo*,³⁶³ la Corte di giustizia ha affermato che: «[...] un atto dell'Unione rientra nella politica commerciale comune se verte specificamente sugli scambi internazionali in quanto è sostanzialmente destinato a promuovere, facilitare o disciplinare tali scambi e sortisce su di loro effetti diretti ed immediati [...] Ne consegue che, fra le norme adottate dall'Unione in materia di proprietà intellettuale, solo quelle che presentano un nesso specifico con gli scambi commerciali internazionali possono

³⁵⁹ Sul punto cfr. **ULLRICH H.**, *Le futur système de protection des inventions par brevets*, già cit. sub n. 30, p. 58-59.

³⁶⁰ Cfr. *supra* il Paragrafo 1.1.1(b).

³⁶¹ Cfr. ad esempio **MYLLY T.**, *A Constitutional Perspective*, già cit. sub n. 29, a p. 83.

³⁶² Cfr. **DISMOPOULOS A.**, **VANTSIOURI P.**, *Of Trips and Traps: The Interpretative Jurisdiction of the Court of Justice of the EU Over Patent Law*, 2012, TILEC Discussion Paper No. 2012-025, consultabile presso: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2109378>.

³⁶³ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 18 luglio 2013, *Daiichi Sankyo*, già cit. sub n. 347.

*rientrare nella nozione di «aspetti commerciali della proprietà intellettuale» di cui all'articolo 207, paragrafo 1, TFUE e, quindi, nell'ambito della politica commerciale comune. È il caso delle norme contenute nell'Accordo TRIPS. Anche se non vertono sulla disciplina, doganale o di altro tipo, delle operazioni di commercio internazionale in quanto tali, esse presentano un nesso specifico con gli scambi internazionali».*³⁶⁴ In dottrina, Dismopoulos e Vantsiouri hanno pertanto concluso che, costituendo le norme dell'Accordo TRIPS a pieno titolo diritto comunitario, in applicazione del primato del diritto dell'Unione, la Corte di giustizia sarà d'ora in poi competente a verificarne il rispetto da parte degli Stati membri, e ciò anche nel contesto degli accordi internazionali conclusi nell'esercizio collettivo delle proprie competenze concorrenti, qual è l'Accordo TUB. Seguendo tale interpretazione, il rinvio pregiudiziale alla Corte, previsto dall'art. 21 dell'Accordo TUB, finirebbe per ricomprendere anche le questioni di compatibilità del nuovo diritto materiale di brevetto europeo con effetto unitario con l'accordo TRIPS.

³⁶⁴ *Idem*, p. 51-53.

CAPITOLO 2: SUGLI ELEMENTI COSTITUTIVI DEL PROCESSO D'INTEGRAZIONE EUROPEA: IL RUOLO DELL'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA

SOMMARIO: *Introduzione* - SEZIONE 2.1: *Sui presupposti teorici: diritto dell'Unione europea e pluralismo giuridico* – SEZIONE 2.2: *Diritto dell'Unione europea e diritto internazionale* – SEZIONE 2.3: *Pluralismo, diritto dell'Unione europea e diritto costituzionale* – SEZIONE 2.4: *Pluralismo, fuoriuscita dall'Unione europea, restituzione di competenze e acquis comunitario.*

INTRODUZIONE

158. In un famoso articolo risalente all'anno 2004,³⁶⁵ Dashwood descriveva l'evoluzione delle relazioni intercorrenti tra gli Stati membri e la Comunità europea per come si erano sviluppate nel corso dei primi quarant'anni di vita della rivista *Common Market Law Review*,³⁶⁶ periodo grosso modo coincidente con i primi cinquant'anni del processo di integrazione europea.³⁶⁷ A tal fine, l'Autore si preoccupava in primo

³⁶⁵ **DASHWOOD A.**, *The Relationship between the Member States and the European Union/European Community*, *Common Market Law Review*, 2004, p. 355–381.

³⁶⁶ La rivista in questione era stata fondata nel 1963 dall'Europa Institute dell'Università di Leida, in collaborazione con il British Institute of International and Comparative Law. Come notato anche dall'Autore nel brano in commento, l'anno di fondazione coincide con quello in cui la Corte di giustizia aveva reso la celebre pronuncia pregiudiziale nel caso *van Gend en Loos* (cfr. Sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*, causa 26-62, già cit. sub n. 40). La pronuncia veniva riportata integralmente nel primo fascicolo della rivista (cfr. *Preliminary ruling given at the request of the Tariff Commission (Amsterdam). Article 12 of the E.E.C. Treaty has direct effect and creates rights in favour of those affected by it. Case 26/62. Judgment of 5 February 1963, Official Gazette 4 March 1963, p. 421*, *Common Market Law Review*, 1, 1963, p. 82–92) e costituiva oggetto di analisi del primo editorial in essa pubblicato (cfr. *Editorial*, *Common Market Law Review*, 1, 1963, p. 4-7; nello stesso fascicolo, alla pronuncia era dedicato anche l'articolo di **DONNER A. M.**, *National Law and the Case Law of the Court of Justice of the European Communities*, p. 8–16).

³⁶⁷ Con una certa ironia, scorrendo il primo fascicolo della rivista, si ritrova anche un articolo di Johnston, dedicato alla bozza di quella che poi sarebbe diventata la Convenzione di Monaco sul Brevetto Europeo (cfr. **JOHNSTON K.**, *The Draft European Patent Convention — A Commentary*, nelle p. 17–29). La recente armonizzazione della tutela brevettuale in Europa rappresenta difatti una delle più creative applicazioni degli strumenti d'integrazione giuridica a disposizione degli Stati membri (si parla, in proposito, di soluzioni «surreali» in **DE WITTE B.**, *A Selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement beyond the European Union*, in CREMONA M., THIES A. (eds.), *The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges*, Oxford, Hart, 2014, p. 33-46). Come anticipato, il c.d. Pacchetto sul brevetto europeo con effetto

luogo di definire e descrivere quelli che a suo avviso costituivano gli elementi fondamentali del processo d' integrazione. Una volta individuati in questo modo i parametri della propria analisi, Dashwood argomentava che, sebbene il sistema *costituzionale*³⁶⁸ di pesi

unitario costituisce il *case-study* della presente analisi. al prosieguo del presente capitolo.

³⁶⁸ Sull'impiego, in dottrina, del termine *costituzionale* per definire l'ordinamento giuridico dell'Unione europea, e sull'approccio metodologico che si ritiene di adottare a riguardo, si rinvia al prosieguo del presente capitolo. La Corte di giustizia ha spesso riferito l'aggettivo *costituzionale* alle norme di rango primario del diritto dell'Unione Europea. Per tali s'intendono dunque: (i) i Trattati istitutivi (attualmente il Trattato sull'Unione Europea (TUE) ed il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), cui si deve tutt'ora aggiungere il trattato istitutivo della Comunità Europea dell'Energia Atomica (CEEA); (ii) i Protocolli allegati ai Trattati; (iii) gli atti del Consiglio richiedenti procedure costituzionali di adattamento all'interno dei singoli Stati membri; e (iv) i principi generali del diritto dell'Unione Europea. Si ricorda, inoltre, che, a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona all'art. 6 TUE, è oggi ricompresa tra le fonti di diritto primario dell'Unione anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in quanto dotata dello «*stesso valore giuridico dei trattati*» (art. 6, par. 1, TUE). Sulla natura *costituzionale* delle fonti appena richiamate cfr. la Sentenza della Corte del 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts" contro Parlamento europeo*, causa 294/83, in *Racc.* 1339, p. 23-24; Ordinanza della Corte del 13 luglio 1990, *J.J. Zwartveld e altri*, causa C-2/88 Imm., in *Racc.* 3365, p. 16; Parere della Corte del 14 dicembre 1991, *Progetto di accordo tra la Comunità ed i paesi dell'Associazione europea di libero scambio relativo alla creazione dello Spazio economico europeo*, parere 1/91, in *Racc.* 6079, p. 21; Sentenza della Corte del 23 marzo 1993, *Beate Weber contro Parlamento europeo*, causa C-314/91, in *Racc.* 1093, p. 6; Sentenza della Corte del 25 luglio 2002, *Unión de Pequeños Agricultores contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-50/00 P, in *Racc.* 6677, p. 38-45; Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, in *Racc.* 6351, p. 281, 285, 290, 316; Parere della Corte in seduta plenaria dell'8 marzo 2011, *Progetto di accordo - Creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti - Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, parere 1/09, già cit. sub n. 52, p. 80; Parere della Corte in seduta plenaria del 18 dicembre 2014, *Progetto di accordo internazionale - Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, parere 2/13, non ancora pubblicato, p. 38, 158, 163, 165, 177. Sul Parere della Corte 2/13, già cit. sub n. 53, si tornerà nella parte conclusiva del presente capitolo.

In dottrina, cfr. per ora, *ex multis*, SAURON J.-L., *L'Avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne: la fin d'une idée anachronique?*, Gazette du Palais, 2014, p.4-6; JACQUÉ J.P., *CJUE - CEDH : 2-0*, Revue trimestrielle de droit européen, 2014, p. 823-831; ACKERMANN T., *Editorial comments: The EU's Accession to ECHR - a "NO" from ECJ!*, Common Market Law Review, 2015, p. 1-15; LAMBRECHT S., *The Sting is in the Tail: CJEU Opinion 2/13 objects to draft agreement on accession of the EU to the European Convention on Human Rights*, European Human Rights Law Review, 2015, p. 185-198; PETITE M., *The battle over Strasbourg: The protection of human rights across Europe has suffered a setback, thanks to the Court of Justice of the European Union*, Competition Law Insight, 2015, p. 10-11.

e contrappesi previsto dai Trattati istitutivi a disciplina dei rapporti tra la Comunità ed i suoi membri fosse indubbiamente andato incontro ad una significativa evoluzione, dovuta principalmente al moltiplicarsi ed all'intensificarsi delle relazioni economiche e giuridiche fra i membri stessi,³⁶⁹ gli elementi fondamentali del processo di integrazione erano rimasti inalterati nella sostanza. Una tale modifica, secondo l'Autore, non sembrava verosimile nemmeno nell'imminente futuro.³⁷⁰ Difatti, gli elementi fondamentali dell'integrazione venivano direttamente ricollegati al dato della persistente sovranità degli Stati membri dell'Unione europea, e cioè al fatto che questi ultimi, così come all'origine del processo integrativo, anche in tempi più maturi - e financo nella prospettiva dell'adozione del nuovo Trattato Costituzione, ancora verosimile al tempo in cui Dashwood scriveva - sarebbero rimasti pienamente titolari della propria soggettività giuridica internazionale.³⁷¹ Gli elementi *fondamentali* del processo di integrazione, in quest'ottica, assurgevano perciò ad elementi *essenziali*, ossia connaturati al sistema giuridico comunitario e necessariamente collegati al suo modo d'essere.

159. Gli elementi fondamentali identificati da Dashwood erano in particolare, i seguenti: (i) il principio delle competenze di attribuzione;

³⁶⁹ Tale evoluzione è bene evidenziata dall'Avvocato Generale Trstenjak con le parole che si riportano di seguito: «[...] *La concezione tradizionale dell'integrazione europea discende dalla nozione di unità dell'integrazione, cioè dalla creazione di regole unitarie uniformemente applicabili in tutti gli Stati membri. A seguito delle modifiche dei trattati istitutivi, con le quali si è approfondita la competenza della Comunità europea e dell'Unione europea, ed a seguito degli ultimi ampliamenti dell'Unione, che comportano una maggiore eterogeneità delle strutture e degli interessi, il concetto di integrazione unitaria non può più essere applicato come nel periodo in cui la Comunità economica europea era formata da 6 o 9 membri. La cooperazione rafforzata costituisce l'espressione in termini giuridici della mediazione tra l'ampliamento e l'approfondimento dell'Unione [...]*» (cfr. le conclusioni dell'A.G. nella causa C-77/05, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Consiglio dell'Unione europea*, p. 83; e nella causa C-137/05, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Consiglio dell'Unione europea*, già cit. sub n. 64, p. 77).

³⁷⁰ Si ricorda come nel momento in cui l'A. scriveva il brano citato, ci si trovava in una fase piuttosto avanzata della negoziazione del progetto di Trattato Costituzione, che l'anno successivo sarebbe definitivamente fallito, nel corso della fase di ratifica. L'A, in proposito si esprimeva come segue: «[...] *although in the course of that evolutionary process the relationship has widened and deepened, its fundamentals have not been altered; nor would they be, by a new Constitution based on the Draft Treaty which was prepared by the Convention on the Future of Europe and which, at the time of writing, remains the subject of negotiations within the Intergovernmental Conference convened under the Italian Presidency in October 2003*» (**DASHWOOD A.**, *The Relationship...*, già cit. sub n. 365, p. 355).

³⁷¹ Sul punto si vedano anche, dello stesso autore: **DASHWOOD A.**, *States in the European Union*, *European Law Review*, 23, 1998, p. 201-216; e **DASHWOOD A.**, *The Draft EU Constitution – First Impressions*, *CYELS*, 2002, p. 395-419.

(ii) i principi di sussidiarietà e proporzionalità; (iii) il carattere limitato delle competenze esclusive dell'Unione; (iv) l'assetto pratico di questo complesso di relazioni, quale espresso nei processi decisionali comunitari, implicanti la partecipazione diretta degli Stati membri attraverso i propri rappresentanti nel Consiglio; (v) l'impatto della giurisprudenza della Corte di giustizia sul sistema di relazioni in parola, in particolare nell'enunciazione dell'effetto diretto e del primato del diritto comunitario. Infine, Dashwood collocava tra gli elementi fondamentali anche (vi) la *differenziazione*, in quanto tale caratterizzante i meccanismi disciplinanti l'attribuzione delle competenze all'Unione ed *essenziale* componente giuridica definitoria dell'ordinamento dell'Unione. Stanti i presupposti metodologici prescelti da Dashwood per la propria indagine, ne conseguiva che anche la *differenziazione* costituiva una delle caratteristiche prime, o meglio *essenziali*, della complessa struttura delle relazioni tra l'UE ed i suoi membri.³⁷²

160. La *differenziazione* veniva definita dall'Autore quale elemento rintracciabile nel sistema comunitario sin dai suoi esordi, per quanto elevata a principio organizzativo dell'ordinamento solo a partire dal Trattato di Maastricht.³⁷³ Essa, inoltre, presentava tre principali forme di manifestazione, non di rado coesistenti, cui corrispondevano una pluralità di definizioni operative. Si trattava, in particolare: della *differenziazione strutturale*, espressa nella struttura a pilastri a quel tempo caratterizzante l'ordinamento;³⁷⁴ della *differenziazione*

³⁷² Gli elementi menzionati costituiranno oggetto d'indagine più approfondita nel corso presente scritto. In ragione delle specifiche premesse teoriche adottate, che saranno immediatamente esposte, sarà inoltre dedicata particolare attenzione al principio di attribuzione, così come ai principi disciplinanti l'esercizio delle competenze dell'Unione.

³⁷³ DASHWOOD A., *The Relationship...*, già cit. sub n. 365, p. 362.

³⁷⁴ Cfr., in particolare, HARMSEN R., *A European Union of Variable Geometry: Problems and Perspectives*, già cit. sub n.111, p. 129-131: l'A. introduce il concetto di *structural variability* con riferimento alla nuova soluzione strutturale a pilastri, introdotta proprio dal Trattato di Maastricht. Tale struttura seguiva il principio fondamentale secondo il quale settori politici diversi dovessero essere governati da regole decisionali diverse, ferma l'esclusione di un trattamento discriminatorio nei confronti dei vari Stati membri. Cfr. anche AVBELJ M., *Revisiting Flexible Integration in Times of Post-enlargement and the Lustration of European Constitutionalism*, *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, 2008, p. 132-151, in particolare a p. 136. L'A. evidenzia il possibile collegamento tra la differenziazione strutturale/istituzionale e le istanze di differenziazione incidenti sulla sfera di applicazione soggettiva del diritto sostanziale (che, come menzionato, Dashwood definisce *differenziazione partecipativa* o *flessibilità*). Egli richiama anche come già nel Trattato di Maastricht il legislatore comunitario aveva accostato all'introduzione di regimi regolatori differenziati di ampi settori politici la previsione di soluzioni istituzionali differenziate: «[i]ndeed, with the creation of EMU in which not all Member States participated,

procedurale, definibile come l'insieme delle tecniche di produzione normativa discostantisi dal c.d. *metodo comunitario* in senso stretto,³⁷⁵ e, infine, della differenziazione *partecipativa* o *flessibilità*. Quest'ultima, a ben vedere sottocategoria della differenziazione *procedurale*, concerneva i casi in cui l'azione normativa dell'Unione fosse realizzata senza la partecipazione di taluni degli Stati membri e l'esclusione di questi ultimi dalla disciplina comune si caratterizzasse per essere potenzialmente in grado di durare per un tempo indeterminato.³⁷⁶

due to either objective or subjective reasons, with the British opting out from the Protocol on Social Policy, and finally with the conclusion of the Schengen Agreement by only some Member States outside the Community framework, the lines of different regulatory regimes in larger policy fields with necessarily adjusted institutional solutions were drawn up, foreshadowing the advent of fully-blown differentiated integrations».

³⁷⁵ Ad esempio, l'Autore citava le previsioni al Titolo VII, Parte Terza, del Trattato CE, concernenti la politica economica e monetaria. Sul punto, si rinvia per una più ampia trattazione a **DE WITTE B.**, *Institutional Variations across Policy Fields in the Evolution of European Union Law*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2013, p. 4465-471. Cfr. anche **BARATTA R.**, *Commento all'art. 2 TFUE*, già cit. sub n. 227, p. 369-376, con riferimento alla clausola passerella generale in tema di passaggio dall'unanimità alla maggioranza qualificata e dalla procedura legislativa speciale a quella ordinaria (art. 48, par. 7, TUE) ed alle altre disposizioni dei trattati che introducono clausole passerella *speciali* applicabili a specifici settori di competenza (ad esempio, gli artt. 81, par. 3; 153, par. 2; 192, par. 2; e 333, par. 1 e 2, TFUE, specificamente riguardanti l'esercizio delle competenze non esclusive dell'Unione ricorrendo allo strumento della cooperazione rafforzata; cfr. anche l'art. 31, par. 3, TUE).

³⁷⁶ In ciò la *differenziazione partecipativa* si distingueva nettamente dal fenomeno delle deroghe temporanee eventualmente previste nella sfera di applicazione soggettiva della disciplina comune, le quali si risolvevano in regimi eccezionali accordati in occasione dei periodi transitori e che da sempre caratterizzavano i trattati di accessione. Gli esempi di *flessibilità* citati dall'Autore concernevano piuttosto le previsioni introdotte a livello primario dai Protocolli al Trattato sull'Unione europea comportanti la non partecipazione del Regno Unito e della Danimarca alla moneta unica, così come le previsioni concernenti il trattamento differenziato del Regno Unito, Irlanda e Danimarca nel Protocollo allegato al Trattato di Amsterdam, integrante il c.d. *acquis* di Schengen nel sistema dell'Unione (su cui si rinvia all'analisi svolta *infra* al Paragrafo 3.3.1). Infine, l'Autore sottolineava la significativa novità introdotta dal Trattato di Amsterdam, che aveva previsto a livello di diritto primario specifiche previsioni concernenti lo strumento della cooperazione rafforzata. Il nuovo meccanismo di differenziazione, si caratterizzava per il fatto di permettere ad una massa critica (ossia ad un numero minimo) di Stati membri di adottare, in base ad autorizzazione del Consiglio concessa nel rispetto delle rigorose condizioni sostanziali e procedurali fissate dai Trattati, una disciplina soggettivamente differenziata riconducibile alla categoria del diritto derivato dell'Unione. La procedura poteva essere attivata per esercitare qualunque competenza del primo e del terzo "pilastro" che non ricadesse tra quelle esclusivamente riservate all'Unione. Lo strumento della cooperazione rafforzata permetteva dunque ad un gruppo di Stati membri di avanzare nel livello di integrazione, esercitando le basi giuridiche ed

161. La *differenziazione partecipativa* o *flessibilità*, che più correttamente deve denominarsi *integrazione differenziata*, come si argomenterà più estesamente nel corso del prossimo capitolo, costituisce l'oggetto centrale dell'analisi proposta nel presente scritto.³⁷⁷ Essa non risulta menzionata nei Trattati o in altro atto di diritto dell'Unione, e pertanto la sua definizione ha costituito l'oggetto di un intenso dibattito politico e dottrinale. La sua perdurante qualificazione in termini di elemento costitutivo dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, ossia la persistente essenzialità dalla sua creazione sino al momento attuale del processo integrativo, così come i limiti applicativi che la contraddistinguono, ne costituiscono invece i parametri di analisi.³⁷⁸ Difatti, se la sovranità nazionale è stata sicuramente incisa nel corso del processo integrativo, e questo è un dato che si registra in misura sempre più significativa, essa non è mai venuta meno né ha mutato la sua natura, diventando qualcosa di altro.³⁷⁹ Di conseguenza, la *differenziazione* che su di essa si fonda, sin dall'origine si è posta e continua tutt'ora a porsi quale elemento *essenziale* delle dinamiche integrative.³⁸⁰ Alla luce di tali tesi, che verranno successivamente meglio argomentate, si ritiene di proporre una lettura giuridicamente rigorosa degli istituti in cui la differenziazione ha trovato e trova tutt'ora espressione, soffermandosi in particolare sulla recente scelta di farvi ricorso nel contesto dell'armonizzazione della tutela

avvalendosi del sistema istituzionale dell'Unione, senza però incidere la sfera giuridica degli Stati membri che non vi volessero partecipare. Ferma la natura giuridica comunitaria della normativa così introdotta, essa si discostava dal modello dell'unità ed unicità dell'azione comune.

³⁷⁷ Cfr. *infra*, i Capitoli 3 e 4.

³⁷⁸ Cfr. anche **ARNULL A., DASHWOOD A., ROSS M. G., WYATT D. A., SPAVENTA E., DOUGAN M.**, *Wyatt and Dashwood's European Union Law*. già cit. sub n. 174, in particolare a p. 132, ove «[the] *ability to marry the novel supernational character of European integration with the continued centrality of the still- sovereign MS*» viene identificata quale integrante al contempo il maggiore dei pregi e la più grande delle fragilità dell'UE in quanto «*constitutional order of States*».

³⁷⁹ Cfr. **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution de l'ordre juridique ...* già cit. sub n. 37, in particolare a p. 313.

³⁸⁰ Ciò, si crede, resterà fermo quantomeno finché l'ordinamento dell'Unione non evolverà *effettivamente* e definitivamente in termini federali, ossia finché non si assisterà all'eliminazione effettiva, almeno parziale, della sovranità degli Stati membri.

brevettuale, nel caso del c.d. Pacchetto che introduce un brevetto europeo con effetto unitario (altrimenti detto “Pacchetto brevetti”).³⁸¹

162. L'indagine qui proposta presenta delle specifiche giustificazioni di carattere teorico-giuridico, che si sommano e si intrecciano alle modifiche normative che hanno interessato l'ordinamento dell'Unione nell'abbondante decennio trascorso tra la stesura dell'articolo di Dashwood e l'attuale momento storico. Durante questo periodo, infatti, sono state proposte molteplici varianti all'approccio dottrinale e politico alla differenziazione. Per poter compiutamente analizzare queste ultime si ritiene fondamentale una ricognizione ed un raffronto con le diverse teorie dell'integrazione differenziata che ne hanno accompagnato la concettualizzazione e l'introduzione, così come a loro volta basate su una *certa* concezione dell'ordinamento giuridico comunitario. In proposito, si evidenzia come l'articolo in commento mancava di identificare con sufficiente chiarezza le premesse teoriche e metodologiche a supporto della (corretta) conclusione nel senso del carattere essenziale della differenziazione. Per le stesse ragioni, come si avrà modo di illustrare nel prosieguo del presente lavoro, la stessa critica può esprimersi nei confronti della più ampia parte delle analisi dottrinali che postulano tale carattere. Questa carenza presenta rilevanti ricadute sulla corretta analisi giuridica degli strumenti normativi di differenziazione, con particolare riferimento agli eventuali profili di illegittimità del loro impiego. A questa carenza, si ritiene, è possibile ricondurre anche la confusa distinzione, cui si è fatto cenno poc'anzi, tra le nozioni di differenziazione *partecipativa* e *strutturale*. Invero, come si avrà modo di discutere, assai di rado la categorizzazione delle varie forme di integrazione differenziata ha seguito dei criteri rigorosi sotto il profilo giuridico ed al contempo neutri sotto quello politico.

163. In altri termini, si avverte qui la necessità di giustificare più rigorosamente la saldatura tra la persistenza delle sovranità nazionali e l'essenzialità all'ordinamento UE delle diverse forme di

³⁸¹ In inglese “*Unitary Patent Package*”. Il Pacchetto, che è stato descritto *supra* nel Paragrafo 1.2.2 è composto dai seguenti atti normativi: i Regolamenti UE No. 1257/2012 e No. 1260/2012 (in GU L 361/89 del 31/12/12, rispettivamente p. 1-8 e p. 89-92), adottati tra 26 Stati membri (tutti, esclusa la Spagna e la Croazia) in base alla decisione del Consiglio No. 2011/167/UE del 10 marzo 2011, che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria (in GU L 76 del 22.3.2011, p. 53-55); e l'Accordo su un Tribunale Unificato dei Brevetti (TUB), concluso il 19 febbraio 2013 tra 25 Stati Membri dell'Unione europea (tutti, tranne la Polonia, la Spagna e la Croazia), il quale non è ancora entrato in vigore (il testo dell'Accordo può essere consultato in GU C 175, del 20 giugno 2013, p. 1-40).

differenziazione, ed in particolare di quella *partecipativa*. A tal fine, si ritiene d'uopo procedere ad una ricostruzione preliminare della dinamica dei rapporti tra Unione e Stati membri, basata sull'approccio sviluppato dalla dottrina *pluralista* del diritto internazionale.³⁸² Quest'ultima si pone come una prospettiva che, senza negare le origini internazionalistiche del sistema, consente comunque di tenere in piena considerazione la sua dimensione *comunitaria*. Questo dato trova espressione nell'affermazione che la nascita dell'ordinamento giuridico comunitario deve riscontrarsi *a valle* del disegno tracciato dalla Corte di giustizia,³⁸³ «*massimo ideologo dell'ordinamento comunitario quale ordinamento a sé stante*».³⁸⁴ In altre parole, se è vero che la nascita

³⁸² «[...] qui valorise l'existence d'un diaphragme s'entreposant, en principe, entre droit international et droit(s) interindividuel(s)», così **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit. sub. n. 37, p. 305. Cfr anche **ARANGIO-RUIZ G.**, *Dualism Revisited. International Law and Interindividual Law*, già cit. sub n. 36, in particolare p. 987 ss, citato dall'Autore, sub nota 13, p. 304; e **MORELLI G.**, *Nozioni di Diritto Internazionale*, CEDAM, Padova, 1967. Per i fondamenti della dottrina dualista, si rinvia a **TRIEPEL H.**, *Diritto internazionale e diritto interno. Traduzione italiana con note a cura del Prof. G.C. Buzzatti*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1912; **ANZILOTTI D.**, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905, riprodotto in **ANZILOTTI D.**, *Opere di Dionisio Anzilotti. Scritti di diritto internazionale pubblico, Tomo I*, CEDAM, Padova, 1956, p. 281 ss. Infine, sempre sul tema, appare fondamentale il rinvio a **PICCHIO FORLATI L.**, *La neutralizzazione degli effetti di atti amministrativi contrari al diritto comunitario*, Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali, 1978, p. 200-231, così come alla ulteriore bibliografia dell'A. che si avrà occasione di citare nel prosieguo del presente capitolo.

³⁸³ Il riferimento è sempre a **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit. sub. n. 37. Il saggio citato è inserito in una raccolta di studi curata dall'A. in onore della Professoressa Laura Picchio Forlati, fino all'anno 2011 titolare della cattedra di diritto internazionale e di diritto comunitario presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università di Padova. Presso la stessa università l'Autrice aveva cominciato la propria carriera accademica, sotto la guida del Professor Gaetano Arangio-Ruiz. Il saggio citato, in particolare, costituisce un'elaborazione ulteriore della lettura che costei argomentava a proposito delle relazioni tra ordinamento giuridico dell'Unione ed ordinamenti interni degli Stati membri. Ad essa l'Autrice aveva dedicato la lezione di apertura (*prolusione*) del settecentottantesimo anno accademico dell'Università di Padova, nel 2003. La prolusione è riprodotta in **PICCHIO FORLATI L.**, *Il fondamento giuridico dell'Unione europea: Trattato o Costituzione?*, già cit. sub n. 38, p. 1377-1386.

³⁸⁴ L'espressione è di **PICCHIO FORLATI L.**, *La partecipazione al dialogo ...* già cit. sub n. 38, p. 799-811, in particolare a p. 805. Cfr. anche **RASMUSSEN M.**, *From Costa v ENEL to the Treaties of Rome: A Brief History of a Legal Revolution*, in **POIARES MADURO M.**, **AZULAI L.** (eds), *The Past and the Future of EU Law*, *The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, 2010, p. 69-85, in particolare alle p. 70-71, e 78. Secondo l'A., in un contesto ancora dominato da logiche intergovernative (si pensi al famoso fenomeno noto alla storia come *compromesso di Lussemburgo*, avvenuto nel 1966), la Corte avrebbe spinto per un'evoluzione di tipo *federalista* del progetto comune. Il coronamento di tali sforzi sarebbe stata una vera e propria rivoluzione giuridica, con la precisazione che:

dell'ordinamento in parola non può rintracciarsi direttamente nelle pronunce c.d. *fondative* della Corte,³⁸⁵ poiché a tale giurisprudenza non può che attribuirsi un valore programmatico,³⁸⁶ essa non può nemmeno ricercarsi nelle sole norme del Trattato di Roma.

«this argument does not necessarily claim that the ECJ acted outside its role as a court, only that the ECJ in its jurisdiction in the legal revolution consistently chose one particular interpretation of the EEC Treaty over the alternatives». Simile è anche l'approccio di Pernice (**PERNICE I.**, *Costa v ENEL and Simmenthal: Primacy of European Law*, già cit. sub n. 40, in particolare a p. 52). L'A. attribuisce direttamente alla volontà degli Stati membri e dei propri cittadini l'introduzione del principio dell'effetto diretto e del primato del diritto comunitario, così come interpretati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, rispettivamente nelle sentenze *van Gend en Loos* e *Costa contro Enel*, entrambe già cit. sub n. 40. Il primo indizio della volontà di rovesciare quella che l'Autore definisce come la "vecchia logica westfaliana di diritto internazionale" sembra doversi individuare, perciò, già nell'articolo 189 del Trattato di Roma.

³⁸⁵ Il riferimento è evidentemente alle pronunce rese dalla Corte nei casi *van Gend en Loos*, e *Costa c Enel* entrambi già cit. sub n. 40. Sulla sentenza *van Gend en Loos*, cfr., *ex multis*, **DE WITTE B.**, *The Continuous Significance of Van Gend en Loos*, in POIARES MADURO M., AZULAI L. (eds), *The Past and the Future of EU Law*, già cit. sub n. 384, p. 3-9; Editorial Comments. *Reflections on the state of the Union 50 years after Van Gend en Loos*, *Common Market Law Review* 50, 2013, p. 351-358; **FENNELLY N.**, *The European Court of Justice and the Doctrine of Supremacy: Van Gend en Loos; Costa v ENEL; Simmenthal*, in POIARES MADURO M., AZULAI L. (eds), *The Past and the Future of EU Law*, p. 39-47; **MAYER F.**, *Van Gend en Loos: The Foundation of a Community of Law*, in POIARES MADURO M., AZULAI L. (eds), *The Past and the Future of EU Law*, già cit. sub n. 384, p. 9-16; **PESCATORE P.**, *Van Gend en Loos, 3 February 1963 – A view from Within*, in POIARES MADURO M., AZULAI L. (eds), *The Past and the Future of EU Law...*, già cit. sub n. 384, p. 1-3; **BOBEK M.**, *The Effects of EU law in the national legal systems*, in BARNARD C., PEERS S. (eds), *European Union Law*, OUP, 2014, p. 140-173; **PRINSSSEN J. M.**, **SCHRAUWEN A.**, *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, Groningen, 2002.

³⁸⁶ **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit. sub n. 37, in particolare a p. 305. Del pari, ci si discosta dalla dottrina maggioritaria che accoglie, sulla base delle pronunce *fondative* della Corte, una lettura *monista* dei rapporti tra diritto nazionale e diritti interindividuali. Al di là delle specifiche giustificazioni teoriche alla base della lettura monista, si tratta di un approccio che finisce per scontrarsi non solo con l'atteggiamento *dualista* delle corti costituzionali degli Stati membri, ma anche con la giurisprudenza successiva della stessa Corte di giustizia. L'ultimo riferimento è evidentemente alla Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, già cit. sub n. 368. La sentenza in parola rappresenta un vistoso *revirement* rispetto alla prospettiva, comunemente definita *monista*, assunta dal Tribunale nella sentenza di primo grado sulla medesima causa (cfr. Sentenza del Tribunale di primo grado (Seconda Sezione ampliata) del 21 settembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, causa T-315/01, in *Racc.* 3649). Cfr. anche la Sentenza della Corte (grande sezione) del 18 luglio 2013, *Commissione europea e altri contro Yassin Abdullah Kadi*, cause riunite

C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, e la Sentenza della Corte (grande sezione) del 16 novembre 2011, *Bank Mellé Iran contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-548/09 P, in *Racc.*11381. Sul caso *Kadi* e sull'approccio *dualista* accolto dai giudici comunitari in ultima istanza, si rinvia a **CONFORTI B.**, *Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di primo grado*, il Diritto dell'Unione europea, 2006, p. 333-345; **AUST A.**, *Kadi: Ignoring International Legal Obligations*, *International Organizations Law Review*, 2009, p. 293-298; **WOUTERS J.**, *The tormented relationship between international law and EU law*, in BEKKER P.H.F., DOLZER R., WAIBEL M., *Making Transnational Law Work in the Global Economy, Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 198-221, in particolare a p. 215 ss. L'A. riconduce la difficoltà ricostruttiva delle relazioni tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea alla natura *sui generis*, rispetto alle altre organizzazioni internazionali ed agli altri soggetti giuridici internazionali, che deve essere attribuita all'ordinamento dell'Unione. L'A., inoltre, tende a collocare il giudizio in commento nel contesto di una più generale reticenza recentemente manifestata dalla Corte di giustizia verso l'applicazione del diritto internazionale, consuetudinario e pattizio: il riferimento è segnatamente alla Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 giugno 2008, *The Queen, su istanza di International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e altri contro Secretary of State for Transport*, causa C-308/06, in *Racc.* 4057, p. 47-54. Cfr. anche **JOHNSTON A.**, *Frozen in Time? The ECJ Finally Rules on the Kadi Appeal*, *Cambridge Law Journal*, 2009, p. 1-4; **DE BÚRCA G.**, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, *Jean Monnet Working Paper*, New York University School of Law, n. 1/09, la quale ammette la possibilità di un sindacato della Corte sulle decisioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, ma soltanto alla luce dei principi di tutela dei diritti umani riconducibili al diritto internazionale generale od alle tradizioni costituzionali degli Stati; nello stesso senso cfr. **HALBERSTAM D.**, **STEIN E.**, *The United Nations, the European Union, and the King of Sweden. Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order*, *Common Market Law Review*, 2009, p. 13 ss, in particolare a p. 68; cfr. anche **ECKES C.**, *International Law as Law of the EU: The Role of the Court of Justice*, *CLEER Working Papers* 2010/6, **PIRRONE P.**, *Attuazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza contro il terrorismo e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario. La sentenza della Corte di giustizia relativa ai casi Kadi e Al-Barakaat*, *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2009, p. 55-84; **CANNIZZARO E.**, *Security Council Resolutions and EC Fundamental Rights. Some Remarks on the ECJ Decision in the Kadi Case*, in *Yearbook of European Law*, 2010, p. 593-600; **CREMONA M.**, *EC Competence, 'Smart Sanctions', and the Kadi Case*, *NJIL*, 2010, p. 559-592; **HILPOLD P.**, *EU Law and UN Law in Conflict. The Kadi Case*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2009, p. 141-181; **DAILLIER P.**, *Contribution au débat entre monisme et dualisme de l'ordre juridique de l'Union européenne*, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2009, p. 394-396. Per una esaustiva analisi del quadro complessivo delle relazioni tra Unione, diritto internazionale e Stati membri, premessa ad un'analisi specificamente concernente il settore del diritto internazionale privato, si rinvia a **CREMONA M.**, *A Triple Braid – interactions between international law, EU law and private law*, in CREMONA M., MICKLITZ H.-W. (eds.), *Private Law in the External Relations of the EU*, Oxford University Press, Oxford 2016.

SEZIONE 2.1: SUI PRESUPPOSTI TEORICI: DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E *PLURALISMO* GIURIDICO

164. La prospettiva *pluralista* riscontra e giustifica l'instaurazione del nuovo ordinamento giuridico *interindividuale* dell'Unione europea nell'accettazione effettiva, da parte degli Stati membri, di forme di esercizio condiviso della propria (effettiva) sovranità. Questa accettazione è definita *effettiva*, in quanto trova manifestazione nell'effettivo arretramento degli ordinamenti nazionali interni di fronte al diritto comunitario. Il processo d'integrazione si caratterizza, di conseguenza, per essere un processo di *autocostituzione*, intervenuto nello spazio creato, o meglio, *lasciato* dagli ordinamenti statali, a favore del nuovo ordinamento interindividuale europeo.³⁸⁷ In questi termini, si registra come gli Stati membri, abbiano effettivamente accettato, nelle materie rispetto alle quali essi hanno attribuito all'istituzione comunitaria competenze pubblicistiche di carattere normativo, amministrativo e giurisdizionale, che le proprie relazioni giuridiche con gli individui, soggetti primari *anche* del nuovo ordinamento, trovassero regolamentazione diretta ed in via di *primato* al suo interno.³⁸⁸
165. Una lettura *pluralista* presenta innanzitutto il pregio di mettere in luce due caratteristiche strutturali del sistema, cui risulta inestricabilmente legato il dato della persistente sovranità degli Stati membri, e così della *differenziazione* quale elemento essenziale del sistema.³⁸⁹ Queste caratteristiche strutturali sono: (i) la natura *anche* ed *innanzitutto* di diritto internazionale del processo di integrazione europea, mai

³⁸⁷ Cfr. **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit. sub n. 37, in particolare alle p. 307-328.

³⁸⁸ Conseguenze logicamente alle premesse adottate nel definire il concetto di sovranità che: «[c]'est l'utilisation effective des compétences prévues per un traité qui importe, pour l'appréciation de l'effectivité d'un ordre juridique prévu par ce traité». Così **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit. sub n. 37, p. 305, *sub* nota 17, rinviando, sulla necessità di adottare codesto approccio teorico a **PICCHIO FORLATI L.**, *La partecipazione al dialogo...*, già cit. sub n. 38, p. 801 ed a **PICCHIO FORLATI L.**, *Il fondamento giuridico...*, già cit. sub n. 38, p. 1378.

³⁸⁹ Sicché non si prova imbarazzo, in un'ottica pluralista, di fronte alle diverse costruzioni teoriche dei rapporti tra l'ordinamento comunitario e quello di appartenenza sviluppate dalle Corti costituzionali nazionali, così come rispetto al tema dell'operatività del diritto internazionale negli "interstizi" del diritto dell'Unione europea, su cui **KUIJPER P. J.**, *From the board. International Law in the Case Law of the Court of Justice: Recent Trends*, Legal Issues of Economic Integration, 2014, p. 1-8; **WOUTERS J.**, *The tormented relationship between international law and EU law*, già cit. sub n. 386, in particolare a p. 204.

smenita dalla giurisprudenza della Corte,³⁹⁰ (ii) il carattere necessariamente *reversibile* della limitazione (*rectius* autolimitazione) di sovranità cui gli ordinamenti nazionali sovrani si sono prestati, in effettiva aderenza al disegno della Corte di giustizia.³⁹¹ Tali caratteristiche collocano, a loro volta, alla base dell'ulteriore carattere strutturale – talora definito pertanto, a sua volta, elemento *costituzionale* ed *essenziale* – della *autonomia* dell'ordinamento, che si caratterizza per la sua dinamicità.

166. A supporto di quanto affermato, si ritiene di sostenere la posizione che interpreta in chiave critica le affermazioni di principio avanzate dalla Corte di giustizia in *Costa contro Enel*, laddove si dichiarava che: «il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia».³⁹² L'accostamento della categoria

³⁹⁰ Cfr. **PICCHIO FORLATI L.**, *Il diritto dell'Unione europea fra ...* già cit. sub n. 39, p. 461-473; **PICCHIO FORLATI L.**, *Il fondamento giuridico dell'Unione europea...*, già cit. sub n. 38, p. 1377-1386.

³⁹¹ Questi rilievi sembrano, al contrario sfuggire, alla lettura secondo la quale: «[i]ntegration leading away from public international law towards the Community system of shared sovereignty changed the EC as much as the Member States. The former evolved from an international treaty to legal order of a constitutional nature. The latter gradually opened themselves to the exercise of public power from outside their territory. Thereby, the old dichotomy of public international law and national law with its distinguishing feature of territorial reach of national law became increasingly less important. The dichotomy was replaced by an evolving network of structures for the exercise of public power in a system of shared sovereignty. The first and most visible aspect thereof was the creation of a judicial network of courts. The second aspect of shared sovereignty, the integration of the legislative and executive power, became increasingly structured in networks which have often evolved beyond formally set rules in the founding Treaties [...]». Cfr. **HOFMANN H. C.**, *Conflicts and Integration: Revisiting Costa v ENEL and Simmenthal II*, già cit. sub n. 40, p. 60-69, a p. 63.

³⁹² Cfr. *Costa contro Enel*, già cit. sub n. 40, p. 1129. Cfr. anche le Conclusioni dell'Avvocato Generale Lagrange, del 25 giugno 1964, nella causa *Costa contro Enel*, in *Racc.* 1155. La maggior parte della dottrina riconduce all'affermazione della Corte dell'autonomia del diritto dell'Unione una lettura *monista* dei rapporti tra ordinamento comunitario e degli Stati membri. Si è già citato Hofmann (**HOFMANN H. C.**, *Conflicts and Integration...*, già cit. sub n. 40); cfr. in proposito anche l'analisi di Tesauro (cfr. **TESAURO G.**, *Diritto dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2012, a p. 192), ove si sottolinea il mutamento di approccio della Corte rispetto a quello tenuto negli anni addietro (in particolare rispetto a quello che si rinviene nella Sentenza della Corte del 15 luglio 1960, *Repubblica italiana contro l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, causa 20-59, in *Racc.* 645, p. 662, ed alla giustificazione, offerta dalla Corte in quel contesto, all'immediata applicabilità di certe norme del Trattato CECA, in virtù della recezione delle stesse del diritto interno degli Stati membri, con la ratifica del Trattato.). L'Autore conclude che, in *Costa contro Enel*, «il diritto comunitario prevale in virtù di una forza propria,

concettuale della definitività, nel senso dell'irreversibilità del *trasferimento* (*rectius* arretramento) delle competenze,³⁹³ all'elemento

secondo una visione monista del rapporto tra norme comunitarie e diritto interno». Si tratta, peraltro, di una visione sostanzialmente criticata dallo stesso nel prosieguo dello scritto (cfr. in particolare le p. 204-205).

³⁹³ Senonché, dal punto di vista del diritto internazionale, anche prima dell'introduzione dell'art. 50 TUE, ad opera del Trattato di Lisbona, doveva ammettersi la possibilità per gli Stati membri di abbandonare l'Unione. Da un lato, infatti, pur in assenza di norme esplicitamente loro attribuenti un diritto di recesso, gli Stati avrebbero sempre potuto ricorrere alla clausola *rebus sic stantibus*, di cui all'art. 56 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (cfr. **TESAURO G.**, *Diritto dell'Unione europea*, già cit. sub n. 392, p. 93). Dall'altro, a prescindere dall'esistenza di cause generali o specifiche di recesso, così come dal loro rispetto, l'eventuale illiceità della fuoriuscita dall'Unione, con *actus contrarius* ai Trattati originari, non ne avrebbe impattato l'efficacia. Così precisa condivisibilmente Cortese (in **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit., sub n. 37, p. 314). Nello stesso senso, l'A. richiama anche la prospettiva di Weiler, il quale, pur muovendo da differenti premesse teoriche, si esprimeva in termini analoghi agli esordi degli anni Novanta (cfr. **WEILER J.H.H.**, *The Transformation of Europe*, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 8, Symposium: International Law, 1991, p. 2403-2483). Le stesse conclusioni vengono estese dall'A. in commento alla Dichiarazione n. 17 sul Primato, allegata all'atto finale della Conferenza Intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona. Essa appare dotata di un valore meramente obbligatorio sul piano internazionale, non determinando in sé effettiva (né tantomeno definitiva) accettazione delle limitazioni di sovranità a vantaggio dell'UE da parte degli Stati membri; nemmeno, si aggiunge, il fatto che essa integri un'importante conferma dell'effettivo verificarsi del processo di *autocostituzione* che si sta descrivendo sarebbe in grado di rendere lo stesso processo *ex post* irreversibile. Tale lettura si porrebbe innanzitutto in contraddizione con la scelta di formalizzare al nuovo art. 50 TUE la c.d. *clausola di uscita*. In secondo luogo, essa si scontrerebbe con la scelta della Conferenza Intergovernativa di allegare alla Dichiarazione, il parere redatto dal Servizio giuridico del Consiglio avente ad oggetto il primato del diritto comunitario (cfr. parere del 22 giugno 2007, riportato nel documento 11197/07 JUR 260), che recita: «[d]alla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata (*Costa contro ENEL*, 15 luglio 1964, causa 6/64) non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia» (note omesse). La posizione per cui il principio in commento è *insito* nella *natura specifica* della Comunità, non esclude che quest'ultima si sia instaurata in via di *autocostituzione*. Una prima ipotesi di ricorso alla clausola di cui al nuovo art. 50 TUE ha fatto seguito alla volontà, espressa dal popolo del Regno Unito nel *referendum* del 23 giugno 2016 relativo alla sua fuoriuscita dall'Unione europea (c.d. *Brexit*). Il caso, tuttavia, risulta notevolmente complesso, dal momento che s'intreccia con la questione di diritto interno, concernente l'istituzione competente ad esprimere la volontà di fuoriuscita dello Stato. Nel caso del Regno Unito, difatti, l'Alta Corte di giustizia, con sentenza del 3 novembre 2016, ha concluso nel senso della necessità dell'approvazione del Parlamento inglese al processo di uscita (cfr. Sentenza della High Court of Justice - Queen's Bench Division - 3.11.2016, R (Miller) v Secretary of State for Exiting the EU, poi sostanzialmente confermata dalla sentenza della

della sovranità statale, si rivela infatti una contraddizione in termini in una prospettiva di diritto internazionale, costituendo la sovranità un elemento da valutare *essenzialmente* in termini fattuali.³⁹⁴ Di conseguenza, deve ammettersi che l'integrazione effettiva del nuovo ordinamento giuridico comunitario con gli ordinamenti nazionali dei propri membri, determinando la nascita di una nuova dimensione sovrana in ambito regionale europeo, non ha comportato la definitiva rimozione delle sovranità nazionali integrate in corrispondenza del proprio ambito di applicazione soggettivo e oggettivo. L'elemento della sovranità nazionale, pertanto, risulta *inciso* unicamente in conseguenza di una volontaria opera di ritrazione degli ordinamenti nazionali, che per definizione si pone sempre come reversibile.³⁹⁵

Supreme Court, 24.1.2017, R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant). Sulla questione, si rinvia alla lettura di EDITORIAL COMMENT, *Withdrawing from the "ever closer union"?*, Common Market Law Review, 2016, p. 1491-1500 e **HESTERMEYER H.**, *How Brexit Will Happen: A Brief Primer on European Union Law and Constitutional Law Questions Raised by Brexit*, Journal of International Arbitration, 2016, p. 429-450; **BARNARD C.**, *Law and Brexit*, Oxford Review of Economic Policy, 2017, p. S4-S1.

³⁹⁴ Secondo la nozione di sovranità accolta da Arangio-Ruiz, «[d]iversamente dalle persone giuridiche e dagli altri enti artificiali del diritto interno, i quali nascono come strutture giuridiche mediante atti giuridici pubblici o privati, e diversamente dallo stesso Stato nel senso del diritto interno, la cui istituzione coincide con la formazione dell'ordinamento giuridico della comunità, gli Stati quali persone di diritto internazionale nascono de facto, permangono in esistenza de facto, e vengono eventualmente modificati o estinti de facto dal punto di vista del diritto internazionale [...] le persone internazionali degli Stati sono invece caratterizzate dall'indipendenza; e l'indipendenza è condizione fattuale, sinonimo, in quanto tale, di sovranità (esterna)» (**ARANGIO-RUIZ G.**, *La Persona Internazionale dello Stato*, già cit. sub n. 38, in particolare alle p. 35 e ss.)

Per la stessa ragione, questa conclusione si ribadisce anche rispetto all'interpretazione dottrinale proposta da von Bogdandy e Bast, la quale si premura di precisare che: «[i]t should be recalled that the conferral of a competence upon the Union does not – according to what has in the meantime become the overwhelmingly majority opinion – lead to a loss of 'ownership' of the competence by the Member State; this potentially 'imperialistic' reading is no longer advocated. Nevertheless, the Member States may be permanently prohibited from exercising significant parts of their powers or may only exercise them within the confines of Union law. Furthermore, the individual Member State has forfeited its right to determine its own competences (*Kompetenz-Kompetenz*) insofar as it is not permitted to extend its powers unilaterally to the detriment of the Union» (cfr. **VON BOGDANDY A., BAST J.**, *The Federal Order of Competences*, in **VON BOGDANDY A., BAST J.**, *Principles of EU Constitutional Law*, Hart, 2010, p. 275- 309, in particolare a p. 285).

³⁹⁵ Una prospettiva analoga è adottata anche da Pernice (in **PERNICE I.**, *Costa v ENEL and Simmenthal: Primacy of European Law*, già cit. sub n. 40, p. 47-60. L'A. sottolinea in modo molto chiaro come al carattere volontario dell'ordinamento in questione si ricollegano direttamente le conseguenze dell'applicazione del principio

167. L'argomento esposto trova ulteriore conferma nel fatto che il processo di *autocostituzione* in parola ha seguito tempistiche ed approcci differenti nei singoli Stati membri. Al di là di certe prese di posizione limitative di alcune corti costituzionali nazionali,³⁹⁶ tesse

di *primauté* del diritto dell'Unione, ossia la sanzione dell'inapplicabilità della disciplina interna incompatibile, in luogo dell'invalidità della stessa.

³⁹⁶ Il riferimento è *in primis* all'atteggiamento della Corte costituzionale italiana che, con approccio espressivo della tradizione *dualista* dell'ordinamento di appartenenza, ha subordinato l'accettazione del primato del diritto dell'Unione al rispetto dei principi fondamentali della Carta Costituzionale; cfr. in proposito *Corte Costituzionale*, sentenza del 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini*, Rivista di Diritto Internazionale, 1974, p. 130; *Corte Costituzionale*, sentenza del 30 ottobre 1975, n. 232, *I.C.I.C.*, Rivista di Diritto Internazionale, 1975, p. 776; *Corte Costituzionale*, sentenza del 5 giugno 1984, n. 170, *Granital*, Rivista di Diritto Internazionale, 1984, p. 360). Cfr. in proposito **SALERNO F.**, *Il neo-dualismo della Corte Costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno*, già cit. sub n. 382; **TIZZANO A.**, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali. Relazione presentata al seminario di studi tenuto presso la Corte costituzionale 'Diritto comunitario e diritto interno', Roma, 20 aprile 2007*, Il Diritto dell'Unione europea, 2007, 734-744, cfr. anche **TIZZANO A.**, *La protection des droits fondamentaux*, Revue du Droit de l'Unione Européenne, 2006, p. 9- 21. Per un approccio ancora più rigido ai rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione, che include e va oltre la dottrina italiana dei *controlimiti*, cfr. anche le sentenze del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, nei casi *Solange I*, del 1974, BVerfGE 37, 271; *Solange II*, del 1986, BVerfGE 73, 339; *Koppenburg* del 1987, BVerfGE 75, 223; *Maastricht* del 1993, BVerfGE 89, 155; *Lissabon* del 2009, 2 BvE 2/08; *Honeywell* del 2010, 2BvR 2661/06. Da ultimo, è importante richiamare l'ordinanza con cui la Corte costituzionale federale tedesca ha operato per la prima volta un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione, relativamente alla conformità della decisione del Consiglio direttivo della Banca centrale europea del 6 settembre 2012 sulle *Outright Monetary Transactions* al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e al Protocollo sullo Statuto del sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea (Cfr. BVerfG, 2 BvR 2728/13, del 14 gennaio 2014, il particolare il par. 102). La Corte di giustizia ha recentemente reso la propria pronuncia nel senso della legittimità della decisione (cfr. Sentenza della Corte (grande sezione) del 16 giugno 2015, *Peter Gauweiler e altri contro Deutscher Bundestag*, causa C-62/14, non ancora pubblicata), non mancando di offrire consistenti rassicurazioni al giudice tedesco, in sede di motivazione (cfr. i p. 97 ss. della sentenza), in ordine alla riconducibilità del programma OMT nei limiti di competenza della BCE. Il *Bundesverfassungsgericht* aveva preannunciato che nel caso in cui le decisioni relative alle OMTs travalicassero il mandato conferito alla BCE o violassero l'articolo 123 TFUE, esso avrebbe dovuto procedere all'accoglimento dei vari ricorsi innanzi a sé pendenti, concernenti l'incostituzionalità delle decisioni relative alle OMTs e così l'inerzia della Bundesregierung e del Deutscher Bundestag dinanzi ad esse, nonché l'accertamento di alcuni obblighi del Deutscher Bundestag nel contesto del relativo procedimento di conflitto di attribuzioni tra organi costituzionali. In particolare, il giudice costituzionale tedesco sottolineava che: «[...] in particolare, facendo riferimento al principio di attribuzione, previsto dall'articolo 5, paragrafi 1 e 2, TUE, che il mandato conferito al SEBC deve essere strettamente limitato per soddisfare le esigenze democratiche e che il rispetto di tali limiti deve essere sottoposto ad un controllo giurisdizionale anche di merito. Dalla giurisprudenza della Corte risulterebbe che l'indipendenza della BCE non osta ad un siffatto controllo, dal momento che tale indipendenza si riferirebbe

unicamente ai poteri che i Trattati conferiscono alla BCE e non alla determinazione dell'ampiezza e della portata del suo mandato (...) inoltre, il fatto che tali decisioni sarebbero soltanto l'annuncio dell'adozione di atti futuri, anche a supporto dimostrato, non rende irricevibili i ricorsi dei ricorrenti nei procedimenti principali, nella misura in cui una tutela giurisdizionale preventiva può essere necessaria, in applicazione delle norme procedurali nazionali, per prevenire il verificarsi di conseguenze irreparabili» (cfr. sentenza della Corte, *Peter Gauweiler*, già cit., p. 8 e 9). Con sentenza del 21 giugno 2016 (2 BvR 2728/13, 21 giugno 2016), *Bundesverfassungsgericht*, finiva per rigettare una parte delle questioni, in quanto inammissibili – stante l'inidoneità del rimedio processuale presceto dai ricorrenti –, mentre giudicava infondate le restanti. A quest'ultimo proposito, la Corte richiamava i propri precedenti giurisprudenziali in punto di *controlimiti*, affermando che sul Parlamento e sul Governo tedesco grava un vero e proprio obbligo di protezione, per il cui adempimento rimane tuttavia un ampio margine di libera decisione politica. Nel caso di specie, tuttavia, sulla base delle «condizioni con cui la CGUE ha puntellato il programma OMT» nella sua sentenza del giugno 2015 (l'espressione è di **FARAGUNA P.**, *La Sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, Diritti comparati. Working paper [Online], 2016, consultabile presso: http://diritto.typepad.com/files/diritticomparati_workingpapers1-2016.pdf), il giudice costituzionale tedesco rigettava come infondata la questione di compatibilità del programma OMT con il *Grundgesetz* (“legge fondamentale”, così come viene denominata la Costituzione tedesca). Data l'ampiezza del tema, per alcuni contributi dottrinali sul caso “OMT” si rinvia a più approfondita dottrina, in particolare: *Editorial Comments, An unintended side-effect of Draghi's bazooka: An opportunity to establish a more balanced relationship between the ECJ and Member States' highest courts*, *Common Market Law Review*, 2014, p. 375-387; **CAPONI R.**, *Salvaguardare l'euro con ogni mezzo? Il primo rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale tedesca*, *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2014, p. 469-478; **PERNICE I.**, *Karlsruhe wagt den Schritt nach Luxemburg*, febbraio 2014, consultabile presso, www.verfassungsblog.de; il fascicolo monografico dedicato alla vicenda dalla rivista tedesca *German Law Journal*, 2014, Issue n. 2, *Special Issue-OMT*, in particolare i contributi di: **BAST J.**, *Don't Act Beyond Your Powers: The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Court's Ultra Vires Review*, p. 167-182 e di **KUMM M.**, *Rebel Without a Good Cause: Karlsruhe's Misguided Attempt to Draw the CJEU into a Game of "Chicken" and What the CJEU Might do About It*, p. 203-216; **GÄRDITZ K.F.**, *Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court*, p.183-202, **PETERSEN N.**, *Karlsruhe Not Only Barks, But Finally Bites – Some Remarks on the OMT Decision of the German Constitutional Court*, p. 321-327; **SCHIEK D.**, *The German Federal Constitutional Court's Ruling on Outright Monetary Transactions (OMT) - Another Step towards National Closure?*, p. 329-342 e **BEUKERS T.**, *The Bundesverfassungsgericht Preliminary Reference on the OMT Program; 'In the ECB We Do Not Trust. What About You?*, p. 343-368; **OLIVITO E.**, *Atto primo: Il Bundesverfassungsgericht rinvia alla Corte di giustizia su OMT e poteri della BCE. Un'occasione per il futuro dell'Unione europea?*, 2014, *Costituzionalismo.it*, consultabile presso: <http://www.costituzionalismo.it/articoli/467/>; **MUNARI F.**, *Da Pringle a Gauweiler: i tormentati anni dell'Unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 723-755; **SNELL J.**, *Gauweiler: some institutional aspects*, *European Law Review*, 2015, p. 133-134; **SCHMIDT R.**, *Die entfesselte EZB*, *Juristenzeitung*, 2015, p. 317-327; **BINDER J.H.**, *Drohende Zentralbankinsolvenz?*, *Juristenzeitung*, 2015, p. 328-336; **MAYER F.C.**, *Die EZB vor Gericht – nächste Runde*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2015, p. 121-122; **MIGLIO A.**, *Dialogo, ma con fermezza: la Corte di giustizia “salva” il programma OMT*, 24/07/2015

principalmente a salvaguardare i principi costituzionali fondamentali dell'ordinamento interno,³⁹⁷ tale processo ha infine trovato piena e generalizzata accettazione, che non sembra messa in dubbio dall'esistenza (e neppure dall'eccezionale attivazione) di dottrine come quella dei *controlimiti* o degli atti *ultra vires*.³⁹⁸ L'integrazione giuridica

<http://www.eurojus.it/dialogo-ma-con-fermezza-la-corte-di-giustizia-salva-il-programma-omt/>.

Sull'importante contributo dei giudici interni nel percorso di *autocostituzione*, si tornerà *infra* al Paragrafo 4.2.3. Nel senso della realizzazione, tramite la collaborazione con i giudici nazionali, di un sistema giudiziario «cripto-federale», che si colloca a valle della prospettiva portata a piena maturazione dalla Corte di giustizia in *Simmenthal* (Sentenza della Corte del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpA Simmenthal*, causa 106/77, già cit. sub n. 252, in particolare p. 21; sostanzialmente accettata dalla Corte costituzionale italiana nella pronuncia *Granital*, già cit.), e tesa ad «[...] *exclure toute interposition entre elle et «des juges de "droit commun" del l'ordre juridique de l'Union»*, si rinvia sempre a **CORTESE B.**, all'op. cit. sub n. 379, in particolare alle riflessioni a p. 305, e 329-334. Sul punto, si legg anche **TIZZANO A.**, *La protection des droits fondamentaux*, già cit. sub n. 396, p. 9- 21

³⁹⁷ Si tratta, del resto, di un atteggiamento assunto dalla stessa Corte di giustizia dell'Unione a salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento interindividuale comuni, nei già menzionati casi *Kadi e Al Barakaat contro Consiglio e Commissione* (cause C-402/05 P e C-415/05 P), *Commissione e.a. Contro Yassin Abdullah Kadi* (cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P), e *Bank Mellé contro Consiglio* (causa C-584/09 P). In proposito si rinvia alla dottrina già richiamata sub n. 386.

³⁹⁸ Cfr **CORTESE B.**, op. cit. sub n. 37, in particolare le p. 319-328. Sul punto cfr. anche **EISEMANN P.M.** (ed.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, Kluwer Law International, The Hague, 1996; **FOCARELLI C.**, *Diritto Internazionale, Vol. 1, Il Sistema degli Stati e i Valori Comuni dell'Umanità*, CEDAM, Padova, 2012, p. 299- 304 e **PERNICE I.**, *Costa v ENEL and Simmenthal: Promacy of European Law*, già cit. sub n. 40, in particolare alle p. 54 ss.

Per un più esteso approfondimento in ordine alle dinamiche dei rapporti tra costituzioni nazionali degli Stati membri e diritto dell'Unione europea, si rinvia alla lettura di **WOUTERS J.**, *National Constitutions and European Union*, Legal Issues of Economic Integration, 2000, p. 25-91, e **CLAES M.**, *Constitutionalising Europe at Its Source: The "European Clauses" in the National Constitutions: Evolution and Typology*, Yearbook of International Law, 2005, p. 81-125, oltre che alla bibliografia ivi citata. Come affermato da De Witte, in **DE WITTE B.**, *EU law: is it international law?*, in BARNARD C., PEERS S. (eds.), *European Union Law*, Oxford, 2014, a p. 179: «[t]he EU (or previously the EC) is also viewed as an international organization under the constitutional law of many Member States [...] the prevalent view, from the perspective of national constitutional law, seems to be that the EU is indeed a creature of international law and therefore an international organization, and that State sovereignty has not been abandoned or shared but rather is being 'exercised in common' within the framework of the Union ». In proposito si vedano anche gli ulteriori contributi dottrinali cui rinvia lo stesso A. sub nota 17, p. 179: **WALKER N.**, *Late Sovereignty in the European Union*, in WALKER N. (eds.), *Sovereignty in Translation*, Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 3-32 e **DE WITTE B.**, *Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition*, in SLAUGHTER

realizzata di conseguenza ha costituito la base per la creazione di un nuovo ordinamento interindividuale effettivamente *autonomo*,³⁹⁹ proprio perché come tale accettato dai suoi Stati membri.⁴⁰⁰

168. Se si accolgono le premesse sino qui esposte, si deve necessariamente ammettere che il processo d'integrazione europeo si caratterizza ulteriormente per la sua intrinseca *dinamicità*, in quanto sempre potenzialmente aperto ad ulteriori evoluzioni.⁴⁰¹ Tale dinamismo si riscontra, in primo luogo, nei percorsi che negli anni passati hanno consentito all'ordinamento comunitario di venire alla luce, pur sempre «*all'ombra*» dei Trattati fondativi e della loro attuazione.⁴⁰² Tali percorsi, rimangono tuttora a disposizione degli Stati membri⁴⁰³ e gli equilibri

A.-M., STONE SWEET A., WEILER J. H. H. (eds.), *The European Court and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, Oxford, 1998.

³⁹⁹ Per una più approfondita analisi del principio di *autonomia* del diritto dell'Unione europea e delle sue implicazioni relativamente alle diverse ipotesi di esercizio collettivo della sovranità internazionale degli Stati membri, si rinvia *infra*, alla Sezione 4.2.

⁴⁰⁰ Si tratta, pertanto, di un fenomeno di distinto, sul piano procedurale e degli effetti, rispetto alla mera ricezione delle regole comuni negli ordinamenti interni, che invero non determinerebbe la nascita di un ordinamento giuridico ulteriore ma si limiterebbe ad una *nazionalizzazione* del diritto creato in comune. Così Cortese in **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit sub n. 37, p. 312.

⁴⁰¹ Che si tratti di un processo non ancora concluso, peraltro, è stato precisato chiaramente dagli Stati membri all'esordio del Trattato sull'Unione europea, nella versione risultante dalle modifiche approvate a Lisbona nel 2007. Immediatamente dopo aver rilevato la centralità del principio delle competenze di attribuzione e la ragion d'essere dell'Unione nel perseguimento degli obiettivi comuni degli Stati membri (cfr. **DE BÚRCA G.**, *Europe's Raison d'être*, New York University School of Law. Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Working Paper No. 13-0), l'art. 1, seconda frase, TUE afferma, che: «[i]l presente trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa [...]» (sottolineatura aggiunta); cfr. **BRADLEY K.**, *Legislating in the European Union*, in **BERNARD C.**, **PEERS S.** (eds.), *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 98- 139. De Witte sottolinea come, nel contesto dell'articolo in commento, la terminologia prescelta dal Trattato si presti ad evidenziare le origini internazionalistiche dell'organizzazione - «*le ALTE PARTI CONTRAENTI istituiscono*» (cfr. **DE WITTE B.**, *EU law: is it international law?* già cit. sub n. 398).

⁴⁰² L'espressione è di **PICCHIO FORLATI L.**, *Il diritto dell'Unione europea fra dimensione internazionale...*, già cit. sub n. 39, a p. 464.

⁴⁰³ L'effettiva attuazione del disegno comunitario da parte degli Stati membri, per il tramite del processo di *autocostituzione*, si svolge attraverso la condotta di tutti e di ciascuno dei loro organi. Secondo il diritto internazionale generale, infatti, la condotta dell'organo risulta imputabile allo Stato di appartenenza, a prescindere dall'eventualità che il primo sia titolare di personalità giuridica distinta ad altri fini

(cfr., ad esempio, gli art. 4 ss. del Progetto di Articoli sulla responsabilità degli Stati delle Nazioni Unite).

Il ruolo giocato nel processo di *autocostituzione* dai giudici nazionali, ed in particolare dalle corti costituzionali o supreme, (*rectius* il loro ruolo *comunitario*) è già stato menzionato e sarà ripreso in maggior dettaglio nel corso del presente studio alla Sezione 4.2. Per quanto concerne il ruolo degli organi legislativi, esso si potrebbe ritenere rafforzato a seguito della nuova competenza assegnata ai parlamenti nazionali dal Trattato di Lisbona, ex art. 12 TUE. In particolare, appaiono di rilievo il Protocollo n. 1 *sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea* ed il Protocollo n. 2 *sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità* (benché con riguardo alla violazione del principio di sussidiarietà non sia ancora riconosciuta loro diretta legittimazione ad agire dinnanzi alla Corte di giustizia; cfr. art. 8, Prot. n. 2). Sulla nozione di sussidiarietà e sul rafforzamento del controllo (politico, ma anche giurisdizionale) del suo rispetto, si tornerà più avanti al Paragrafo 3.4.2; per ora, si ritiene sufficiente il rinvio a **GROSSOT X., BOGOJEVIĆ S.**, *subsidiarity as a Procedural Safeguard of Federalism*, in AZULAI L. (ed.), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford University Press, 2014, p. 234-252.

Sul potenziale irrobustimento del ruolo del legislatore nazionale nel processo di integrazione, con particolare riferimento al sistema del c.d. *cartellino giallo*, si rinvia qui alle riflessioni di **JANČIĆ D.**, *The game of cards: National parliaments in the EU and the future of the early warning mechanism and the political dialogue*, *Common Market Law Review*, 2015, p. 939-975, in particolare alle p. 958 e 959. In proposito il caso *OMT* presenta delle sfumature estremamente interessanti, giacché nel giudizio instaurato dinanzi alla Corte costituzionale federale tedesca i ricorrenti hanno invocato l'omessa (doverosa) attivazione del parlamento e del governo nazionali ai fini dell'annullamento della misura controversa. Sulla questione, si veda anche **WENDEL M.**, *Exceeding judicial competence in the name of democracy: The German Federal Constitutional Court's OMT reference*, *European Constitutional Law Review*, 2014, p. 263-307; **MURSWIEK D.**, *ECB, ECJ, democracy, and the Federal Constitutional Court: Notes on the Federal Constitutional Court's referral order from 14 January 2014*, *German Law Journal*, 2014, p. 147-167; per l'invocazione di un ruolo più incisivo dei parlamenti nazionali, nelle procedure di revisione ordinaria e speciale dei Trattati, si rinvia a **PEERS S.**, *The future of EU Treaty amendments*, *Yearbook of European Law*, 2012, p. 17-111, in particolare alle p. 104-106; infine, si rinvia alla lettura di **FASONE C.**, *La cooperazione rafforzata in materia di brevetto europeo: un difficile test per il coinvolgimento dei Parlamenti nel processo decisionale europeo*, in Osservatorio sulle fonti online, n. 3, novembre 2011. L'articolo da ultimo menzionato, in particolare, evidenzia l'uso *creativo* della procedura del cartellino giallo fatto della Camera dei Deputati italiana, nell'ambito del controllo relativo alla decisione del Consiglio di autorizzazione di una cooperazione rafforzata per la creazione di un brevetto europeo con effetto unitario. L'A., difatti, sottolinea come nel caso di specie il parere negativo fosse inteso a denunciare la natura esclusiva della competenza prevista all'art. 118 TFUE, piuttosto che una specifica violazione del principio in parola, in sé concernente l'esercizio delle sole competenze non esclusive dell'Unione. Si tratta di una prassi ormai invalsa, che non lascia perplessa la stessa Commissione, tendenzialmente aperta alla revisione delle proprie proposte anche in tali casi. Cfr. **GROSSOT X., BOGOJEVIĆ S.**, *subsidiarity as a Procedural Safeguard...*, già cit. sub n. 403, in particolare alle p. 239-240. Per una prospettiva critica, si veda **FABBRINI F., GRANATA K.**, *Yellow card, but no foul: The role of the national parliaments under the subsidiarity protocol and the Commission proposal for an EU regulation on the right to strike*, *Common Market Law Review*, 2013, p. 115-143, in particolare a p. 116.

che li governano sempre spingono per dispiegarsi nuovamente, *a valle* di ogni modifica dell'ordinamento interindividuale.⁴⁰⁴ Con parole eloquenti è stato in proposito affermato che «[...] *il faut en même temps reconnaître que les approches sur lesquelles se basent les juridictions suprêmes et constitutionnelles [...] laissent toujours ouverte la possibilité d'une fracture de l'espace sur lequel l'ordre juridique interindividuel européen s'est bâti: il s'agit donc d'un'équilibre très délicat*»⁴⁰⁵. Si ritiene, pertanto, che così come ha avuto estrema importanza l'assenso manifestato dagli Stati membri di fronte agli sviluppi della giurisprudenza *costituzionale fondativa* della Corte di giustizia, altrettanto valga per l'atteggiamento assunto di fronte alle modifiche che, nel corso dei decenni, sono state introdotte mediante revisione del diritto primario.⁴⁰⁶ Sembra inoltre possibile argomentare che, attraverso la revisione intervenuta col Trattato di Lisbona, questa prospettiva abbia finalmente trovato almeno parziale riscontro

⁴⁰⁴ Si è già richiamato estesamente il discusso caso del programma OMT. Profondamente diverso è stato l'atteggiamento di silenzioso supporto assunto dagli Stati membri nel contesto di altre azioni che per via diretta (con revisione del Trattato) od indiretta (procedendo dall'esterno, con accordo internazionale tra alcuni di loro) hanno introdotto modifiche di non poco momento nell'ordinamento giuridico interindividuale integrato. Il riferimento è innanzitutto all'introduzione, mediante trattato internazionale concluso tra i 17 Stati membri dell'Eurozona, di un Meccanismo Europeo di Stabilità. La questione è sfociata nella pronuncia pregiudiziale resa dalla Corte di giustizia nel caso *Pringle*, a seguito del rinvio della Corte Suprema irlandese, operato con atteggiamento per nulla comparabile a quello del *Bundesverfassungsgericht* nel caso *OMT* (cfr. Sentenza della Corte in seduta plenaria del 27 novembre 2012, *Thomas Pringle contro Gouvernement of Ireland, Ireland e The Attorney General*, già cit. sub n. 248; per un precedente, si rinvia invece alla Sentenza della Corte del 30 giugno 1993, *Parlamento europeo contro Consiglio delle Comunità europee e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-181/91 e C-248/91, in *Racc.* 3685). Un maggiore attivismo da parte degli Stati Membri – o di quantomeno due di essi, ossia di Italia e Spagna - si è riscontrato, invece, con riguardo alla complessa vicenda dell'istituzione di un brevetto europeo con effetto unitario. Si tratta di un atteggiamento non comparabile a quello assunto dalla Corte costituzionale federale tedesca, con riguardo al caso *OMT*. Cfr. *supra* il Capitolo 1 e *infra* i Capitoli 3 e 4.

⁴⁰⁵ Così **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit. sub n. 37, p. 319. Cfr. anche **DE BÚRCA G.**, **KOCHENOV D.**, **WILLIAMS A.** (eds.) *Debating Europe's Justice Deficit: The EU, Swabian Housewives, Ranks, and Ryanair*, EU Law Working Paper 2013/11; **DE BÚRCA G.**, *Differentiation Within the Core: The Case of the Common Market*, già cit. sub n. 119, p. 141; **SHAW J.**, *Relating Constitutionalism and Flexibility in the European Union*, in **DE BÚRCA G.**, **SCOTT J.** (eds.), *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?*, Oxford, Hart, 2000, p. 337-358.

⁴⁰⁶ Ed è in questa prospettiva che appare perfettamente condivisibile l'assunto per cui, la delimitazione delle competenze tra Unione e Stati membri è mobile *per sua stessa natura*; cfr. **TIZZANO A.**, *The Powers of the Community*, in *Commission of the European Communities* (ed.), *Thirty years of Community Law*, Office of Official Publications of the EC, 1981, p. 43 ss.

formale, o quantomeno un fondamento più solido, nel contesto dei Trattati istitutivi. Invero, come testimonia la previsione all'art. 50 TUE, è ora espressamente previsto che tali meccanismi mai smettano di operare.⁴⁰⁷

169. Il nuovo testo dei Trattati risulta inoltre caratterizzato da un esteso riferimento al principio delle competenze di attribuzione, che per la prima volta ricevono espressa categorizzazione da parte del diritto primario (art. 2 TFUE).⁴⁰⁸ In questo contesto sono state inoltre elencate in modo tassativo le competenze *esclusive* dell'Unione Europea (art. 3 TFUE); si sottolinea, tuttavia, che il nuovo Trattato ha comunque mantenuto la c.d. *clausola di flessibilità*, di cui all'art. 325 TFUE. Inoltre, nonostante la previsione generale di determinate categorie di competenze, e la loro espressa elencazione – non tassativa per il caso delle competenze concorrenti (cfr. art. 4 TFUE) – il Trattato di Lisbona non ha abbandonato l'originario principio di attribuzione, in base al quale, ai fini dell'esistenza di una competenza dell'Unione, è necessaria la presenza di una specifica base giuridica all'interno dei Trattati. Lo sforzo teso alla categorizzazione delle varie tipologie di competenza, letto in combinato con l'introduzione di più severi requisiti sostanziali e procedurali per l'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità da parte delle istituzioni comuni (art. 5 TUE) e con il rafforzamento dei meccanismi di controllo degli stessi, testimonia bene il proposito degli Stati membri di limitare al massimo i tentativi di ulteriore espansione delle competenze dell'Unione – in

⁴⁰⁷ Cfr. anche **CRAIG P.**, *The Lisbon Treaty. Law Politics, and Treaty Reform*, già cit. sub n. 174, in particolare p. 439-443. L'Autore illustra con estrema chiarezza come, sebbene con il Trattato di Lisbona vi sia stato il tentativo di procedere ad un'articolazione più chiara del riparto di competenze tra Unione e Stati membri: «*the reality of EU power has always resulted from the symbiotic interaction of four variables: choice as to the scope of EU competence, as expressed in Treaty revisions [...] where MS have traditionally been the major players; legislation that has fleshed out the Treaty articles, initiated by the Commission, and voted on by the MS in the Council and increasingly often by the European Parliament; the jurisprudence of the EU courts; and decisions taken by the institutions as to how to interpret, deploy, and prioritize the power accorded to the EU*».

⁴⁰⁸ Tanto che si è stato affermato, in dottrina, che la nuova versione dei Trattati «*makes so many references to this principle that it seems to have become almost an obsession*» (così **ROSSI L.S.**, *Does the Lisbon Treaty Provide a Clear Separation of Competences between EU and Member States?*, già cit. sub n. 163, a p. 93). Cfr. anche, con toni critici sulla effettiva portata di tale modifica: **BRADLEY K.**, *Legislating in the European Union*, in **BERNARD C.**, **PEERS S.** (eds.), *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 98-139. L'A. commenta che: «*The authors of the Lisbon Treaty did not, however, discover the moon, as they appear to believe; the same principle underlay all the previous Union and Community Treaties, right from the ECSC Treaty, which explicitly enjoined each of the institutions to act within the limits of its powers and vested the Court of Justice with jurisdiction to ensure they did so*».

particolare per via *pretoria* – e, al contempo, sottolinea in misura più che simbolica il dato della loro persistente sovranità.⁴⁰⁹

SEZIONE 2.2: DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E DIRITTO INTERNAZIONALE

170. È già stato menzionato che, secondo la prospettiva adottata,⁴¹⁰ gli sviluppi intervenuti nel processo di integrazione europea *a valle* delle

⁴⁰⁹ Cfr. **VON BOGDANDY A., BAST J.**, *The Federal Order of Competences*, già cit. sub n. 394, in particolare alle p. 298-299.

⁴¹⁰ Va segnalato come tale approccio, se risulta supportato in maniera pressoché unanime dagli autori di formazione internazionalistica, non trovi eguali consensi nella dottrina di diversa provenienza culturale (comunitaria). In ogni caso, come si è già evidenziato, la riconduzione del processo di integrazione europea ad un fenomeno di *autocostituzione* risulta compatibile con l'instaurazione di un vero e proprio ordinamento giuridico integrato. In altre parole, essa non contraddice la creazione di nuova dimensione sovrana secondo il disegno tracciato dalla Corte in *Costa contro Enel* (già cit. sub n. 40), ma ne identifica la causa efficiente nell'effettiva autolimitazione delle sovranità nazionali realizzata dagli Stati Membri. In questo senso, ci si colloca in una posizione intermedia rispetto ai termini in cui il dibattito sulla natura del processo d'integrazione si è tradizionalmente sviluppato. Come infatti rilevato da alcuni commentatori, la contrapposizione tra teorie *pluralistiche* e *costituzionalistiche* del diritto dell'Unione europea, che ricalca quella tra lettura *dualista* e *monista* del diritto internazionale, si è tradizionalmente sviluppata secondo termini più radicali. Sul punto, è stato affermato: «*whether the EU is still conceived as a creature of international law (i.e. closer to an international organization) or of a sui generis nature because of its advanced constitutionalisation, depends on the relative weight and significance attributed to formal and foundational internationalism (i.e. rootedness in international law) on the one hand and substantive constitutionalisation of EU legal order on the other hand. It also depends on one's perspective on international law, the constitutionalisation of international law, and an assessment of how unique the EU legal order is actually or structurally in this context*» (cfr. **ZIEGLER K.S.**, *The relationship between EU law and international law*, University of Leicester School of Law Research Paper, 2013); cfr. anche **VON BOGDANDY A.**, *Founding Principles*, in **VON BOGDANDY A., BAST J.** (ed.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford, 2010, p. 9-54, in particolare a p. 16; **DE WITTE B.**, *EU law: is it international law?*, già cit. sub n. 398, a p. 175; **D'ASPREMONT J., DOPAGNE F.**, *Two Constitutionalisms in Europe*, *Zeitschrift für ausländisches Recht und Völkerrecht*, 2008, p. 939. Per alcuni più estesi contributi dottrinali concernenti il dibattito sulla natura del diritto dell'Unione europea, si rinvia alla lettura di **DE WITTE B.**, *The European Union as an International Legal Experiment*, in **DE BÚRCA G., WEILER J.H.H.** (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 19-56; **HARTLEY T.C.**, *International Law and the Law of the European Union*, *British Yearbook of International Law*, 2001, p. 1-35; **ROSAS A., ARMATI L.**, *EU Constitutional Law: An Introduction*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 7-19; **SCHÜTZE R.**, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012; **WALKER N.**, *The Place of European Law*, *Europa Working Papers*, 2010/01, University of Edinburgh, School of Law, 2010; **LA PERGOLA A.**, *L'Unione europea fra il mercato comune ed un moderno tipo di confederazione. Osservazioni di un costituzionalista*, *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1993, p. 1 ss;

pronunce fondative della Corte di giustizia, non hanno comportato il superamento delle basi internazionalistiche dell'ordinamento, ma, al contrario, si sono posti in piena coerenza con la stessa. Nell'ottica del pluralismo giuridico, infatti, l'incisione delle sovranità nazionali non comporta necessariamente la loro eliminazione, ma al contrario ne costituisce affermazione, nella misura in cui la nascita del nuovo ordinamento interindividuale avviene tramite un processo di volontario arretramento delle sovranità nazionali.⁴¹¹

171. Si ritiene, nondimeno, di aggiungere alcune precisazioni agli argomenti già illustrati. In primo luogo, si vuole precisare che, contrariamente a quanto sostenuto dalla maggior parte della dottrina di diritto dell'Unione europea,⁴¹² non si ritiene che la natura internazionalistica del processo d'integrazione trovi ostacolo nel

DEHOUSSE R. (ed.), *Europe after Maastricht. An ever closer Union*, Beck, Monaco di Baviera, 1994.

⁴¹¹ Cfr. **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit. sub n. 37, p. 313. Come è già stato affermato, il dato *essenziale* della sovranità degli Stati membri permarrà fintanto che non si giunga alla costituzione di un unico, vero e proprio, Stato (verosimilmente federale), nell'ambito del quale gli Stati membri cessino di essere sovrani. Cfr. la pronuncia della Corte Costituzionale federale tedesca, nella sentenza *Lissabon* del 2009, 2 BvE 2/08, già cit.

⁴¹² In questo senso cfr. **PESCATORE P.**, *International Law and Community Law: A Comparative Analysis*, *Common Market Law Review*, 1970, p. 167-183; **WEILER J.H.H.**, **HALTERN U.R.**, *Constitutional or International? The Foundations of The Community Legal Order and the Question of Judicial Kompetenz*, in **SLAUGHTER A.-M.**, **STONE SWEET A.**, **WEILER J.H.H.** (eds.), *The European Court and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, Hart, Oxford, 1998, p. 342. Si tratta della pubblicazione contenente la famosa metafora con cui l'operazione di qualificazione della Comunità in termini di "organizzazione internazionale" veniva descritta con la seguente metafora: «*to try to push the toothpaste back in the tube*». Si noti, tuttavia, come alla base della ricostruzione degli A. in questione, vi sia la dicotomia tra il fenomeno delle organizzazioni internazionali, da un lato, e quello degli Stati sovrani, dall'altro. Come si è fatto cenno più sopra, siffatta dicotomia deve più correttamente ricalibrarsi in quella tra diritto internazionale, in cui soggetti sono soltanto gli Stati e gli ordinamenti da essi costituiti, da un lato, e diritto interindividuale (comprensivo del diritto interindividuale delle organizzazioni internazionali), il quale attribuisce rilevanza anche alla soggettività dell'individuo. Cfr. anche **WEILER J.H.H.**, *The transformation of Europe*, già cit. sub n. 393, laddove si afferma che: «[s]tarting in 1963 and continuing into the early 1970's and beyond, the European Court of Justice in a series of landmark decisions established four doctrines that fixed the relationship between Community law and Member State law and rendered that relationship indistinguishable from analogous legal relationships in constitutional federal states» (p. 2413, note omesse). In termini analoghi si veda anche **HAY P.**, *Federalism and Supranational Organizations. Patterns for New Legal Structures*, University of Illinois Press, Champaign, 1966. Per l'opposto orientamento dottrinale si veda, per ora, **ARANGIO-RUIZ G.**, *Dualism Revisited*, già cit. sub n. 36, p. 987-999.

riconoscimento dell'effetto diretto del diritto comunitario,⁴¹³ così come si reputa che essa non sia contraddetta dal riconoscimento del primato di quest'ultimo.⁴¹⁴

⁴¹³ L'effetto diretto, infatti, costituisce una qualità riconoscibile, in generale, a tutte le norme *selfexecuting* di diritto internazionale consuetudinario e degli accordi internazionali, dal momento che esso dipende unicamente dalle normative nazionali disciplinanti l'adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale. Esso, pertanto, non rappresenta un'esclusiva del diritto dell'Unione europea. Cfr., in proposito, quanto affermato dalla Corte Internazionale Permanente di Giustizia, nel Parere del 3 marzo 1928, sulla Competenza nel caso *Danzig* (consultabile in Pubblicazioni della Corte Internazionale Permanente di Giustizia, B15, p. 17-18): «[o]n peut facilement admettre que, selon un principe de droit international bien établi, le *Beamtenabkommen*, accord international, ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux ».

Come osservato da Wyatt (**WYATT D.**, *New Legal Order, or Old?*, *European Law Review*, 1982, p. 147-166, a p. 150), «*direct effect is no rare in international law at all, it is simply a phenomenon invariably sidestepped by international adjudicatory machinery calculated to establish State responsibility*». Cfr. Anche **GIOIA A.**, *Manuale Breve di Diritto Internazionale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 466 ss; **TESAURO G.**, *Diritto dell'Unione europea*, già cit. sub n. 392, a p. 165, sub nota 239. In posizione intermedia si colloca il commento di **RASMUSSEN M.**, *From Costa v ENEL to the Treaties of Rome: A Brief History of a Legal Revolution*, già cit. sub n. 384, ove, a p. 74, si afferma: «[t]o reach this conclusion, the ECJ performed a somewhat unorthodox interpretation of the general purpose and nature of the EEC Treaty. Since the *Danzig* ruling in 1928 by the Permanent Court of Justice, scholars of international law had held that direct effect could only be created if the contracting parties of an international treaty clearly stated this was their intention. Traditionally under international law, the intentions of the contracting parties can only be reached through a very close reading of the provisions of the treaty in question. However, instead of carefully exploring the intention of the contracting parties, the ECJ found it opportune to develop a broader framework for an analysis of the 'spirit, the general scheme and the wording of these provisions', which allowed for what can only be characterised as a highly selective reading of the EEC Treaty». Si veda anche **STEIN E.**, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, *American Journal of International Law*, 1981, p. 1-27.

⁴¹⁴ Cfr. **DE WITTE B.**, *EU law: is it international law?*, già cit. sub n. 398, p. 186-187, ove si evidenziano le differenze tra il modo di operare della *primacy*, nel diritto dell'Unione, e della *supremacy*, nel contesto degli Stati federali. L'A. sottolinea, in particolare, come solo nel contesto del diritto dell'Unione europea vi sia stata l'elaborazione, ad opera dei giudici nazionali, di una dottrina dei c.d. *controlimiti* - il che, si è già detto, ha perfettamente senso in un'ottica pluralista -. La conclusione è pertanto che: «[t]he doctrine of *primacy*, as presently formulated by the Court and accepted by the Member State courts, has, no doubt, a distinct and federal flavour but it could also be described as a creative development of international law. The central rule of international law is *pacta sunt servanda*: States are bound by their treaty obligations; and whenever a conflict between a treaty obligation and a norm of national law is brought before the International Court of Justice, or any other international court, the answer is clear: the treaty rule will prevail. The originality of the EEC Treaty, when it was concluded back in 1957, was to grant to the newly established Court,

172. In proposito, si concorda piuttosto con la tesi che sostiene che gli elementi caratterizzanti il diritto dell'Unione appartengono a pieno titolo all'universo del diritto internazionale e sono stati forgiati dagli Stati membri avvalendosi dell'eccezionale malleabilità di quest'ultimo.⁴¹⁵ Il diritto internazionale, infatti permette agli Stati di scegliere liberamente la tipologia della cooperazione (e dunque anche, ove a ciò si arrivi, dell'integrazione dei propri ordinamenti) che intendono instaurare mediante accordo,⁴¹⁶ con il solo limite del

the ECJ, a jurisdictional competence which was then unique in the panorama of international law, namely that of guiding the activity of national courts while they are applying EU law by means of the preliminary ruling procedure. By means of this procedure, the ECJ had a 'window' through which it could intervene in pending national court cases and direct those national courts to respect the precedence of EU law. A questo proposito, l'A. rinvia a **WYATT D.**, *New Legal Order, or Old?*, già cit. sub n. 414, in ordine all'importanza dello strumento del rinvio pregiudiziale nella nascita della dottrina del primato. Cfr. anche **GIOIA A.**, *Manuale Breve di Diritto Internazionale*, già cit. sub n. 413, a p. 465-466; **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit. sub n. 37, p. 319 ss; **TESAURO G.**, *Diritto dell'Unione europea*, già cit. sub n. 392, a p. 189. Quest'ultimo spiega che il primato «rappresenta uno dei principi fondamentali del diritto internazionale generale», codificato nell'art. 27 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, e che in quanto tale esso è stato invocato in numerose sentenze della Corte internazionale di Giustizia (cfr. Corte Internazionale di Giustizia, Avis consultatif, del 20 aprile 1988, Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'Accord 26.6.1947 relatif au siège de l'ONU, Rec. 1988, p. 34, par. 57 e ICJ, ELSI Elettronica SicuLa SpA (USA v. Italy). Reports 1989, p. 51, par. 73).

⁴¹⁵ Così **DE WITTE B.**, *EU law: is it international law?*, già cit. sub n. 398, p. 175. L'A., rinvia ai criteri definitori della nozione di *organizzazione internazionale* indicati in **KLABBERS J.**, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 6-12, per concludere che l'Unione europea, così come la Comunità in passato, li soddisfa pienamente. Questo, in particolare, dal momento che essa trova le proprie origini in un accordo internazionale e risulta dotata di istituzioni (*i.e.* organi dell'organizzazione internazionale) titolari di poteri decisionali distinti da quelli degli Stati membri. Anche con riguardo alle specifiche procedure di revisione dei Trattati stabilite dall'art. 48 TUE, De Witte evidenzia come sia sempre l'estrema flessibilità caratterizzante il diritto internazionale a permettere agli Stati contraenti di prevedere nell'accordo istitutivo procedure di revisione alternative a quelle *standard* (cfr. gli artt. 39-41 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati); pertanto, il fatto che gli Stati membri dell'Unione abbiano previsto l'impiego di procedure particolarmente rigide affinché possa realizzarsi un emendamento dei Trattati istitutivi non andrebbe a negare, ma anzi, si porrebbe in piena coerenza con i fondamenti internazionalistici di questi ultimi (cfr. le p. 180-182 dell'opera citata).

⁴¹⁶ Non costituisce dunque un ostacolo, in questa prospettiva, il dato per cui: «[...] pur essendo l'Unione un organismo a finalità non «universal» ma definite e sottoposte al principio delle competenze di attribuzione, l'ampiezza e l'incisività delle prefigurate competenze, così come le modalità ed i mezzi attribuiti per il loro esercizio, vanno senza dubbio al di là del modello tradizionale di organizzazione internazionale» (così **TESAURO G.**, *Diritto dell'Unione europea*, già cit. sub n. 392, p. 85). Allo stesso modo, si è già detto, nessun ostacolo pone l'instaurazione, nel contesto di questa organizzazione internazionale, di un

rispetto del diritto (consuetudinario) cogente.⁴¹⁷ In questi termini, lo strumento del diritto internazionale bene si presta a favorire la nascita di sistemi c.c.d.d. di diritto interindividuale – di cui fanno parte sia gli Stati e le istituzioni internazionali, sia gli individui – qual è quello comunitario.⁴¹⁸

173. Ferme le premesse metodologiche della dottrina *pluralista*, pertanto, l'ordinamento giuridico comunitario può definirsi come ordinamento *originario*, in quanto sviluppatosi secondo un processo di autocostituzione, «*all'ombra*» dei Trattati istitutivi e della loro attuazione.⁴¹⁹ Si tratta, quindi, di un «*nouvel ordre juridique*» innanzitutto

nuovo autonomo ordinamento giuridico interindividuale. Nè sembra che la prospettiva adottata si ponga in contrasto con l'assunto per cui: «[...] essendo l'obiettivo fondamentale dell'Unione quello di porre le basi di un'unione sempre più stretta fra i popoli europei e di eliminare le barriere che dividono l'Europa, i Trattati sono stati concepiti come strumento del processo di integrazione europea; dunque molto più di un mezzo per coordinare politiche e armonizzare legislazioni» (così Tesauro, op. cit., sempre a p. 85).

⁴¹⁷ **DE WITTE B.**, *The Semi/Permanent Treaty Revision Process*, in BEAUMONT P., LYONS C., WALKER N. (eds.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 2002, p. 39-57; *contra* (richiamato dallo stesso De Witte) cfr. **SIMON D.**, *Le système juridique communautaire*, Presses universitaires de France, Paris, 1997, p. 55, ove si afferma che: «*les traités ne sont plus seulement des traités ordinaires, relevant des règles de révision du droit international général, mais la constitution de la Communauté, qui ne peut être modifiée que selon les modalités fixées pour l'exercice du pouvoir constituant dérivé, c'est-à-dire en respectant les limites formelles imposées à la révision d'une constitution rigide*».

⁴¹⁸ *Idem*, in particolare a p. 311 e *sub* nota 48: «[I]e système de la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'entrée en fonction de la Commission européenne des droits de l'homme en 1954, prévoyait déjà la possibilité pour un individu de soumettre à un organe international un différend l'opposant à un Etat membre et donnait donc lieu à une subjectivité – fut-elle limitée – de l'individu dans un contexte de droit international. Par ailleurs, une subjectivité de l'individu dans un contexte de droit international, bien que très limitée, était déjà présumée dans la prévision d'un droit de recours individuel des fonctionnaires de la Société des Nations et du Bureau International du Travail devant le Tribunal Administratif de la Société des Nations. Même si la jurisprudence de ces juridictions «administratives internationales» ait toujours fait référence au droit «interne» de l'organisation internationale – à partir de T.A.S.d.N., affaire n. 1 de 1929, di Palma Castiglione – il s'agit de systèmes directement bâtis sur des actes de droit international et incluant au moins un sujet de droit international: cette même affaire di Palma Castiglione fut en effet directement résolue par un organe d'Etats, le Conseil de la Société des Nations, après consultation d'un collège d'experts».

⁴¹⁹ Così **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit sub n. 37, richiamando **PICCHIO FORLATI L.**, *Il diritto dell'Unione europea fra dimensione internazionale e transnazionalità* già cit. sub n. 39, p. 461-473. Picchio Forlati, in particolare, tra le sue premesse metodologiche ammetteva, la possibilità di una conciliazione tra dottrina *dualista* e creazione di un autonomo ordinamento interindividuale comunitario; come infatti sottolinea Cortese: «[...] elle a toujours souligné l'importance d'aborder l'étude de ce phénomène d'intégration juridique en gardant à l'esprit le rôle toujours joué par le droit international, ainsi que par les mécanismes d'adaptation des ordres

dal punto di vista qualitativo, in quanto al contempo «*interindividuels*» e «*non étatiques*», e proprio per questo introduttivo di una «*dimension souveraine nouvelle en Europe*»: è questo il vero elemento di novità che si riscontra nella prospettiva offerta dalla Corte in *Costa contro Enel*.⁴²⁰ Il fatto che *primauté* ed effetto diretto, su un piano generale, siano elementi non estranei all'universo del diritto internazionale, non esclude che, alla luce degli argomenti esposti, essi siano caratterizzati da un modo di operare unico nel suo genere all'interno dell'ordinamento comunitario.⁴²¹

174. Nemmanco la natura internazionalistica dell'ordinamento comunitario sarebbe stata in altro modo messa in discussione dalla Corte di giustizia nel contesto delle pronunce fondative. Privo di rilievo è in proposito il fatto che la Corte ha rimosso ogni riferimento al «*diritto internazionale*» nel passaggio tra l'affermazione, in *van Gend en Loos*, per cui: «*la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale*»⁴²², e quella, in *Costa contro Enel*, secondo la quale: «*il Trattato C.E.E. ha istituito un proprio ordinamento giuridico proprio*». Tale omissione, infatti, non prova una volontà di

*juridiques internes des Etats membres, lors de la transformation des données juridiques internationales en règles de droit interne. En parallèle, la leçon de Laura a toujours été de prendre en compte les dynamiques qui conduisent une institution internationale à favoriser l'instauration d'une allégeance politique directe avec les particuliers sur lesquels elle exerce son influence, voire ses pouvoirs supranationaux; allégeance qui pourrait aussi conduire à la naissance d'un ordre juridique interindividuel dans un processus d'auto constitution, et cela notamment dans le cas de l'intégration européenne se développant en aval du Traité de Rome» (così **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit. sub n. 37, p. 302-303).*

⁴²⁰ **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit. sub n. 37, p. 314.

⁴²¹ *Idem*, in particolare a p. 308. Ivi si evidenzia che, anche con riferimento alle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, adottate in base all'art. 42 della Carta ONU, la pratica internazionale, così come quella dell'Unione - per quanto di propria competenza -, dimostra una certa prudenza nel riconoscerle un effetto diretto.

⁴²² Cfr. *van Gend en Loos*, già cit. sub n. 40, pag. 23, primo paragrafo.

negare la natura internazionalistica dell'Unione,⁴²³ né, come si è già detto, sarebbe in sé in grado di farlo.⁴²⁴

175. La natura *anche* internazionale dell'Unione europea è inoltre positivamente dimostrata dal fatto che essa trae origine dai Trattati istitutivi, che conservano pienamente la propria natura di trattati internazionali, nel senso delineato dalla Convenzione di Vienna sul

⁴²³ Soprattutto ove si tenga presente come sia proprio nella sentenza *van Gend en Loos* che devono essere rintracciate le basi teoriche del principio del primato del diritto comunitario, affermato un anno più tardi in *Costa contro Enel* (già cit. sub n. 40). Già nella prima, infatti, dichiarando la propria competenza esclusiva e *centralizzata*, nell'attribuzione dell'effetto diretto della disciplina comunitaria la Corte sottolineava quella rinuncia, operata dagli Stati membri in favore del nuovo ordinamento giuridico limitatamente a certi settori della propria sovranità (cfr. *van Gend en Loos*, già cit. sub n. 40, p. 23, primo paragrafo), che l'anno seguente avrebbe affermato definitiva (cfr. **DE WITTE B.**, *Direct Effect, Supremacy, and the Nature of Legal Order*, in DE BÚRCA G., CRAIG P. (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 2011, p. 323-362, a p. 327; cfr. anche **TESAURO G.**, *Diritto dell'Unione europea*, già cit. sub n. 392, a p. 165, sub nota 239). Si tratta di un passaggio molto significativo, specie se si considera che il riferimento alla limitazione delle sovranità nazionali non era assolutamente necessario per giustificare il riconoscimento dell'effetto diretto del diritto comunitario, così come dimostrato dalla contemporanea giurisprudenza italiana, che riconosceva effetto diretto alle norme autoapplicative del GATT (cfr. Organizzazione Mondiale del Commercio, General Agreement on Tariffs and Trade 1994, che incorpora la versione precedente del 1947, disponibile presso https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf) senza perciò solo individuarne il presupposto in una siffatta limitazione di sovranità nazionali. Fin dall'inizio degli anni Settanta, difatti, la Corte di Cassazione riconosceva l'invocabilità delle norme dell'Accordo da parte delle imprese dinnanzi al giudice ordinario. Tale effetto diretto era riconosciuto principalmente con riferimento alle norme sul trattamento nazionale dei prodotti (art. III del GATT '47) e a quelle riguardanti il divieto di aggravamento tariffario (art. II del GATT '47). Per approfondimenti in ordine a questa interpretazione si rinvia a **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit. sub n. 37, p. 309-310. L'A. rinvia ad **ARANGIO-RUIZ G.**, *Le Domaine réservé, l'Organisation internationale et le Rapport entre Droit international et Droit interne*, Cours général de droit international public, in Recueil des Cours, Académie de droit international de la Haye, vol. 225 (1990-VI), in particolare a p. 461, per la critica alla tesi per cui tutti gli obblighi di fonte internazionale riconoscenti diritti dell'individuo comporterebbero una limitazione della sovranità dello Stato obbligato, con conseguente erosione del suo dominio riservato; e a p. 455-457, ove si dimostra come non sia possibile rintracciare una limitazione di sovranità statale in virtù della mera esecuzione dell'obbligo di sottoporre il proprio territorio o i propri cittadini all'*emprise* diretta di organi e di ordinamenti giuridici esterni. Cfr. Sul punto anche **FENNELLY N.**, *The European Court of Justice and the Doctrine of Supremacy: Van Gend en Loos; Costa v ENEL; Simmenthal*, già cit. sub n. 252, p. 39-46.

⁴²⁴ Cfr. *supra* la Sezione 2.1.

Diritto dei Trattati.⁴²⁵ La disciplina del diritto internazionale dei trattati risulta perciò generalmente applicabile nel contesto dell'interpretazione ed applicazione degli stessi.⁴²⁶ In proposito, si tenga anche presente come le procedure di revisione dei Trattati istitutivi, sia pure nel contesto dell'introduzione dei nuovi meccanismi *semplificati*, restino saldamente ancorate al principio dell'approvazione all'unanimità in Consiglio, e come questa debba essere necessariamente seguita dall'espressione di volontà, in forma solenne, da parte di ciascuno Stato membro, conformemente alle proprie

⁴²⁵ L'art. 2, par. 1, lett. a), della Convenzione afferma che: «il termine «trattato» indica un accordo internazionale concluso per iscritto tra Stati e regolato dal diritto internazionale, che sia costituito da un solo strumento o da due o più strumenti connessi, qualunque ne sia la particolare denominazione». Inoltre, all'art. 5 della medesima convenzione si afferma che: «[I]a presente convenzione si applica ad ogni trattato che sia atto costitutivo di una organizzazione internazionale e ad ogni trattato adottato in seno ad una organizzazione internazionale, con riserva di qualsiasi norma pertinente all'organizzazione».

Cfr. **TESAURO G.**, *Diritto dell'Unione europea*, già cit. sub n. 392, che conclude: «[è] ancora, pertanto, a mezzo degli strumenti costituzionali di adattamento e di attuazione degli Stati membri, per quanto rapidi ed automatici, che viene instaurato e regolato il rapporto tra diritto dell'Unione europea e il diritto interno», al contrario, l'A. afferma come sia «escluso, invece, che una volta attribuita una competenza all'Unione, gli Stati membri ne possano verificare il corretto esercizio al di fuori dei meccanismi da essi all'uopo predisposti nei Trattati»: qui il riferimento è evidentemente alla giurisprudenza tedesca nella sentenza *Maastricht* del 1993, già cit. sub n. 396, che, come detto, incorpora e va oltre la teoria dei *controlimiti*, seguita anche dalla Corte costituzionale italiana. Al contrario, secondo l'A., la giurisprudenza *Lissabon* del 2009, premettendo la frase «if legal protection cannot be obtained at Union level» alla rivendicazione del sindacato costituzionale di legittimità sugli atti comunitari, avrebbe il pregio di non ignorare come il controllo di legittimità degli atti dell'Unione sia stato attribuito dagli Stati membri unicamente alla Corte di giustizia. La tendenza *espansiva* della Corte costituzionale federale tedesca sembra ancora lontana dall'essere superata, se si considera quanto affermato nell'ordinanza con cui ha operato il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, nel caso delle *Outright Monetary Transaction* (Cfr. BVerfG, 2 BvR 2728/13, già cit., in particolare p. 103).

⁴²⁶ Come confermato dalla prassi della Corte di giustizia. In proposito si rinvia all'analisi svolta ed alla giurisprudenza riportata in **WOUTERS J.**, *The tormented relationship between international law and EU law*, già cit. sub n. 386, in particolare a p. 202-204; e in **KUIJPER P. J.**, *From the Board. International Law in the Case Law of the Court of Justice: Recent Trends*, già cit. sub n. 389, in particolare a p. 3: l'A. ritiene perfettamente coerente con la natura internazionalistica dei Trattati istitutivi che la Corte di giustizia proceda ad interpretarli secondo i criteri del diritto internazionale generale enunciati agli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna; al contempo, tuttavia, indentifica nella recente prassi della Corte alcune incoerenze applicative rispetto agli stessi; cfr. anche **TESAURO G.**, *Diritto dell'Unione europea*, già cit. sub n. 392, in particolare le p. 85-87, sull'esigenza di un'interpretazione dei Trattati istitutivi che privilegi il criterio teleologico, all'art. 31 della Convenzione di Vienna.

norme costituzionali.⁴²⁷ A norma dell'art. 40, par. 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che comunemente si ritiene codificazione del diritto internazionale generale vigente, è espressamente ammissibile che la disciplina *standard* di revisione dei trattati internazionali contenuta nella sua Parte IV possa essere derogata dagli Stati, nel contesto degli specifici trattati di cui sono parte, mediante espressa previsione convenzionale.⁴²⁸ In questa disposizione, pertanto, si trova la prima conferma che la previsione di procedure di revisione particolari nei trattati comunitari, specialmente nella misura in cui esse contemplano l'intervento delle istituzioni comuni, non smentisce la natura innanzitutto di diritto internazionale dell'ordinamento UE.

176. Essendo l'Unione europea pienamente riconducibile al fenomeno delle organizzazioni internazionali, ad essa risulta inoltre applicabile la relativa disciplina in punto di responsabilità.⁴²⁹ Posto che, come riconosciuto anche dall'art. 47 TUE, l'Unione europea è dotata di propria personalità giuridica, sul piano internazionale essa sarà

⁴²⁷ Così **ROSSI L. S.**, *L'Unione Europea e il paradosso di Zenone. Riflessioni sulla necessità di revisione del Trattato di Lisbona*, Diritto dell'Unione europea, 2013, p. 749- 770. Cfr. anche l'art. 48, par. 3, 4 e 5 del TUE. Fermo il principio che le decisioni del Consiglio Europeo sono adottate all'unanimità, un'eccezione alla regola della ratifica nazionale si riscontra nelle previsioni delle c.d. *clausole passerella*, che trovano disciplina di carattere generale all'art. 48, par. 7, TUE. La portata di tali previsioni deve tuttavia relativizzarsi, specie ove si consideri che esse sono limitate a modifiche di carattere meramente procedurale, restando invece esclusa la possibilità di incidere l'assetto del sistema di attribuzione delle competenze e delle basi giuridiche ai Trattati. Esse, inoltre, non spostano il principio dell'essenzialità del consenso degli Stati membri, giacché modificano soltanto il modo in cui tale consenso trova manifestazione.

⁴²⁸ La norma in questione, difatti, prescrive che: «[a] *meno che il trattato non disponga altrimenti, l'emendamento dei trattati multilaterali è regolato dai paragrafi seguenti [...]*».

⁴²⁹ Cfr. **CORTESE B.**, *L'incidenza del diritto comunitario sulle sentenze nazionali definitive: esclusività del sistema giurisdizionale comunitario e nuovi limiti al principio di autonomia procedurale degli Stati membri – Il caso Lucchini*, in SPITALERI F. (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Quaderni della Rivista Il Diritto dell'Unione europea, Giuffrè, Milano, 2009, p. 36-60, a p. 49; **EVANS M., P. KOUTRAKOS**, *The International responsibility of the European Union: European and International Perspectives*, Hart, Oxford, 2013; cfr. **JACCHIA R.A., FRIGO M.**, *Responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, effettività e rimedi giurisdizionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, 2008, p. 643-680, a p. 647.

vincolata al rispetto del diritto consuetudinario e pattizio. Questa conclusione trova espressa conferma nell'attuale art. 3, par. 5, TUE.⁴³⁰

177. Infine, si è già richiamato come numerosi ordinamenti nazionali, tra i quali si colloca anche l'ordinamento giuridico italiano, seguano un'impostazione tendenzialmente *dualista*. Di conseguenza, per tali ordinamenti è naturale trattare il diritto dell'Unione europea come un fenomeno indubbiamente riconducibile al diritto internazionale. La varietà degli approcci nel corso del tempo elaborati dalle diverse corti supreme nazionali non si è posta come ostacolo al processo di integrazione, tuttavia essa assume senz'altro un importante rilievo nell'esame della natura dell'ordinamento dell'Unione, in quanto espressiva dell'atteggiamento degli Stati membri che ne sono parti.⁴³¹

178. Ultimo dato di questa ricostruzione è, infine, la circostanza che l'Unione viene considerata come un'organizzazione internazionale nel contesto di numerosi trattati internazionali.⁴³²

179. Per quanto concerne i corollari di quanto qui argomentato, occorre precisare come, in conseguenza della propria natura innanzitutto internazionalistica, l'ordinamento comunitario resta tutt'oggi ancorato alle obbligazioni che sono definite dai Trattati istitutivi in capo ai suoi Stati membri.⁴³³ Questo trova conferma nel potere che i Trattati riconoscono a ciascuno di loro di far valere dinnanzi alla Corte di

⁴³⁰ Così **ZIEGLER K.S.**, *The Relationship between EU law and International law*, già cit. sub n. 410, a p. 5. Condivisibilmente l'A. nota che la tendenziale apertura del diritto dell'Unione europea al diritto internazionale non risolve automaticamente la questione dello *status* che quest'ultimo assume *all'interno* dell'ordinamento comunitario, così come non dirime il dubbio se l'approccio da privilegiare in proposito risponda all'impostazione *dualista (rectius pluralista)* od a quella *monista*.

⁴³¹ Cfr. *supra*, la Sezione 2.1.

⁴³² **PASSIVIRTA E., KUIJPER P.J.**, *Does One Size Fit All? The European Community and the Responsibility of International Organizations*, *Netherlands Yearbook of International Law*, 2005, p. 160-226, p. 206 ss.

⁴³³ Cfr. **DE WITTE B.**, *EU law: is it international law?*, già cit. sub n. 398, a p. 175: la regola che consente di stabilire l'appartenenza di una norma al diritto dell'Unione europea (*rule of recognition*) è quella della riconducibilità al testo Trattato. L'A. rinvia, in ordine alla definizione del concetto di "*rule of recognition*", ad **HART H.L.A.**, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1972.

giustizia qualunque violazione della disciplina comune posta in essere dagli altri (art. 259 TFUE).⁴³⁴

180. La natura internazionalista del diritto comunitario presenta rilevanti ripercussioni sull'impiego, assai frequente in dottrina al fine di descriverlo ed analizzarlo, delle categorie del diritto costituzionale statale. In proposito, l'identificazione di un più appropriato sistema di categorie definitorie degli elementi essenziali del sistema costituirà oggetto di analisi nella prossima sezione.

SEZIONE 2.3: *PLURALISMO*, DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E DIRITTO COSTITUZIONALE

181. Le esposte basi metodologiche della dottrina pluralista risultano di estrema utilità anche ai fini dell'esame della *vexata quaestio* concernente la correttezza teorica del ricorso alle categorie del diritto *costituzionale* – in sé tipiche dell'analisi del diritto statale –, allo scopo di descrivere gli elementi salienti della struttura istituzionale del diritto comunitario, così come di certi suoi contenuti normativi sostanziali di particolare pregnanza.⁴³⁵ Il ricorso alla dottrina pluralista, infatti, permette di concettualizzare il fenomeno dell'integrazione europea senza dover ricorrere a tali categorie, *bypassando* i dubbi teorici che spesso condivisibilmente vi si accompagnano.⁴³⁶

182. Il ricorso alle categorie del diritto costituzionale per descrivere talune caratteristiche del diritto comunitario, in genere, trova giustificazione nell'argomento che i Trattati istitutivi rappresentano per l'Unione ciò

⁴³⁴ Così **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit. sub n. 37, p. 311.

⁴³⁵ Cfr. *supra*, la Sezione 2.1.

⁴³⁶ Cfr. invece le giustificazioni in proposito apportate dalla dottrina che vi fa ricorso. Così **WEILER J.H.H.**, *The Constitution of Europe "Do the New Clothes have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999; **LENAERTS K., VAN NUFFEL P., BRAY R.**, *Constitutional Law of the European Union*, Sweet and Maxwell, London, 1999; **PIRIS J.-C.**, *Does the European Union Have a Constitution? Does it Need One?*, Harvard Jean Monnet Working Paper 5/00, 2000; **STEIN E.**, *Lawyers, judges and the making of a Transnational Constitution*, già cit. sub n. 413; **HARTLEY T.C.**, *Federalism, Courts and Legal Systems: The Emerging Constitution of the European Community*, American Journal of Comparative Law, 1986, p. 229–247; **LENAERTS K.**, *Le juge et la constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen* Bruylant, 1988, p. 257–263; **MANCINI F.**, *The Making of a Constitution for Europe*, Common Market Law Review, 1989, p. 595–614; **LENAERTS K.**, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, American Journal of Comparative Law, 1990, p. 205–263.

che le costituzioni nazionali rappresentano per gli Stati membri.⁴³⁷ L'impiego in dottrina delle categorie del diritto *costituzionale* al fine di descrivere le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento comunitario non ha trovato una battuta d'arresto a seguito del fallimento dell'ambizioso progetto di Trattato Costituzione per l'Europa, la cui disciplina materiale è stata sostanzialmente trasfusa nel Trattato di Lisbona, per quanto depurata della terminologia *costituzionale*.⁴³⁸

183. Secondo la tesi che qui si condivide, al contrario, le categorie e la terminologia del diritto *costituzionale* possono utilizzarsi solo con riguardo agli ordinamenti statali.⁴³⁹ Difatti, anche laddove esigenze esplicative

⁴³⁷ Nel senso individuato, in termini descrittivi, da **DE WITTE B.**, *EU law: is it international law?*, già cit. sub n. 398, p. 191: «they establish public authority, and allocate powers between different political institutions; they establish a division of competences between the EU and the Member States, in a way which is reminiscent of similar delimitations of competences in federal constitutions; they set out the basic values of the EU legal order, and the fundamental rights of persons; they organize a system of judicial review for the enforcement of EU law obligations and for the review of the validity of EU action. In other words, the usage of constitutional terminology seeks to underline the close similarity (or analogy) between some of the legal issues that arise under EU law and those that arise in the constitutional law of States (especially federal States)». Come rileva l'A., tale tendenza dottrinale non è stata incisa nemmeno dall'irrisolto dibattito sulla definizione della esatta natura del diritto dell'Unione europea. Cfr, ad esempio, sul punto **LENAERTS K., DESORMER M.**, *New Models for Constitution Making in Europe: The Quest for Legitimacy*, *Common Market Law Review*, 2002, p. 1217-1253, a p. 1218: «in accord with the *acquis jurisprudentiel* we contend, however, that the plurality of documents which together have a foundational character for the Union's non-statal legal order/polity must be seen jointly as the Constitution of this legal order/polity».

⁴³⁸ Cfr., *ex multis*, **DE BÚRCA G.**, *Reflections on the EU's Path from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty*, Jean Monnet Working Paper 3/08, 2002; **WALKER N.**, *European Constitutionalism in the State Constitutional Tradition*, *Current Legal problems*, 2006, p. 51 ss; **WOUTERS J., VERHEY L., KLIVER P. (eds.)**, *European Constitutionalism beyond Lisbon*, Intersentia, Antwerpen, 2009; **LENAERTS K.**, *De Rome à Lisbonne, la Constitution Européenne en marche*, *Cahiers de droit européen*, 2008, p. 229 ss; **ROSAS A., ARMATI L.**, *EU Constitutional Law-An Introduction*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 7-19; **SCHÜTZE R.**, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012; **VON BOGDANDY A., BAST J.**, *Principles of EU Constitutional Law*, Hart Publishing, 2012; **CHRISTIANSEN T.**, *The European Union after the Lisbon Treaty: An Elusive 'Institutional Balance'?*, già cit. sub n. 159, a p. 231.

⁴³⁹ In questo senso anche **GRIMM D.**, *Does Europe Need a Constitution?*, *European Law Journal*, 1995, p. 282 ss. Si tratta di una notazione che, tutto sommato, sembra rintracciarsi nello stesso Weiler, laddove afferma: «[t]he very language of modern democracy, its grammar, syntax and vocabulary, revolve around the state, the nation and the people [...] The Union, it is generally accepted, is not a state. The result is a description of oranges with a botanical vocabulary developed for apples» (**WEILER J.H.H.**, *The Constitution of Europe*, già cit. 436, p. 268).

rendessero per qualche ragione utile il loro impiego, esse si rivelerebbero in fondo insufficienti al fine di descrivere il fenomeno dell'integrazione europea. Il riferimento alla materia del diritto costituzionale pecca, infatti, nel lasciare immancabilmente trascurate le dinamiche che nel caso dell'Unione europea hanno condotto alla instaurazione dell'ordinamento interindividuale, al di là – ma non completamente al di fuori – degli ordinamenti statali, ossia a valle dell'attuazione effettiva di poteri governo diretti da parte di un'organizzazione internazionale.⁴⁴⁰

184. Merita di essere richiamata, infine, la posizione secondo cui,⁴⁴¹ con riferimento al diritto dell'Unione europea, il termine *costituzionale* può essere impiegato soltanto nel senso indicato dall'art. 16 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1879,⁴⁴² dal momento che all'interno dell'ordinamento interindividuale comunitario sono assicurate tanto la garanzia dei diritti, quanto la separazione dei poteri.⁴⁴³ In questo senso, si può affermare di essere in presenza di un sistema *sostanzialmente costituzionale*, quantomeno dal punto di vista *strutturale*, i

⁴⁴⁰ PICCHIO FORLATI L., *Il diritto dell'Unione europea fra dimensione internazionale e transnazionalità*, già cit. sub n. 39, p. 461-473.

⁴⁴¹ Sviluppata in CORTESE B., *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit sub n. 37, p. 329 ss.

⁴⁴² L'articolo in questione recita: «[t]oute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution».

⁴⁴³ Cortese in proposito ricorda come si tratti di una separazione realizzata in modo ancora imperfetto, sia a livello orizzontale che nei rapporti verticali tra Unione e Stati membri (cfr. CORTESE B., *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit sub n. 37, p. 329 ss.). Sul punto si rinvia più in generale a LENAERTS K., *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community*, *Common Market Law Review*, 1991, p. 11 ss. Cfr. anche, per un inquadramento generale della questione della separazione dei poteri nell'Unione, con riferimento alle questioni che si pongono in termini di *trasparenza* oltre che di *certezza* nella separazione orizzontale delle competenze tra le istituzioni, HOFMANN H., *Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality*, *European Law Journal*, 2009, p. 483-505. Quest'ultimo ricomprende nel proprio esame anche il dibattuto problema del *deficit* democratico nei processi decisionali comunitari. In proposito, nota l'A., occorre in ogni caso riconoscere come: «le système a pris à se développer par voie d'autoconstitution, en ce depuis longtemps. Je me réfère d'abord au rôle joué par la jurisprudence de la Cour en matière de préservation des équilibres institutionnel et démocratique, de répartition des pouvoirs entre Union et Etats membres, ainsi qu'en matière de protection des droits fondamentaux» (così p. 337, note omesse, cui si rinvia). Cfr. anche MANCINI G. F., *Il contributo della Corte di giustizia allo sviluppo della democrazia nella Comunità*, *Riv. Euro.*, 1992, p. 713 e ss; CHRISTIANSEN T., *The European Union after the Lisbon Treaty: An Elusive 'Institutional Balance'?*, già cit. sub n. 159.

cui pilastri sul versante della tutela giurisdizionale dei diritti sono rappresentati dal rinvio pregiudiziale⁴⁴⁴ (come affermato dalla Corte nella sentenza *UPA*,⁴⁴⁵ affermazione ripresa nel parere 1/09,⁴⁴⁶ e più recentemente confermata nel parere 2/13)⁴⁴⁷ e dall'azione di annullamento

⁴⁴⁴ Per alcuni contributi dottrinali sullo strumento del rinvio pregiudiziale, si richiamano, *ex multis* **LENAERTS K.**, *The Legal Protection of Private Parties under the EEC Treaty*, in Scritti in onore di G. Federico Mancini, II, Milano, 1998, p. 591 ss; **TESAURO G.**, *The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation Between the Court of Justice and National Courts*, in YEL, 1993, p. 1 ss; **TIZZANO A.**, *La Tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in FI, 1995, n. 4, p. 13 ss; **CONDINANZI M.**, **MASTROIANNI R.**, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 186 ss.; **ADINOLFI A.**, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Giuffrè, Milano, 1997; **BARAV A.**, *Une anomalie préjudicielle*, il Diritto dell'Unione Europea, 2004, p. 235 ss; **RAITI G.**, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Giuffrè Milano 2003; **SCHEPISI C.**, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, EUT Edizioni Università di Trieste, 2003; **BAPTISTA M.**, *Manuale del rinvio pregiudiziale*, Edizione italiana a cura di Giulio Carpaneto, CEDAM, Padova, 2000; **DOMENICUCCI D.P.**, *Preliminary Rulings and Competition Law: Some Reflections for National Judges*, in CORTESE B. (a cura di), *EU Competition Law. Between Public and Private Enforcement*, Wolters Kluwer, 2013, p. 127-221.

⁴⁴⁵ Cfr. la Sentenza della Corte del 25 luglio 2002, *Unión de Pequeños Agricultores*, già cit. sub n. 368, p. 38-45.

⁴⁴⁶ Parere della Corte in seduta plenaria dell'8 marzo 2011, *Progetto di accordo - Creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti*, già cit. sub n. 53, in particolare al p. 80; cfr. anche la Sentenza della Corte del 14 giugno 2011, *Paul Miles e a. contro Écoles européennes*, causa C-196/09, già cit. sub n. 353, p. 37-46. Entrambe le pronunce saranno oggetto di approfondita analisi nel Capitolo 4.

Per una più ampia illustrazione dei meccanismi di tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario si rinvia, per ora, *ex multis*, a **GREMENTIERI V.**, *Il processo comunitario, principi e garanzie fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1973; **BROWN L.N.**, **JACOBS F.G.**, *The Court of justice of the European Communities*, già cit. sub n. 366; **TIZZANO A.**, *La Tutela dei Privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, già cit. sub n. 444; **GERIN G.**, *La Corte di giustizia delle Comunità europee. Procedure per il ricorso*, CEDAM, Padova, 2000; **ADINOLFI A.**, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, Diritto dell'Unione europea, 2001, p. 41-61; **DANIELE L.**, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto interno*, Diritto dell'Unione europea, 2001, p. 61-78; **CONDINANZI M.**, **MASTROIANNI R.**, *Il contenzioso dell'Unione europea*, già cit. sub n. 444; **TIZZANO A.**, *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: la Corte di giustizia dell'UE*, Il Diritto dell'Unione europea, 2012, p. 811-849; **MUNARI F.**, *Il ruolo della Corte di giustizia e il suo rapporto con gli altri organi dell'Unione*, Il Diritto dell'Unione europea, 2012, p.163-187.

⁴⁴⁷ Cfr. il Parere della Corte in seduta plenaria del 18 dicembre 2014, Parere 2/13, già cit. sub n. 53. La Corte ha affermato, al p. 176: «[i]n particolare, la chiave di volta del sistema giurisdizionale così concepito è costituita dal procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 26 TFUE, il quale, instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione

(come affermato nella sentenza *Les Verts*).⁴⁴⁸ Al contrario, tale posizione non si sofferma sull'esame degli elementi contenutistici caratterizzanti la disciplina sostanziale primaria degli ordinamenti nazionali, sulla quale invece si è molto concentrato il costituzionalismo moderno.

185. Anche l'instaurazione di un sistema autenticamente comunitario di protezione giurisdizionale dei diritti dell'individuo può essere ricondotta ad un processo di *autocostituzione*, secondo l'impostazione *pluralista* che si ritiene di accogliere.⁴⁴⁹ In questo caso, il *test* dell'effettività risulta soddisfatto alla luce della cooperazione prestata dagli Stati membri alla Corte di giustizia, tramite i propri organi giurisdizionali.⁴⁵⁰ Il sistema comunitario di protezione giurisdizionale dei diritti individuali ha così rivestito un ruolo fondamentale sul piano strutturale, nella creazione dell'ordinamento comunitario integrato. Le relazioni aventi carattere «*crypto-fédérale*» che si sono instaurati tra gli organi che ne sono parte (giudici nazionali e giudici di Lussemburgo) hanno rappresentato uno dei *percorsi* attraverso i quali l'ordinamento dell'Unione

(*v.*, in tal senso, sentenza *van Gend & Loos*, EU:C:1963:1, pag.23), permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati (*v.*, in tal senso, parere 1/09, EU:C:2011:123, punti 67 e 83)».

⁴⁴⁸ Sentenza della Corte del 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts" contro Parlamento europeo*, già cit. sub n. 368, p. 23-24; cfr. anche la l 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, già cit., e gli ampi riferimenti dottrinali cui si è già fatto rinvio.

⁴⁴⁹ Cfr. **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution*, già cit. sub n. 37, p. 330 ss. La centralità del rinvio pregiudiziale nell'integrazione degli ordinamenti nazionali in quello comunitario, passa per il ruolo cardine riconosciuto dalla Corte ai giudici interni, nel contesto di un rapporto definibile innanzitutto in termini di *collaborazione* (cfr. in proposito anche l'analisi proposta da **TIZZANO A.**, *La protection des droits fondamentaux*, già cit. sub n. 396). Anche in questo caso, le radici della giurisprudenza della Corte vanno ricercate nella sentenza *van Gend en Loos*, questa volta nel senso della realizzazione di un sistema autenticamente *comunitario* di tutela dei diritti dell'individuo aventi fonte UE, in cui non vi siano interposizioni tra la Corte di giustizia ed i giudici nazionali ("giudici di diritto comune"), secondo la prospettiva (definita dall'A. «*cripto-federale*») inaugurata dalla Corte nella sentenza *Simmenthal* (cfr. Sentenza della Corte del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpA Simmenthal*, causa 106/77, già cit. sub n. 252).

⁴⁵⁰ Cfr. la sentenza del 5 giugno 1984, n. 170, *Granital*, della Corte Costituzionale italiana, già cit. sub n. 396. Per la sostanziale accettazione dell'assetto dei rapporti, tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale, così come configurato dalla Corte di giustizia, negli altri ordinamenti, cfr. l'opera di Tizzano citata alla nota precedente. *Idem* per le questioni tutt'ora individuabili con riguardo all'ordinamento tedesco.

europea si è instaurato anche e soprattutto come ordinamento interindividuale.⁴⁵¹ Da un lato, infatti, i meccanismi specifici in cui tale sistema giurisdizionale integrato si è articolato hanno confermato la qualificazione dell'ordinamento comunitario in termini di ordinamento internazionale *ed anche* interindividuale, dall'altro essi hanno definitivamente permesso l'effettiva affermazione della sua *autonomia* sotto la guida ideologica della Corte.⁴⁵² La natura costituzionale dei meccanismi comunitari di tutela giurisdizionale, in particolare del rinvio pregiudiziale, e le relazioni che essi presentano con il principio di autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione, sono state recentemente ribadite dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in punto di creazione di sistemi giurisdizionali internazionali comuni tra Stati membri, che sarà ripresa nel Capitolo 4.⁴⁵³

⁴⁵¹ La terminologia è di **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution*, già cit. *sub* n. 37, p. 333. Sulla questione di tornerà più diffusamente *infra* nella Sezione 4.3.

⁴⁵² Sui fondamenti del nuovo ordinamento giuridico comunitario, della sua autonomia, e le loro ripercussioni all'interno della giurisprudenza della Corte, si rinvia *supra* alla Sezione 2.1. In ordine alla realizzazione di una convergenza sempre maggiore, negli approcci alla tutela dei diritti individuali, specie se fondamentali, tra giudici di Lussemburgo e giurisdizioni nazionali, cfr. in particolare **TIZZANO A.**, *La protection des droits fondamentaux*, già cit. *sub* n. 396.

⁴⁵³ Con tali pronunce la Corte di giustizia ha confermato ed ha ulteriormente perfezionato le basi teoriche della struttura cripto-federale del sistema giurisdizionale comunitario che aveva delineato nella sua precedente giurisprudenza. Tale struttura giurisdizionale consente l'integrazione degli ordinamenti giuridici nazionali mediante l'instaurazione di un sistema autenticamente *comunitario*, e così autonomo, di tutela dei diritti individuali riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione, la cui protezione può autenticamente assicurarsi solo per il tramite della preservazione dell'autonomia dell'ordinamento dalle possibili interferenze nazionali. Cfr. Sentenza della Corte (grande sezione) del 19 gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co*, causa C-555/07, in *Racc.* 365; Sentenza della Corte (grande sezione) del 22 giugno 2010, *Aziz Melki e Sélim Abdeli*, cause riunite C-188/10 e C-189/10, in *Racc.* 5667, p. 52-57; Sentenza della Corte del 14 giugno 2011, *Paul Miles e a. contro Écoles européennes*, causa C-196/09, già cit. *sub* n. 353, p. 37-46; Parere della Corte in seduta plenaria dell'8 marzo 2011, *Progetto di accordo - Creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti*, già cit., in particolare al p. 80. Alle questioni di rilevanza *costituzionale* originate da queste pronunce così come alla loro effettiva attuazione, da parte degli Stati membri, sarà dedicata la parte finale del Capitolo 4.

Sul punto, un cenno fin da subito merita anche il recente Parere della Corte in seduta plenaria del 18 dicembre 2014, emesso ai sensi dell'articolo 218, paragrafo 11, TFUE, riguardante l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Parere 2/13), già cit. *sub* n. 53. Nel contesto del parere, l'istituto del rinvio pregiudiziale viene definito dalla Corte quale «*chiave di volta del sistema giurisdizionale*» dell'Unione, in quanto

SEZIONE 2.4: *PLURALISMO*, FUORIUSCITA DALL'UNIONE EUROPEA, RESTITUZIONE DI COMPETENZE E *ACQUIS* COMUNITARIO

186. La lettura *pluralista* del fenomeno dell'integrazione comunitaria ed i suoi presupposti teorici, trovano espressa conferma nel sistema del

«instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza van Gend & Loos, EU:C:1963:1, pag. 23), permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati (v., in tal senso, parere 1/09, EU:C:2011:123, punti 67 e 83)» (cfr. p. 176); in ordine alla incompatibilità del sistema previsto nel progetto di accordo con il sistema del rinvio pregiudiziale, cfr. i p. 197-199 del parere citato. Per alcuni commenti dottrinali sviluppati a margine della pronuncia, su un piano generale, cfr. SAURON J. L., *L'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne: la fin d'une idée anachronique ?*, già cit. sub n. 368, p. 4-6; JACQUÉ J. P., *CJUE - CEDH: 2-0*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2014, p. -831; ACKERMANN T. a. o., *Editorial comments: The EU's Accession to ECHR - a "NO" from ECJ*, già cit. sub n. 368; DEPAIGNE V., *La Charte des droits fondamentaux: un socle autonome pour la protection des droits dans l'Union européenne*, già cit. sub n. 368, p. 104-106.

Altro settore in cui si riscontra una discreta proliferazione di pronunce giurisprudenziali sui rapporti tra autonomia e garanzia giurisdizionale dei diritti di fonte comunitaria è quello degli accordi bilaterali di investimento tra Stati membri. Cfr. in proposito Sentenza del 3 marzo 2009, *Commissione contro Austria*, Causa C-205/06, in *Racc.* I-01301; Sentenza del 3 marzo 2009, *Commissione contro Svezia*, Causa C-249/06, in *Racc.* 2009 I-01335 e Sentenza del 19 novembre 2009, *Commissione contro Finlandia*, Causa C-118/07, in *Racc.* I-10889. La questione ha iniziato ad assumere un peso significativo con l'affiorare di un numero sempre più numeroso di potenziali elementi d'incompatibilità tra la disciplina fissata in tali accordi e la regolamentazione del mercato interno. Gli interrogativi in parola dapprima si sono posti nell'applicazione dei trattati di investimento stipulati tra i "vecchi" Stati membri ed gli Stati di più recente adesione, anteriormente a quest'ultima (in questa categoria si colloca anche il famoso caso *Micula*, sul quale si veda la Decisione della Commissione del 30 Marzo 2015, SA.38517 *Micula v Romania* (ICSID arbitration award), in *GU L* 232, 4 Settembre 2015, p. 43; Ordinanza - 29/02/2016 - *Micula e a. / Commissione*, Causa T-646/14; *European Food e a. / Commissione*; Causa T-624/15, *European Food e a. / Commissione*; Causa T-624/15; *Micula e a. / Commissione*; Causa T-704/15). In proposito, alcuni dubbi si pongono anche con riferimento all'esercizio della nuova competenza esterna esclusiva dell'Unione alla negoziazione ed alla conclusione di accordi internazionali nel settore degli investimenti esteri diretti, ai sensi dell'art. 207 TFUE, come modificato dal Trattato di Lisbona. Di questo aspetto la Commissione europea ha mostrato finalmente consapevolezza nel corso delle negoziazioni del Partenariato Transatlantico per il Commercio e gli Investimenti tra USA ed Unione Europea, a partire dall'autunno del 2015, quando il sistema arbitrale di risoluzione delle controversie originariamente proposto è stato sostituito dalla previsione di una Corte Internazionale degli Investimenti (cfr. in questo senso Proposal of the European Union for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes (Nov. 12, 2015), consultabile presso: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf).

diritto primario, così come risultante dalle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona.

187. Si è già fatta menzione dell'espressa previsione del potere di ciascuno Stato membro di recedere dall'Unione, introdotto espressamente nel nuovo testo del Trattato sull'Unione europea (art. 50 TUE). Tale previsione risulta conforme all'art. 54, lett. a), della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, disciplinante il recesso di una delle parti contraenti in conformità alle disposizioni del trattato.⁴⁵⁴ Inoltre, nel contesto della Dichiarazione n. 18, relativa alla delimitazione delle competenze, gli Stati membri hanno introdotto e regolato, per la prima volta nella storia comunitaria, la possibilità che l'Unione proceda alla *restituzione* delle competenze che essi le hanno attribuito (*repatriation of powers*, in inglese).⁴⁵⁵ Il nuovo istituto della restituzione può trovare applicazione tanto a livello di diritto derivato, quanto a livello di diritto primario. Sul primo versante, esso si ricollega espressamente alla nuova norma dedicata alla definizione delle competenze concorrenti (art. 2, par. 2, co. 3, TFUE), ossia alla previsione che: «[g]li Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria». In questo ambito, afferma la Dichiarazione, la restituzione delle competenze potrà avvenire mediante

⁴⁵⁴ La norma difatti prevede che, in generale: «[l]’estinzione di un trattato o il ritiro di una parte possono avere luogo: a) in base alle disposizioni del trattato; o b) in ogni momento, con il consenso di tutte le parti, previa consultazione degli altri Stati contraenti».

⁴⁵⁵ Sulla *repatriation of powers* si registra al momento una ridotta produzione dottrinale. In proposito, si ritiene di rinviare a **ZIBRAL R.**, *Restoring tasks from the European Union to Member States: a bumpy road to an unclear destination?*, *Common Market Law Review*, 2015, p. 51-84; **OBRADOVIC D.**, *Repatriation of powers in the European Community*, *Common Market Law Review*, 1997, 59–88. Nondimeno, il tema appare di estremo interesse nel momento attuale. La restituzione delle competenze ha rappresentato una delle possibili alternative alla fuoriuscita dall'Unione del Regno Unito, al contrario oramai determinata dall'esito del referendum del 23 giugno 2016; cfr. a riguardo *Review of the Balance of Competences between the United Kingdom and the European Union presented to Parliament by the Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs by Command of Her Majesty*, Luglio 2012, consultabile presso www.fc.gov.uk; il discorso di David Cameron, del 23 gennaio 2013, relativo ai rapporti tra Regno Unito ed Unione Europea (noto come “*Europe's Speech*”) consultabile presso <http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-21160684>. Per i commenti espressi in proposito dalla dottrina si rinvia a **SCHRAUWEN A.**, *From the Board. Review of the Balance of Competences*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2014, p. 127–132; **PIRIS J.-C.**, *The Acceleration of differentiated integration and enhanced cooperation*, *Foundation Robert Schuman, European Issues* n. 328, 13th October 2014, consultabile presso http://www.egmontinstitute.be/wp-content/uploads/2014/07/PIRIS_speech_Egmont-30102014.pdf; **MILLER V.**, *Repatriating EU powers to Member States*, *Commons Briefing papers* SN06153, consultabile presso <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06153>.

l'abrogazione di uno specifico atto legislativo, specialmente ove ciò sia reso necessario per meglio assicurare il rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità.⁴⁵⁶ In proposito, la Dichiarazione riconosce il diritto di qualunque Stato membro di avanzare una proposta legislativa abrogativa al Consiglio, che vi si determinerà con decisione assunta a maggioranza qualificata.⁴⁵⁷ Per quanto concerne il diritto primario, invece, la Dichiarazione prevede espressamente la possibilità di impiegare la procedura di revisione ordinaria dei Trattati (art. 48 TUE), anche ai fini di una riduzione delle competenze che questi ultimi attribuiscono all'Unione.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ L'esclusiva giustificazione nel principio di sussidiarietà, con riferimento all'eventuale ricorso all'art. 2, par. 2, seconda frase TFUE, viene individuata da Daniele (cfr. **DANIELE L.**, *Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Giuffrè, 2010, a p. 53). L'A. afferma in proposito che l'Unione potrebbe scegliere di avvalersi della norma «*soltanto in ossequio ad esigenze legate al rispetto del principio di sussidiarietà di cui all'art. 5, par. 3, TUE*». Tale affermazione è argomentata invocando il terzo paragrafo del Protocollo n. 30 allegato al Trattato CE, non riprodotto nel nuovo Protocollo n. 2, sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. Il passaggio in questione riconosceva al principio di sussidiarietà il significato di consentire «*[...] che l'azione della Comunità, entro i limiti delle sue competenze, sia ampliata, laddove le circostanze lo richiedano, e, inversamente, ristretta e sospesa, laddove essa non sia più giustificata*».

⁴⁵⁷ Cfr. in proposito **VON BOGDANDY A, BAST J.**, *The Federal Order of Competences*, già cit. *sub* n. 394, in particolare a p. 304. Ivi si evidenzia un'eccessiva rigidità, potenzialmente contrastante le esigenze di sussidiarietà, delle procedure di abrogazione della normativa di diritto derivato. L'abrogazione, difatti, nell'assenza di specifiche previsioni che ne disciplinino le modalità, dovrà avvenire conformemente al principio generale dell'*actus contrarius*, postulante l'impiego della medesima procedura seguita per l'adozione dell'atto che si vuole rimuovere. Pertanto, gli A. rilevano che nella maggior parte dei casi si porrà la necessità di una delibera a maggioranza qualificata in Consiglio. La rilevante conseguenza è dunque che una minoranza di Stati potrebbe opporsi alla restituzione, ove si discorra di competenze concorrenti, e così all'autonomo sviluppo della disciplina nazionale in materia.

⁴⁵⁸ Al contrario, risulta in questo campo esclusa la possibilità di utilizzare le procedure di revisione semplificata - previste dall'art. 48, par. 6 e 7, TUE - anch'esse rappresentanti una novità del Trattato di Lisbona. In ordine a queste procedure, si rinvia a più specifici contributi della dottrina. *Ex multis*, si vedano: **SCHRAUWEN A.**, *From the Board, The Ongoing Business of Treaty Reform*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, p. 1-4; **PEERS S.**, *The Future of EU Treaty Amendments*, *Yearbook of European Law*, 2012, 17-101; **DE WITTE B.**, *Treaty Revision Procedures after Lisbon*, in **BIONDI A., EECKHOUT P., RIPLEY S.** (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, 2012, p. 107 ss; **MAGANZA G.**, *The Lisbon Treaty: A Brief Outline*, *Fordham International Law Journal*, 2008, 31, p. 1603-1613; **QUESADA J.L.**, *The revision procedures of the treaty*, in **BLANKE H.-J., MANGIAMELI S.** (eds.), *The European Union after Lisbon: constitutional basis, economic order and external action*, Springer, Heidelberg, Dordrecht, London, New York, 2012, p.323-342; **ROSSI L.S.**, *A New Revision of the EU Treaties After*

188. Si ritiene che questi rilievi debbano essere letti in collegamento con la non trascurabile modifica introdotta, sempre dall'ultimo trattato di riforma, nel contesto dell'abrogazione del vecchio articolo 3 TUE. L'articolo in questione aveva introdotto a livello di diritto primario l'espressa previsione che le istituzioni comunitarie dovessero operare «rispettando e sviluppando nel contempo l'acquis comunitario». Del concetto di *acquis*, tuttavia, nessuna definizione si riscontrava nei Trattati. Non-dimeno, il principio veniva comunemente interpretato in modo piuttosto univoco nella sostanza, nel senso di impedire un arretramento rispetto al livello d'integrazione sino a quel momento realizzato, in termini di diritti ed obblighi vincolanti l'insieme degli Stati in qualità di membri dell'UE, comunque tale integrazione fosse intervenuta. Di conseguenza, l'intero complesso degli atti giuridici di fonte comunitaria e delle pronunce giurisprudenziali delle corti comunitarie che vi

Lisbon?, in ROSSI L.S., CASOLARI F. (ed.), *The EU after Lisbon. Amending or coping with the existing treaties?*, Springer, 2014, p. 3-12.

Sulla prima controversa ipotesi d'impiego della procedura di revisione semplificata prevista all'art. 48, par. 6, TUE, si rinvia alla Decisione del Consiglio europeo, del 25 marzo 2011, che modifica l'articolo 136 TFUE, relativamente alla creazione di un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro (in GU L 91 del 6.4.2011, p. 1-2) ed alla Sentenza della Corte in seduta plenaria del 27 novembre 2012, *Thomas Pringle contro Gouvernement of Ireland, Ireland e The Attorney General* ("Pringle"), già cit. sub n. 248, in particolare ai p. 63-72. Con riferimento alla sentenza Pringle, nella parte in cui affronta la censura inerente alla validità della decisione del Consiglio Europeo in relazione alle condizioni di ricorso alla procedura di revisione semplificata all'art. 48, par. 6, TUE, si rinvia alla dottrina riportata di seguito: cfr. **DE WITTE B., BEUKERS T.**, *Case Law. The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: Pringle Case C-370/12, Thomas Pringle v. Government of Ireland, Ireland, The Attorney General*, Judgment of the Court of Justice (Full Court) of 27 November 2012, *Common Market Law Review*, 2013, 50, p. 805-848; **BORGER V.**, *The ESM and the Court's predicament in Pringle*, *German Law Journal*, 2013, p. 113-140; **VAN MALLEGHEM P.A.**, *Pringle: A paradigm shift in the European Union's monetary constitution*, *German Law Journal*, 2013, p. 141-168; **TOMKIN J.**, *Contradiction, circumvention and conceptual gymnastics: The impact of the adoption of the ESM Treaty on the state of European democracy*, *German Law Journal*, 2013, p.169-190; **THYM D., WENDEL M.**, *Préserver le respect du droit dans la crise; la Cour de justice, le MES et le mythe du déclin de la Communauté de droit (arrêt Pringle)*, *Cahiers de droit européen*, 2012, 48, p. 733-757; *Editorial Comments, Union membership in times of crisis*, già cit. sub n. 16; *Editorial Comments, What do we want? "Flexibility! Sort-of..." When do we want it? "Now! Maybe..."*, *Common Market Law Review*, 2013, p. 673-681; **BECK G.**, *The Court of Justice, the Bundesverfassungsgericht and Legal Reasoning during the Euro Crisis: The Rule of Law as a Fair-Weather Phenomenon*, *European Public Law*, 2014, p. 539-566; **CHITI E., TEIXEIRA P.G.**, *The constitutional implications of the European responses to the financial and public debt crisis*, *Common Market Law Review*, 2013, p. 683-708; **BIANCO G.**, *EU Financial Stability Mechanisms: Few Certainties, Many Lingering Doubts*, *European Business Law Review*, 2015, p. 451-472.

avessero dato applicazione, veniva fatto ricadere nella nozione di *acquis*. A voler essere ancora più precisi, anteriormente al Trattato di Maastricht, il concetto di *acquis*, ricorrente nella terminologia pratica delle istituzioni, era stato impiegato per la prima volta nell'ambito di un atto formale, dagli Atti relativi all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese alle Comunità Europee, nel contesto della Dichiarazione comune relativa all'adeguamento dell'«*acquis communautaire*» nel settore dei grassi vegetali.⁴⁵⁹ Una definizione generale del concetto è poi intervenuta con la Comunicazione della Commissione Europea intitolata “*Semplificare e migliorare la regolamentazione*”, del 5 dicembre 2001 (COM/2001/0726 def). Infine, nel Glossario delle Sintesi della legislazione UE, gestito dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, la nozione di *acquis* viene così riportata: «[I]l *acquis dell'UE* corrisponde alla piattaforma comune di diritti ed obblighi che vincolano l'insieme dei paesi dell'UE, quali membri dell'UE. Esso è in costante evoluzione ed è costituito: dai principi, dagli obiettivi politici e dal dispositivo dei trattati; dalla legislazione adottata in applicazione dei trattati e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE; dalle dichiarazioni e dalle risoluzioni adottate nell'ambito dell'UE; dagli atti che rientrano nella politica estera e di sicurezza comune; dagli atti che rientrano nel contesto della giustizia e degli affari interni; dagli accordi internazionali conclusi dall'UE e da quelli conclusi dai paesi dell'UE tra essi nei settori di competenza dell'UE. I paesi candidati devono accettare l'*acquis* per poter aderire all'UE. Le deroghe all'*acquis* sono eccezionali e di portata limitata. L'*acquis* deve essere integrato dai paesi candidati nei rispettivi ordinamenti nazionali sin dalla data della loro adesione all'UE e quindi applicarlo da tale

⁴⁵⁹ In GU L 302 del 15.11.1985, p. 481–481.

data». ⁴⁶⁰ Al contrario, maggiori dubbi investivano il *quantum* dell'intervento abrogativo tollerabile in base al principio. ⁴⁶¹

189. Con il Trattato di Lisbona, il vecchio articolo 3 TUE è stato sostituito nella sostanza da tre disposizioni, e cioè dagli artt. 13, par. 1, e 21, par. 3, co. 2, TUE e dall'art. 7 TFUE. Nel processo di trasposizione della vecchia disciplina nella nuova, la Conferenza Intergovernativa ha tuttavia rimosso completamente il riferimento al concetto di *acquis*.⁴⁶² Si tratta di una vistosa omissione, che si riverbera direttamente su tutte

⁴⁶⁰ Cfr. <http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/acquis.html>. Si noti anche come il principio della conservazione e dello sviluppo dell'*acquis* comunitario avesse trovato espresso riconoscimento formale con Trattato di Maastricht (art. 2, par. 1, quinta frase, TUE), anche con riguardo alla cooperazione con metodo intergovernativo che in quella sede ci si prefiggeva di realizzare al di fuori del c.d. *pilastro comunitario*. Pertanto, perfettamente condivisibile appare la notazione per cui: «[...] non si può sottovalutare la circostanza che l'insieme delle previsioni consegnate nel Trattato di Maastricht non ha smentito la logica propria dei Trattati comunitari, dotati di un notevole potenziale di sviluppo in direzione di una sempre più accentuata integrazione; e che in ogni caso era stato espressamente sancito (art. 2) l'obiettivo di mantenere e sviluppare l'*acquis* comunitario, fino alla necessità di rivedere, quando si fossero rivelate inadeguate, le politiche e le forme di cooperazione previste dal Trattato, al fine di garantire l'efficacia dei meccanismi e delle istituzioni comunitarie. A tale scopo, lo stesso Trattato di Maastricht aveva espressamente previsto che una conferenza intergovernativa dovesse aver luogo nel 1996» (TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, già cit. sub n. 392, p. 12). Come si illustrerà più avanti, le modifiche introdotte a Maastricht sono comunemente considerate un punto di svolta di estremo rilievo nel percorso di evoluzione degli strumenti di integrazione differenziata in seno al diritto dell'Unione europea.

⁴⁶¹ Sulla portata del concetto di *acquis* cfr., *ex multis*, PESCATORE P., *Aspects judiciaires de l'acquis communautaire*, Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1981, p. 617-651, secondo il quale la nozione di *acquis* va ricondotta alle sentenze c.d. *fondative* dell'ordinamento comunitario ed ai principi che esse incorporano, il riferimento è fatto, in particolare, alle pronunce rese della Corte nei casi *Commissione contro Lussemburgo e Belgio* (Sentenza della Corte del 14 dicembre 1962, cause riunite 2 e 3-62, in *Racc.* 813), *van Gend en Loos* e *Costa contro Enel*, entrambe già cit. sub n. 40, e *Consten et Grundig* (Sentenza della Corte del 13 luglio 1966, cause riunite 56 e 58-64, in *Racc.* 429); AUDÉOUD O., *L'acquis communautaire, du mythe à la pratique*, Revue d'études comparatives Est-Ouest, 2002, p. 67-77, a p. 69; CURTI C., *Some reflections on the acquis communautaire*, Common Market Law Review, 1995, p. 1089-1121; DELCOURT C., *The acquis communautaire: Has the concept had its day?*, Common Market Law Review, 2001, p. 829-870; LINDAHL H., *Acquiring a Community: The Acquis and the Institution of European Legal Order*, European Law Journal, 2003, p. 433-450; AMALFITANO C., *L'acquis comunitario: da esperienza giuridica a fattore di integrazione*, Il Diritto dell'Unione europea, 2009, p. 789-824; WEATHERILL S., *Safeguarding the Acquis Communautaire*, già cit. sub n. 302, p. 153-178.

⁴⁶² Così è riportato nelle Tavole di Corrispondenza allegate alla versione consolidata dei Trattati dell'Unione europea.

le norme dei Trattati istitutivi che in precedenza contenevano un riferimento al principio.

190. Con particolare riguardo all'istituto della cooperazione rafforzata,⁴⁶³ nella disciplina originariamente introdotta dal Trattato di Amsterdam,⁴⁶⁴ il rispetto dell'*acquis* comunitario costituiva una delle condizioni cui risultava espressamente subordinata la decisione di approvazione del Consiglio che ne autorizzava l'impiego (cfr. l'ex art. 43, par. 1, co. 2, lett. c, TUE, attualmente sostituito dall'art. 20 TUE).⁴⁶⁵ In via derivata, inoltre, anteriormente all'ultima revisione dei Trattati, risultavano soggette al principio, a pena di invalidità, anche le misure di attuazione della decisione autorizzativa.

191. La prescrizione del rispetto dell'*acquis* ai fini del valido ricorso alla cooperazione rafforzata non era mai stata messa in discussione fino al momento della negoziazione del Trattato di Lisbona. La previsione, invero, era stata leggermente modificata nel passaggio dal Trattato di Amsterdam a quello di Nizza,⁴⁶⁶ nondimeno il riferimento al principio era rimasto un punto fermo della disciplina dell'istituto. Difatti, il riferimento all'*acquis* comunitario in quel contesto, aveva raccolto un certo entusiasmo in dottrina. La previsione, si credeva, avrebbe permesso alla Corte di giustizia, nel contesto del controllo giurisdizionale esercitato sopra gli atti di autorizzazione ed implementazione del nuovo istituto (che si pensava sarebbe stato presto impiegato), di pronunciarsi sul concetto di *acquis*, ed eventualmente di darvi, per la prima volta, una definizione espressa.

192. Si noti, in ogni caso, che, almeno con riferimento allo strumento della cooperazione rafforzata, la rimozione del limite dell'*acquis* comunitario assume una portata tutto sommato ridotta. In effetti, l'art. 20 TUE

⁴⁶³ Si veda in proposito la Sezione 3.4.

⁴⁶⁴ Trattato sull'Unione europea (versione consolidata 1997), in GU C 340 del 10.11.1997, pagg. 145–17. Cfr. in particolare l'art. Articolo 43 (ex articolo K.15), par. 1, lett. e).

⁴⁶⁵ Nelle Tavole di Corrispondenza, inoltre, si legge che: «[g]li articoli da 43 a 45 e il titolo VII dell'attuale trattato UE, relativi a una cooperazione rafforzata, sono anche sostituiti dagli articoli da 326 a 334 del TFUE», per ciò che qui interessa, è sufficiente precisare come la condizione del rispetto dell'*acquis* non trova più menzione nemmeno all'interno di queste. Sul principio del rispetto dell'*acquis* da parte degli atti di cooperazione rafforzata si veda più avanti la Sezione 3.4.

⁴⁶⁶ Trattato di Nizza che modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, firmato a Nizza il 26 febbraio 2001, in GU C 80, 10 marzo 2001, p. 1 ss.

prevede espressamente che: «[l]e cooperazioni rafforzate sono intese a promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione». Inoltre, l'art. 326 TFUE sancisce la subordinazione al diritto primario e derivato dell'Unione della disciplina introdotta con cooperazione rafforzata, specificando che: «[l]e cooperazioni rafforzate rispettano i trattati e il diritto dell'Unione. Esse non possono recare pregiudizio né al mercato interno né alla coesione economica, sociale e territoriale. Non possono costituire un ostacolo né una discriminazione per gli scambi tra gli Stati membri, né possono provocare distorsioni di concorrenza tra questi ultimi». Non appare possibile immaginare, pertanto, che gli Stati membri possano determinare una retrocessione nel processo di integrazione, avvalendosi della cooperazione rafforzata.⁴⁶⁷ Sul punto si rinvia all'analisi più approfondita sviluppata nei prossimi capitoli.

193. Inoltre, si ricorda anche che in passato la pratica applicazione del principio del rispetto dell'*acquis* ha sollevato numerosi dubbi rispetto al diritto derivato.⁴⁶⁸ Al contrario, era senz'altro chiaro l'impegno degli Stati membri non di procedere a delle modifiche dei Trattati istitutivi che implicassero la restituzione totale o parziale di sfere di competenza attribuite all'Unione.⁴⁶⁹ Se ciò ostasse, in concreto, ad una revi-

⁴⁶⁷ Sul punto, cfr. ad esempio **CRAIG P.**, *The Lisbon Treaty. Law Politics, and Treaty Reform*, già cit. sub n. 174, p. 439-334: «the wording of Article 326 is clearly broad enough to ensure that enhanced cooperation respects the *acquis* but the very fact that is framed in terms of 'compliance' with the Treaties and EU law, as opposed to 'respect' for the *acquis* that was used previously, may signify a greater willingness to encourage enhanced cooperation».

⁴⁶⁸ *Ex multis*, si rinvia a **LENAERTS K., DESOMER M.**, *New models of constitution-making in Europe: the quest for legitimacy*, *Common Market Law Review*, 2002, p. 1217–1253, in particolare alla p. 1247, ed alla dottrina ivi richiamata, *sub nota n. 123*. Nel brano citato trova menzione il fatto che, nell'ambito dell'allora operante V Gruppo di Lavoro, sulle “Competenze Complementari”, della Convenzione Europea, fosse stata sollevata la questione se l'*acquis communautaire* avrebbe dovuto continuare ad essere un dato *intangibile* ovvero se potesse essere modificato od in qualche modo adeguato alle esigenze dei tempi (cfr. Sintesi dell'incontro del 17 luglio 2002, CONV 209/02, del 19 luglio 2002).

⁴⁶⁹ In questo senso, le origini del principio venivano da molti individuate nel testo della sentenza *Costa contro Enel*, ove si affermava il carattere definitivo del trasferimento delle competenze attribuite dagli Stati membri all'Unione – o la definitiva sospensione del relativo esercizio, a seconda della lettura che si preferisca -. Cfr. **DANIELE L.**, *Diritto dell'Unione Europea...*, già cit. *sub n. 456*, p. 53; **PESCATORE P.**, *Aspects judiciaires de l'acquis communautaire*, già cit *sub n. 461*. Secondo Pescatore, la nozione di *acquis* va ricondotta alle sentenze fondative dell'ordinamento ed ai principi che esse incorporano. Il riferimento è fatto, in particolare, alle pronunce rese della Corte nei casi *Commissione contro Lussemburgo e Belgio* (cfr. Sentenza della Corte del 14 dicembre 1962, cause riunite 2 e 3-62, in *Racc.* 813), *van Gend en Loos* e *Costa contro Enel*, entrambe già cit. *sub n. 40*, e *Consten et*

sione dei Trattati in tal senso rimaneva evidentemente discutibilissimo, data la pariordinazione dei Trattati istitutivi e di quelli modificativi. In questo, la portata delle modifiche introdotte dal trattato di Lisbona in punto di restituzione delle competenze, *anche* di diritto primario, si pone come ulteriore conferma alla prospettiva pluralista qui adottata.

194. Ulteriore riflessione che si può svolgere a margine della rimozione del riferimento all'*acquis* nei Trattati è che essa, letta in combinato con le ulteriori modifiche introdotte in punto di competenze, così come, in guisa di contrappeso, con la Dichiarazione n. 17 sul primato, testimonia l'atteggiamento degli Stati membri nell'attuale fase del processo di integrazione, finalizzato ad escludere, per quanto possibile, l'espansione delle competenze comunitarie per mezzo del loro esercizio.⁴⁷⁰ Nemmeno tale dato, tuttavia, sembra potersi assumere come decisivo, dal momento che è l'effettivo atteggiamento degli Stati membri a valle delle menzionate modifiche che vale ad incidere le dinamiche integrative, eventualmente ridefinendole. Inoltre, si è già evidenziato come la versione consolidata del Trattato postuli che la restituzione delle competenze agli Stati membri avvenga, a seconda dei casi, mediante le procedure ordinarie di revisione dei Trattati o quelle di abrogazione del diritto derivato (secondo il principio dell'*actus contrarius*). Da ciò discende che, nonostante la rimozione del riferimento all'*acquis*, le modifiche in senso regressivo di maggiore impatto, e sicuramente quelle concernenti le competenze esclusive, potranno avvenire soltanto impiegando la procedura ordinaria di revisione di cui all'art. 47, par. 2-5, TUE. Anche rispetto all'abrogazione della disciplina derivata, almeno per quanto concerne le basi giuridiche riconducibili ai settori più fortemente integrati, come quello del mercato interno e della concorrenza, la rimozione del limite dell'*acquis* risulta temperata – oltre che dalle procedure applicabili - dalla persistente operatività delle norme di c.d. *integrazione negativa* dei Trattati, alla cui disciplina gli Stati membri restano obbligati.⁴⁷¹ Restano in particolare fermi gli obiettivi fissati

Grundig (cfr. Sentenza della Corte del 13 luglio 1966, già cit. sub n. 461). Cfr. anche **WEATHERILL S.**, *Safeguarding the Acquis Communautaire*, già cit. sub n. 302.

⁴⁷⁰ Invero, in dottrina vi sono stati diversi contributi che hanno evidenziato come il Trattato di Lisbona, in questo senso porrebbe le basi per uno sviluppo preoccupante del c.d. "*spectre of raising intergovernmentalism*". Cfr. sul punto **CHRISTIANSEN T.**, *The European Union After the Lisbon Treaty: an Elusive 'Institutional Balance'?*, già cit. sub n. 159; **PUETTER U.**, *Consolidating Europe's New Intergovernmentalism – European Council and Council Leadership in Economic Governance and the CFSP under the Lisbon Treaty*, articolo presentato alla conferenza UACES, "The Lisbon Treaty Evaluated", Londra, 2011.

⁴⁷¹ Si tratta delle norme dei Trattati che tutelano le c.d. *libertà del mercato interno*, proibendo agli Stati membri l'introduzione di misure che impediscano od ostacolino

dall'art. 3 TUE e dal Protocollo n. 27 sul Mercato Interno e sulla Concorrenza. Di conseguenza, è da escludere che l'abrogazione della disciplina comune possa determinare il ripristino di quelle barriere alla realizzazione del mercato interno od alla conservazione del suo assetto concorrenziale che avevano giustificato l'introduzione della disciplina positiva che in un secondo momento si è ritenuto di abrogare.⁴⁷²

la libera circolazione. Come è noto, in ogni caso, tali norme consentono ai singoli Stati membri l'introduzione o la conservazione di misure restrittive della circolazione, in presenza di determinate giustificazioni. Le norme di *integrazione negativa* obbligano gli Stati membri, la loro interpretazione è riservata alla Corte di giustizia dell'UE - tendenzialmente, in sede di rinvio pregiudiziale - mentre la disapplicazione della disciplina nazionale eventualmente incompatibile spetta ai giudici nazionali. Il concetto di armonizzazione negativa si distingue da quello di *integrazione positiva* (o *legislativa*). Quest'ultima costituisce la seconda opzione che gli Stati membri hanno per eliminare le barriere alla circolazione, e consiste nella sostituzione delle varie discipline nazionali con regole comuni adottate a livello di Unione Europea; tale tipologia di armonizzazione pertanto postula l'esistenza di una base giuridica nei Trattati che attribuisca competenza normativa all'UE. A riguardo assume notevole importanza la competenza concorrente prevista dall'art. 114 TFUE, introdotto dall'Atto Unico Europeo (Atto Unico Europeo, in GU L 169, 29 giugno 1987, p. 1), il quale costituisce la base giuridica per le misure di armonizzazione volte a instaurare il mercato interno. Queste due tipologie di integrazione si pongono in un rapporto di complementarietà, non da ultimo in ragione dei principi che governano l'esercizio delle competenze non esclusive dell'Unione, ossia dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, sui quali si ritornerà nel prosieguo della presente tesi. Per ora, sui concetti di integrazione *positiva* e *negativa*, si rinvia a **DE SOUSA P. C.**, *Negative and Positive Integration in EU Economic Law: Between Strategic Denial and Cognitive Dissonance*, German Law Journal, 2013, p. 979-1011; **WEATHERILL S.**, *Law and Values in the European Union*, Oxford University Press, 2016, Capitolo 6.

⁴⁷² Cfr. Sentenza della Corte del 5 ottobre 2000, *Repubblica federale di Germania contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-376/98, in *Racc.* I-08419, p. 86 ss; Sentenza della Corte (grande sezione) del 12 dicembre 2006, *Repubblica federale di Germania contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-380/03, in *Racc.* I-11573, p. 37 ss.; Sentenza della Corte del 24 novembre 1993, *Procedimenti penali contro Bernard Keck e Daniel Mithouard*, cause riunite C-267/91 e C-268/91, in *Racc.* 6097, p. 15; Sentenza della Corte (grande sezione) del 12 luglio 2005, *The Queen, ex parte Alliance for Natural Health e Nutri-Link Ltd contro Secretary of State for Health (C-154/04) e The Queen, ex parte National Association of Health Stores e Health Food Manufacturers Ltd contro Secretary of State for Health e National Assembly for Wales (C-155/04)*, cause riunite C-154/04 e C-155/04, in *Racc.* 6451, p. 30; Sentenza della Corte EFTA del 12 settembre 2011, *Philip Morris Norway AS v. Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet*, causa E-16/10, in *Racc.* 330, p. 48-49, 84; Sentenza della Corte (grande sezione) del 10 febbraio 2009, *Irlanda contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-301/06., in *Racc.* 593, p. 63-64; Sentenza della Corte del 10 dicembre 2002, *The Queen contro Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd*, causa C-491/01, in *Racc.* 1453, p. 38; Sentenza della Corte (grande sezione) dell'8 giugno 2010, *The Queen, su istanza di Vodafone Ltd e altri contro Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*,

195. Questi sviluppi, si può concludere, costituiscono un'ulteriore ed estremamente contemporanea conferma della dimensione innanzitutto internazionalistica del processo di integrazione europea,⁴⁷³ quale processo tuttora in itinere (art. 1, co. 2, TUE),⁴⁷⁴ e caratterizzato da equilibri delicati, che lasciano «intatta la possibilità che alterazioni anche profonde

causa C-58/08, in *Racc.* 4999, p. 32. Per la dottrina si rinvia a **WEATHERILL S.**, *The limits of legislative harmonisation ten years after Tobacco Advertising: how the Court's case law has become a "drafting guide"*, *German Law Journal*, 2011, p. 827-864). Pertanto, nel contesto dell'abrogazione della disciplina derivata dovrà essere attribuito un peso determinante al rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, cosa che verosimilmente spingerà verso la parzialità dell'intervento abrogativo. Costituendo essi principi generali, operanti con riferimento a qualunque atto di esercizio di competenze non esclusive dell'Unione, non appare costituire un limite il riferimento della Dichiarazione n. 18, ai soli atti legislativi: l'unica conclusione coerente in proposito è quella per cui, anche per i casi di abrogazione espressa della disciplina derivata, il controllo politico di sussidiarietà esercitato dai parlamenti nazionali sarà limitato agli atti legislativi, conformemente a quanto previsto in generale dal Protocollo n. 2. Anche rispetto agli atti di abrogazione, dunque, assumono rilievo tutte le difficoltà ricostruttive della nozione giuridica di *sussidiarietà*, così come quelle concernenti i limiti del controllo giurisdizionale del principio emersi nella giurisprudenza, su cui ci si soffermerà più estesamente *infra* al Paragrafo 1.1.1(b), dedicato al rilievo che il principio di sussidiarietà assume con riferimento all'istituto della cooperazione rafforzata (cfr., per ora, **SCHÜTZE R.**, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 178; **DASHWOOD A.**, *The Relationship between the Member States and the European Union/European Community*, già cit. sub n. 365, p. 366-369; **WEATHERILL S.**, *subsidiarity, Flexibility and New Forms of Governance*, già cit. sub n. 180).

⁴⁷³ Cfr. **PICCHIO FORLATI L.**, *Il diritto dell'Unione europea fra dimensione internazionale...*, già cit. sub n. 39, p. 464 ss; **PICCHIO FORLATI L.**, *Il fondamento giuridico dell'Unione europea...*, già cit. sub n. 38, p. 1381 ss; **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit. sub n. 37, p. 310-319. Questa, fondamentalmente, è la conclusione che può raggiungersi anche dinnanzi alla scomparsa del principio del rispetto dell'*acquis*, concetto che di per sé certamente incorpora i tratti *essenziali* dell'ordinamento, ma al contempo presenta una maggiore estensione.

⁴⁷⁴ È importante notare come, anche a seguito creazione del nuovo quadro istituzionale unitario (art. 1, co. 3, TUE) conseguente alla successione dell'Unione alla Comunità, realizzata dal Trattato di Lisbona, l'art. 1, secondo comma, TUE (ex art. 1 UE) abbia mantenuto l'assunto per cui l'attuale assetto non costituisce che «una nuova tappa» nel processo d'integrazione. Esso, pertanto, non costituisce il punto d'arrivo del disegno comunitario, ma piuttosto «un traguardo intermedio nel corso di un processo di integrazione che gli Stati membri implicitamente dichiarano di voler continuare con nuove tappe e nuovi traguardi» e, quantomeno fintanto che gli Stati membri preserveranno la propria sovranità internazionale, rimarrà indefinitamente aperto. Cfr. **POCAR F.**, **BARUFFI M.C.**, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, già cit. sub n. 166, p. 5; **SIMON D.**, *Art. 1*, in **CONSTANTINESCO V.**, **KOVAR R.**, **SIMON D.**(eds.), *Traité sur l'Union Européenne. Commentaire article par article*, Paris Economica, Parigi, 1995, p. 58; **POCAR F.**, **SECCHI C.**, *Il Trattato di Maastricht sull'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 3; **FUMAGALLI L.**, *Commento all'art. 1*

siano concordate dagli Stati membri», per quanto sia stato realisticamente precisato da un'illustre commentatore che «[è] però arduo immaginare che ciò possa eradicarsi rispetto ai profili fondamentali dell'Unione europea».⁴⁷⁵

TUE, in TIZZANO A. (ed.), *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 9.

⁴⁷⁵ Così **TESAURO G.**, *Diritto dell'Unione europea*, già cit. sub n. 392, p. 92. Questa, in sostanza, la risposta data dall'Autore alla questione se sia possibile modificare o rimuovere qualsiasi previsione di diritto primario, oppure se una tale operazione incontri dei limiti, compresa la possibile esistenza di norme *fondamentali* (*rectius* essenziali), ossia non suscettibili di modificazione.

CAPITOLO 3: VERSO L'INDIVIDUAZIONE DI UNA NOZIONE GIURIDICA RIGOROSA DI INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA E SULLE SUE CATEGORIE

SOMMARIO: SEZIONE 3.1: *I parametri definitivi della nozione giuridica di integrazione differenziata ed il modello classificatorio delle forme di manifestazione del fenomeno* - 3.1.1 *Integrazione differenziata e altri fenomeni di flessibilità nell'ordinamento giuridico dell'Unione* - 3.1.2 *Verso un modello unitario di classificazione delle forme di integrazione differenziata giuridicamente rilevanti* - SEZIONE 3.2: *Sull'integrazione differenziata in senso ampio* - 3.2.1 *Integrazione differenziata in senso ampio e ius contrabendi degli Stati membri* - 3.2.2 *Gli accordi inter se tra gli Stati membri nella storia dell'integrazione comunitaria* - 3.2.3 *I limiti al legittimo ricorso agli accordi inter se tra Stati membri* - (a) *La competenza degli Stati membri a concludere gli accordi inter se* - (b) *La compatibilità degli accordi inter se con il diritto comunitario* - (i) *In particolare: la compatibilità con il principio di leale collaborazione* - (ii) *Segue: il principio di autonomia dell'ordinamento* - (c) *L'illiceità degli accordi internazionali conclusi dagli Stati membri in violazione del diritto dell'Unione* - SEZIONE 3.3: *Sull'integrazione differenziata all'interno dell'ordinamento giuridico dell'UE (integrazione differenziata in senso stretto)* - 3.3.1 *Integrazione differenziata in senso stretto nel diritto primario dell'Unione europea* - 3.3.2 *Integrazione differenziata in senso stretto nel diritto derivato: dalla differenziazione tradizionale a quella politica* - (a) *La differenziazione c.d. tradizionale nel diritto derivato quale applicazione del principio di eguaglianza* - (b) *L'integrazione differenziata politica nel diritto primario dell'Unione* - (c) *Integrazione differenziata politica nel diritto derivato: la cooperazione rafforzata* - SEZIONE 3.4: *L'istituto della cooperazione rafforzata: l'estensione del metodo comunitario all'integrazione differenziata c.d. politica* - 3.4.1 *La disciplina della cooperazione rafforzata dal Trattato di Amsterdam a Lisbona e la comunitarizzazione della cooperazione rafforzata* - (a) *Premessa: metodo comunitario e metodo intergovernativo* - (b) *Gli elementi del metodo comunitario nella disciplina della cooperazione rafforzata* - 3.4.2 *I limiti del ricorso alla cooperazione rafforzata ed il principio di sussidiarietà* - (a) *Il principio di sussidiarietà e il Trattato di Lisbona* - (b) *Sussidiarietà, leale cooperazione e cooperazione rafforzata* - 3.4.3 *I rapporti tra la cooperazione rafforzata, gli accordi internazionali tra gli Stati membri ed il diritto unitario dell'Unione europea* - (a) *Differenziazione tramite accordi internazionali tra Stati membri* - (b) *Differenziazione tramite ricorso alla cooperazione rafforzata ex art. 20 TUE: gli effetti sul piano interno* - (c) *Differenziazione tramite ricorso alla cooperazione rafforzata ex art. 20 TUE: effetti sul piano dell'azione esterna.*

SEZIONE 3.1: I PARAMETRI DEFINITORI DELLA NOZIONE GIURIDICA DI INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA ED IL MODELLO CLASSIFICATORIO DELLE FORME DI MANIFESTAZIONE DEL FENOMENO

3.1.1 Integrazione differenziata e altri fenomeni di *flessibilità* nell'ordinamento giuridico dell'Unione

196. Per dimostrare completamente l'affermazione per cui l'integrazione differenziata costituisce una componente *essenziale*, ossia intrinseca, al processo di integrazione europea, così come sinora delineatosi, si ritiene doveroso procedere innanzitutto ad una più rigorosa definizione del fenomeno. La delimitazione della materia d'indagine appare quanto mai opportuna, dato il proliferare nel dibattito politico e dottrinale di una pluralità di nozioni i cui contenuti appaiono solo parzialmente sovrapponibili.⁴⁷⁶ In particolare, si avverte la necessità di operare un distinguo tra il fenomeno oggetto di indagine e gli ulteriori meccanismi che permettono l'accomodamento delle esigenze di flessibilità all'interno dell'ordinamento comunitario.
197. Il termine *integrazione differenziata*, introdotto all'esordio della presente tesi, trova impiego in due fondamentali accezioni in dottrina. Innanzitutto, si pone la nozione di *integrazione differenziata in senso stretto*, che vale ad indicare l'integrazione differenziata realizzata *all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione*.⁴⁷⁷ A questa nozione deve ricondursi il concetto di *differenziazione partecipativa* richiamato da Dashwood, di cui si è parlato nel precedente capitolo.⁴⁷⁸ L'integrazione differenziata *in senso stretto* può realizzarsi tramite l'impiego di molteplici istituti

⁴⁷⁶ Cfr. *supra* la Sezione 1.1 dedicata agli sviluppi della nozione di integrazione differenziata nel dibattito politico e dei modelli teorici che si sono susseguiti nella dottrina giuridica.

⁴⁷⁷ Cfr. DOUGAN M., *The Unfinished Business of Enhanced Cooperation: Some Institutional Questions and their Constitutional Implications*, già cit. sub n. 58, a p. 157, ove si afferma che: «'flexibility' might be roughly be defined as the possibility that one or more Member States may chose or even be obliged to remain permanently outside the scope of certain activities pursued within the Union's legal framework». Cfr. anche HERLIN-KARNELL E., KONSTADINIDES T., *EU Constitutional Principles as Housekeeping Rules in EU External Variable Geometry*, già cit. sub n. 58, a p. 26 «[...] despite its very broad terminology, the notion of variable geometry or 'differentiation' is generally taken to mean the accomplishment of EU objectives in the framework of different grades of integration within the EU constitutional settings».

⁴⁷⁸ Come si è detto *supra*, al Capitolo 2, Dashwood definisce il concetto di *differenziazione partecipativa* come inclusivo di tutte le istanze in cui l'azione normativa dell'Unione venga realizzata senza la partecipazione di taluni degli Stati membri e l'esclusione di questi ultimi dalla disciplina comune si caratterizzi per essere potenzialmente in grado di durare per un tempo indeterminato.

giuridici, tutti di natura comunitaria, i quali introducono nell'ordinamento interindividuale europeo una disciplina che contempla un trattamento non uniforme degli Stati membri.⁴⁷⁹

198. A questa nozione, si affianca quella di *integrazione differenziata in senso ampio*,⁴⁸⁰ così definita in quanto comprensiva di tutte le ipotesi in cui, nel procedere nel livello di integrazione, «*les Etats membres de l'Union européenne, ou leurs citoyens, ne seraient pas soumis à un régime juridique uniforme, alors que l'on se trouvait pourtant dans le champ d'application potentiel des traités*».⁴⁸¹ In quest'ambito sono pertanto ricomprese sia le ipotesi di integrazione differenziata *in senso stretto*, che si sono già presentate, sia le ipotesi di integrazione differenziata realizzate *al di fuori*

⁴⁷⁹ Più avanti si spiegherà come all'interno della nozione di *integrazione differenziata in senso stretto* sia possibile procedere ad ulteriori categorizzazioni. Ciò accade non solo in ragione del rango della fonte del diritto che introduce la disciplina differenziata, ma anche del carattere eventualmente temporaneo di quest'ultima – ossia del suo perdurare in dipendenza di fattori obiettivi di giustificazione –; al suo procedere in senso *positivo* o *negativo* – base al perseguimento o meno di logiche di armonizzazione dei vari ordinamenti nazionali; ed infine, non meno importante, a seconda del grado di *istituzionalizzazione* che caratterizza la disciplina differenziata, tanto sotto il profilo sostanziale, quanto per ciò che concerne il suo *iter* procedurale di approvazione ed emendamento. In quest'ultimo aspetto sembra in concreto risolversi la distinzione (su cui si tornerà immediatamente *infra* al Paragrafo 265) tra ciò che Ehlermann definisce “integrazione differenziata *tradizionale*” e quella che Thym, invece, definisce “integrazione differenziata *sovranazionale*” (*rectius* integrazione differenziata *politica*). Mentre nel primo caso l'applicazione soggettivamente differenziata della disciplina integrata appare giustificata dalla presenza di determinate circostanze di carattere obiettivo, aventi natura economico-sociale, che riguardano gli Stati membri esclusi dall'applicazione del diritto comune e che trovano protezione in virtù di una norma primaria dell'ordinamento, nel secondo essa consegue all'esistenza di un disaccordo politico tra gli Stati membri partecipanti e quelli esclusi – disaccordo che in ogni caso non impedisce la produzione del nuovo diritto comunitario ad applicazione soggettivamente differenziata da parte degli Stati volenterosi. In ciò l'integrazione differenziata si distingue tanto dalle tecniche di deliberazione maggioritaria, quanto da quelle di astensione costruttiva.

⁴⁸⁰ Cfr. **STUBB A.**, *A Categorization of Differentiated Integration*, già cit. sub n. 56, a p. 283, ove si parla del concetto di differenziazione in termini di: «[...] *model of integration strategies that try to reconcile heterogeneity within the European Union and allow different groupings of Member States to pursue an array of public policies with different procedural and institutional arrangements*»; cfr. anche **DE BÚRCA G.**, *Legal Principles as an instrument of differentiation? The principles of proportionality and subsidiarity*, già cit. sub n. 56, a p. 132, ove la differenziazione viene definita nei seguenti termini: «[...] *the facilitation and accommodation of a degree of difference between member States or regions in relation to what would otherwise be Community or Union policies*».

⁴⁸¹ Così **BRIBOSIA H.**, *De la subsidiarité à la coopération renforcée*, già cit. sub n. 57, p. 50.

dell'ordinamento giuridico dell'Unione.⁴⁸² Queste ultime si riscontrano in tutti i casi in cui, mediante accordi di diritto internazionale (c.d. accordi *inter se*),⁴⁸³ alcuni Stati membri (accordi *parziali*) provvedono all'esercizio collettivo delle competenze attribuite all'Unione in via concorrente - ovviamente ove non già *pre-empted*, ai sensi dell'art. 2, par. 2, TFUE - al fine di realizzare un maggiore livello di integrazione tra loro.

199. Al contrario, non è previsto nessun trattamento soggettivamente differenziato (e di conseguenza nessuna *differenziazione* è riscontrabile) nel caso dei c.c.d.d. *accordi paralleli*, ossia degli accordi internazionali ai quali partecipino tutti gli Stati membri dell'Unione europea. Questa ulteriore tipologia di accordi, rispondendo ad una logica e ad un metodo di carattere integralmente intergovernativi, sembra pienamente riconducibile alla categoria dei fenomeni integrativi *in senso ampio*, ossia posti in essere dagli Stati membri al di fuori dell'ordinamento giuridico dell'Unione. La disciplina cui essi danno origine, infatti, non è riconducibile alle fonti di diritto UE. È stato pertanto condivisibilmente affermato che tali accordi rispondono ad un tipo di *flessibilità* diverso da quello messo in gioco nel caso dell'integrazione differenziata, in quanto l'adozione della disciplina comune a tutti gli Stati membri, ma di natura non comunitaria, ove avvenga nel contesto delle basi giuridiche che i Trattati attribuiscono alla competenza concorrente dell'Unione, si caratterizza per il fatto di consentire ai suoi autori di adottare una disciplina comune ed unitaria, che al contempo sfugge ai limiti formali e procedurali imposti dal diritto dell'Unione. Proprio per questa ragione, si tratta di strumenti la cui fruibilità e liceità, quando impiegati per l'esercizio delle

⁴⁸² La distinzione tra differenziazione realizzata all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione ed all'esterno dello stesso è di frequente adottata nella dottrina. Cfr., anche, *ex multis*, **EHLERMANN, C.-D.**, *Increased Differentiation or Stronger Uniformity*, già cit. sub n. 13, p. 7-8; **HUILLET S.**, *L'Europe a geometrie variable. Experiences et perspectives*, già cit. sub n. 59, p. 7-28; **DE LA MALÈNE C.**, *Les coopérations renforcées dans l'Union européenne, Délégation du Sénat pour l'Union européenne*, già cit. sub n. 59, p. 32; **GUILLARD C.**, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, già cit. sub n. 59; **ROSSI L.S.**, *Commento all'art. 20 TUE*, già cit. sub n. 59, p. 217-222; **DE WITTE B.**, *Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union*, già cit. sub n. 6, p. 31- 58; **BRIBOSIA H.**, *De la subsidiarité à la coopération renforcée*, già cit. sub n. 57; **BLANKE H.-J.**, **MANGIAMELI S.** (eds.), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, già cit. sub n. 17, p. 787-830.

⁴⁸³ Anche in questo senso la possibilità per gli Stati membri di procedere ad integrazione differenziata consegue direttamente alla già menzionata piena conservazione della loro sovranità, di cui il potere di concludere accordi internazionali (c.d. *ius contrahendi*) è elemento costitutivo. Il punto verrà ripreso immediatamente *infra*, al Paragrafo 3.2.1

competenze comunitarie, risulta piuttosto discussa in dottrina. Le critiche dottrinali si concentrano in proposito sul rispetto da parte di tali accordi del principio di leale collaborazione tra Stati membri ed Unione (art. 4, par. 3, TUE), in difetto di un'esplicita autorizzazione dei Trattati.⁴⁸⁴

200. In proposito, si precisa che un'espressa autorizzazione degli accordi *inter se* tra gli Stati membri si rinveniva con riguardo alle c.c.d.d. *convenzioni comunitarie*, previste dall'art. 220 del Trattato di Roma (ex art. 293 TCE, abrogato dal Trattato di Lisbona), il quale tuttavia non chiariva se la conclusione di tali accordi dovesse coinvolgere o meno tutti gli Stati membri. Nella pratica la norma era stata interpretata nel senso di richiedere necessariamente la conclusione di accordi paralleli.⁴⁸⁵ L'esempio più noto della sua applicazione è rappresentato dalla conclusione della Convenzione di Bruxelles del 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale,⁴⁸⁶ oggi sostituita dal Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio.⁴⁸⁷ La Convenzione, inoltre, ha costituito il «terreno di battaglia» sul quale si è consumato lo scontro tra diverse concezioni dottrinali sull'esatta natura giuridica, comunitaria od internazionalistica, delle *convenzioni comunitarie* all'art. 220. Si precisa, in ogni caso, che anche gli autori che tendevano a collocare tali convenzioni di fuori delle fonti del diritto comunitario, ne evidenziavano il carattere senz'altro strumentale alla realizzazione del mercato comune, alla luce della giurisprudenza della Corte, che evidenziava chiaramente il loro rilievo anche all'interno dell'ordinamento integrato.⁴⁸⁸ In diversi casi, inoltre, all'adozione

⁴⁸⁴ Cfr. in proposito **SCHÜTZE R.**, *EC Law and International Agreements of the Member States - An Ambivalent Relationship?*, già cit. sub n. 5, p. 387- 440; **ROSSI L.S.**, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 244 ss; **TIZZANO A.**, *Commento all'art. 293 TCE*, in TIZZANO A., *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1309-1310.

⁴⁸⁵ Cfr. la dottrina richiamata nella nota precedente. Ferma l'inesistenza di un positivo obbligo di conclusione degli accordi nei casi menzionati dalla norma, l'interpretazione prevalente tendeva ad individuarne il fine nella necessità di elaborare una disciplina unitaria applicabile a ciascuno degli Stati membri. Da qui discendeva la ritenuta necessità che tutti gli Stati vi prendessero parte, con la conseguenza che le convenzioni comunitarie non avrebbero potuto entrare in vigore se non a seguito della ratifica da parte di ciascuno di essi.

⁴⁸⁶ In GU C 027 del 26/01/1998, p. 1-27.

⁴⁸⁷ In GU L 12, 16.1.2001, p. 1-23.

⁴⁸⁸ Cfr. Sentenza della Corte del 6 ottobre 1976, *Industrie Tessili Italiana Como contro Dunlop AG*, causa 12-76, in *Racc.* 1473, p. 9; Sentenza della Corte (Sesta Sezione) del

delle *convenzioni comunitarie* si è accompagnata la conclusione di ulteriori specifici accordi internazionali, conferenti ai giudici di Lussemburgo una competenza interpretativa pregiudiziale (così, ad esempio, per la già richiamata Convenzione di Bruxelles, mediante il Protocollo di Lussemburgo del 3 giugno 1971);⁴⁸⁹ altre volte, una tale competenza è stata invece prevista direttamente da apposita norma dell'accordo (così, ad esempio, nel caso degli artt. 43 ss. della Convenzione di Bruxelles del 23 novembre 1995, sulle procedure di insolvenza, che tuttavia non è mai entrata in vigore).

201. Al di fuori del caso delle *convenzioni comunitarie* all'art. 220 TCE, l'impiego degli accordi *paralleli* è rimasto piuttosto limitato nel corso del processo di integrazione e si è concentrato in pochi casi specifici.⁴⁹⁰ La stessa possibilità di farvi ricorso, nell'esercizio delle competenze concorrenti, è stata inoltre messa in dubbio, in assenza di espressa previsione nel diritto primario.⁴⁹¹

10 febbraio 1994, *Impresa Mund & Fester contro Impresa Hatrex Internationaal Transport*, causa C-398/92, in *Racc.* 467, p. 18-19.

⁴⁸⁹ In GU C 27 del 26 gennaio 1998, p. 28.

⁴⁹⁰ Cfr. il già menzionato caso *Bangladesh*, esaminato dalla Corte nella Sentenza della Corte del 30 giugno 1993, *Parlamento europeo contro Consiglio delle Comunità europee e Commissione delle Comunità europee*, già cit. sub n. 251. Per l'illustrazione di alcuni dati, anche di carattere statistico, inerenti il ricorso a tali strumenti da parte degli Stati membri, si rinvia a **DE WITTE B.**, *Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union*, già cit. sub n. 6, p. 31- 58

⁴⁹¹ Il punto verrà esaminato più approfonditamente *infra* al Paragrafo 3.2.1. Un'ultima notazione concerne il fatto che sia agli accordi *parziali* sia a quelli *paralleli* possono partecipare anche Stati terzi, sempre laddove l'esercizio dell'azione esterna non ricada nelle competenze esclusive dell'Unione secondo i principi delineati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia oggi codificati all'art. 3, par. 2, TFUE. Nel caso particolare in cui la competenza esterna dovesse ritenersi esclusiva dell'Unione, in base al c.d. principio del *parallelismo* (cfr. Sentenza della Corte del 31 marzo 1971, *Commissione delle Comunità europee contro Consiglio delle Comunità europee. Accordo europeo trasporti su strada*, già cit. sub n. 343), potrebbe anche porsi la questione dello sbarramento sul piano interno all'esercizio collettivo delle competenze degli Stati membri, secondo la regola della *pre-emption* (oggi codificata all'art. 2, par. 2, seconda frase, TFUE). Nel senso della possibile estensione dei criteri che governano principio del *parallelismo* tra competenze esterne ed interne all'istituto della *pre-emption*, si muovono alcune ambigue affermazioni avanzate dalla Corte di giustizia nella sentenza *Pringle* (già cit. sub n. 248; cfr. in particolare il p. 101).

Va detto inoltre che, ove gli accordi internazionali conclusi tra gli Stati membri nel perseguimento degli obiettivi comuni di cui alle competenze esterne non esclusive dell'Unione coinvolgono anche taluni Stati terzi, si deve parlare più precisamente di integrazione *differenziata* esterna. Questa ulteriore categoria è soggetta al rispetto di specifici limiti di compatibilità con il diritto dell'Unione, ma non sarà oggetto di

202. Secondo alcune interpretazioni, difficilmente condivisibili, all'interno della nozione d'integrazione differenziata si dovrebbero ricondurre tutte le tecniche di produzione normativa alle quali si associa un trattamento diversificato degli Stati membri. Un esempio in proposito viene individuato nei frequenti casi in cui agli Stati membri sia lasciato un certo margine di discrezionalità nell'implementazione di una direttiva.⁴⁹² Vi è inoltre chi ricomprende nel fenomeno della differenziazione *in senso ampio* i diversi gradi di intensità che l'armonizzazione normativa può assumere, in applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità.⁴⁹³ Nell'ottica di queste dottrine, la categoria dell'integrazione differenziata in senso *ampio* finisce per ricomprendere tutte le istanze di armonizzazione parziale nonché, all'estremo opposto, tutti i casi in cui l'esercizio delle competenze non esclusive dell'Unione debba avvenire o sia già (legittimamente) avvenuto da parte dagli Stati membri.⁴⁹⁴ Per l'effetto, ogni atto giuridico di diritto dell'Unione adottato nell'esercizio di competenze non esclusive, dovendo rispettare il principio di proporzionalità, finirebbe per ricadere tra i casi di integrazione differenziata (almeno a partire dal Trattato di Maastricht, ed ora direttamente in conseguenza dell'art. 5 TUE).⁴⁹⁵ Di conseguenza, la stessa categoria concettuale dell'integrazione differenziata finirebbe per essere svuotata di buona parte del suo

esame nel corso del presente scritto. Sul punto, pertanto, si rinvia alla chiara esposizione di De Smijter in **DE SMIJTER E.**, *The External Relations of a Differentiated European Community*, già cit. sub n. 2, p. 269-298. Sul punto si tornerà *infra* alla Sezione 3.2.

⁴⁹² In questo senso, si veda **AVBELJ M.**, *Revisiting Flexible Integration in Times of Post-enlargement and the Lustration of European Constitutionalism*, già cit. sub n. 374, ove queste ipotesi vengono ricondotte alla differenziazione realizzata a livello di diritto derivato ed autorizzata, esplicitamente od implicitamente, dal diritto primario (c.d. *differenziazione tradizionale*, su cui vedi *infra* il Paragrafo 265(a)). Il caso di autorizzazione implicita si ha nelle ipotesi di applicazione dei principi generali del diritto dell'Unione. Cfr., sul punto, l'op. cit., a p. 132: «[t]hese formal flexible regulatory techniques also include interpretative solutions, both legislative as well as judicial, whereby the construction of a particular term in secondary EU legislation is left to Member States».

⁴⁹³ Cfr. ad esempio **DE BÚRCA G.**, *Legal Principles as an instrument of differentiation? The principles of proportionality and subsidiarity*, già cit. sub n. 56, p. 131-144.

⁴⁹⁴ Tali dottrine, in altre parole, finiscono per ricondurre nella nozione d'integrazione differenziata tutti gli atti di diritto derivato che non comportano la creazione di regole comuni in via totalmente unificata, tendenzialmente mediante regolamento.

⁴⁹⁵ Cfr. l'art. 3 B del Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, in GU C 191, 29 luglio 1992.

senso, non residuando alcuna ipotesi di integrazione a livello di diritto derivato che non presenti in qualche modo carattere *differenziato*.

203. Le dottrine menzionate, inoltre, non si ritengono condivisibili nella misura in cui assumono come parametro di riferimento per la definizione del fenomeno della differenziazione semplicemente il grado di intensità dell'azione comune soggettivamente coinvolgente tutti gli Stati membri, che dunque parimente partecipano al processo integrativo. Al contrario, in applicazione dell'approccio metodologico *pluralista* esposto nel capitolo precedente, che consente di stabilire un collegamento rigoroso tra differenziazione e persistente sovranità degli Stati membri, si ritiene di delineare la nozione di *integrazione differenziata* assumendo quale elemento decisivo l'*assenza* (esplicita ovvero anche implicita nella natura dello strumento integrativo prescelto) di uniformità nella sfera soggettiva di applicazione della disciplina comune (di diritto dell'Unione e/o di diritto internazionale, a seconda che si discorra di integrazione differenziata *in senso stretto*, ovvero di integrazione differenziata *in senso ampio*). In altre parole, si assume come primo elemento discriminante lo specifico ambito di applicazione delle regole comuni, quale delineato dalla spontanea ritrazione degli ordinamenti giuridici nazionali coinvolti. Più condivisibile si ritiene perciò la tesi che si limita a ricondurre le ipotesi in considerazione al *genus* della *differenziazione*, o meglio della *flessibilità*, senza tuttavia esaltarne l'aspetto integrativo, che andrà semmai ravvisato in altra fonte.⁴⁹⁶

204. Diversamente, sempre per le ragioni appena esposte, si condivide la posizione che, al più, riconduce alla concezione di integrazione differenziata le ipotesi di armonizzazione minima,⁴⁹⁷ così come tutti i casi in cui la normativa comunitaria di diritto derivato preveda deroghe, eccezioni, ovvero regimi temporanei distinti, in conseguenza diretta di un'autorizzazione espressa nel diritto primario, ovvero in applicazione del generale principio di non discriminazione (si tratta di

⁴⁹⁶ Così cfr. **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13.

⁴⁹⁷ Sulla nozione di *armonizzazione minima*, che in estrema sintesi può riscontrarsi ogni qualvolta «[m]ember States are allowed to maintain or to introduce more stringent standards than those required by the harmonization measures», si rinvia a **AZOULAI L.**, *The Complex Weave of Harmonisation*, in ARNULL A., CHALMERS D. (eds), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, 2015, p. 589-611; cfr. anche **DOUGAN M.**, *Minimum Harmonization and the Internal Market*, *Common Market Law Review*, 2000, p. 853-885.

quella che Ehlermann definisce integrazione differenziata *tradizionale*).⁴⁹⁸

205. Al contrario, si ritiene che non vi sia spazio all'interno della nozione di integrazione differenziata per le ipotesi di creazione di un unico *corpus* di regole comuni ad applicazione generalizzata che si limiti ad una disciplina soltanto parziale della materia regolata, lasciando per il resto spazio all'azione degli Stati membri.⁴⁹⁹ Si ritiene infatti che le ipotesi di armonizzazione soltanto parziale, in applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, non siano riconducibili al fenomeno dell'integrazione differenziata e che esse costituiscano, piuttosto, un'azione integrata ed *unitaria* dell'Unione, che presenta una sfera di azione oggettivamente limitata.⁵⁰⁰ Il fatto

⁴⁹⁸ Cfr. **EHLERMANN C.-D.**, *How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of "Two-Speeds"*, già cit. sub n. 61; **EHLERMANN C.-D.**, *Increased Differentiation or Stronger Uniformity*, già cit. sub n. 13, p. 7 ss; **EHLERMANN C.D.**, *Differentiation, Flexibility, Closer Co-operation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty*, già cit. sub n. 85; con diversa terminologia, ma nello stesso senso, **GUILLARD C.**, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, già cit. sub n. 59, p. 8-33; **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, p. 138-156.

⁴⁹⁹ Questo dell'azione unitaria degli Stati Membri è stato eletto da alcuni autori a *paradigma* del processo d'integrazione comunitaria. Secondo questa prospettiva, la possibilità di procedere ad un'integrazione in via differenziata all'interno dell'UE è accettabile unicamente valorizzando di esigenze di carattere politico del processo integrativo, mentre non trova giustificazione nell'universo giuridico. Di conseguenza tali autori ritengono che l'integrazione differenziata abbia un carattere *essenzialmente eccezionale* e abbia necessariamente carattere provvisorio, essendo gli Stati membri obbligati a ristabilire l'uniformità del diritto non appena le condizioni politiche lo rendano possibile. La visione che a parere della scrivente si deve abbracciare è quella opposta, per cui non è possibile affermare l'esistenza di un principio generale di unità nel processo d'integrazione europea, costituendone l'integrazione differenziata elemento *necessario*. L'argomento (in sé opinabile, se si inquadra correttamente il fenomeno) per cui le ipotesi di integrazione differenziata, nella storia del processo di integrazione, siano state statisticamente molto meno numerose rispetto a quelle di integrazione *unitaria* è irrilevante ai fini della determinazione dei principi generali che governano il sistema e dell'individuazione dei suoi elementi essenziali. Allo stesso modo è inconferente il rilievo che il ricorso alle tecniche di integrazione differenziata sia sottoposto ad una serie di limiti da parte dell'ordinamento comunitario. Difatti, l'esistenza di limiti procedurali e sostanziali all'azione comune, siano essi specifici o generali, non è esclusa con riferimento alle ipotesi di integrazione *unitaria* dell'Unione, ivi compresi i casi di esercizio delle competenze esclusive all'art. 3 TFUE. Sul punto si rinvia *infra* al prosieguo del presente capitolo ed al Capitolo 4.

⁵⁰⁰ Così come non si ritiene di poter parlare di integrazione (*i.e.* creazione di un nuovo ambito di esercizio condiviso di sovranità) differenziata, e tanto meno di integrazione differenziata *all'interno* dell'ordinamento giuridico comunitario (ossia quale contributo alla realizzazione di parte dell'ordinamento interindividuale europeo, con atto dunque di natura autenticamente *comunitaria*), ma piuttosto di

che in questi casi la disciplina comune lasci un certo spazio alla discrezionalità degli Stati membri consente di ricondurre l'armonizzazione parziale alla categoria generale della *flessibilità*, nel senso che all'esito del processo di produzione normativa risulta possibile riscontrare la persistenza di un certo grado di disomogeneità tra le discipline applicabili nei diversi Stati membri.⁵⁰¹ Tale disomogeneità di trattamento appare tuttavia riconducibile all'esercizio individuale e separato delle competenze proprie degli Stati membri, e non il frutto di un intervento di *integrazione* comunitaria. In altre parole, ciò che in questi casi manca completamente è un atto giuridico di esercizio condiviso, e dunque integrato, delle sovranità nazionali, il quale direttamente accordi un trattamento differenziato a taluni degli Stati membri.⁵⁰² Di

fenomeni meramente riconducibili al *genus* della differenziazione, con riferimento alle misure di regolamentazione non vincolanti, come nel caso contemplato in **AVBELJ M.**, *Revisiting Flexible Integration in Times of Post-enlargement and the Lustration of European Constitutionalism*, già cit. sub n. 374, p. 133: «*soft law, i.e. semi-formal regulation with whose help the Commission, in particular, co-ordinates Member States and steers their activities towards good practice without proposing binding legislative or executive acts, either because the latter is inopportune or, in the light of existing differences between Member States, simply impossible*».

Un approccio ancora più restrittivo è adottato in proposito in **HANF D.**, *Flexibility Clauses in the Founding Treaties, from Rome to Nice*, già cit. sub n. 4, p. 12, ove si afferma: «*[...] from a strictly legal perspective, the provisions on minimum harmonisation – often cited as an instrument allowing for flexibility – do not constitute flexibility clauses. They simply express the fact that harmonisation is to be limited to some basic requirements – but these are compulsory for all Member States*».

⁵⁰¹ Cfr. **DE BÚRCA G.**, *Legal Principles as an instrument of differentiation? The principles of proportionality and subsidiarity*, già cit. sub n. 56, in particolare a p. 132, ove, con riferimento ai principi di sussidiarietà e proporzionalità si parla di «*a less clearly defined and more general form of differentiation, which in normative terms can be argued to share some of the aims of the stronger forms of flexibility or variable geometry, and which may be none the less important for its subtler manifestation*». Cfr. anche **DE WITTE B.**, *The Role of Institutional Principles in the Judicial Development of the EU Legal Order*, in SNYDER F. (ed.), *The Europeanisation of Law – The Legal Effects of European Integration*, Hart, Oxford, 2000, p. 83-100 e **DE BÚRCA G.**, *Proportionality and subsidiarity as General Principles of Law*, in BERNITZ U., NERGELIUS J. (eds.), *The General Principles of EC Law*, Kluwer, The Hague, 2000.

⁵⁰² Si ritiene, invece, di poter affermare l'esistenza di una forma di integrazione differenziata nei casi in cui il diritto dell'Unione si limiti a prevedere od autorizzare la possibilità di un'applicazione differenziata della disciplina comune, ancorché in termini totalmente generali, e senza alcun riferimento specifico ad uno o più Stati membri individualmente considerati. Queste ipotesi vengono definite di *microflessibilità* in **DE BÚRCA G.**, *Differentiation Within the Core: The Case of the Common Market*, già cit. sub n. 119. Nel contesto della medesima pubblicazione, esse vengono distinte dalla c.d. *mesoflessibilità* (già introdotta qui con il termine di *integrazione differenziata tradizionale*; cfr. Ehlermann, già cit. sub n. 498), comprensiva

conseguenza, dal punto di vista delle fonti del diritto dell'Unione, le diverse normative nazionali, ancorché intervenute in settori in cui sussistono obiettivi comuni agli Stati membri, non si collocheranno su un piano differente rispetto a quello delle normative introdotte nell'esercizio di competenze che gli Stati abbiano scelto di riservarsi in via esclusiva, e per le quali non è prevista alcuna base giuridica nei Trattati. Ulteriore conseguenza delle argomentazioni esposte è che in questi casi, laddove la diversità delle discipline nazionali dovesse porsi in conflitto con le previsioni di integrazione *negativa* contenute nei Trattati -⁵⁰³ così come, d'altronde, ove una o più d'una di queste discipline contrastasse con qualsiasi altra normativa di diritto dell'Unione – la situazione di antinomia dovrà risolversi in applicazione del principio del primato del diritto comunitario. La normativa nazionale irrispettosa sarà pertanto *disapplicabile* e lo Stato che l'ha emanata sarà eventualmente passibile di azione di infrazione dinnanzi alla Corte di giustizia. Al contrario, invece, mancherà totalmente un atto comunitario che sia annullabile dai giudici di Lussemburgo.⁵⁰⁴ Alcuna azione di annullamento, in altri termini, sarà

di quelle previsioni che espressamente esentano, in base a specifiche esigenze di natura obiettiva, uno o più specifici Stati membri, normalmente in via temporanea, da un'obbligazione dotata dei caratteri di chiarezza, concretezza ed uniformità. Un'ultima categoria è infine rappresentata, secondo l'A., dalla c.d. *macroflexibility* la quale, nella misura in cui è espressa dagli Accordi di Schengen (cfr. Acquis di Schengen - Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, in GU L 239 del 22.9.2000, pagg. 19–62) e dalla clausola di cooperazione rafforzata introdotta col Trattato di Amsterdam, permette ad un gruppo di Stati di procedere (positivamente) verso una maggiore integrazione tra loro; essa, al contrario, ove espressa mediante le clausole di *opt-out*, non solo non sarebbe tenuta all'integrale rispetto del diritto dell'Unione (trattandosi di normativa primaria), ma anche introdurrebbe forme di differenziazione comportanti l'integrale esclusione di taluni Stati membri da una specifica area di azione politica. La nozione di *macroflexibility* delineata da De Búrca, pertanto, corrisponde a ciò si è già indicato in termini di integrazione differenziata *politica*.

⁵⁰³ Si rinvia alla nozione di armonizzazione negativa illustrata *supra*, *sub* n. 471.

⁵⁰⁴ Lo stesso rimedio risulta esperibile nel caso in cui il contrasto con il diritto comunitario consegua all'esercizio collettivo delle competenze concorrenti previste dai Trattati da parte degli Stati membri, mediante l'adozione di apposito accordo di diritto internazionale. Resta dunque escluso che la Corte di giustizia possa annullare l'atto in caso di incompatibilità con il diritto comunitario, mentre rimane possibile che la disciplina nazionale contrastante venga disapplicata ovvero sottoposta ad altre note "tecniche di *accomodamento*" postulanti un elevato grado di collaborazione da parte dei giudici nazionali (l'espressione è di **DISMOPOULOS A.**, *The Validity and Applicability of International Investment Agreements Between EU Member States Under EU and International Law*, già cit. *sub* n. 5, p. 63-93; cfr. in proposito la Sentenza della Corte del 27 febbraio 1962, *Commissione della Comunità economica europea contro*

esperibile, considerato l'ambito obiettivo di applicazione dell'art. 263, par. 1, TFUE.⁵⁰⁵

206. Infine, ove si provasse ad argomentare che la disciplina risultante dalla combinazione tra il diritto comunitario e le regole nazionali integra un caso di integrazione differenziata, in conseguenza degli "spazi vuoti" che il primo lascia agli Stati membri all'interno dei settori in cui sussistono degli obiettivi comunitari (art. 3 TUE), si dovrebbe

Repubblica italiana, già cit. sub n. 248, p. 10-11; Sentenza della Corte del 9 novembre 1995, *Jean-Louis Thévenon e Città di Spira - Sozialamt contro Landesversicherungsanstalt Rheinland-Pfalz*, causa C-475/93, in *Racc.* I-3813, p. 12-28; Sentenza della Corte del 27 settembre 1988, *Annunziata Matteucci contro Communauté française de Belgique e Commissariat général aux relations internationales de la communauté française de Belgique*, già cit. sub n. 248, p. 17-23; Sentenza della Corte (grande sezione) del 12 dicembre 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation contro Commissioners of Inland Revenue*, causa C-374/04, in *Racc.* I-11673, p. 75-94)

Questo vale anche prescindere dalla sede in cui l'accordo sia stato sottoscritto. Il riferimento è evidentemente alla prassi seguita dagli Stati membri di concludere accordi internazionali tra loro tramite i propri rappresentanti nel Consiglio dell'UE, in occasione di una delle riunioni dell'istituzione comunitaria, evidentemente al di fuori delle sue funzioni istituzionali. In tali casi, come precisato dalla Corte di giustizia, si dovrà indagare la natura sostanziale dell'atto, dal momento che: «[...] gli atti adottati dai rappresentanti degli Stati membri che agiscono non in qualità di membri del Consiglio, ma in qualità di rappresentanti dei loro governi, e che esercitano in tal modo collettivamente i poteri degli Stati membri, non sono soggetti al sindacato di legittimità esercitato dalla Corte. Come indicato dall'avvocato generale nel paragrafo 18 delle sue conclusioni, indifferente in proposito che un atto del genere sia intitolato "atto degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio" oppure "atto dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio". Si deve però sottolineare che, secondo una giurisprudenza costante, sono impugnabili con ricorso d'annullamento tutti i provvedimenti, di qualsivoglia natura e forma, adottati dalle istituzioni e miranti a produrre effetti giuridici (v. sentenza 31 marzo 1971, causa 22/70, Commissione/Consiglio, *Racc.* pag. 263). Di conseguenza, il fatto che un atto venga qualificato "decisione degli Stati membri" non basta perché esso esuli dal sindacato di legittimità istituito dall'art. 173 del Trattato. Perché ciò accada, è inoltre necessario accertare che l'atto in parola, considerati il suo contenuto e il complesso delle circostanze in cui è stato adottato, non costituisca in effetti una decisione del Consiglio» (cfr. in proposito la Sentenza della Corte del 30 giugno 1993, *Parlamento europeo contro Consiglio delle Comunità europee e Commissione delle Comunità europee*, già cit. sub n. 251, p. 12 -14).

⁵⁰⁵ Giacché, altrimenti, ogni incompatibilità della disciplina sostanziale, in quanto tale regolata dal principio del primato (*regola di conflitto*), finirebbe per sfociare in una violazione del principio di *pre-emption* o delle competenze esclusive comunitarie (*regola di competenza*). Cfr. in proposito la chiara distinzione tra *regole di conflitto* e *regole di competenza* tracciata in **KLABBERS J.**, *The European Union in International Law*, Cours et Travaux Universite Pantheon-Assas (Paris II), Editions A. Pedone, Paris, 2012, in particolare p. 55-67. Sulle incertezze rammostrate in proposito dalla Corte di giustizia, si veda invece **TIMMERMANS C.**, *ECJ Doctrines on Competences*, in AZULAI L. (eds.), *The Question of Competence in The European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 155-167.

concludere che, nell'ambito obiettivo di applicazione dei Trattati ogni norma, nazionale o di diritto dell'Unione, deve in qualche forma ricondursi al fenomeno.⁵⁰⁶ Al contrario, si deve più prudentemente ritenere che ogni volta che l'esistenza di una varietà di discipline nazionali riconducibili agli obiettivi condivisi tra gli Stati nell'ordinamento comunitario consegua all'inattività di quest'ultimo, ci si troverà in presenza di un fenomeno puramente interno, e pertanto non integrato.

207. Infine, si aggiunge come una parte della dottrina ritenga più rigorosamente che la definizione d'integrazione differenziata possa essere sviluppata nel senso di includere soltanto quei casi in cui risultino soggettivamente limitati sia l'ambito di applicazione della disciplina comune, sia l'esercizio del potere normativo con il quale tale disciplina viene adottata e modificata. Non sempre, infatti, alla differenziazione nella sfera di applicazione della disciplina comune corrisponde, a monte, una partecipazione differenziata alla formazione della disciplina comune. L'assenza di questo secondo elemento sembra intimamente legata all'ulteriore caratteristica della eventuale durata necessariamente provvisoria dell'eccezione accordata dall'atto integrativo. Entrambe tali caratteristiche discendono, infatti, dalla natura obiettiva (anziché discriminatoria) della differenziazione accordata.⁵⁰⁷ Le ipotesi di integrazione differenziata di natura discriminatoria, nelle quali alcuni Stati membri sono esclusi sia dall'ambito soggettivo di applicazione della disciplina comune sia dal suo *iter* di approvazione ed emendamento, le quali sono potenzialmente in grado di protrarsi *ad libitum*, sono denominate in dottrina *integrazione differenziata politica*. Mentre l'integrazione differenziata realizzata mediante accordi di diritto internazionale pubblico risponde sempre al modello da ultimo menzionato, lo stesso non vale per l'integrazione differenziata realizzata all'interno del quadro giuridico dell'Unione, che può talora presentarsi come differenziazione *tradizionale*, talaltra come differenziazione *politica*.

⁵⁰⁶ Al contrario, si sostiene, la situazione in commento è semplicemente la più vistosa delle conseguenze della perdurante sovranità statale anche nelle materie in cui si collocano gli obiettivi dei Trattati e così, della derivante esigenza di flessibilità del sistema.

⁵⁰⁷ In proposito si è già introdotto il concetto di differenziazione *tradizionale*, nozione che verrà meglio illustrata nella Sezione 3.3. Cfr., per ora, *ex multis*, **GUILLARD C.**, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, già cit. sub n. 59, p. 8-33. Come si spiegherà nel Paragrafo 265, una parte della dottrina argomenta che solamente le ipotesi di *integrazione differenziata politica* possono ricondursi alla nozione di integrazione differenziata rigorosamente intesa.

208. Allo stesso modo, per scrupolo di precisione, si ritiene doveroso evidenziare come non si possa includere nella nozione di integrazione differenziata la disciplina comune ed unitaria introdotta nell'ordinamento in virtù di ulteriori strumenti normativi, specificamente previsti dai Trattati per soddisfare differenti esigenze di flessibilità del sistema. Esempi di tali norme sono la c.d. *clausola di flessibilità* all'art. 352 TFUE, concernente le competenze previste dai Trattati in termini di *obiettivi* ma non anche di poteri delle istituzioni comuni e così in termini di vere e proprie basi giuridiche (le c.d. *competenze implicite*),⁵⁰⁸ e le c.d. *clausole passerella*, la cui attivazione permette alle istituzioni UE di procedere all'adozione della disciplina comune secondo forme ordinarie o semplificate anche al di fuori delle ipotesi a tal fine direttamente previste dai Trattati.⁵⁰⁹ Riguardo a queste ipotesi di flessibilità, si concorda con la visione prevalente, nella misura in cui le riconduce all'obiettivo di consentire soluzioni flessibili di vario genere nella gestione istituzionale dell'ordinamento comune. Esse, pertanto, si collocano sulla stessa linea delle procedure semplificate per la revisione dei Trattati e sono espressione del fenomeno che si è già definito come *flessibilità procedurale* (o, in inglese, *procedural flexibility*), il quale parimenti costituisce elemento caratteristico dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea.⁵¹⁰

3.1.2 Verso un modello unitario di classificazione delle forme di integrazione differenziata giuridicamente rilevanti

209. Le questioni appena esaminate consentono di evidenziare anche come le diverse definizioni del fenomeno dell'integrazione differenziata proposte dalla dottrina siano molteplici e solo parzialmente sovrapponibili. Si tratta di un dato comprensibile, stante l'assenza di una definizione normativa della differenziazione. Tali definizioni risultano più o meno dilatate nella definizione delle ipotesi

⁵⁰⁸ Sulla quale si rinvia *ex multis* a **DASHWOOD A., DOUGAN M., RODGER B., SPAVENTA E., WYATT D.**, *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, già cit. sub n. 174, p. 109-111; **SCHÜTZE R.**, *Organized Change Towards an "Ever Closer Union": Article 308 EC, and the Limits to the Community's Legislative Competence*, *Yearbook of European Law*, 2003, p. 79-115; **DASHWOOD A.**, *Article 308 EC and the Limits to the Community's Legislative Competence*, in **BARNARD C., ODUDU O.** (eds.), *The Outer limits of European Union Law*, Hart, Oxford, 2009.

⁵⁰⁹ Ossia quella *generale* (art. 48, par. 7 TUE), così come quelle specifiche introdotte dal Trattato di Lisbona (cfr. gli artt. 31 TUE, e gli artt. 81, 153, 192, 312, 333 TFUE - in materia di cooperazione rafforzata). Per uno studio focalizzato sulle clausole passerella si rinvia a **DOUGAN M.**, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts*, *Common Market Law Review*, 2008, p. 617-703.

⁵¹⁰ Cfr. *supra*, il Capitolo 2.

ad esse riconducibili e differiscono profondamente in ordine ai parametri di riferimento adottati. Allo stesso modo, si riscontrano in dottrina una pluralità di categorizzazioni inerenti le varie forme di manifestazione del fenomeno della differenziazione.⁵¹¹

⁵¹¹ Per l'analisi del florilegio di nozioni del concetto giuridico-politico di integrazione differenziata offerte in dottrina e delle conseguenti plurime categorizzazioni avanzate nella scienza politica e giuridica, si rinvia *supra* alla Sezione 1.2. Ad esempio, la nozione di integrazione differenziata qui accolta appare solo tendenzialmente riconducibile a quella di *differenziazione partecipativa* adottata da Dashwood, ed illustrata all'esordio del precedente capitolo. L'Autore, infatti, riferiva la nozione di differenziazione partecipativa alle sole ipotesi di diversificata applicazione soggettiva della disciplina comunitaria fondata su ragioni di natura politica (ipotesi sopra definite differenziazione *politica*). Diversamente, secondo la prospettiva qui accolta, la nozione di integrazione differenziata comprende anche le discipline che prevedono differenze di trattamento tra i vari Stati membri che siano obiettivamente giustificate, in applicazione dei principi generali di diritto primario, e pertanto aventi carattere immancabilmente transitorio (in questo caso il termine sarà *certus an ma incertus quando*; c.d. *differenziazione tradizionale*). Nei casi da ultimo menzionati l'inapplicabilità soggettiva della norma comune ad alcuni Stati membri non importa anche la necessaria esclusione di costoro dal suo *iter* di adozione ed emendamento. L'analisi delle fattispecie di differenziazione tradizionale risulta particolarmente interessante per comprendere, in un'ottica di comparazione, i limiti che il sistema pone all'impiego delle forme di differenziazione soggettivamente/politicamente giustificate. Queste ultime, infatti, sono dotate di un carattere (almeno potenzialmente) permanente, specie quando si collocano all'interno del sistema comunitario (ed in quel caso corrisponderanno al modello di *differenziazione partecipativa* illustrato da Dashwood). Tuttavia, una forma così estesa di differenziazione non sempre è consentita dal sistema, ed in certi casi solo la differenziazione tradizionale risulta in linea con lo stesso.

A tal fine risulterà altresì importante combinare l'analisi con quella elaborata in conseguenza della distinzione (introdotta da **ISAAC G.**, *Droit communautaire général*, Armand Colin, Paris, 1999, p. 23, ma elaborata in modo compiuto da **GUILLARD C.**, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, già cit. sub n. 59, p. 24-25) tra *cooperazione rafforzata in senso ampio* (comprensiva di tutte le istanze «*de différenciation qui rendent possible l'adoption de nouvelles règles par un groupe d'Etats membres*» - tra le quali ricade evidentemente anche la clausola generale di cooperazione rafforzata di cui all'art. 20 TUE) e «*[l]es mesures dérogatoires permettent au contraire à un ou plusieurs pays de s'affranchir de l'application de certaines règles pourtant censé lier tous les Etats membres en vertu des traités ou du droit dérivé*».

Allo stesso modo si reputano importanti i corollari che discendono dalla vicina classificazione adottata da Daniel Thym (in **THYM D.**, *The Evolution of Supranational Differentiation*, già cit. sub n. 62, in particolare alle p. 10-13). L'A., infatti, distingue tra le ipotesi di integrazione differenziata a seconda che costituiscano o meno manifestazione di quella che egli definisce *supranational differentiation* (*differenziazione sovranazionale*, qui definita con il termine di integrazione differenziata *politica*). Il concetto di *supranational differentiation* risulta caratterizzato «*by the limited geographic scope of Community law and the corresponding suspension of the voting rights of the non-participating Member States in the Council*». La differenziazione sovranazionale, inoltre, non postula, ai fini dell'introduzione di una disciplina ad applicazione (e formazione)

210. Alla luce della nozione di integrazione differenziata qui accolta, ed esposta nel paragrafo precedente, si ritiene che tra le diverse classificazioni tecnico-giuridiche proposte in dottrina in ordine alle sue forme di manifestazione, la più accurata sia quella avanzata da De Smijter.⁵¹²

211. De Smijter colloca alla base delle proprie riflessioni una nozione ampia di *integrazione*, inclusiva di tutte le ipotesi di *integrazione*

soggettivamente differenziata, l'esistenza di obiettive e specifiche ragioni di carattere socio-economico concernenti gli Stati Membri esclusi. Ulteriore conseguenza di questo assetto è dunque che tale forma di differenziazione appare in linea di principio suscettibile di protrarsi *ad libitum*, per un tempo indeterminato, analogamente alle forme di differenziazione che prendono piede con i *partial agreements* di diritto internazionale tra alcuni Stati membri soltanto. Thym caratterizza la *supranational differentiation* per essere sempre stata, sin dalla sua introduzione con il Trattato di Maastricht, «*a tool for the accommodation of national political diversity among the Member States*», il cui «*general framework*» si è successivamente esteso in ambito comunitario con il Trattato di Amsterdam. La cooperazione rafforzata in quest'ottica ne costituisce codificazione e paradigma.

⁵¹² DE SMIJTER E., *The External Relations of a Differentiated European Community*, già citato sub n. 2, p. 269-298. Il contributo citato è dedicato allo studio degli effetti che l'integrazione differenziata posta in essere all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione produce sull'azione esterna comunitaria, alla luce dei principi generali che ne regolano l'esercizio e della loro applicazione giurisprudenziale (oggi "codificata" all'art. 3, par. 2, TFUE). Lo studio fa riferimento, in particolare, alla differenziazione *direttamente* prevista dai Trattati, sia essa *attuale* - ossia realizzata direttamente dal diritto primario- oppure *potenziale* - si tratta delle ipotesi in cui la posizione differenziata di certi Stati membri viene autorizzata direttamente dai Trattati, ma è comunque destinata ad essere realizzata in sede di diritto derivato. La terminologia che distingue la differenziazione in *attuale* e *potenziale* è tratta da Tuyschaever (cfr. TUYTSCHAEVER F., *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13). Si precisa come la cooperazione rafforzata, all'interno della classificazione richiamata, costituisca un *tertium genus*, trattandosi secondo l'Autore, di un'ipotesi in cui il Trattato autorizza il diritto derivato ad istituire *nuovi* settori - ossia non predeterminati dal diritto primario - di disciplina comune differenziata tra gli Stati Membri.

Nonostante la categorizzazione di De Smijter sia qui adottata, per le ragioni che si sono diffusamente esposte nel Capitolo 2, si esprimono alcune riserve rispetto all'assunto formulato dall'A. nel contributo citato - ed ivi non argomentato - secondo il quale: «*differentiated integration is still an exceptional method of European integration*» (p. 282). Allo stesso modo, non si può condividere la considerazione per cui: «*[i]n general, differentiation, just as any other modality of the exercise of competence by the EC, cannot [...] be assumed. Consequently, a Treaty-established internal differentiation competence on a given subject matter requires an express Treaty provision. Any differentiation of an express internal competence is thus necessarily reflected in the legal basis of that competence*». In ordine, ad esempio, alla generale possibilità degli Stati membri di esercitare collettivamente le competenze attribuite in via concorrente all'Unione mediante accordo internazionale, pure nel difetto di espressa autorizzazione del diritto primario, si tornerà estesamente *infra* al Paragrafo 3.2.3.

internazionale tra Stati, le quali ricorrono in occasione dell'esercizio in comune delle sovranità nazionali in una certa materia o settore. In tale prospettiva, pertanto, il concetto di *integrazione* viene impiegato in senso ampio e non fa riferimento allo specifico fenomeno dell'integrazione degli ordinamenti degli Stati membri nell'UE. Secondo De Smijter, l'esercizio in comune delle sovranità nazionali dà luogo a quello che egli definisce un *international integration model*.⁵¹³ All'interno di tale modello, tuttavia, De Smijter evidenzia come «*not all the Member States [...] share sovereignty on a specific subject matter of integration at the same time and/or to the same extent*».⁵¹⁴ Su questa base, egli definisce come *integrazione differenziata interna* la tecnica integrativa attraverso la quale gli Stati membri di un determinato modello integrativo internazionale realizzano alcuni degli obiettivi ad essi comuni, avvalendosi, però, di un modello integrativo *diverso* da quello che utilizzano in via principale, e pur sempre agendo in conformità alle scadenze temporali e/o in linea con l'ambito obiettivo e soggettivo di applicazione di quest'ultimo. Applicata all'ordinamento giuridico comunitario, la nozione di *integrazione differenziata interna* finisce per

⁵¹³ L'A., a p. 270, nota 1, interpreta il concetto di “esercizio in comune di sovranità” o “condivisione di sovranità” nello stesso senso seguito dalla Corte in *van Gend en Loos*, con riferimento alla «limitazione» delle sfere di sovranità degli Stati membri della Comunità (cfr. sentenza *van Gend en Loos*, già cit. sub n. 40; su questo punto vedi *supra*; cfr. anche il Parere 1/91, già cit. sub n. 368, p. 21). Si tratta, pertanto, di una concezione del fenomeno dell'integrazione europea che risulta sostanzialmente compatibile con le posizioni illustrate più sopra, al Capitolo 2. I termini sono infatti quelli di un *processo*, in sé implicante l'incisione, non già l'eliminazione delle sovranità nazionali, avvalendosi di dinamiche che conducono all'emersione di una nuova dimensione sovrana condivisa (*i.e.* integrata). I presupposti teorici adottati dall'A., benché da questi non espressamente qualificati come aderenti alla dottrina pluralista, risultano a maggior ragione compatibili con le posizioni in precedenza avanzate, nel momento in cui egli delinea un'unica ed unitaria nozione di integrazione internazionale, applicabile tanto ai casi in cui il processo integrativo scaturisce dalla conclusione di un accordo, quanto a quelli in cui ciò avviene mediante l'istituzione di un'organizzazione internazionale, modello cui l'Unione europea viene affatto accostata. Senza perciò negare le origini internazionalistiche dell'Unione, l'A. ne sottolinea tuttavia le caratteristiche peculiari, quando afferma: «[t]hese two models of international integration vary according to, for example, their membership (bi- or multi-lateral agreements and regional or universal organisations), their substantive scope of application (most integration models are limited to a specific subject matter, others have a rather wide range of application), or their degree of integration (intergovernmental or supranational integration)» (cfr. **DE SMIJTER E.**, *The External Relations of a Differentiated European Community*, già citato sub n. 2, p. 270).

⁵¹⁴ *Idem*, p. 270.

coincidere con quella già esposta di *integrazione differenziata in senso ampio*.⁵¹⁵

212. Il modello integrativo che De Smijter definisce come *integrazione differenziata interna* a sua volta può trovare applicazione sia all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario, perché gli Stati si avvalgono di strumenti espressamente previsti dal diritto dell'Unione a tal fine, ossia procedono alla già introdotta *differenziazione in senso stretto* (che l'A. denomina "*intra-EC differentiated integration*"),⁵¹⁶ sia al suo esterno,

⁵¹⁵ Cui l'A. allude quando afferma: «[a]ppplied to the European Community (...) the internal differentiated integration is the kind of differentiated integration that is, in general, referred to when one talks about differentiation in the EC» (*idem*, p. 271).

⁵¹⁶ *Idem*, p. 275-277. Più precisamente, l'A. ricomprende, nel concetto di integrazione in senso stretto: (i) la differenziazione stabilita direttamente ed attualmente dai Trattati, accordata a specifici Stati membri tassativamente individuati (ne costituiscono esempio i regimi particolari di *opt-out* previsti rispetto a determinati settori di politica comune dal Trattato di Maastricht, dei quali si è già fatto cenno); (ii) la differenziazione autorizzata in via potenziale dai Trattati istitutivi, e destinata ad essere realizzata concretamente dagli Stati membri (ad es. le c.d. *clausole di salvaguardia*, di autorizzazione delle limitazioni che possono essere introdotte o conservate dagli Stati membri in deroga alle misure di armonizzazione di diritto derivato, tanto precedentemente alla loro introduzione - cfr. gli artt. 36; 45, par. 3; 52 e 65 TFUE – quanto successivamente – cfr. gli artt. 114, par. 4 e 10, TFUE -); (iii) la differenziazione autorizzata in via potenziale (esplicitamente od implicitamente) dai Trattati istitutivi, in favore degli Stati Membri che si trovano in specifiche condizioni, destinata ad essere realizzata concretamente con atto di diritto derivato. Questo caso ricorre, ad esempio, quando i Trattati accordano a determinati Stati deroghe o esenzioni che costituiscono applicazione del principio di non discriminazione. In questi casi, le differenze di trattamento che si ricollegano alla disciplina differenziata saranno necessariamente basate su obiettivi e peculiari condizioni di carattere socio-economico che caratterizzano i loro destinatari, ed avranno pertanto carattere necessariamente temporaneo. Si tratta della c.d. *differenziazione tradizionale*, intrinsecamente collegata all'ordinamento giuridico dell'Unione ed ammessa per prima fra le tipologie di integrazione differenziata dalla Corte di giustizia, su cui si tornerà *infra* al Paragrafo 265; (iv) la differenziazione autorizzata dai Trattati in via generale, ossia in difetto di previsione di specifiche condizioni e senza predeterminazione dei beneficiari del trattamento difforme; tale forma di differenziazione è destinata ad essere stabilita solo con atto di diritto derivato; quest'ultimo, tuttavia, sarà soggetto ai requisiti sostanziali e procedurali delineati diritto primario e definirà i contorni del regime differenziato introdotto (si tratta dell'istituto della *cooperazione rafforzata*).

Per completezza, si ricorda che l'A. ricomprende nel concetto di *intra-EC internal differentiation* anche la differenziazione «*resulting from executive acts of EC institutions or EU member States*» (sottolineatura aggiunta, cfr. *idem*, p. 275, nota 18), pur precisando che non sarà oggetto della propria analisi, e pertanto senza soffermarsi ad indagarne oltre i caratteri. Nessun problema sembra porsi, a parere di chi scrive, per l'inclusione nel concetto di integrazione differenziata della differenziazione realizzata tramite atto esecutivo dell'Unione, purché si tratti di un atto giuridicamente vincolante. Al contrario, per quanto concerne la *differenziazione*

e si tratterà allora della c.d. *differenziazione in senso ampio* (che l'A. chiama «*extra-EC differentiated integration*»)⁵¹⁷.

SEZIONE 3.2: SULL'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA *IN SENSO AMPIO*

3.2.1 Integrazione differenziata in senso ampio e *ius contrahendi* degli Stati membri

213. La categoria dell'integrazione differenziata *in senso ampio* ricomprende tutte le diverse forme che il fenomeno dell'integrazione differenziata può assumere. Con riferimento all'ordinamento giuridico dell'UE, essa include tutte ipotesi in cui, tanto all'interno del contesto istituzionale unico dell'Unione (art. 13 TUE), e così nell'esercizio delle competenze ad essa attribuite dagli Stati membri,⁵¹⁸ quanto al suo

realizzata con atto esecutivo degli Stati membri, la cui nozione di non viene chiaramente delineata dall'A., si ribadisce la convinzione che si tratti di un'ipotesi estranea alla categoria dell'integrazione differenziata, non costituendo essa un atto di esercizio condiviso di sovranità nazionali che in qualche modo contempra una posizione differenziata di alcuni Stati membri rispetto alla disciplina comune.

Per quanto non espressamente contemplati dall'A. nella propria classificazione, si ritiene di dover includere nella nozione di differenziazione *in senso stretto* anche i regimi differenziati di applicazione della disciplina comune introdotti nell'ordinamento giuridico dell'Unione tramite lo strumento dei Protocolli allegati ai Trattati. In questo senso cfr. **ROSSI L.S.**, *Commento all'art. 20 TUE*, già cit. sub n. 59, laddove si parla, per tali ipotesi, di differenziazione realizzata *all'interno* del diritto dell'Unione, mediante uno «strumento di diritto internazionale». Ferma la riconducibilità di tutti gli strumenti di diritto dell'Unione alla più ampia categoria delle fonti del diritto internazionale (in quanto fonti previste da accordo, nel caso del diritto derivato, o direttamente in quanto accordi internazionali, nel caso dei Trattati istitutivi), non si coglie il senso preciso di tale considerazione. Si evidenzia, infatti, che i Protocolli allegati ai Trattati, anche in considerazione del fatto che risultano dotati dello stesso valore giuridico di questi ultimi, vengono a loro volta annoverati tra le fonti di diritto primario dell'Unione (cfr. in proposito quanto riportato sub nota 368). Ciò che conta, ad ogni modo, è che anche l'integrazione realizzata per il tramite di tali strumenti deve annoverarsi tra le ipotesi di *integrazione differenziata in senso stretto*, ossia dispiegantesi *all'interno* dell'ordinamento giuridico dell'Unione.

⁵¹⁷ Cfr. **DE SMIJTER E.**, *The External Relations of a Differentiated European Community*, già citato sub n. 2, p. 272: in questa categoria l'A. include gli accordi internazionali conclusi tra gli Stati membri, nel perseguimento degli obiettivi comunitari (ad esempio, l'Accordo di Schengen).

⁵¹⁸ Cfr. anche il Preambolo alla versione consolidata del Trattato sull'Unione europea, *post* Lisbona, p. 15: «*DESIDERANDO rafforzare ulteriormente il funzionamento democratico ed efficiente delle istituzioni in modo da consentire loro di adempiere in modo più efficace, in un contesto istituzionale unico, i compiti loro affidati*».

esterno, è possibile riscontrare l'adozione di atti di integrazione ed il perseguimento di politiche comunitarie da parte di alcuni Stati membri soltanto. Come si è già detto, l'assenza di un atto unitario che coinvolga tutti gli Stati membri si ricollega potenzialmente a due ordini di ragioni: o non tutti gli Stati vogliono partecipare allo *step* integrativo in questione, oppure non tutti hanno la possibilità di farlo, in ragione di circostanze obiettive di carattere socio-economico.⁵¹⁹ In tali ipotesi, l'integrazione differenziata in *sensu ampio* può essere realizzata dagli Stati membri tanto avvalendosi di accordi di diritto internazionale, quanto avvalendosi degli strumenti comunitari di integrazione differenziata.

214. L'integrazione differenziata in senso ampio costituisce un dato intrinseco alla costruzione europea.⁵²⁰ Tale circostanza dipende dal fatto che gli Stati membri, avendo conservato la propria sovranità internazionale, hanno mantenuto intatto anche il proprio diritto di concludere accordi internazionali, nelle materie di propria competenza (*ius contrahendi*). Lo *ius contrahendi* può essere esercitato da ciascuno Stato membro non solo nei rapporti con gli Stati terzi, ma anche nei rapporti con gli altri membri del consorzio comunitario. Il suo esercizio pertanto trova espressione non solo nella possibilità di modificare i Trattati originari e la disciplina scaturente fonti del diritto da essi previste, ma anche nel potere di concludere nuovi accordi di diritto internazionale tra loro.⁵²¹

⁵¹⁹ Così **DASHWOOD A.**, *The Relationship between the Member States and the European Union/European Community*, già cit. sub n. 365, a p. 362, ove si afferma: «[i]t makes possible the organization, within the single institutional framework referred to in Article 3 TEU, of activities in respect of which some or all of the Member States are unwilling (or, for the time being, unready) to accept the limitation of their sovereign rights that would follow from the thorough-going application of the Community models».

⁵²⁰ Cfr. **BRIBOSIA H.**, *De la subsidiarité à la coopération renforcée*, già cit. sub n. 57, p. 50; **DE WITTE B.**, *Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union*, già cit. sub n. 6, p. 31- 58: secondo l'A. l'analisi del quadro complessivo delle relazioni tra gli Stati Membri proverebbe come, sin dal Trattato di Roma, l'integrazione differenziata sia sempre stata parte dell'ordinamento dell'Unione europea. Di conseguenza, a suo avviso, l'introduzione della clausola generale sulla cooperazione rafforzata nel diritto primario, ad opera del Trattato di Amsterdam, non ha costituito che il tentativo di convogliare le forme di cooperazione soggettivamente limitata, dall'ambito intergovernativo a quello comunitario. Sul punto, cfr. anche **WALLACE H.**, *Flexibility: A Tool for Integration or a Restraint on Disintegration?*, in NEUNREITHER K., WIENER A. (eds.), *European Integration after Amsterdam: Institutional Dynamics and Prospects for Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 175-191.

⁵²¹ Con parole efficaci è stato condivisibilmente affermato che: «[i]nter-se agreements are allowed, for the simple reason that to hold otherwise would be a drastic curtailment of the

215. Stante l'effettiva accettazione rispetto all'incisione delle proprie sovranità che ha condotto alla creazione dell'ordinamento comunitario, la possibilità per gli Stati membri di continuare o meno ad esercitarla livello interno, così come nell'ordinamento internazionale, riposa sul fondamentale sistema della ripartizione delle competenze fra essi e l'Unione. Si ricorda, infatti, che secondo quanto previsto dai Trattati l'Unione può agire soltanto nell'esercizio delle competenze che le sono state attribuite dagli Stati membri per il perseguimento dei loro obiettivi comuni (art. 1 TUE; art. 3, par. 6, TUE, art. 13, par. 2 TUE), e che qualsiasi competenza non attribuita all'Unione dai Trattati appartiene agli Stati membri (art. 4 TUE, art. 5, par. 1 e 2, TUE). Inoltre, una parte significativa delle competenze attribuite all'UE ha carattere *concorrente* (art. 4 TFUE), e non *esclusivo* (art. 3 TFUE), con la conseguenza che finché esse non siano state esercitate dall'Unione, gli Stati membri restano liberi di farne esercizio, individuale o collettivo.⁵²²
216. Coerentemente con queste considerazioni, il ricorso ai tradizionali strumenti internazionalistici, che fino al secondo dopoguerra avevano rappresentato il mezzo normale delle relazioni internazionali tra Stati nella realtà regionale europea,⁵²³ ha caratterizzato il processo di integrazione comunitaria sin dal Trattato di Roma. In proposito, è

Member States' treaty-making competences that cannot be assumed to have taken place in the absence of any clear indication in the founding treaties» (così **DE WITTE B.**, *Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States*, già cit sub n. 6, p. 40). Cfr. anche, in ambiti differenti, **PIETROBON A.**, *I mercati delle armi in Europa*, CEDAM, Padova, 2009, p. 1-64; **HINDELANG T.**, *Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration*, già cit. sub n. 5, p. 179 – 206, in particolare a p. 189 e 190, ove si afferma: «[f]rom the perspective of European Treaties, in respect of the effectiveness of EU law, it cannot make a difference whether Member States act autonomously within their domestic legal order or in collaboration with one another by means of public international law». Cfr. anche **DISMOPOULOS A.**, *The Validity and Applicability of International Investment Agreements Between EU Member States Under EU and International Law*, già cit. sub n. 5, p. 63-93, in particolare p. 69, che si riporta: «[d]espite the widespread impression that EU law is not very favourable towards international agreements concluded between EU Member States, EU law does actually allow for the conclusion of inter se agreements between Member States in fields not covered by EU law, encouraging in fact their conclusion in certain circumstances».

⁵²² Il principio delle competenze di attribuzione risulta richiamato abbondantemente anche nel contesto della categorizzazione formale, introdotta dal Trattato di Lisbona, delle diverse tipologie di competenza dell'Unione (art. 2, par. 1 e 2, TFUE; art. 4, par. 1 TFUE), così come nell'enunciazione del principio di *coerenza* tra le azioni e le politiche dell'Unione di cui all'art. 7 TFUE.

⁵²³ Un esempio è rappresentato dal Trattato di Bruxelles del 17 marzo 1948, istitutivo dell'Unione Europea Occidentale.

stato condivisibilmente affermato in dottrina che: «[w]hen the EEC Treaty was concluded, back in 1957, it was clear to all that the new Community institutions (and those of the other two Communities) would not provide the exclusive framework for the relations between the six Member States».⁵²⁴

217. La prima conferma di tale dato si rinviene nel fatto che, a seguito della conclusione del Trattato di Roma, nessuno dei precedenti *accordi internazionali inter se* stipulati fra gli Stati membri veniva terminato.⁵²⁵

Allo stesso modo, ulteriori accordi *inter se* erano stati stipulati dagli Stati membri nel corso delle negoziazioni del Trattato di Roma e dopo la sua adozione. Questi ultimi, talora costituivano il frutto dell'esercizio di competenze che gli Stati si erano riservati rispetto alla

⁵²⁴ L'affermazione è di De Witte (sottolineatura aggiunta) in **DE WITTE B.**, *Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union*, già cit sub n. 6, p. 32. Cfr. Anche **WALLACE H.**, *Flexibility: A Tool for Integration or a Restraint on Disintegration?*, già cit. sub n. 520, p. 176, ove si osserva che: «it is only quite recently that the argument for conceiving of the EU as all-encompassing in terms of both countries and of functional co-operation has gained momentum [...]».

⁵²⁵ **SCHÜTZE R.**, *EC Law and International Agreements of the Member States-An Ambivalent Relationship?*, già cit. sub n. 5, p. 387-440, a p. 406 ss.: «[t]hey would remain effective to the extent that they were compatible with EC law - the solution suggested by Art 30 [of the Vienna Convention]». L'art. 30, par. 3, della Convenzione di Vienna afferma: «[q]uando tutte le parti del trattato anteriore sono dei pari parti del trattato posteriore, senza che il trattato anteriore abbia avuto termine o la sua applicazione sia stata sospesa in base all'articolo 59, il trattato anteriore non si applica che nella misura in cui le sue disposizioni siano compatibili con quelle del trattato posteriore». Per scrupolo di precisione si aggiunge come sia inapplicabile agli accordi internazionali conclusi fra due o più Stati membri prima dell'adesione la norma attualmente riportata all'art. 351 TFUE. Difatti, la regola per cui «[l]e disposizioni dei trattati non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione» concerne unicamente le convenzioni concluse tra Stati Membri e Stati terzi, ma non quelle concluse degli Stati Membri tra loro. Tale esclusione costituisce un'applicazione del principio del primato del diritto comunitario. Come infatti ricordato in **KUIJPER P. J., WOUTERS J., HOFFMEISTER F., BE BAERE G., RAMOPOULOS T.**, *The Law of EU External Relations: Cases, Materials, and Commentary on the EU as an International Legal Actor*, già cit sub n. 5, a p. 1059-1060: «[t]he general principle- of supremacy also; governs the relationship of Union law and bilateral agreements concluded between the Member States. In that respect it is irrelevant whether the agreement had been concluded prior to EU membership or not». Il punto è stato affrontato piuttosto chiaramente in dottrina, in ordine alla questione della compatibilità con il diritto del mercato interno degli accordi bilaterali di investimento stipulati tra i "vecchi" Stati membri e quelli di più recente adesione, anteriormente a quest'ultima. Cfr. sul punto **HINDELANG S.**, *Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration*, già cit. sub n. 5; **EILMANSBERGER T.**, *Bilateral Investment Treaties and EU Law*, già cit. sub n. 5, p. 383-429; **DISMOPOULOS A.**, *The Validity and Applicability of International Investment Agreements Between EU Member States Under EU and International Law*, *Common Market Law Review*, 2011, p. 63-93.

neonata Comunità, talaltra intervenivano nelle materie collegate agli obiettivi ed alle competenze oggetto del nuovo Trattato.⁵²⁶

218. Ulteriore argomento a supporto di quanto affermato è offerto dal testo del Trattato di Roma, il quale prevedeva espressamente che gli Stati membri potessero procedere alla conclusione di accordi internazionali tra loro. Questo avveniva innanzitutto grazie alla previsione per cui: «[I]e disposizioni dei trattati non ostano all'esistenza e al perfezionamento delle unioni regionali tra il Belgio e il Lussemburgo, come pure tra il Belgio, il Lussemburgo e i Paesi Bassi, nella misura in cui gli obiettivi di tali unioni regionali non sono raggiunti in applicazione dei trattati» (art. 350 TFUE, ex art. 306 TCE e 233 CEE). Questa norma, se da un lato confermava la legittimità dello specifico fenomeno di integrazione regionale indicato,⁵²⁷ dall'altro non escludeva *a contrario* la legittimità di ulteriori forme di integrazione regionale, così come di altre tipologie di accordi internazionali tra Stati membri.⁵²⁸ Difatti, il Trattato di

⁵²⁶ A parte il Trattato istitutivo dell'Unione economica del Benelux, su cui si veda immediatamente *infra* il prosieguo del presente paragrafo; come osserva De Witte, sempre nel 1958 era avvenuta la conclusione di altri *partial agreements* in materie riconducibili all'ambito di applicazione oggettiva del Trattato: si trattava dell'accordo sui lavoratori frontalieri e quello sulla sicurezza sociale per i lavoratori migranti, tra Italia e Francia (27 marzo 1958); e delle convenzioni sulla doppia tassazione concluse tra Francia e Lussemburgo il primo aprile 1958 e tra Francia e Germania il 21 luglio 1959 (DE WITTE B., *Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union*, cit sub n. 6, p. 34).

⁵²⁷ Tale forma d'integrazione regionale tra Belgio, Lussemburgo e Paesi Bassi era stata posta in essere con il Trattato dell'unione economica del Benelux, siglato all'Aja il 3 febbraio 1958, soltanto pochi giorni dopo l'entrata in vigore del Trattato di Roma, ed entrato in vigore il primo novembre 1960 (381 UNTS 165). L'accordo, avente lo scopo di promuovere il libero movimento dei lavoratori, dei capitali, dei servizi e delle merci nella regione, rappresentava l'ideale prosecuzione della precedente convenzione con la quale era stata istituita un'unione doganale tra gli stessi soggetti, firmata a Londra il 5 settembre 1944 ed entrata in vigore il primo gennaio 1948.

Sull'analisi della natura giuridica dello speciale sistema giurisdizionale previsto nel contesto di tale unione regionale in virtù del trattato del 31 marzo 1965 relativo all'istituzione e allo statuto di una Corte di giustizia del Benelux ("Trattato della Corte di giustizia del Benelux"), e sulla sua compatibilità con l'ordinamento giuridico dell'Unione (quale emerge dalla famosa Sentenza della Corte del 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior SA e Parfums Christian Dior BV contro Evora BV*, già cit. sub n. 257, p. 21), così come sulla possibilità che la Corte del Benelux rappresenti un possibile modello per la creazione di un Tribunale Unificato dei Brevetti, si veda *infra* il Capitolo 4.

⁵²⁸ Cfr. SCHÜTZE R., *EC Law and International Agreements of the Member States-An Ambivalent Relationship?*, già cit. sub n.5, p. 420, il quale richiama DE WITTE B., *Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union*, cit sub n. 6, p. 40.

Roma al contempo prevedeva, all'art. 220 (ex art. 293 TCE, abrogato dal Trattato di Lisbona), che gli Stati membri potessero concludere tra loro ulteriori accordi internazionali in diverse materie, quali: il trattamento dei propri cittadini e dei cittadini degli Stati terzi, l'eliminazione della doppia imposizione fiscale, il reciproco riconoscimento delle società e delle decisioni giudiziarie.⁵²⁹ Benché la norma in commento non contenesse precise indicazioni in ordine alle proprie modalità applicative, la prassi degli Stati si è sempre orientata nel senso di darvi applicazione soltanto mediante la conclusione di accordi *paralleli*, ossia di accordi coinvolgenti la totalità dei membri del consorzio comunitario.⁵³⁰ Nondimeno, si ricorda che più di una voce in dottrina ha al contrario evidenziato come il testo della norma non contenesse alcun elemento atto ad escludere la possibilità per gli Stati membri di intervenire nelle stesse materie mediante accordi *parziali*. Tale dottrina risulta conforme alla prassi seguita dagli Stati membri relativa alla conclusione di accordi bilaterali in materia di doppia tassazione (c.d. *double taxation agreements*).⁵³¹

⁵²⁹ Il testo dell'art. 293 era il seguente: «[g]li Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini: la tutela delle persone, come pure il godimento e la tutela dei diritti alle condizioni accordate da ciascuno Stato ai propri cittadini; l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità; il reciproco riconoscimento delle società, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese ad un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse; la semplificazione delle formalità la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali».

⁵³⁰ Esempi applicativi della previsione sono la Convenzione del 27 settembre 1968 sulla cooperazione giudiziaria e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (nota anche come "Convenzione di Bruxelles"); la Convenzione del 29 febbraio 1968 sul reciproco riconoscimento delle società; la Convenzione del 23 luglio 1990 sull'eliminazione delle doppie imposizioni.

⁵³¹ Si è così condivisibilmente affermato che: «*the continuing conclusion of bilateral double taxation agreements between some Member States demonstrated the legitimacy of cooperation between some Member States for subject matters that fell into the scope of Article 293 EC*» (SCHÜTZE R., *EC Law and International Agreements of the Member States-An Ambivalent Relationship?*, già cit. sub n. 5, p. 420, che cita *contra* SCHWARTZ I.E., *Artikel 220*, in VON DER GROEBEN H., THIESING J., EHLERMANN C.-D., *zum EWG-Vertrag*, Nomos, Baden-Baden, 1991, a p. 25). La tesi che ammetteva l'esercizio della base giuridica all'art. 220 CE anche mediante il ricorso ad accordi parziali, peraltro, sembra confermata dalla stessa prassi seguita dagli Stati membri nella gestione degli accordi c.d. *paralleli*. Con particolare riferimento alla Convenzione di Bruxelles, infatti, si è sempre registrato un forte scollamento temporale tra l'accessione alla Comunità da parte di nuovi Stati membri e l'adesione di questi ultimi alla Convenzione.

219. Sul piano teorico, inoltre, l'argomento secondo cui gli accordi *inter se* degli Stati membri trovano giustificazione nella loro persistente sovranità, risulta rafforzato dal dato per cui l'esercizio collettivo delle competenze concorrenti non è precluso da alcuna norma dei Trattati, pur in mancanza di una specifica previsione di diritto primario che espressamente li abiliti a farlo. Nessuna limitazione si riscontra, infatti, nell'art. 2, par. 2, TFUE.⁵³² Di conseguenza, come sostenuto dalla dottrina maggioritaria, tali accordi possono essere stipulati tra gli Stati membri anche in difetto di una previsione analoga al vecchio art. 293 TCE, il quale, si è detto, è stato abrogato dal Trattato di Lisbona.⁵³³

⁵³² In proposito, difatti, fermo il principio del primato del diritto comunitario, l'art. 2, par. 3, TFUE, si limita a prevedere limiti più specifici in ordine all'esercizio collettivo (intergovernativo) delle competenze statali in materia di politiche economiche ed occupazionali. La norma difatti prevede che: «[g]li Stati membri coordinano le loro politiche economiche e occupazionali secondo le modalità previste dal presente trattato, la definizione delle quali è di competenza dell'Unione». Non paiono cogenti, al contrario, le ulteriori forme di coordinamento prescritte in materia di competenze di sostegno, coordinamento e completamento.

⁵³³ Così, *ex multis*, cfr. **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, p. 53 e 227; **BRIBOSIA H.**, *De la subsidiarité à la coopération renforcée*, già cit. sub n. 57; **DE WITTE B.**, *Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union*, cit sub n. 6, a p. 57; **THYM D.**, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, Nomos, Baden Baden, 2004, p. 305-308; **ROSAS A.**, *The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States*, *Fordham International Law Journal*, 2011, p. 1304-1345; **ZILLER J.**, *Flexibility in the Geographical Scope of EU Law: Diversity and Differentiation in the Application of substantive Law on Member States' Territories*, in DE BÜRCA G., SCOTT J. (eds.), *Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility?*, Hart, Oxford, 2000, p. 113-131; **GRILLER S.**, **DROUTSAS D.P.**, **FLAKNER G.**, **FORGO K.**, **NENTWICH M.**, *The Treaty of Amsterdam. Facts, Analysis, Prospects*, Springer, Wien, 2000.

Per la tesi minoritaria che si oppone a tale impostazione, elaborata a seguito dell'introduzione nei Trattati della clausola generale sulla cooperazione rafforzata, si rinvia a **CONSTANTINESCO V.**, *Le clauses de «coopération renforcée». Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité*, già cit. sub n. 133, p. 751 ss; **SHAW J.**, *Flexibility in "reorganized" and "simplified" Treaty*, già cit. sub n. 155; **KORTENBERG H.**, *Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam*, già cit. sub n. 133, a p. 845. Questa tesi deve intendersi oggi definitivamente superata. Almeno con riferimento alle ipotesi in cui non sia possibile procedere per cooperazione rafforzata per difetto di una sufficientemente nutrita *massa critica*, un risalente contro-argomento pratico è offerto dalla conclusione del Trattato di Prüm, avvenuta il 27 maggio 2005, da parte di Austria, Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo, Spagna e Paesi Bassi (su cui cfr. **ZILLER J.**, *Le traité de Prüm. Une vraie-fausse coopération renforcée dans l'Espace de sécurité de liberté et de justice*, già cit. sub n. 334).

Più recentemente, la tesi della generale ed astratta priorità giuridica dell'impiego di strumenti di diritto dell'Unione, in particolare della cooperazione rafforzata, rispetto

a quelli di diritto internazionale, nell'esercizio delle competenze concorrenti da parte degli Stati Membri, ha costituito oggetto di analisi e dibattito nel contesto della pronuncia pregiudiziale resa dalla Corte di giustizia nel caso *Pringle* (cfr. Sentenza della Corte in seduta plenaria del 27 novembre 2012, *Thomas Pringle contro Gouvernement of Ireland, Ireland e The Attorney General*, già cit. sub n. 248, in particolare p. 166-169). Ove la Corte di giustizia vi avesse dato riscontro positivo ne sarebbe conseguito che, nel caso in cui risultasse impossibile il perseguimento degli obiettivi comuni tramite le procedure ordinarie previste dai Trattati, il previo tentativo di instaurare una cooperazione rafforzata si sarebbe imposto come requisito necessario per il valido ricorso agli strumenti internazionalistici da parte degli Stati membri. Questo si sarebbe però posto in contrasto con la disciplina attuale dell'istituto, che a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona prevede che la valutazione della condizione dell'*ultima ratio* sia riservata all'esclusivo apprezzamento politico del Consiglio. Il nuovo testo dell'art. 329, par. 1, secondo comma, TFUE, laddove esclude il principio del previo esperimento delle procedure ordinarie previste dai Trattati, si colloca in linea con il riconoscimento di un peso sempre più significativo del principio di sussidiarietà.

In *Pringle*, la Corte ha sì è pronunciata sulla questione posta dal giudice del rinvio, affermando che: «*poiché né l'articolo 122, paragrafo 2, TFUE né alcun'altra disposizione dei Trattati UE e FUE conferiscono una competenza specifica all'Unione ad istituire un meccanismo di stabilità permanente come il MES [il Trattato che istituisce il Meccanismo Europeo di Stabilità] [...], alla luce degli articoli 4, paragrafo 1, TUE e 5, paragrafo 2, TUE gli Stati membri sono abilitati ad agire in tale settore*» (*Pringle*, già cit. sub n. 248, p. 105). Coloro che leggono in questa pronuncia il riconoscimento di una «*sequenza gerarchica di intervento*», in cui gli Stati Membri sono tenuti a tentare prima il ricorso agli strumenti comunitari (cooperazione rafforzata inclusa) e solo poi, ove questo risulti fallimentare, a quelli internazionali, tendono a giustificarlo in base ai principi generali del diritto comunitario, specialmente di quello di leale collaborazione. Così ad esempio si veda **ROSSI L.S.**, *Commento all'art. 20 TUE*, già cit. sub n. 59, in particolare a p. 220; in termini dubitativi cfr. invece Editorial Comment: *What do we want? Flexibility! Sort-of... "When do we want it? "Now!Maybe..."*, già cit. sub n. 458, così come, anteriormente a *Pringle*, **SCHÜTZE R.**, *EC Law and International Agreements of the Member States - An Ambivalent Relationship?*, già cit. sub n. 5, p. 387- 440. Sulla questione si tornerà in modo più approfondito nel Paragrafo 3.4.2. Per il momento si ribadisce come, alla luce degli argomenti brevemente illustrati, si continui a ritenere inesistente qualunque aprioristica precedenza giuridica degli strumenti comunitari rispetto a quelli nazionali; sul punto, inoltre, si anticipa che a parere di chi scrive la sentenza *Pringle* non avrebbe aggiunto alcun elemento inedito al dibattito, o quantomeno alcun elemento interpretabile in modo univoco. In questo senso cfr. anche **DE GREGORIO MERINO A.**, *Institutional Aspects of Variable Geometry. Special Consideration of the Intergovernmental Method*, *Studia Diplomatica*, 2013, LXVI-3, p. 101-117; **DE WITTE B.**, *Using International Law in the Euro Crisis. Causes and Consequences*, già cit. sub n.16; cfr. anche, recentemente, Parere della Corte in seduta plenaria del 18 dicembre 2014, *Progetto di accordo internazionale - Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - Compatibilità di detto progetto con i Trattati UE e FUE*, Parere 2/13, già cit. sub n. 53, p. 193. Allo stesso modo si anticipa che non condivide la lettura che intravede nelle pronunce rese in sede di impugnazione dei regolamenti adottati per l'implementazione della cooperazione rafforzata per la creazione di un brevetto europeo con effetto unitario un implicito riconoscimento della conformità al diritto dell'Unione Europea dell'Accordo istitutivo di un Tribunale Unificato dei brevetti (Sentenza della Corte (grande sezione) del 5 maggio 2015, *Regno di Spagna contro*

220. Al contrario, non è possibile affermare la conservazione di un siffatto generale *ius contrahendi* con riferimento alle competenze riconducibili agli obiettivi comuni, nel contesto di realtà nazionali di tipo federale, ove si è consumato quel superamento delle sovranità nazionali che non è ancora avvenuto nell'ambito dell'Unione. A questo proposito, può essere utile operare un confronto con quanto previsto in punto di accordi tra Stati federati dalla Costituzione degli Stati Uniti d'America.⁵³⁴ L'articolo 1, sezione 10, terza clausola, della Costituzione (la c.d. *compact clause*) prevede che: «[n]o State shall, without the consent of Congress [...] enter into any Agreement or Compact with another State». La clausola richiamata ha la funzione di legittimare la conclusione degli accordi tra gli Stati federati. Il suo testo sembrerebbe relegarli ad ipotesi del tutto eccezionali, rigorosamente subordinate all'espreso consenso del Congresso. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, tuttavia, ha progressivamente determinato una sostanziale inversione del rapporto di regola-eccezione stabilito dalla clausola, con la conseguenza che gli Stati federati si trovano oggi in una condizione di tendenziale libertà nella stipulazione dei *compacts*. Al contrario, secondo la Corte Suprema, una specifica autorizzazione del Congresso sarà necessaria solamente ove l'accordo previsto, nel caso concreto, tenda ad incrementare il potere politico degli Stati federali ad esso partecipanti e così possa mettere a repentaglio l'unità ed il primato del governo federale («*the application of the Compact Clause is limited to agreements that are "directed to the formation*

Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, causa C-146/13, già cit. sub n. 22; Sentenza della Corte (grande sezione) del 5 maggio 2015, *Regno di Spagna contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-147/13, già cit. sub n. 22. Ciò vale tanto con riferimento alla questione appena esaminata (che comunque, si è già detto, non sembra porsi oggi in termini inediti), quanto con riferimento ad altri eventuali profili di illegittimità dell'accordo. Infatti, non solo codeste censure non sono state sollevate nel contesto dei giudizi menzionati, aventi diverso oggetto, che pertanto non possono considerarsi espressivi di alcuna presa di posizione della Corte di giustizia in proposito, ma nemmeno avrebbero potuto esserlo, dal momento che il sindacato di legittimità della Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 263 TFUE, risulta escluso con riferimento agli atti che ricadono nell'intatta sovranità degli Stati Membri, quali sono gli accordi internazionali *de qua*. Il controllo di compatibilità di tali strumenti da parte della Corte risulta possibile soltanto in sede di azione d'infrazione, e pertanto non può mai sfociare nell'annullamento. Per un esame più approfondito di tali profili, con riferimento all'Accordo istitutivo di un Tribunale Unificato dei Brevetti, si rinvia *infra*, alla Sezione 3.2.3 e al Capitolo 4.

⁵³⁴ Il testo della Costituzione degli Stati Uniti può essere consultato presso: http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm.

*of any combination tending to the increase of political power in the States, which may encroach upon or interfere with the just supremacy of the United States»).*⁵³⁵

221. Questo precisato, la *compact clause* rappresenta un esempio di espressa previsione autorizzativa, collocata nel testo di una costituzione federale, alla conclusione di accordi tra Stati federati. Si tratta di una clausola ad applicazione generale, senza la quale nessun accordo sarebbe possibile fra gli Stati federati, e che comunque colloca tali accordi nel quadro dell'unitario ordinamento interno della federazione. Inoltre, è di interesse notare come tale clausola non subordini la conclusione dei *compacts* ad alcuno specifico obiettivo di interesse *comune* a tutti gli Stati federati. In questo senso, benché anche i *compacts* si collochino all'interno del quadro dell'ordinamento federale, si differenziano dalle cooperazioni rafforzate, le quali sono legittime soltanto nella misura in cui perseguono la specifica funzione prevista dall'art. 20, par. 1, secondo comma, prima frase, TUE, il quale prescrive che: «[l]e cooperazioni rafforzate sono intese a promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione». Sulla base di questa notazione, è stato invero argomentato in dottrina, che: «*the main function of this mechanism [quello di cooperazione rafforzata] is to foster multispeed integration in the EU constitutional order*».⁵³⁶ L'affermazione, come meglio si illustrerà nella Sezione 3.4, non si ritiene condivisibile nella misura in cui lega inesorabilmente l'istituto della cooperazione rafforzata al modello della *multi-speed Europe*, che si è illustrato *supra* al Capitolo 1. Come infatti confermato anche dalle più recenti pronunce della Corte di giustizia sul punto, sebbene la disciplina posta in essere dalla cooperazione rafforzata debba collocarsi in linea con gli obiettivi comunitari, nella perdurante insussistenza di un principio di c.d. *unità* dell'azione normativa UE, né la disciplina di diritto primario dell'istituto, né l'applicazione dei principi generali dell'ordinamento giuridico comunitario, impongono la finale realizzazione dell'unità normativa. Ciò che in realtà differenzia in modo cruciale l'istituto

⁵³⁵ Così si è pronunciata la Corte Suprema nella sentenza del 21 febbraio 1978, *United States Steel Corp. v. Multistate Tax Commission*, caso No. 76-635, in 434 U.S. 452, così massimizzata: «[t]he Multistate Tax Compact is not invalid under the rule of *Virginia v. Tennessee*, 148 U. S. 503, 148 U. S. 519, that the application of the Compact Clause is limited to agreements that are "directed to the formation of any combination tending to the increase of political power in the States, which may encroach upon or interfere with the just supremacy of the United States» (cfr. in particolare le p. 459-473)

⁵³⁶ Così **FABBRINI F.**, *The Enhanced Cooperation Procedure: a Study in Multispeed Integration*, Centro Studi sul Federalismo, ottobre 2012, consultabile presso <http://www.csfederalismo.it/index.php/en/publications/research-papers/2433-the-enhanced-cooperation-procedure-a-study-in-multispeed-integration->.

della cooperazione rafforzata dagli gli accordi *inter se* è che questi ultimi, collocandosi al di fuori dell'ordinamento comune, non sono tenuti a seguire né il c.d. *metodo comunitario* né alcuno degli obiettivi dell'UE. Essi al contrario, soggiacciono unicamente all'obbligo negativo di non interferire od ostacolare alcuno di tali obiettivi, dal momento che tali obblighi costituiscono espressione del principio di leale collaborazione espresso dall'art. 4, par. 3, TUE, che vincola gli Stati membri direttamente in conseguenza della loro *membership* all'Unione.⁵³⁷

3.2.2 Gli accordi *inter se* tra gli Stati membri nella storia dell'integrazione comunitaria

222. Nel corso degli anni, il ricorso allo strumento degli accordi internazionali ha permesso agli Stati membri dell'Unione europea di procedere nel coordinamento dei propri ordinamenti anche nei casi in cui, pur essendo prevista una specifica base giuridica nei Trattati, essi non fossero riusciti ad avvalersene seguendo le procedure ordinarie a tal fine previste,⁵³⁸ ovvero non si fossero determinati ad esercitarle, non ravvisando nel caso concreto alcun interesse ad agire con gli strumenti comunitari.⁵³⁹ Un esempio particolarmente noto, in proposito, è quello dei già menzionati Accordi di Schengen, solo

⁵³⁷ La questione sarà esaminata più approfonditamente nel Paragrafo 3.2.3, vertente sull'esame dei limiti di legittimo ricorso allo strumento degli accordi internazionali *inter se* da parte degli Stati membri.

⁵³⁸ In generale, è possibile immaginare una pluralità di ragioni per cui nel caso concreto gli Stati Membri decidano di avvalersi dello strumento dell'accordo internazionale, pure in presenza di una base giuridica ai Trattati. Così, per fare degli esempi, accanto al classico caso in cui essi non si riescano a soddisfare le maggioranze previste dal diritto primario per l'adozione dell'atto, potrebbero darsi ulteriori ipotesi in cui gli Stati Membri non *riescono* ad esercitare le competenze non esclusive al Trattato all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione, come nei casi in cui sorgano dubbi e addirittura conflitti in merito all'ampiezza della base giuridica in questione, ovvero potrebbero emergere insormontabili difficoltà di esercizio delle competenze comunitarie, determinate ad esempio dai requisiti posti dall'ordinamento costituzionale interno di taluni Stati membri.

⁵³⁹ Infatti, si ritiene di aggiungere come il ricorso a tali strumenti potrebbe essere determinato dalla volontà elusiva degli Stati membri, i quali vogliano procedere ad un uso selettivo delle istituzioni dell'Unione, nell'implementazione dell'accordo. Su questa eventualità ci si soffermerà più approfonditamente nel prossimo capitolo, dedicato agli accordi internazionali conclusi tra gli Stati membri nei settori di competenza dell'Unione. La suggestione proposta qui e quella nella nota precedente devono ricondursi a **SMULDERS B.**, *Treaties between Member States and EU law*, Academy of European Union Law, EUI, Firenze, 7-9 luglio 2014.

successivamente incorporati nell'ordinamento giuridico comunitario.⁵⁴⁰

223. Il ricorso agli strumenti di diritto internazionale da parte degli Stati membri è sempre stato oggetto di forti critiche, provenienti in particolar modo dalle istituzioni dell'Unione e dalla dottrina di diritto comunitario. Accanto al timore di una *sostanziale frammentazione* della disciplina applicabile agli Stati membri, che potrebbe spingersi sino allo “scisma” dello stesso ordinamento comunitario,⁵⁴¹ si sono accompagnate più specifiche censure. Se infatti è vero che gli accordi internazionali tra gli Stati membri soggiacciono ai consueti limiti derivanti dalla ripartizione delle competenze tra essi e l'Unione e dal primato della disciplina comunitaria,⁵⁴² la loro conclusione si caratterizza innanzitutto per l'assenza delle garanzie procedurali, sia democratiche che inerenti la qualità della disciplina sostanziale introdotta, che tradizionalmente si accompagnano all'impiego del c.d. *metodo comunitario*.⁵⁴³ Inoltre, tali strumenti permettono agli Stati membri che se ne avvalgono di escludere a tempo indeterminato alcuni degli altri membri del consorzio comunitario dalla produzione e dall'applicazione della disciplina comune e, in questo modo, dalle dinamiche di coordinamento dei relativi ordinamenti, senza che sia possibile registrare alcun obbligo di apertura, né di finale ripristino dell'uniformità normativa.⁵⁴⁴ Ancora più allarmante è l'eventualità

⁵⁴⁰ Cfr. il Protocollo sull'integrazione dell'acquis di Schengen nell'ambito dell'Unione europea, allegato al Trattato di Amsterdam, in GU C 340 del 10.11.1997, p. 1-144.

⁵⁴¹ L'espressione è di **KORTENBERG H.**, *Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam*, già cit. sub n. 133. Come vedremo più avanti questa costituisce una delle tradizionali riserve avanzate nei confronti di tutti gli strumenti in cui trova espressione il fenomeno dell'integrazione differenziata.

⁵⁴² Come confermato dalla Corte di giustizia in varie occasioni. Cfr. in proposito la Sentenza della Corte del 27 febbraio 1962, *Commissione della Comunità economica europea contro Repubblica italiana*, già cit. sub n. 248, p. 10-11; cfr. anche Sentenza della Corte del 27 settembre 1988, *Annunziata Mattencci contro Communauté française de Belgique e Commissariat général aux relations internationales de la communauté française de Belgique*, già cit. sub n. 248, p. 17-23; cfr. anche *Pringle*, g già cit. sub n. 248.

⁵⁴³ Sulla nozione di metodo comunitario e sulle differenze che esso presenta rispetto al c.d. *metodo intergovernativo*, si ritornerà più avanti al Paragrafo 3.4.1. Cfr. per ora, per un'efficace sintesi degli elementi caratterizzanti il metodo comunitario, **PONZANO P.**, *Méthode intergouvernementale ou méthode communautaire: une querelle sans intérêt*, Les Brefs, Notre Europe, 2011, già cit. sub n. 16.

⁵⁴⁴ Cfr. **PEERS S.**, *Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework*, già cit. sub n. 29, p. 37-72, in particolare a p. 39, ove si trova l'espressione: «*sidestepping the vetoes of recalcitrant member States*». Al contrario, il

che tali strumenti siano impiegati dagli Stati membri per eludere le procedure di produzione normativa e financo di revisione del diritto primario previste dai Trattati istitutivi.⁵⁴⁵ Il fine ultimo di tali operazioni di circonvenzione potrebbe essere sia quello di realizzare una *differenziazione di tipo partecipativo* quando ciò non sia consentito dal diritto primario, neppure implicitamente (*i.e.* per il tramite del principio generale di non discriminazione), sia quello di escludere dall'azione comune o d'isolare politicamente determinati Stati membri, in violazione del principio di leale collaborazione.

Queste preoccupazioni non appaiono di poco momento, specie se si considera che agli accordi *inter se* non è applicabile la procedura di controllo preventivo di compatibilità con il diritto comunitario, prevista all'art. 218, par. 11, TFUE, la quale è riservata ai soli accordi internazionali di cui l'Unione è parte. Sempre sotto il profilo delle garanzie, inoltre, tali strumenti sono stati definiti come in grado di determinare la pratica elusione delle garanzie *costituzionali* dell'ordinamento, ed in *primis* di quella rappresentata dalla tutela giurisdizionale dei diritti individuali.⁵⁴⁶ Essi, difatti, ancorché incompatibili col diritto UE, non sono soggetti al sindacato di legittimità della Corte di giustizia,⁵⁴⁷ la quale può accertarne l'illiceità

principio di apertura, in qualunque momento, ed a vantaggio di tutti gli Stati membri, è espressamente previsto dall'art. 328 TFUE per le cooperazioni rafforzate.

⁵⁴⁵ Cfr., sul rischio che il ricorso a tali strumenti possa risolversi in una sorta di “*revisione a freddo*” dei Trattati, **PESCATORE P.**, *L'ordre juridique des Communautés Européennes*, Presse universitaire de Liege, Liege, 1975, a p. 143-144.

⁵⁴⁶ Cfr. Editorial Comments, *Union Membership In Time of Crisis*, già cit. sub n. 16, in particolare a p. 1- 2, ove si legge: «[a] *parallel relational space has developed which questions the structural principles of Union law*». Il significato di tale affermazione viene meglio spiegato dall'anonimo autore alla nota n. 3, di p. 2: «[t]his concerns first of all the “*constitutional guarantee*” (the ECJ's expression in Case C-584/10 P, *Commission v. Kadi*, judgment of 18 July 2013, para 66) consisting of the judicial review of the lawfulness of EU measures. As stated elsewhere by the Court, “acts adopted by representatives of the Member States acting, not in their capacity as members of the Council, but as representatives of their governments, and thus collectively exercising the powers of the Member States, are not subject to judicial review by the Court” (Case C-181/91, *Parliament v. Council and Commission*, [1993] ECR I-3685, para 12) ».

⁵⁴⁷ Cfr. Sentenza della Corte del 30 giugno 1993, *Parlamento europeo contro Consiglio delle Comunità europee e Commissione delle Comunità europee*, già cit. sub n. 251, p. 12: l'esclusione del controllo giurisdizionale, si ripete, vale tanto con riguardo agli accordi conclusi tra alcuni Stati Membri, quanto con riguardo a quelli conclusi fra tutti loro, a prescindere dalle concrete modalità di adozione degli stessi (nel caso di specie si trattava di un atto adottato dai rappresentanti degli Stati Membri, in sede di Consiglio, ma in veste di rappresentanti dei rispettivi governi e non di membri dell'istituzione comunitaria); cfr. per ora, **DE WITTE B.**, *Chameleonic Member States*:

soltanto in sede di azione di infrazione (ex artt. 258-260) od eventualmente in via indiretta, in sede di rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE), senza in ogni caso il potere di annullare l'atto.⁵⁴⁸ Inoltre, lo

Differentiation by Means of Partial and Parallel International Agreements, già cit. sub n. 17, p. 231-267.

⁵⁴⁸ Si tratta dunque di pronunce aventi natura dichiarativa, di per sé inidonee a rimuovere dall'universo giuridico la normativa statale incompatibile. Cruciale perciò in questi casi sarà il ruolo del giudice nazionale nell'assicurare l'effetto diretto e la *primauté* della disciplina comunitaria, procedendo alla disapplicazione od eventualmente all'interpretazione conforme della normativa nazionale (dell'accordo). In questo contesto, un grosso potenziale risiede nella cooperazione tra organi giurisdizionali comunitari e nazionali, che trova espressione nella giurisprudenza *Simmenthal* (già cit. sub n. 252) e nei suoi successivi sviluppi. Cfr. In proposito **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution*, già cit. sub n. 37, a p. 330: in virtù di tale giurisprudenza della Corte, infatti, «Il [il giudice nazionale] acquiert notamment la fonction de garantir la protection des droits individuels trouvant leur source dans l'ordre juridique UE, et cela non seulement contre les choix législatifs et même constitutionnels de l'ordre juridique étatique, mais aussi au-delà des pouvoirs juridictionnels qui lui sont dévolus dans son système national. Ce même juge se voit notamment reconnaître par le droit communautaire le pouvoir de laisser inappliquées ces dispositions internes sans interposition ni d'un éventuel juge des lois prévu par le système national (Cour constitutionnelle), ni de la Cour de justice», con la conseguenza che: «[a]u-delà de la garantie de l'applicabilité directe et de la primauté du droit communautaire, la jurisprudence de la Cour vise en effet la construction, par la voie prétorienne, d'un système communautaire de protection juridictionnelle directe des droits individuels» (p. 333; cfr. anche **GROZDANOVSKI L.**, **TURMO A.**, *Le juge national, interlocuteur privilégié de la Cour de justice de l'Union européenne*, Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht, 2012, p. 487-503).

La tutela giurisdizionale *autonoma* dei diritti individuali, si è già detto, costituisce il tratto saliente ed autenticamente *costituzionale* dell'ordinamento comunitario. Il suo impedimento, anche indiretto (ad esempio facendo dipendere l'applicazione del diritto *interno* incompatibile da un organo non riconducibile alla nozione di "giurisdizione nazionale", così come interpretata dai giudici di Lussemburgo) esporrà evidentemente gli Stati membri a responsabilità per inadempimento. Questo è il caso che recentemente si è posto per i trattati bilaterali d'investimento conclusi tra pressoché tutti gli Stati membri dell'UE e gli Stati membri di recente accessione, anteriormente a quest'ultima, nella parte in cui si pongono in contrasto con il diritto del mercato interno e prevedono che la propria applicazione sia riservata, in modo più o meno esclusivo, a tribunali arbitrali internazionali (cfr. Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 marzo 2009, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica d'Austria*, causa C-205/06; Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 marzo 2009, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Svezia*, causa C-249/06; Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 19 novembre 2009, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica di Finlandia*, causa C-118/07, tutte già cit. sub n. 252; European Commission - Press release. Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties, 18 June 2015. Per la dottrina cfr. **BERMANN G. A.**, *Navigating EU Law and the Law of International Arbitration*, Arbitration International, 2012, p. 397-445; **BOUTE A.**, *Case C-264/09, Commission v. Slovakia, Judgement of the Court (First Chamber) of 15 September 2011*, Common Market Law Review, 2012, p. 1179-1196; **BURGSTALLER M.**, *European Law and Investment Treaties*, Journal of International Arbitration, 2002, p. 191-216;

strumento dell'azione d'infrazione, presenta evidenti limiti, sia nel carattere discrezionale della sua instaurazione, sia in termini di effettività sanzionatoria.⁵⁴⁹ Ne consegue che, nel momento in cui la

DISMOPOULOS A., *The Validity and Applicability of International Investment Agreements Between EU Member States Under EU and International Law*, già cit. sub n. 5, p. 63-93; **EILMANSBERGER T.**, *Bilateral Investment Treaties and EU Law*, già cit. sub n. 5, p. 383–429; **HINDELANG S.**, *Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration*, già cit. sub n. 5, p. 179–206; **LAVRANOS N.**, *European Court of Justice- Infringement of Article 307 - Failure of Member States to Adopt Appropriate Measures to Eliminate Incompatibilities Between the Treaty Establishing the European Community and Bilateral Investment Treaties Entered into with Third Countries Prior to Accession to the European Union*, *The American Journal of International Law*, 2009, p. 716-722).

La questione si è finalmente posta anche nel contesto delle negoziazioni del nuovo “Trattato transatlantico” (Il Partenariato transatlantico per il commercio e gli investimenti) tra Unione europea e Stati Uniti d'America, le cui negoziazioni sono iniziate nel 2013. Il Trattato rappresenterà, fra l'altro, la prima ipotesi di esercizio della nuova competenza esterna esclusiva dell'Unione in materia di investimenti diretti (ai sensi dell'art. 207 TFUE, ex art. 133 CE, così come modificato dal Trattato di Lisbona). A partire dal settembre 2015, la Commissione ha adottato un nuovo approccio in ordine al sistema di risoluzione delle controversie da inserire nell'accordo, passando dall'iniziale configurazione di un sistema alternativo di risoluzione delle controversie, all'opzione per un sistema giurisdizionale che preveda un tribunale internazionale degli investimenti (il nuovo testo della proposta relativa alla Protezione ed alla risoluzione di controversie in materia di investimenti e sul sistema di una corte per gli investimenti può essere consultato presso http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_en.htm). Per la dottrina in proposito cfr. **TITI C.**, *The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead*, January 5, 2016, consultabile presso SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2711943>). Per una panoramica della situazione antecedente delle negoziazioni si rinvia a **CREMONA M.**, *Guest Editorial, Negotiating the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) Context and scope of TTIP* già cit. sub n. 252.

⁵⁴⁹ Legittimati attivi all'azione, ai sensi del Trattato, sono difatti soltanto gli Stati membri - che verosimilmente non avranno interesse ad investire la Corte della questione, laddove la soluzione dell'accordo sia il frutto di un più o meno esplicito compromesso politico che li coinvolge - ovvero la Commissione europea, che tuttavia in proposito gode di un ampio potere discrezionale (cfr. **ZAMPETTI G.**, *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell'obbligo ex art. 267, par. 3, Tfe e conseguenze della sua mancata osservanza (riflessioni a partire da Cons. Stato, sez. VI, n. 1244 del 5 marzo 2012 e Corte giust., C-136/12, del 18 luglio 2013)*, in Osservatorio Costituzionale, Associazione Italiana Costituzionalisti, 01/2014, consultabile presso: <http://www.osservatorioaic.it/rinvio-pregiudiziale.html>; **GATTINARA G.**, *La responsabilità dello Stato nei confronti dell'Unione europea per le violazioni commesse dai giudici di ultima istanza: la procedura di infrazione come possibile alternativa alla responsabilità extracontrattuale dello Stato*, in SPITALERI F. (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Quaderni della Rivista Il Diritto dell'Unione europea, Giuffrè, Milano, 2009, p. 84-111). Una soluzione

disciplina comune viene collocata all'interno di accordi di diritto internazionale pubblico, la Corte di giustizia si vede deprivata della prerogativa di poter esprimere “*l'ultima parola*” sull'interpretazione e sulla validità del diritto comune, che invece essa detiene con riferimento al diritto UE. L'incompetenza della Corte permane anche nelle ipotesi in cui tali accordi assumono la forma di atto congiunto adottato dai rappresentanti degli Stati membri in Consiglio, al di fuori delle funzioni istituzionali di quest'ultimo.⁵⁵⁰

224. L'ampliamento delle forme e delle ipotesi di legittimo ricorso al fenomeno dell'integrazione differenziata *in senso stretto*, avvenuta *in primis* tramite l'introduzione dell'istituto della cooperazione rafforzata e delle successive revisioni dei Trattati, ha perciò costituito una soluzione di compromesso tra le esigenze di flessibilità dell'ordinamento UE e la preservazione del sistema di garanzie che lo caratterizzano. Circondata da tutta una serie di garanzie sostanziali e procedurali, dettate innanzitutto dall'esigenza di evitare i rischi delineati con riferimento agli accordi, la cooperazione rafforzata è

interessante risiede nella possibilità per il giudice nazionale chiamato ad applicare l'accordo sospettato di illegittimità di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, con il quale richieda l'interpretazione del diritto comunitario ritenuto contrastante con l'accordo, eventualmente su sollecitazione del privato che si ritenga leso da quest'ultimo. Rimane tuttavia ferma, anche in tale ipotesi, la ripartizione della funzione giurisdizionale tra la Corte di giustizia ed in giudice del rinvio, nel contesto della quale l'interpretazione del diritto nazionale (e di quello internazionale) risulta riservata esclusivamente al secondo. Il ricorso all'istituto del rinvio pregiudiziale c.d. interpretativo, in ogni caso, risulterà possibile soltanto ove il giudice *a quo* possa effettivamente definirsi come “giurisdizione nazionale”, ai sensi dell'art. 267 TFUE, così come interpretato dalla giurisprudenza comunitaria. Ove tale giurisdizione sia di ultima istanza, la violazione dell'obbligo di rinvio che si risolve nell'applicazione della disciplina nazionale incompatibile potrà dare luogo alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione ed al risarcimento dei danni per tale via cagionati, e ciò a prescindere da quanto prescritto dalla disciplina interna sulla responsabilità dei magistrati (cfr. Sentenza della Corte (grande sezione) del 13 giugno 2006, *Tragbetti del Mediterraneo SpA contro Repubblica italiana*, causa C-173/03, in *Racc.* 5177).

⁵⁵⁰ Cfr. la Sentenza della Corte del 30 giugno 1993, *Parlamento europeo contro Consiglio delle Comunità europee e Commissione delle Comunità europee*, già cit. sub n. 251, p. 11-12: «[...] ai sensi dell'art. 173, la Corte ha il compito di esercitare un "controllo di legittimità sugli atti del Consiglio e della Commissione che non siano raccomandazioni o pareri". Dalla formulazione di tale disposizione emerge con chiarezza che gli atti adottati dai rappresentanti degli Stati membri che agiscono non in qualità di membri del Consiglio, ma in qualità di rappresentanti dei loro governi, e che esercitano in tal modo collettivamente i poteri degli Stati membri, non sono soggetti al sindacato di legittimità esercitato dalla Corte. Come indicato dall'avvocato generale nel paragrafo 18 delle sue conclusioni, è indifferente in proposito che un atto del genere sia intitolato "atto degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio" oppure "atto dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio"».

stata introdotta allo scopo di fornire agli Stati membri un'alternativa *comunitaria* al ricorso agli accordi *inter se*. Essa è stata perciò definita in dottrina come la forma di integrazione differenziata in fondo più "ortodossa", o quantomeno la più "politicamente corretta".⁵⁵¹

225. Il ricorso allo strumento della cooperazione rafforzata in luogo degli accordi internazionali, ad ogni modo, ha da sempre costituito una mera alternativa non obbligatoria per gli Stati membri. Nulla, infatti, nel Trattato di Amsterdam, suggeriva l'esistenza di un rapporto di reciproca esclusione, né teorico né concreto, tra cooperazione rafforzata ed *inter se agreements* nei settori di competenza non esclusiva dell'Unione. Tale conclusione, piuttosto, si sarebbe posta in netto contrasto con la valorizzazione del principio di sussidiarietà realizzata dal Trattato di Amsterdam, laddove per *azione autonoma* degli Stati membri si poteva leggere tanto quella individuale, quanto quella collettiva. La cooperazione rafforzata, di conseguenza, non costituiva una pista obbligatoria per gli Stati membri, *ex se* escludente il ricorso agli accordi *inter se* nei settori di competenza UE.⁵⁵² In aggiunta, non pareva nemmeno sostenibile che gli Stati membri dovessero necessariamente tentare di attingere alla cooperazione *prima* di avvalersi degli strumenti di diritto internazionale. Invero, una parte della dottrina si era espressa in questo senso al momento dell'adozione del Trattato di Amsterdam.⁵⁵³ In senso contrario,

⁵⁵¹ **ROSSI L.S.**, *Commento all'art. 20 TUE*, già cit. sub n. 59, a p. 218. Benché praticamente da sempre sia stata evidenziata la grossa lacuna dello strumento, consistente nel non disporre *a latere* dell'intervento soggettivamente differenziato alcuna forma di azione o percorso a supporto degli Stati membri che vi restino concretamente estranei a causa di obiettive ragioni di carattere economico-sociale (cfr., *ex multis*, **EHLERMANN C.D.**, *Differentiation, Flexibility, Closer Co-operation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty*, già cit. sub n. 85).

⁵⁵² Al contrario, l'oggetto del Trattato che istituisce un Meccanismo Europeo di Stabilità (il Trattato MES) non è sembrato ricadere in alcuna delle materie di cui alle basi giuridiche dei Trattati ai giudici di Lussemburgo (cfr. *Pringle*, già cit. sub n. 248, p. 166-169), e pertanto, si è sostenuto, era escluso *ab origine* il ricorso alle previsioni in materia di cooperazione rafforzata (così, **DE WITTE B., BEUKERS T.**, *Case-Law. The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: Pringle Case C-370/12, Thomas Pringle v. Government of Ireland, Ireland, The Attorney General, Judgment of the Court of Justice (Full Court) of 27 November 2012*, *Common Market Law Review*, 2013, p. 805-848). Il Trattato MES, è stato concluso a Bruxelles il 2 febbraio 2012, tra i 17 Stati membri dell'Eurozona, ed è entrato in vigore nell'ottobre dello stesso anno.

⁵⁵³ In questo senso, cfr. **CONSTANTINESCO V.**, *Le clauses de «coopération renforcée». Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité*, già cit. sub n. 133, p. 751 ss; **SHAW J.**, *Flexibility in "reorganized" and "simplified" Treaty*, già cit. sub n. 155; **KORTENBERG H.**, *Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam*, a p. 845: tutti già cit sub n. 133.

secondo la dottrina maggioritaria, una tale interpretazione non risultava giustificata né dal testo dei Trattati, né dall'applicazione dei principi generali del sistema. Non solo, infatti, la lettera dall'art. K12 TUE costruiva la possibilità di fare ricorso all'istituto come una semplice *facoltà* degli Stati membri, ma anche nessun'altra norma di diritto primario ne stabiliva l'obbligo o riceveva una tale interpretazione nella prassi effettiva degli Stati membri.⁵⁵⁴ Di conseguenza, si concludeva, la compatibilità degli accordi *inter se* con il diritto dell'Unione doveva essere verificata caso per caso, in applicazione delle consuete regole sul riparto delle competenze e del primato del diritto comunitario.⁵⁵⁵ Un'interpretazione intermedia, infine, era quella che, pur prospettando come obbligatorio il previo tentativo di ricorso alla cooperazione rafforzata, lo escludeva nelle ipotesi in cui non fosse possibile procedervi per difetto di un sufficiente numero di Stati membri partecipanti (la c.d. *massa critica*).⁵⁵⁶ Tale l'interpretazione sembrava trovare conferma nella conclusione del Trattato di Prüm, il 27 maggio 2005, tra Austria, Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo, Spagna e Paesi Bassi⁵⁵⁷

⁵⁵⁴ Art. 31, par. 3, della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati.

⁵⁵⁵ Cfr. *infra* il prossimo Paragrafo.

⁵⁵⁶ Inizialmente il Trattato di Amsterdam richiedeva la partecipazione alla cooperazione della “*maggioranza*” degli Stati membri dell'Unione, che a quel tempo ammontavano a quindici, in conseguenza del quarto allargamento della Comunità nel 1995. Successivamente, con il Trattato di Nizza, il numero minimo di stati partecipanti venne ridotto alla misura fissa di otto, nella prospettiva del quinto allargamento “*ad Est*” del 2004, che avrebbe portato il numero degli Stati membri a 25 (si che concretamente la massa critica sarebbe corrisposta a circa un terzo degli Stati membri). Col trattato di Lisbona, infine, la consistenza della massa critica è stata ricalcolata dall'art. 20, par. 2, TUE, nella misura di nove Stati su 28 membri.

⁵⁵⁷ Cfr. ZILLER J., *Le traité de Prüm. Une vraie-fausse coopération renforcée dans l'Espace de sécurité, de liberté et de justice*, già cit. sub n. 334, nel caso di specie il ricorso allo strumento della cooperazione rafforzata (cui il Trattato di Prüm viene equiparato nella sostanza), sarebbe comunque risultato impraticabile. Difatti, il numero degli Stati membri partecipanti risultava inferiore alla *massa critica* necessaria per dare avvio alla procedura secondo il Trattato, che a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Nizza, richiedeva che l'iniziativa della cooperazione rafforzata provenisse da almeno otto Stati membri. Il Trattato di Prüm è un trattato in forma solenne (pertanto soggetto al controllo dei parlamenti nazionali), firmato il 27 maggio 2005 da sette Stati membri dell'Unione Europea (Germania, Spagna, Francia, Austria, Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo). Ne costituisce oggetto il rafforzamento della cooperazione delle forze di polizia, in particolare allo scopo di contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e l'immigrazione clandestina. L'art. 1 del Trattato, al par. 2, sancisce il principio di apertura all'adesione di qualunque Stato membro dell'Unione, mentre al par. 4 auspica la futura incorporazione delle sue previsioni all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione. L'«*incorporazione della*

226. La tesi maggioritaria della piena compatibilità con l'ordinamento comunitario degli accordi *inter se*, anche in presenza delle condizioni che autorizzano il ricorso alla cooperazione rafforzata, si ritiene valida anche a seguito delle modifiche che il Trattato di Lisbona ha apportato all'istituto e più in generale al diritto primario dell'Unione. In particolare, il rafforzamento del sistema di tutele che circonda il rispetto del principio di sussidiarietà è stato condivisibilmente interpretato in dottrina come in grado di consolidare un'interpretazione prettamente *negativa* dello stesso, nel senso che esso sancisce una sorta di giuridica precedenza dell'azione degli Stati membri su quella dell'Unione (*rectius* dell'esercizio delle competenze concorrenti da parte degli Stati membri rispetto all'Unione). Di tutta conseguenza, è innanzitutto in virtù del principio di sussidiarietà che risulta possibile escludere la sussistenza di astratte limitazioni all'esercizio collettivo delle competenze concorrenti mediante accordo internazionale degli Stati membri.⁵⁵⁸

227. Nondimeno, qualche anno a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la tesi di una generale ed astratta priorità giuridica dell'impiego di strumenti di diritto dell'Unione, ed in particolare della cooperazione rafforzata, rispetto a quelli di diritto internazionale (compresi i c.d. accordi *parziali*), nell'esercizio collettivo delle competenze concorrenti degli Stati membri, ha costituito oggetto di analisi e dibattito. Più precisamente, la questione è tornata in auge nel contesto della pronuncia pregiudiziale resa dalla Corte di giustizia nel caso *Pringle*.⁵⁵⁹ Ivi si era posta la questione della legittima instaurazione del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES), mediante apposito accordo internazionale cui facevano parte tutti i 17 Stati membri dell'Eurozona, ossia il Trattato che istituisce il Meccanismo Europeo di Stabilità.⁵⁶⁰ La questione era sorta sul presupposto della

sostanza) del Trattato è stata espressamente realizzata dal legislatore comunitario con la Decisione 2008/615/GAI del Consiglio, del 23 giugno 2008, sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera (in GU L 210 del 6.8.2008, p. 1-11).

⁵⁵⁸ Sulla quale si rinvia alle notazioni svolte *supra* alla Sezione 2.4 ed *infra* al Paragrafo 3.4.2.

⁵⁵⁹ Cfr. Sentenza della Corte in seduta plenaria del 27 novembre 2012, *Thomas Pringle contro Gouvernement of Ireland, Ireland e The Attorney General*, già cit. sub n. 248, in particolare p. 166-169.

⁵⁶⁰ Il Trattato è stato firmato a Bruxelles il 2 febbraio 2012 dai 17 Stati membri dell'Eurozona. Il Trattato è entrato in vigore il 27 settembre 2012 e vi hanno successivamente aderito gli Stati membri che hanno poi adottato la moneta comune, quali la Lettonia (nel 2014) e la Lituania (nel 2015). Il testo del trattato è consultabile

sussistenza, nel caso di specie, di una competenza concorrente dell'Unione europea. La Corte di giustizia, tuttavia, ha ritenuto di escludere la sussistenza di qualsivoglia competenza comunitaria, rispondendo al giudice del rinvio che: «poiché né l'articolo 122, paragrafo 2, TFUE né alcun'altra disposizione dei Trattati UE e FUE conferiscono una competenza specifica all'Unione ad istituire un meccanismo di stabilità permanente come il MES [...], alla luce degli articoli 4, paragrafo 1, TUE e 5, paragrafo 2, TUE gli Stati membri sono abilitati ad agire in tale settore». ⁵⁶¹ In particolare, la Corte ha collocato alla base di tale conclusione la riflessione che, sulla base dell'art. 20, par. 1, TUE: «una cooperazione rafforzata può essere instaurata solo qualora l'Unione stessa sia competente ad agire nel settore oggetto di tale cooperazione»; ciò premesso, tenuto conto del fatto che «le disposizioni dei trattati su cui si fonda l'Unione non conferiscono a quest'ultima una competenza specifica per istituire un meccanismo permanente di stabilità come il MES», essa concludeva che «l'articolo 20 TUE non osta alla conclusione tra gli Stati membri la cui moneta è l'euro di un accordo come il Trattato MES né alla sua ratifica da parte di questi ultimi». ⁵⁶²

228. Coloro che leggono in questa pronuncia il riconoscimento dell'esistenza di una sorta di «sequenza gerarchica d'intervento», in base alla quale gli Stati membri sono tenuti a fare ricorso in via prioritaria agli strumenti comunitari e solo in un secondo momento, ove la via comunitaria non risulti percorribile, agli strumenti classici del diritto internazionale, tendono ad argomentare sulla base dei principi generali del diritto comunitario, specialmente di quello di leale collaborazione. ⁵⁶³ Al contrario, si ritiene che questa tesi debba essere

presso: https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/20150203_-_esm_treaty_-_it.pdf.

⁵⁶¹ *Ibidem*, p. 105.

⁵⁶² *Ibidem*, p. 167-169.

⁵⁶³ Così ad esempio si veda **ROSSI L.S.**, *Commento all'art. 20 TUE*, già cit. sub n. 59, in particolare a p. 220; in termini dubitativi invece cfr. Editorial Comment: *What do we want? Flexibility! Sort-of... "When do we want it? "Now! Maybe..."*, già cit. sub n. 458, così come, anteriormente a Pringle, **SCHÜTZE R.**, *EC Law and International Agreements of the Member States - An Ambivalent Relationship?*, già cit. sub n. 5, p. 387-440. Sulla questione si tornerà in modo più approfondito nel Paragrafo 3.4.2, per il momento si ribadisce come, alla luce degli argomenti brevemente illustrati, si continui a ritenere inesistente qualunque aprioristica precedenza degli strumenti comunitari rispetto a quelli nazionali; la sentenza *Pringle* non avrebbe aggiunto alcun elemento inedito al dibattito, o quantomeno alcun elemento interpretabile in modo univoco. In questo senso cfr. anche **DE GREGORIO MERINO A.**, *Institutional Aspects of Variable Geometry. Special Consideration of the Intergovernmental Method*, già cit. sub n. 16, p. 101-117; **DE WITTE B.**, *Using International Law in the Euro Crisis. Causes and Consequences* già cit. sub n. 16; cfr. anche il Parere della Corte in seduta plenaria del 18 dicembre 2014, Progetto di accordo internazionale - Adesione dell'Unione

rigettata. Sullo specifico dibattito che in proposito si è instaurato, nel contesto delle misure adottate per gestire la c.d. *Crisi dell'Eurozona*, si ritornerà più avanti, nella Sezione 4.1. Per il momento, ci si limita ad osservare che la tesi che si sta criticando si pone in aperto contrasto con la disciplina attuale dell'istituto della cooperazione rafforzata. Infatti, a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, si prevede che la valutazione della condizione di ultima istanza (o *ultima ratio*), quale presupposto necessario all'impiego dello strumento, sia riservata all'esclusivo apprezzamento politico del Consiglio. Inoltre, il nuovo testo dell'art. 329, par. 1, secondo comma, TFUE, laddove non riproduce più il principio del previo esperimento delle procedure ordinarie previste ai Trattati, si colloca in linea con il riconoscimento di un peso sempre più rilevante del principio di sussidiarietà. Pertanto, si ritiene che ove la Corte avesse voluto adottare l'interpretazione criticata avrebbe quantomeno impiegato dei riferimenti espressi ed univoci, operando una presa di posizione espressa, che nella sentenza *Pringle* invece è mancata.

229. Ulteriore conferma della tesi qui sostenuta sembra essere offerta dalla recente sottoscrizione, da parte di 25 Stati membri (Spagna e Polonia escluse) dell'Accordo internazionale che istituisce il Tribunale Unificato dei Brevetti (il c.d. Accordo TUB).⁵⁶⁴ La soluzione adottata

europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - Compatibilità di detto progetto con i Trattati UE e FUE, parere 2/13, già cit. sub n. 53, p. 193.

⁵⁶⁴ L'Accordo internazionale che istituisce un Tribunale Unificato dei Brevetti è stato sottoscritto a margine della riunione del Consiglio Competitività, tenutasi a Bruxelles il 19 febbraio 2013 (il testo dell'accordo è consultabile presso: [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/A1080B83447CB9DDC1257B36005AAAB8/\\$File/upc_agreement_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/A1080B83447CB9DDC1257B36005AAAB8/$File/upc_agreement_en.pdf)). Per quanto concerne la sua entrata in vigore, esso prevede, all'art. 89, che: «[i]l presente accordo entra in vigore il 1o gennaio 2014 o il primo giorno del quarto mese successivo al deposito del tredicesimo strumento di ratifica o di adesione conformemente all'articolo 84, inclusi i tre Stati nei quali il maggior numero di brevetti europei aveva effetto nell'anno precedente a quello in cui ha luogo la firma dell'accordo, o il primo giorno del quarto mese successivo alla data di entrata in vigore delle modifiche del regolamento (UE) n. 1215/2012 relative alle relazioni con il presente accordo, se questa data è posteriore». Nel momento in cui si scrive, la fase di ratifica dell'Accordo è ancora pendente; per il momento esso è stato ratificato solo dai seguenti Stati membri: Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Lussemburgo, Malta, Svezia, Portogallo, Finlandia, Bulgaria, Olanda. L'Italia ha ratificato l'accordo il 10 febbraio 2017. Tra gli Stati membri dei quali la ratifica è necessaria per l'operatività dell'accordo, soltanto la Francia vi ha già provveduto. Nonostante l'esito positivo del referendum sulla fuoriuscita del Regno Unito dall'UE (c.d. *Brexit*), nella riunione del Consiglio del 28 novembre 2016, il Ministro britannico per la Proprietà Intellettuale ha dichiarato l'intenzione di ratificare l'accordo. L'Italia è parte firmataria dell'Accordo, pur essendo rimasta inizialmente estranea, assieme al Regno di Spagna, alla cooperazione rafforzata instaurata ai fini dell'adozione dei regolamenti n. 1257/12 e 1260/12, che rispettivamente determinano la creazione di

nel caso del c.d. Pacchetto brevetti offre positiva dimostrazione anche del fatto che i diversi strumenti di integrazione differenziata della cooperazione rafforzata e degli accordi *inter se* tra gli Stati membri possono coesistere ed integrarsi tra loro. L'Accordo TUB, infatti, oltre a prevedere l'istituzione della nuova giurisdizione internazionale, copre buona parte della disciplina sostanziale del nuovo brevetto europeo con effetto unitario. Tale disciplina, che trova la propria base giuridica nell'art. 118, par. 1, TFUE – disposizione, riconosciuta dalla Corte di giustizia come attributiva di una competenza concorrente tra Unione e Stati membri⁵⁶⁵ era stata parzialmente posta in essere prima della sua conclusione, con l'adozione di due regolamenti di attuazione dell'apposita decisione autorizzativa del Consiglio intesa a realizzare una cooperazione rafforzata per la creazione di un brevetto europeo con effetto unitario.⁵⁶⁶ Ne consegue che, nel sistema del c.d. Pacchetto brevetti, l'integrazione degli ordinamenti nazionali è stata realizzata in parte tramite il diritto comunitario (la cooperazione rafforzata ed i regolamenti adottati in base ad essa) ed in parte tramite il diritto internazionale (l'Accordo TUB). In entrambi i casi si riscontra infatti l'impiego della tecnica dell'integrazione differenziata, dal momento che alla disciplina comunitaria, cui si applicano tutte le

un brevetto europeo con effetto unitario e l'adozione del relativo regime linguistico (cfr. 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 brevettuale unitaria, in GU L 361 del 31.12.2012, p. 1–8 ed il 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 brevettuale unitaria con riferimento al regime di traduzione applicabile, in GU L 361 del 31.12.2012, p. 89–92). L'adesione italiana alla cooperazione rafforzata è intervenuta alla fine di settembre 2015: cfr. la *Decisione (UE) 2015/1753 della Commissione, del 30 settembre 2015, che conferma la partecipazione dell'Italia alla cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria*, in GU L 265/19, dell'1 ottobre 2015.

⁵⁶⁵ Cfr. Sentenza della Corte (grande sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, già cit. sub n. 22, p. 16-26.

⁵⁶⁶ Cfr. il Regolamento UE n. 1257/12, già cit. sub n. 564. Come si è anticipato nell'introduzione, questa costituisce una delle ragioni per le quali il c.d. Pacchetto sul brevetto europeo con effetto unitario è stato selezionato come *case study* nel contesto della ricerca svolta. Il suo esame, infatti, permetterà di meglio analizzare le dinamiche dei rapporti giuridici intercorrenti tra cooperazioni rafforzate ed accordi internazionali tra Stati membri, e cioè fra le due principali forme di integrazione differenziata ad applicazione generale di cui gli Stati membri dell'UE si avvalgono principalmente. Lo studio di queste dinamiche permetterà inoltre, esplorando la linea di confine tra la persistente sovranità degli Stati membri e gli obblighi che su di essi gravano in conseguenza della *membership* dell'Unione, di dare una lettura più completa degli specifici principi che governano la disciplina applicabile ai due strumenti.

norme particolari relative alla cooperazione rafforzata, partecipano soltanto 26 Stati membri, mentre all'Accordo TUB ne partecipano solo 25.

3.2.3 I limiti al legittimo ricorso agli accordi *inter se* tra Stati membri

230. Come si è appena esposto, sin dall'adozione del Trattato di Amsterdam, la maggioranza della dottrina ha evidenziato che il neonato strumento della cooperazione rafforzata non avrebbe importato alcun limite al ricorso agli accordi internazionali nei rapporti tra gli Stati membri.⁵⁶⁷ Nessuna priorità giuridica, in altre parole, doveva essere ad esso accordata rispetto a questi ultimi.⁵⁶⁸ Di tutta conseguenza, tale dottrina concludeva che la compatibilità degli accordi *inter se* con l'ordinamento comunitario non era posta in crisi *a priori* dal principio di leale collaborazione (attualmente espresso dall'art. 4, par. 3, TUE). La verifica del rispetto del diritto comunitario, compreso il principio di leale collaborazione, doveva piuttosto svolgersi alla luce delle circostanze del caso concreto e, dunque, tendenzialmente *ex post*.
231. Più in particolare, la liceità degli accordi internazionali conclusi tra gli Stati membri dal punto di vista del diritto comunitario implica il rispetto delle regole sul riparto delle competenze tra Unione e Stati membri stabilite ai Trattati e, più in generale, il rispetto di tutte le altre norme comunitarie da parte della disciplina sostanziale che su tali accordi si fonda. Verificata difatti l'*esistenza* (ex art. 2, par. 1 e 2, TFUE) della competenza statale, nello specifico caso concreto, il relativo esercizio tramite accordo appare perfettamente legittimo ai sensi del diritto dell'Unione, salvo che si accerti una violazione della disciplina

⁵⁶⁷ *Contra* cfr. **CONSTANTINESCO V.**, *Le clauses de «coopération renforcée». Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité* già cit. sub n. 133, p. 751 ss; **SHAW J.**, *Flexibility in "reorganized" and "simplified" Treaty*, p. 279-311, già cit sub n. 155; **KORTENBERG H.**, *Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam*, già cit. sub n. 133, a p. 845.

⁵⁶⁸ Così **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, p. 53 e 227; **BRIBOSIA H.**, *De la subsidiarité à la coopération renforcée*, già cit. sub n. 57; **DE WITTE B.**, *Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union*, già cit sub n. 6, a p. 57; **THYM D.**, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, già cit. sub n. 533; **ROSAS A.**, *The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States*, già cit. sub n. 533; **ZILLER J.**, *Flexibility in the Geographical Scope of EU Law: Diversity and Differentiation in the Application of substantive Law on Member States' Territories*, già cit. sub n. 533; **GRILLER S., DROUTSAS D.P., FLAKNER G., FORGO K., NENTWICH M.**, *The Treaty of Amsterdam. Facts, Analysis, Prospects*, già cit. sub n. 533.

comunitaria sul piano sostanziale. Il *primato* del diritto dell'Unione sui diritti nazionali degli Stati membri non distingue, infatti, il caso in cui la normativa nazionale incompatibile sia prodotta unilateralmente da un singolo Stato, rispetto al caso in cui essa sia il frutto della cooperazione realizzata con altri soggetti di diritto internazionale.⁵⁶⁹

232. Di conseguenza, le questioni principali cui si cercherà di dare risposta al fine di stabilire, in linea di principio, quando gli Stati membri possono legittimamente operare *extra muros*, avvalendosi di accordi internazionali che si ricollegano agli obiettivi ed alle politiche dell'Unione sono due: la prima concerne le condizioni alle quali gli Stati membri possono ritenersi dotati della competenza ad adottare siffatti accordi, quando la materia oggetto di disciplina ricada fra gli obiettivi dell'Unione contemplati dai Trattati; la seconda, invece, concerne le condizioni inerenti il rispetto della disciplina sostanziale di diritto UE cui tali accordi sono soggetti.⁵⁷⁰ Infine, si illustreranno

⁵⁶⁹ Pratica conferma dell'operatività, in questi termini, del principio del *primato* del diritto comunitario, si ritrova nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Cfr., ad esempio, la Sentenza della Corte del 12 dicembre 1972, *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*, cause riunite 21 a 24-72, in *Racc.* 1219; Sentenza della Corte del 27 settembre 1988, *Annunziata Mattenucci contro Communauté française de Belgique e Commissariat général aux relations internationales de la communauté française de Belgique*, già cit. sub n. 248; Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 21 gennaio 2010, *Commissione europea contro Repubblica federale di Germania*, causa C-546/07, in *Racc.* 439. Si veda, in particolare, la Sentenza della Corte (grande sezione) del 31 gennaio 2006, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna*, causa C-503/03, in *Racc.* 1097, in particolare i punti 33-35: «[p]er quanto riguarda il periodo anteriore all'inserimento dell'acquis di Schengen nell'ambito dell'Unione, tali rapporti erano disciplinati dall'art. 134 della CAAS, ai sensi del quale le disposizioni di quest'ultima erano applicabili solo nella misura in cui erano compatibili con il diritto comunitario. Questa norma è stata riprodotta dal protocollo di Schengen che, al terzo punto del suo preambolo, conferma che le disposizioni dell'acquis di Schengen sono applicabili solo se e nella misura in cui esse sono compatibili con il diritto dell'Unione e della Comunità. L'art. 1 del detto protocollo precisa che la cooperazione rafforzata nel settore dell'acquis di Schengen deve essere realizzata nell'ambito giuridico e istituzionale dell'Unione e nel rispetto dei Trattati. Tale disposizione è l'espressione particolare del principio sancito all'art. 43, primo comma, UE, secondo il quale una cooperazione rafforzata deve rispettare i detti Trattati e il quadro istituzionale dell'Unione nonché l'acquis comunitario. Ne consegue che la conformità di una prassi amministrativa alle disposizioni della CAAS permette di giustificare il comportamento delle autorità nazionali competenti solo a condizione che l'applicazione delle disposizioni di cui trattasi sia compatibile con le norme comunitarie che disciplinano la libera circolazione delle persone». Come condivisibilmente nota De Witte, la soluzione additata nell'ultimo caso, avrebbe potuto raggiungersi anche in assenza di una c.d. *disconnection clause* nel Trattato di Schengen (cfr. **DE WITTE B.**, *Using International Law in the Euro Crisis. Causes and Consequences*, già cit. sub n. 16, p. 13).

⁵⁷⁰ Come si è anticipato più sopra, in questa sede non costituirà oggetto di indagine la rilevante questione delle condizioni in base alle quali gli Stati membri possono legittimamente fare ricorso alle istituzioni comunitarie (siano esse giurisdizionali o non) in sede di implementazione delle previsioni dell'accordo internazionale

brevemente le conseguenze giuridiche sancite dal diritto dell'Unione per il caso in cui gli accordi internazionali conclusi tra gli Stati membri risultino incompatibili con il diritto comunitario, esponendo la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto.

(a) *La competenza degli Stati membri a concludere gli accordi inter se*

233. Il primo elemento da verificare, ai fini del controllo di liceità degli accordi internazionali conclusi tra gli Stati membri, è l'esistenza della relativa competenza. In primo luogo, dovrà ritenersi illecito per il diritto comunitario, in quanto posto in essere in violazione del riparto di competenze tra Unione e Stati membri, l'accordo internazionale che sia concluso dagli Stati membri nei settori di competenza esclusiva dell'Unione europea.⁵⁷¹ La verifica della sussistenza di una competenza esclusiva dell'UE, e così il controllo formale di compatibilità con l'ordinamento comunitario degli accordi sotto questo profilo, risulta attualmente agevolata dalla elencazione tassativa dei settori di competenza esclusiva, contenuta nell'art. 3 TFUE, così come modificato dal Trattato di Lisbona. Non si può escludere, in ogni caso, che apposita autorizzazione ad esercitare la competenza esclusiva sia conferita dall'Unione agli Stati membri, ai sensi dell'art. 2, par. 1, TFUE.⁵⁷²

234. La verifica di competenza, tuttavia, investe anche i settori di competenza concorrente e richiede di verificare che il loro esercizio

concluso *inter se*. Sulla questione, oggetto di intenso dibattito negli ultimi anni, si rinvia a più approfondita dottrina: cfr., in particolare **PEERS S.**, *Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework*, già cit. sub n. 29, p. 37–72; **CRAIG P.**, *Pringle and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and substance*, già cit. sub n. 29, p. 263–284; **MARTINICO G.**, *EU Crisis and Constitutional Mutations: A Review Article*, 2014, già cit. sub n. 29; **D'SA R.M.**, *The Legal and Constitutional Nature of the New International Treaties on Economic and Monetary Union from the Perspective of EU Law*, già cit. sub n. 29.

⁵⁷¹ Valido ed efficace resterà invece l'accordo sul piano del diritto internazionale. Cfr. l'art. 46 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati: «[i]l fatto che il consenso di uno Stato ad essere vincolato da un trattato sia stato espresso violando una disposizione del suo diritto interno concernente la competenza a concludere trattati, non può essere invocato da tale Stato per infirmare il proprio consenso, a meno che tale violazione non sia stata manifesta e non concerna una norma di importanza fondamentale del proprio diritto interno. 2. Una violazione è manifesta quando essa appaia obiettivamente evidente ad ogni Stato che si comporti, in materia, in base alla normale prassi ed in buona fede».

⁵⁷² Sul tema si rinvia alla lettura di **CREMONA M.**, *A Triple Braid – interactions between international law, EU law and private law*, già cit. sub n. 386.

da parte degli Stati membri tramite accordo internazionale non risulti *paralizzato* in conseguenza del previo esercizio da parte dell'Unione (c.d. regola di *pre-emption* o *previa occupazione di campo*, in italiano).⁵⁷³ Tale regola è stata codificata all'art. 2, par. 2, TFUE, il quale prevede che: «[q]uando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. Gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria. Gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria». Inoltre, l'articolo unico del Protocollo N. 25, allegato al Trattato di Lisbona, *Sull'esercizio delle competenze concorrenti*, stabilisce la regola dell'effetto specifico e delimitato della *pre-emption*, e cioè che: «[c]on riferimento all'articolo 2, paragrafo 2 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativo alla competenza concorrente, quando l'Unione agisce in un determinato settore, il campo di applicazione di questo esercizio di competenza copre unicamente gli elementi disciplinati dall'atto dell'Unione in questione e non copre pertanto l'intero settore».

235. In linea di principio, la dottrina esclude che gli enunciati criteri generali di valutazione della regola di *pre-emption* debbano essere interpretati in modo differente nel caso degli accordi *inter se*. In particolare, si esclude che essi debbano essere interpretati in modo più stringente rispetto all'interpretazione seguita nelle ipotesi di azione individuale degli Stati membri.⁵⁷⁴ Come ricorda De Witte, il

⁵⁷³ Sul concetto di *pre-emption* cfr. **CROSS E. D.**, *Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: a Framework for Analysis*, *Common Market Law Review*, 1992, p. 447-472; **SCHÜTZE R.**, *Supremacy without Pre-emption? The slowly emergent doctrine of Community Pre-emption*, *Common Market Law Review*, 2006, p. 1023-1048; **KALIMO H.**, *Reflections on the scope and pre-emptive effects of Community legislation - A case study on Directive 2002/95/EC Restrictions on Hazardous substances (RoHS)*, Jean Monnet Working Paper 6/03, New York University School of Law, 2003; **FURER A.**, *The Principle of Pre-emption in European Union Law*, in WINTER G. (eds.), *Sources and Categories of European Union Law*, Nomos, Baden Baden, 1996, p. 521 ss., il quale si sforza di prevedere una *pre-emption checklist*; **BERNARD N.**, *The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of subsidiarity*, *Common Market Law Review*, 1996, p. 633 ss; **VAN ROSSEM W.**, *Interaction between EU Law and International Law in the Light of Intertanko and Kadi: The Dilemma of Norms Binding the Member States but Not the Community*, *Netherlands Yearbook of International Law*, 2009, p. 183 ss; **WEILER J.H.H.**, *The Community system: The dual character of supranationalism*, già cit. sub n. 41; **LENAERTS K.**, *Le Juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'Ordre Juridique Européen*, Bruylant, 1988; **WEATHERILL S.**, *Beyond preemption? Shared competence and constitutional change in the European Community*, in O'KEEFFE D., TWOMEY P. (eds.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Wiley Chancery Law, 1994, p. 13-33.

⁵⁷⁴ In ordine agli *standard* applicativi, non sempre incontrovertiti, seguiti dalla Corte di giustizia UE, si rinvia alla seguente giurisprudenza: Sentenza della Corte (Terza

dubbio se fosse opportuno adottare degli *standard* di valutazione differenziati per i due casi si era posto al tempo della conclusione degli Accordi Schengen, che si temeva potessero dare luogo ad un sistema parallelo, esterno all'Unione, caratterizzato da gravi deficienze dal punto di vista della trasparenza e della protezione giurisdizionale.⁵⁷⁵ La questione ha successivamente perso d'importanza con l'incorporazione degli accordi in parola nel diritto comunitario.⁵⁷⁶ La riflessione, inoltre, presenta rilevanza tutto sommato relativa, giacché, come rileva altra parte della dottrina, la giurisprudenza della Corte di giustizia risulta generalmente piuttosto oscillante nell'applicazione del principio.⁵⁷⁷

236. Il rispetto della regola di *pre-emption* sembra assumere un significato particolare laddove l'accordo internazionale tra gli Stati membri coinvolga anche alcuni Stati terzi, e pertanto si collochi nel settore della c.d. azione esterna. Secondo la regola generale, fissata dall'art. 216, par. 1, TFUE, l'Unione è competente alla conclusione di

Sezione) del 13 settembre 2007, *Land Oberösterreich e Repubblica d' Austria contro Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite C-439/05 P e C-454/05 P, in *Racc.* 7141; Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 13 marzo 2014, *Octapharma France SAS contro Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) e Ministère des Affaires sociales et de la Santé*, Causa C-512/12; Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 20 settembre 1988, *Oberkreisdirektor des Kreises Borken e Vertreter des öffentlichen Interesses beim Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen contro Handelsonderneming Moormann BV*, Causa 190/87, in *Racc.* 4689; Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 16 maggio 1989, *R. Buet e Educational Business Services (EBS) SARL contro Pubblico ministero*, Causa 382/87, in *Racc.* 1235; Sentenza della Corte del 5 ottobre 2000, *Repubblica federale di Germania contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, già cit. sub n. 472, in particolare i p. 101-105; Sentenza della Corte del 10 dicembre 2002, *The Queen contro Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd*, già cit. sub n. 472, p. 74; Sentenza della Corte (grande sezione) del 12 dicembre 2006, *Repubblica federale di Germania contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, già cit. sub n. 472, p. 73-78; Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 25 marzo 2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH contro Troostwijk GmbH*, Causa C-71/02, in *Racc.* 3025; Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 25 aprile 2013, *Jyske Bank Gibraltar Ltd contro Administración del Estado*, Causa C-212/11.

⁵⁷⁵ Sui quali cfr. *supra* il Paragrafo 3.2.2.

⁵⁷⁶ Cfr. **DE WITTE B.**, *Chamaleontic Member States: Differentiation by Means of Partial and Parallel International Agreements*, già cit. sub n. 17, in particolare a p. 241. L'A. riconduce la questione all'esigenza di rispetto del principio di leale cooperazione, su cui ci si soffermerà più avanti nel corso del presente paragrafo.

⁵⁷⁷ Cfr. **SCHÜTZE R.**, *Supremacy without Pre-emption? The slowly emergent doctrine of Community Pre-emption*, già cit. sub n. 573; **TIMMERMANS C.**, *ECJ Doctrines on Competences*, già cit. sub n. 505.

accordi internazionali con uno o più Stati terzi od organizzazioni internazionali «qualora i Trattati lo prevedano o qualora la conclusione di un accordo sia necessaria per realizzare, nell'ambito delle politiche dell'Unione, uno degli obiettivi fissati dai trattati, o sia prevista in un atto giuridico vincolante dell'Unione, oppure possa incidere su norme comuni o alterarne la portata». Siffatta competenza deve inoltre qualificarsi come *esclusiva* in talune ipotesi particolari, individuate dall'art. 3, par. 2, TFUE. Con tale norma, il Trattato di Lisbona si è prefissato di codificare tre note dottrine elaborate dalla Corte di giustizia al fine di verificare la sussistenza della competenza esclusiva dell'Unione alla conclusione di accordi internazionali. Essa, in particolare, prevede la competenza alla conclusione di accordi internazionali sussisterà esclusivamente in capo all'Unione europea: «[...] allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata». ⁵⁷⁸ In questi casi, si precisa, la competenza esclusiva dell'Unione deve considerarsi affermata anche rispetto a quelle basi giuridiche per le quali gli Stati membri si siano premurati di prevedere espressamente che la competenza a stipulare dell'UE non è in grado in alcun modo di pregiudicare la loro competenza a concludere accordi internazionali. ⁵⁷⁹

237. L'ultima delle ipotesi elencate dall'art. 3, par. 2, TFUE, richiama la dottrina elaborata dalla Corte di giustizia nel caso *AETS* (cui pertanto si allude con l'espressione "*ERTA effect*" o "*effetto AETS*", in italiano). In proposito, la Corte ha argomentato l'esistenza di una competenza esclusiva dell'Unione alla conclusione degli accordi internazionali con Stati terzi che possano incidere su norme comuni o modificarne la portata, affermando che «qualora vengano adottate norme comunitarie per il raggiungimento degli scopi del Trattato, gli Stati membri non possono, fuori dall'ambito delle istituzioni comuni, assumere impegni atti ad incidere su dette norme o ad alterarne l'efficacia». ⁵⁸⁰ Tale regola, nota anche

⁵⁷⁸ Sulla questione cfr. **SCHÜTZE R.**, *Parallel External Powers in the European Community: from "Cubist" Perspectives towards "Naturalist" Constitutional Principles?*, Yearbook of European Law, 2004, p. 225 ss, **BRADLEY K.**, *Legislating in the European Union*, in BERNARD C., PEERS S., *European Union Law*, OUP, Oxford, 2014, p. 98- 139.

⁵⁷⁹ Cfr., ad esempio, la previsione all'art. 191, par. 4, TFUE, in materia ambientale.

⁵⁸⁰ Sentenza della Corte del 31 marzo 1971, *Commissione delle Comunità europee contro Consiglio delle Comunità europee*, già cit. sub n. 343. Cfr. in dottrina **CANNIZZARO E.**, *Unity and Pluralism in the EU's Foreign Relations Power*, in BARNARD C. (eds.), *The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, Oxford University Press, 2007, p. 206; **CANNIZZARO E.**, *On Some Recent Development in the Law of Community External Relations. Towards a Unitary Paradigm?*, in , in Festschrift en l'honneur de Roland Bieber, Nomos Verlag, 2007, p. 474 ss;

come principio del parallelismo tra competenze interne ed esterne, ha ricevuto ulteriore elaborazione da parte della successiva giurisprudenza della Corte.⁵⁸¹

238. Le competenze concorrenti il cui esercizio è precluso agli Stati membri per effetto della regola di *pre-emption* e le competenze esclusive

SCHÜTZE R., *Parallel External Powers in the European Community: from "Cubist" Perspectives towards "Naturalist" Constitutional Principles?*, già cit. sub n. 578; **BAUMÉ T.**, *Competence of the Community to Conclude the New Lugano Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters: Opinion 1/13 of 7 February 2006*, German Law Journal, 2006, p. 681-692.

⁵⁸¹ Cfr. in particolare il Parere della Corte del 19 marzo 1993, *Convenzione n. 170 dell'Organizzazione internazionale del lavoro in materia di sicurezza durante l'impiego delle sostanze chimiche sul lavoro*, Parere 2/91, in *Racc.* 1061, e la giurisprudenza ivi citata. In particolare, ai p. 7-9 della sentenza si richiamava come: «la Corte ha affermato in particolare nel citato parere n. 1/76, punto 3, la competenza ad assumere impegni internazionali non soltanto può essere attribuita direttamente dal Trattato, ma può altresì derivare implicitamente dalle sue disposizioni. [...] ogniqualvolta il diritto comunitario abbia attribuito alle istituzioni della Comunità determinati poteri sul piano interno, onde realizzare un certo obiettivo, la Comunità è competente ad assumere gli impegni internazionali necessari per raggiungere tale obiettivo, anche in mancanza di espresse disposizioni al riguardo. Nella sentenza 14 luglio 1976, cause riunite 3, 4 e 6/76, Kramer (*Racc.* pag. 1279, punto 20 della motivazione), la Corte aveva già rilevato che questa competenza poteva desumersi implicitamente, in particolare, da atti emanati, in forza delle disposizioni del Trattato o degli Atti di adesione, dalle istituzioni comunitarie. La natura esclusiva della competenza della Comunità è stata riconosciuta dalla Corte segnatamente con riferimento agli artt. 113 del Trattato (parere 1/75, citato, e sentenza 15 dicembre 1976, causa 41/76, *Donckerwolcke*, *Racc.* pag. 1921, punto 32 della motivazione) e 102 dell'Atto di adesione (sentenza 5 maggio 1981, causa 804/79, *Commissione/Regno Unito*, *Racc.* pag. 1045, punti 17 e 18 della motivazione). Secondo questa giurisprudenza detta competenza, che discende da una norma del Trattato, esclude una competenza degli Stati membri parallela a quella della Comunità, sia nell'ordinamento comunitario che in quello internazionale (v. il citato parere 1/75). La natura esclusiva o meno della competenza della Comunità non soltanto deriva dalle norme del Trattato, ma può anche dipendere dalla portata dei provvedimenti che le istituzioni comunitarie hanno emanato in applicazione di dette norme e che possono privare gli Stati membri di una competenza di cui precedentemente godevano a titolo transitorio. Come la Corte ha dichiarato nella cosiddetta sentenza «AETS» 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione/Consiglio* (*Racc.* pag. 263, punto 22 della motivazione), qualora vengano adottate norme comunitarie per il raggiungimento degli scopi del Trattato, gli Stati membri non possono, fuori dall'ambito delle istituzioni comuni, assumere impegni atti ad incidere su dette norme o ad alterarne l'efficacia». Per la dottrina si rinvia a **CORTESE B.**, *Sui rapporti tra regolamento Bruxelles I, sistemi nazionali e convenzione di Lugano nell'ottica delle relazioni esterne della Comunità*, *Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 605-647; **CONSTANTINESCO V.**, *Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Institutions et ordre juridique communautaire*, *Journal du droit international*, 1994, p.482-484; **AUVRET-FINCK J.**, *L'avis 2/91 relatif à la convention n° 170 de l'OIT*, *Cahiers de droit européen*, 1995, p.443-460; **NEUWAHL N. A.**, *Opinion delivered pursuant to the second subparagraph of Article 228(1) of the EEC Treaty; Opinion 2/91 of 19 March 1993 (Convention No. 170 of the International Labour Organization Concerning Safety in the Use of Chemicals at Work), not yet reported.*, *Common Market Law Review*, 1993, p. 1185 – 1195.

sorte in virtù del principio del parallelismo, se presentano degli evidenti punti di contatto in ordine alla logica sottesa, si accompagnano a notevoli differenze sul piano degli effetti. Il carattere esclusivo delle competenze che sorgono in applicazione del principio del parallelismo esclude, in primo luogo, l'operatività dell'art. 5 TUE, inerente i principi di sussidiarietà e proporzionalità. Sembra inoltre possibile ipotizzare che non operi, anche rispetto alle competenze esterne "rese" esclusive in virtù della regola del parallelismo, la possibilità di restituzione agli Stati membri, invece prevista per le competenze concorrenti dall'art. 2, par. 2, TUE. Allo stesso modo, di fronte alle oscillazioni in proposito espresse dalla giurisprudenza,⁵⁸² appare dubbia l'operatività del principio di *paziarietà* della regola di *pre-emption*, sancito dal Protocollo 25 sull'esercizio delle competenze concorrenti, rispetto alle competenze esterne dell'Unione.⁵⁸³ Più in generale, si sottolinea, il c.d. *effetto AETS* potrebbe essere in grado di determinare la competenza esterna esclusiva dell'Unione anche in difetto di una perfetta corrispondenza tra la base giuridica della disciplina interna incisa dall'accordo e quella su cui astrattamente l'accordo poggerebbe.⁵⁸⁴ Come è stato infatti condivisibilmente sottolineato da una parte della dottrina, la formulazione data dal Trattato di Lisbona all'art. 3, par. 2, TFUE

⁵⁸² Cfr. *infra* i riferimenti alla nota 587.

⁵⁸³ **TIMMERMANS C.**, *ECJ Doctrines on Competences*, già cit. sub n. 505. Come nota tuttavia l'A., in *Pringle* (cfr. Sentenza della Corte in seduta plenaria del 27 novembre 2012, *Thomas Pringle contro Gouvernement of Ireland, Ireland e The Attorney General*, già cit. sub n. 248, p. 100-101), la Corte di giustizia ha verificato l'operatività del principio del parallelismo con riferimento all'accordo MES, del quale parte erano soltanto Stati membri dell'Unione. La Corte, in proposito, ha affermato che: «*ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, TFUE, l'Unione ha «competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali allorché tale conclusione (...) può incidere su norme comuni o modificarne la portata» [...] Ne discende altresì che è vietato agli Stati membri concludere tra di loro un accordo che possa incidere su norme comuni o modificarne la portata*». Diversamente, l'Avvocato Generale Kokott, ai punti 98-99 della propria presa di posizione affermava che: «*l'articolo 3, paragrafo 2, TFUE, come emerge anche in relazione all'articolo 216 TFUE, disciplina soltanto la competenza esclusiva dell'Unione per gli accordi internazionali con Stati terzi e organizzazioni internazionali. In base alla norma in parola, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 1, TFUE, agli Stati membri è pertanto preclusa soltanto la conclusione di accordi siffatti con Stati terzi. Tuttavia solo Stati membri sono parti contraenti del Trattato MES. In un accordo come il Trattato MES non si può pertanto ravvisare a priori una violazione dell'articolo 3, paragrafo 2, TFUE [...]*» (cfr. Presa di Posizione dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentata il 26 ottobre 2012, nella Causa C-370/12).

⁵⁸⁴ Sulle differenze tra principio del parallelismo e regola di *pre-emption* cfr. **DE WITTE B.**, *Chameleon Member States: Differentiation by Means of Partial and Parallel International Agreements*, già cit. sub n. 17; **TIMMERMANS C.**, *ECJ Doctrines on Competences*, già cit. sub n. 505; **SCHÜTZE R.**, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 201 et seq.

sembrerebbe conferirgli una portata potenzialmente più incisiva rispetto alla *semplice* applicazione della regola del parallelismo, così come fissata dalla sentenza *AETS*. La norma, di conseguenza, attribuisce in capo all'Unione una competenza esterna (e si tratterà di una competenza esclusiva) anche laddove le *norme comuni* che possono essere incise dal programmato accordo internazionale non concernano esattamente la stessa materia oggetto dell'accordo.⁵⁸⁵ Su tale base è possibile affermare con una certa sicurezza che l'*effetto AETS* opera ogni qualvolta il progettato accordo internazionale, pur in assenza di un contrasto sostanziale con le regole comunitarie già adottate,⁵⁸⁶ abbia ad oggetto una materia già integralmente o in gran parte disciplinata dal diritto dell'Unione europea.⁵⁸⁷

⁵⁸⁵ Cfr. **CASOLARI F.**, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, Guiffrè, 2008, p. 234. In senso contrario, Mengozzi valorizza la pressochè coincidente formulazione dell'art. 3, par. 2 e dell'art. 216, par. 1, TFUE (cfr. **MENGOZZI P.**, *The Innovations brought about by the Lisbon Treaty to the European Union Treaty-Making Power Regime Resulting from the Case Law of the Court of Justice*, in BAUMÉ T., MEIJ A.W. H., *Today's multi-layered legal order: current issues and perspectives. Liber amicorum in honour of Arjen W. H. Meij*, Zutphen, Paris, 2011, p. 93 ss).

⁵⁸⁶ Cfr. Sentenza della Corte del 14 luglio 1976, *Cornelis Kramer ed altri*, Cause riunite 3, 4 e 6-76, in *Racc.* 1279 e Parere della Corte del 19 marzo 1993, Parere 2/91, già cit sub n. 581.

⁵⁸⁷ Cfr. Parere della Corte del 19 marzo 1993, *Convenzione n. 170 dell'Organizzazione internazionale del lavoro in materia di sicurezza durante l'impiego delle sostanze chimiche sul lavoro*, Parere 2/91, già cit sub n. 581, p. 25 e 26 e Sentenza della Corte del 5 novembre 2002, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Danimarca*, Causa C-467/98, in *Racc.* 9519, p. 62. L'orientamento, infatti, sembrava essere stato contraddetto dalla pronuncia della Corte nel Parere 1/03 del 7 febbraio 2006, Competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, già cit. sub n. 344, ai p. 126-128 e 133, ove in particolare si affermava che: «non è necessario che sussista una concordanza completa tra il settore disciplinato dall'accordo internazionale e quello della normativa comunitaria. Qualora occorra determinare se il criterio indicato dalla formula «di un settore già in gran parte disciplinato da norme comunitarie» (parere 2/91, cit., punti 25 e 26) sia soddisfatto, l'analisi deve basarsi non solo sulla portata delle disposizioni in questione, ma anche sulla natura e sul contenuto delle stesse. Occorre inoltre prendere in considerazione non soltanto lo stato attuale del diritto comunitario nel settore interessato, ma anche le sue prospettive di evoluzione, qualora esse siano prevedibili al momento di tale analisi [...] La necessità di prendere in considerazione non solo l'ampiezza del settore disciplinato, ma anche la natura e il contenuto delle disposizioni comunitarie è espressa anche nella giurisprudenza della Corte [...] secondo cui la natura delle prescrizioni minime contenute sia nelle disposizioni comunitarie sia in quelle dell'accordo internazionale può portare alla conclusione della mancanza di incidenza, anche se le disposizioni comunitarie e quelle dell'accordo disciplinano lo stesso settore. In definitiva, è essenziale garantire un'applicazione uniforme e coerente delle disposizioni comunitarie ed un corretto funzionamento del sistema che esse istituiscono al fine di preservare la piena efficacia del diritto comunitario». Tali più stringenti criteri sono stati recentemente richiamati dalla Corte nel *Parere 1/13* (cfr. Parere della

239. Un problema del tutto particolare concerne il modo di operare della regola di *pre-emption* interna e del principio del parallelismo, qualora il previo esercizio delle competenze comunitarie da parte dell'Unione sia avvenuto avvalendosi dell'istituto della cooperazione rafforzata. In proposito, si rinvia *infra* alla Sezione 3.4, per l'esame dei rapporti che possono intercorrere tra la disciplina comunitaria differenziata (*differenziazione in senso stretto*) e gli accordi internazionali conclusi tra gli Stati membri (*differenziazione in senso ampio*); di particolare interesse sembra essere la questione se tali rapporti si pongano diversamente a seconda che gli accordi internazionali conclusi tra gli Stati membri siano riconducibili al settore dell'azione esterna dell'Unione.

240. L'individuazione di una competenza esclusiva dell'Unione a concludere uno specifico accordo internazionale, a norma dell'art. 3, par. 2, TFUE, ha l'effetto di porre fuori campo *ogni* competenza degli Stati membri in proposito. Questo prescinde dalla pratica incompatibilità con il diritto comunitario della disciplina materiale che costoro hanno in programma di adottare. Le istituzioni comunitarie possono assicurarsi che *l'effetto AETS* si produca immediatamente, alla stessa entrata in vigore di una nuova normativa comune, anche laddove questa non detti una disciplina esaustiva della materia, indicando al suo interno il trattamento che si prevede di riservare nei rapporti con gli Stati terzi ovvero chiarendo la competenza comunitaria esclusiva alla negoziazione ed alla conclusione di accordi con loro.⁵⁸⁸ Con riferimento, invece, al caso in cui si abbia una competenza comunitaria solo sopravvenuta, ossia nel caso in cui l'adozione degli atti di diritto comune si collochi in un momento posteriore rispetto all'adozione di un accordo internazionale degli Stati membri, la soluzione sembra ravvisabile nello stesso *Parere 1/76* della Corte di giustizia, ove si è affermato che: «[a]nche qualora i

Corte (Grande Sezione) del 14 ottobre 2014, Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori - Adesione di Stati terzi - Regolamento (CE) n. 2201/2003, già cit. sub n. 344, p. 71-74), anche se nel caso di specie poche parole sono state spese dalla Corte in ordine all'esame della predicata necessità di riscontrare una concreta incisione delle norme comunitarie (cfr. in particolare i p. 84 e ss. del Parere). In dottrina, inoltre, vi è stato anche chi ha riferito le peculiarità della valutazione dell'*effetto ERTA* richiamate nel caso della Convenzione di Lugano (Parere 1/03, già cit. già cit. sub n. 344) alle particolarità del caso concreto, vertente sulla materia della cooperazione giudiziaria civile (**MIGNOLLI A.**, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, Jovene, Napoli, 2009, p. 66-68, così la stessa A. anche in *Commento all'art. 216 TFUE*, in TIZZANO A., *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, già cit. sub n. 375, p. 1174).

⁵⁸⁸ Cfr. Sentenza della Corte del 5 novembre 2002, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Danimarca*, Causa C-467/98, già cit. sub n. 587, p. 83-84.

*provvedimenti comunitari di carattere interno vengano adottati solo in occasione della stipulazione e dell'attuazione dell'accordo internazionale [...] la competenza ad impegnare la Comunità nei confronti degli Stati terzi deriva comunque, implicitamente, dalle disposizioni del trattato relative alla competenza interna, nella misura in cui la partecipazione della Comunità all'accordo internazionale sia, come nel caso in esame, necessaria alla realizzazione di uno degli obiettivi della Comunità».*⁵⁸⁹ Come condivisibilmente evidenziato in dottrina da Cannizzaro, tuttavia, sarebbe «irragionevole [...] ritenere che tale competenza possa avere carattere esclusivo» giacché «[q]ualora non vi fossero le condizioni politiche per l'azione dell'Unione [...] gli Stati membri verrebbero perpetuamente paralizzati nella loro azione esterna. Difatti, la Corte di giustizia ha qualificato tale competenza come concorrente», senonché l'effetto di *pre-emption* in senso proprio potrà scattare per costoro solo una volta che l'UE abbia fatto esercizio della propria competenza esterna, a norma dell'art. 2 TFUE.⁵⁹⁰

241. Infine, laddove la risoluzione della questione di competenza risulti particolarmente difficile, la prassi degli Stati membri appare tendenzialmente orientata verso l'adozione di accordi internazionali c.d. *misti*, ossia di accordi di cui fanno parte sia l'Unione sia tutti (c.d. *accordi misti completo*) o una parte soltanto degli Stati membri (c.d. *accordi misti incompleti*).⁵⁹¹ In conclusione, si ritiene possibile affermare che, per quanto concerne la prima questione da risolversi ai fini della verifica di liceità comunitaria degli accordi internazionali tra gli Stati membri, tali accordi non violano i principi comunitari sul riparto di

⁵⁸⁹ Parere della Corte del 26 aprile 1977, *Accordo relativo all'istituzione di un Fondo europeo d'immobilizzazione della navigazione interna*, Parere 1/76, in *Racc.* 741, p. 4.

⁵⁹⁰ Cfr. **CANNIZZARO E.**, *Diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 387.

⁵⁹¹ Sul tema degli accordi misti si rinvia a più ampia dottrina. Cfr. **EECKHOUT P.**, *External Relations of the EU*, Oxford University Press, 2011, p. 195-211; **ROSAS A.**, *The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States*, già cit. sub n. 533; **AMADEO S.**, *Unione Europea e treaty-making power*, Giuffrè, Milano, 2005; **ROSAS A.**, *The Future of Mixity*, in HILLION C., KOUTRAKOS P. (eds.), *Mixed Agreements Revisited: the EU and its Member States in the World*, Hart Publishing, 2010, p. 367-371; **NEUWAHL N.**, *Joint Participation in International Treaties and the Exercise of Power by the EEC and its Member States: Mixed Agreements*, *Common Market Law Review*, 1991, p. 717-740; **HILLION C.**, *Mixity and coherence in EU external relations: the significance of the duty of cooperation*, Centre for the Law of EU External Relations (CLEER), 2009, consultabile presso: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/224390/evidence-christophe-hillion-duty-of-cooperation.pdf; **CREMONA M.**, *External Relations and external competence: the Emergence of an Integrated Policy*, in CRAIG P., DE BÚRCA G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, p. 173 e ss.)

competenze tra Unione e Stati membri ogniqualevolta non ricadono in uno dei settori di competenza esclusiva dell'Unione, elencati tassativamente dall'art. 3 TFUE, e, al contempo, non investono alcuna delle materie in cui vi sia già stata un'occupazione di campo (*pre-emption*) ad opera del legislatore comunitario, in base alle pertinenti disposizioni dei Trattati (artt. 2, par. 2, e 3, par. 2, TFUE).

242. La questione di competenza deve tenersi distinta dalla questione della compatibilità della disciplina sostanziale dell'accordo col diritto comunitario.⁵⁹² Tale distinzione è di importante rilievo. Tuttavia, la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia sembra talora porla in secondo piano.⁵⁹³

(b) La compatibilità degli accordi inter se con il diritto comunitario

243. Una volta risolta positivamente la questione di competenza e del suo esercizio, la compatibilità con il diritto UE degli accordi internazionali *inter se* dipenderà dal rispetto della disciplina sostanziale comunitaria. Di conseguenza, occorrerà verificare che la regolamentazione di interessi concretamente posta in essere dal singolo accordo rispetti i principi generali del diritto dell'Unione, i Trattati e la normativa adottata sulla loro base dalle istituzioni comunitarie. In proposito, si ricorda come la Corte di giustizia abbia

⁵⁹² Cfr. **TIMMERMANS C.**, *ECJ Doctrines on Competences*, già cit. sub n. 505. Cfr. anche **WAELEBROECK M.**, *The emergent doctrine of Community pre-emption – Consent and redelegation*, in SANDALOW T., STEIN E., *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, Volume II, Oxford University Press, 1982, p. 548–580, cfr in particolare p. 551. Cfr. anche **SCHÜTZE R.**, *Supremacy without Pre-emption? The slowly emergent doctrine of Community Pre-emption*, già cit. sub n. 573, ove si afferma che «pre-emption and supremacy thus represent “two sides of the same coin”. [...] They are like Siamese twins: different though inseparable»; l'A. richiama in proposito **KRISLOV S.**, **EHLERMANN C.D.**, **WEILER J.H.H.**, *The political organs and the decision-making process in the United States and the European Community*, in CAPPELLETTI M., SECCOMBE M., WEILER J. H.H. (Eds.), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, de Gruyter, 1986, p. 3–112, in particolare a p. 90.

⁵⁹³ Cfr. sul punto **TIMMERMANS C.**, *ECJ Doctrines on Competences*, già cit. sub n. 505, che imputa tale effetto alla tendenza della Corte di giustizia a dare applicazione cumulativa alle varie dottrine di interpretazione della nozione di *pre-emption*. L'A. fa riferimento alla Sentenza della Corte del 13 dicembre 1983, *Apple and Pear Development Council contro K.J. Lewis Ltd e altri*, Causa 222/82, in *Racc.* 4083, p. 12, 23, 31; Sentenza della Corte del 4 febbraio 1988, *Commissione delle Comunità europee contro Regno del Belgio*, in *Racc.* 693; Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 27 novembre 1997, *Danisco Sugar AB contro Allmänna ombudet*, Causa C-27/96, in *Racc.* 6653; e Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 26 maggio 2005, *A. H. Kuipers contro Productschap Zuivel*, Causa C-283/03, in *Racc.* 4255, p. 49.

definitivamente confermato che i diritti riconosciuti agli individui dalla disciplina comunitaria, tanto da quella primaria quanto da quella derivata, abbiano carattere “*assoluto*”, termine da intendersi specificamente nel senso che gli Stati membri non possono farne dipendere l’osservanza dal contenuto di un trattato internazionale.⁵⁹⁴ Con particolare riferimento al rispetto del diritto primario, l’esigenza di sostanziale compatibilità con le norme in esso previste si ricollega anche alla necessità che gli Stati membri applichino rigorosamente le procedure appositamente previste dal diritto comunitario per la revisione dei Trattati, in modo da escludere inaccettabili modifiche *inter se*.⁵⁹⁵

(i) *In particolare: la compatibilità con il principio di leale collaborazione*

244. Tra le ipotesi di illiceità sostanziale rilevanti, risulta senz’altro ricompresa la violazione dei principi generali che governano la partecipazione degli Stati membri al consorzio europeo, tra i quali spicca il principio di leale cooperazione, espresso dall’art. 4, par. 3, TUE (ex art. 5 CEE).⁵⁹⁶ Secondo la norma citata: «[i]n virtù del principio di leale cooperazione, l’Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell’adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare

⁵⁹⁴ Cfr. Sentenza della Corte del 28 gennaio 1986, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese*, Causa 270/83, in *Racc.* 273, p. 26 e Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 4 ottobre 2001, *Athinaïkí Zytropoïia AE contro Elliniko Dimosio*, Causa C-294/99, in *Racc.* 6797, p. 32.

⁵⁹⁵ Invero, tale questione si pone solamente per gli accordi *inter se* c.d. *paralleli*, ossia per gli accordi internazionali conclusi fra tutti gli Stati membri dell’Unione. Difatti, anche ai sensi della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, e così per diritto internazionale generale, la modifica dei trattati multilaterali soltanto nei rapporti fra alcune delle loro parti risulta possibile unicamente se prevista o comunque non vietata dallo stesso trattato multilaterale (art. 41 CVdT).

⁵⁹⁶ Un’ulteriore questione che si è posta ai fini della verifica della compatibilità degli accordi *inter se* con i principi generali del diritto UE è quella delle condizioni secondo le quali debba trovare applicazione il principio di non discriminazione in base alla nazionalità. Il problema sembrerebbe emergere per quegli accordi *inter se* con i quali gli Stati membri assicurano benefici reciproci limitati ai propri cittadini o residenti, come nel caso *Matteucci* deciso dalla Corte di giustizia (cfr. Sentenza della Corte del 27 settembre 1988, *Annunziata Matteucci contro Communauté française de Belgique e Commissariat général aux relations internationales de la communauté française de Belgique*, già cit. sub n. 248, p. 17-23). Cfr. **DE WITTE B.**, *Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union*, già cit sub n. 6, a p. 48. La stessa soluzione sembra appoggiata anche in **SCHÜTZE R.**, *EC Law and International Agreements of the Member States-An Ambivalent Relationship?*, già cit. sub n. 5; **TIETJE C.**, *Die Meistbegünstigungsverpflichtung im Gemeinschaftsrecht*, *Europarecht*, 1995, p. 398 ss.

*l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione».*⁵⁹⁷ Il dovere di leale cooperazione assume un significato particolare con riferimento agli atti di diritto internazionali posti in essere dagli Stati membri; esso infatti assume un ruolo importante ai fini della preservazione dell'unità della rappresentanza esterna dell'Unione.

245. In particolare, nel contesto della menzionata sentenza *AETS*, la Corte di giustizia ha interpretato il dovere di leale cooperazione come opponentesi all'eventualità che gli Stati membri esercitino le proprie competenze esterne quando ciò comporti il rischio di incidere sulle norme comuni o di alterarne l'efficacia.⁵⁹⁸ Tale obbligo è stato successivamente esteso fino a ricomprendere anche la presentazione della posizione nazionale di uno Stato membro all'interno di un'organizzazione internazionale, ove ciò comporti l'assunzione di impegni atti ad incidere su norme comunitarie adottate per raggiungere gli scopi del Trattato, a prescindere dal fatto che l'Unione sia o meno parte dell'organizzazione internazionale in questione.⁵⁹⁹ Nel contesto dell'azione esterna, in particolare, la giurisprudenza della Corte tende ad individuare il momento a partire dal quale il dovere di leale cooperazione preclude l'azione unilaterale degli Stati membri nell'adozione del mandato alla Commissione a negoziare un accordo in nome dell'Unione.⁶⁰⁰

⁵⁹⁷ Per una panoramica in ordine agli aspetti sostanziali e procedurali del principio di leale cooperazione si rinvia a più ampia dottrina. Cfr. in proposito **VAN ELSUWEGE P.**, *The duty of sincere cooperation (Art. 4 (3) TEU) and its implications for the national interest of EU Member States in the field of external relations*, relazione presentata alla UACES 45th Annual Conference, Bilbao 7-9 settembre 2015, consultabile presso: http://www.uaces.org/events/conferences/bilbao/papers/abstract.php?paper_id=364#.WHcmSVPhDIV.

⁵⁹⁸ Cfr. la già richiamata Sentenza della Corte del 31 marzo 1971, *Commissione delle Comunità europee contro Consiglio delle Comunità europee*, già cit. sub n. 343, p. 22.

⁵⁹⁹ Cfr. Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 12 febbraio 2009, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica ellenica*, Causa C-45/07, in *Racc.* 701, p. 29. Ove invece l'Unione sia parte a sua volta dell'organizzazione internazionale o dell'accordo oggetto di scrutinio, gli Stati membri dovranno astenersi dall'adozione di proposte incompatibili con la strategia comune concordata a livello comunitario. Cfr. sul punto la Sentenza della Corte (grande sezione) del 20 aprile 2010, *Commissione europea contro Regno di Svezia*, Causa C-246/07, in *Racc.* 3317, p. 104.

⁶⁰⁰ Cfr. Sentenza della Corte del 2 giugno 2005, *Commissione delle Comunità Europee contro Lussemburgo*, Causa C-266/03, in *Racc.* 4805. In proposito, Van Elsuwege

246. La questione del rispetto di tale principio sembra assumere particolare rilievo nei casi di esercizio collettivo delle competenze concorrenti attraverso lo strumento dei c.d. *accordi paralleli*, conclusi tra tutti gli Stati membri.⁶⁰¹ È stato infatti evidenziato in dottrina come in queste ipotesi vi sia il rischio che gli Stati membri, agendo collettivamente al di fuori dell'Unione, vadano ad incidere sulle competenze non esclusive che essa non abbia ancora esercitato, rendendole superflue o ridondanti, ovvero finiscano per impedirle di esercitare le competenze che si rivelino necessarie per il perseguimento degli obiettivi comunitari, ai sensi dell'art. 352 TFUE.⁶⁰² In realtà anche l'adozione di semplici accordi internazionali *parziali* appare potenzialmente in grado di intaccare il principio in discorso, specie nei casi in cui il numero di Stati membri partecipanti all'accordo risulti particolarmente elevato o identifichi altrimenti la totalità degli Stati che partecipino ad una determinata area del progetto d'integrazione.⁶⁰³

247. L'importante questione del rispetto da parte degli accordi *inter se* del principio di leale collaborazione non è ancora stata affrontata compiutamente nella giurisprudenza della Corte di giustizia. In passato, la Corte ha omesso di affrontare la questione, pur avendone l'opportunità, nell'ambito delle note sentenze riguardanti i casi

conclude che: «[h]ence, despite the conceptual differences between the application of the duty of cooperation in areas of shared or exclusive competence, a comparison of the IMO and PFOS cases seems to indicate that the practical effects are the same. Unilateral external action by the Member States is precluded in order to preserve the unity of the EU's external representation in both cases. [...] Accordingly, the decisive criterion to decide on the concrete implications of the loyalty principle for the scope of autonomous Member States action is not so much the nature of the EU competence at stake⁴¹ but, rather, the impact of Member State action on the consistency and coherence of the EU's external actions» (cfr. **VAN ELSUWEGE P.**, *The duty of sincere cooperation (Art. 4 (3) TEU) and its implications for the national interest of EU Member States in the field of external relations*, già cit. sub n. 597, p. 8.

⁶⁰¹ Cfr. *supra* il Paragrafo 3.2.1.

⁶⁰² Cfr. **DE GREGORIO MERINO A.**, *Institutional Aspects of Variable Geometry. Special Consideration of the Intergovernmental Method*, già cit. sub n. 16; si nota, in ogni caso, come la previsione di apposita procedura per l'esercizio delle competenze c.d. *implicite* all'Art. 352 TFUE non integri una vera e propria base giuridica per l'esercizio delle competenze comunitarie. Analogamente sembra esprimersi **PEERS S.**, *Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework*, già cit. sub n. 29, p. 37-72

⁶⁰³ Così in *Pringle*, già cit. sub n. 248, si poneva il caso di un accordo concluso tra tutti gli Stati membri dell'Eurozona. Per l'esame della compatibilità sostanziale dell'Accordo TUB con il diritto comunitario, con particolare riferimento al rispetto del principio dell'autonomia del diritto UE, si rinvia *infra* all'analisi sviluppata al Capitolo 4.

Bangladesh e *Lomé*, relative a due ipotesi di accordi *paralleli* tra Stati membri.⁶⁰⁴ Al contrario, essa ha assunto una significativa presa di posizione nella sentenza *Pringle* del 2012.⁶⁰⁵

La pronuncia faceva riferimento ad un caso di *accordo parziale*, e cioè al già richiamato Trattato che istituisce un Meccanismo di Stabilità Europeo (MES), concluso nel 2011 fra tutti i 17 Stati membri dell'Eurozona, nel contesto delle misure di emergenza per la gestione della crisi dei relativi debiti pubblici. Nella pronuncia in commento la Corte non si è limitata a verificare la sussistenza della competenza degli Stati membri, ma ha anche dichiarato la necessità di valutare l'incidenza che l'accordo presentava sul futuro esercizio delle competenze non esclusive dell'Unione, quali il potere di concedere assistenza finanziaria e di adottare misure di coordinamento economico (artt. 121, 122, par. 2; e 126 TFUE).⁶⁰⁶ La Corte, tuttavia, ha ommesso di fornire qualsiasi precisazione in ordine alle linee direttrici che informano il controllo giurisdizionale del rispetto del principio in tale ipotesi.

248. A riguardo, potrebbe prospettarsi un'interpretazione simile a quella adottata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, nella famosa pronuncia *US Steel*, relativa all'esercizio della c.d. *compact clause* da parte degli Stati federati.⁶⁰⁷ La *compact clause*, che si è già introdotta al Paragrafo 3.2.1, è una norma contenuta nell'articolo 1 della Costituzione degli Stati Uniti. Essa prevede, in via generale, che gli Stati federati debbano conseguire un'apposita autorizzazione dal Congresso ogni qualvolta vogliono procedere alla conclusione di accordi internazionali tra loro.⁶⁰⁸ Nel corso degli anni, la

⁶⁰⁴ La questione sarà esaminata più approfonditamente *infra* al Paragrafo 4.1(b).

⁶⁰⁵ Cfr. Sentenza della Corte in seduta plenaria del 27 novembre 2012, *Thomas Pringle contro Government of Ireland, Ireland e The Attorney General*, già cit. sub n. 248.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 108-123; la notazione è di **DE GREGORIO MERINO A.**, *Institutional Aspects of Variable Geometry. Special Consideration of the Intergovernmental Method*, già cit. sub n. 16. In questo senso, l'Autore afferma che in *Pringle* la Corte di giustizia avrebbe affermato il principio per cui «*ancillary intergovernmental arrangements cannot be destructive for the competences of the Union: they must instead reinforce the Union's action in a particular field*»; ciò significa, nelle parole dell'autore che: «*the relationship between the intergovernmental world and the Union's legal order must be instrumental or mutually supportive*».

⁶⁰⁷ Cfr. *United States Steel Corp. v. Multistate Tax Comm.*, 434 U.S. 452 (1978), consultabile presso: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/434/452/>.

⁶⁰⁸ Cfr. Articolo 1, sezione 10, terza clausola della Costituzione USA, che recita: «*[n]o State shall, without the consent of Congress [...] enter into any Agreement or Compact with another States*».

giurisprudenza della Corte Suprema ha tuttavia sviluppato un'interpretazione particolarmente restrittiva dell'ambito di applicazione della clausola, arrivando ad ammettere, come regola generale, la possibilità per Stati federati di concludere tra loro accordi internazionali nei settori di propria competenza (c.d. *compacts*).

249. Nella causa *Hampshire v. Maine*, la Corte Suprema aveva individuato il limite di tale generosa interpretazione nel rispetto della supremazia federale, affermando che: «*the application of the Compact Clause is limited to agreements that are directed to the formation of any combination tending to the increase of political power in the States, which may encroach upon or interfere with the just supremacy of the United States*». ⁶⁰⁹ Successivamente, nella sopracitata sentenza *Steel*, la Corte ha provveduto a dettagliare ulteriormente siffatto limite, illustrando i criteri applicabili nella verifica della loro compatibilità. Rigettando le censure mosse dagli appellanti avverso il Multistate Tax Compact, la Corte ha infatti affermato: «[...] *the test is whether the Compact enhances state power quoad the National Government. This pact does not purport to authorize the member States to exercise any powers they could not exercise in its absence. Nor is there any delegation of sovereign power to the Commission; each State retains complete freedom to adopt or reject the rules and regulations of the Commission. Moreover, as noted above, each State is free to withdraw at any time*». ⁶¹⁰

250. La *compact clause* è stata recentemente indicata in dottrina quale disposizione a cui fare riferimento, in un'ottica comparatistica, al fine di orientare l'interpretazione e l'applicazione della disciplina data dai Trattati UE all'istituto della cooperazione rafforzata. ⁶¹¹ Tale concezione, tuttavia, appare criticabile, per diverse ragioni. Innanzitutto, essa non valorizza correttamente la natura pienamente comunitaria dello strumento della cooperazione rafforzata, sulla quale ci si soffermerà più approfonditamente nella Sezione 3.4. ⁶¹² In secondo luogo, l'impiego della giurisprudenza statunitense sulla

⁶⁰⁹ Cfr. *New Hampshire v. Maine*, 26 U.S. 363 (1976), consultabile presso: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/426/363/case.html>.

⁶¹⁰ Cfr. *United States Steel Corp. v. Multistate Tax Comm*, già cit. p. 434 U. S. 472-473.

⁶¹¹ Si tratta della tesi sostenuta da Fabbrini in **FABBRINI F.**, *Enhanced Cooperation under Scrutiny: Revisiting the Law and Practice of Multi-Speed Integration in Light of the First Involvement of the EU Judiciary*, già cit. sub n. 152; **FABBRINI F.**, *The Enhanced Cooperation Procedure: a Study in Multispeed Integration*, Centro Studi sul Federalismo, 2012.

⁶¹² Cfr. la Sezione 3.4 *infra*.

compact clause nell'interpretazione dei concetti appartenenti all'ordinamento comunitario trova evidentemente un limite nel fatto che a quest'ultimo non può riconoscersi natura federale.⁶¹³

Alla luce di queste considerazioni, si ritiene che il *test* formulato dalla Corte Suprema USA in *Steel* potrebbe risultare di ispirazione, semmai, ai fini del controllo giurisdizionale del rispetto del principio di leale collaborazione ex art. 4, par. 3, TUE da parte degli accordi conclusi *inter se* dagli Stati membri. Tale conclusione, del resto, sembra trovare conferma nella richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia sul rispetto del principio nel contesto dell'azione esterna, e così con riferimento alla regola del *parallelismo* ed alle azioni e posizioni assunte dagli Stati membri nel contesto delle organizzazioni internazionali di cui siano parte.⁶¹⁴

251. In questo contesto va anche detto, inoltre, che la dimostrazione della violazione del principio di leale cooperazione da parte degli Stati membri richiede verosimilmente la positiva dimostrazione della volontà degli Stati membri di *eludere* le procedure e le garanzie comunitarie, o quantomeno la consapevole violazione del loro dovere di leale cooperazione, interpretato in termini di *best efforts obligation* da parte della dottrina.⁶¹⁵ Difatti, la chiara lettera dell'art. 2, par. 2, seconda frase, TFUE, afferma che in materia di competenze concorrenti: «[g]li Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria». Inoltre, l'articolo 5 TUE colloca il principio di sussidiarietà e proporzionalità ad informare positivamente l'esercizio delle competenze non esclusive da parte dell'Unione, esprimendo un netto *favor* verso l'azione autonoma degli Stati membri. Tali elementi, si ritiene, devono essere necessariamente presi in considerazione affinché la dimostrazione della violazione del principio di leale collaborazione mediante la conclusione di accordi *inter se* non si trasformi in uno scivoloso esercizio di *interpretatio contra stipulatorem*.⁶¹⁶

⁶¹³ Cfr. *supra* il Capitolo 2.

⁶¹⁴ Cfr. *supra*, la giurisprudenza richiamata, nonché le Conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Poiares Maduro, del 1 ottobre 2009, nella già menzionata causa C-246/07, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Svezia*.

⁶¹⁵ Così VAN ELSUWEGE P., *The duty of sincere cooperation (Art. 4 (3) TEU) and its implications for the national interest of EU Member States in the field of external relations*, già cit. sub n. 597, a p. 19, il quale argomenta sulla base della già citata sentenza *Commissione contro Lussemburgo*, causa C-266/03, p. 60 e della *Sentenza del 14 luglio 2005, Commissione contro Germania*, Causa C-433/03, in *Racc.* 6985, p. 66.

⁶¹⁶ Nondimeno, questa sembra la base dell'argomentare di alcuni dei sostenitori della teoria della c.d. priorità giuridica della cooperazione rafforzata sugli strumenti

(ii) *Segue: il principio di autonomia dell'ordinamento*

252. Collegato al principio di leale collaborazione, è inoltre il principio di autonomia del diritto dell'Unione europea, che gli Stati membri devono osservare, tra l'altro, anche nella conclusione di accordi internazionali. Tale principio, soggetto a controllo giurisdizionale autonomo rispetto alla verifica dell'osservanza del principio di leale collaborazione, è stato riconosciuto come avente rilevanza costituzionale (*rectius* essenziale) dalla Corte di giustizia. Secondo la Corte, la tutela dell'autonomia dell'Unione avviene innanzitutto per il tramite del sistema giurisdizionale *autonomo* comunitario, il quale comprende sia la Corte di giustizia, sia i giudici nazionali degli Stati membri (in quanto *giudici decentrati di diritto comune*) e risulta fondato sui due *pilastri* del rinvio pregiudiziale e dell'azione di annullamento. Il sistema giurisdizionale autonomo, in questo senso, costituisce a sua volta componente *costituzionale* dell'ordinamento comunitario. Come vedremo nella Sezione 4.2, che avrà ad oggetto specificamente questo tema, questa giurisprudenza, nei tempi più recenti, ha trovato specifico sviluppo con riferimento agli accordi *internazionali* degli Stati membri che istituiscono organi giurisdizionali internazionali. Lo stesso Parere 1/09, relativo all'istituzione di un Tribunale internazionale sul brevetto, si è a lungo soffermato sulla questione.

(c) *L'illiceità degli accordi internazionali conclusi dagli Stati membri in violazione del diritto dell'Unione.*

253. Esposte riassuntivamente le condizioni di compatibilità con il diritto dell'Unione europea alle quali risulta subordinata la liceità degli accordi internazionali degli Stati membri, compresa quella degli accordi da essi conclusi *inter se*, si dedica ora un ultimo paragrafo alle conseguenze giuridiche che l'eventuale accertamento dell'illiceità di un accordo comporta per gli Stati membri che ne sono parte.

254. In proposito, occorre innanzitutto rammentare che gli accordi internazionali conclusi dagli (e tra gli) Stati membri non sono riconducibili al sistema delle fonti del diritto dell'Unione europea. Essi, infatti, in ragione delle peculiarità che connotano l'ordinamento giuridico dell'Unione, e di cui si è già discusso ampiamente più sopra,⁶¹⁷ oltre che essere, prima di tutto, atti di diritto internazionale,

intergovernativi. Cfr. *supra* il Paragrafo 3.2.2, con riferimento alla dottrina a commento della sentenza *Pringle*. Anche questa riflessione è presente nel pensiero di De Witte; cfr. **DE WITTE B.**, *Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union*, già cit sub n. 6, p. 52 e ss.

⁶¹⁷ Cfr. *supra* il Capitolo 2.

producono effetti essenzialmente negli ordinamenti nazionali degli Stati che li hanno conclusi e che vi hanno dato esecuzione, mentre non possono essere annoverati fra gli atti di diritto dell'Unione.⁶¹⁸

Una rilevante conseguenza di questo assetto è che tali accordi, ove incompatibili con il diritto dell'Unione, non ricadono nell'ambito degli atti soggetti all'interpretazione o al sindacato di annullamento della Corte di giustizia. Questo discende direttamente dalle pertinenti disposizioni del Trattato, e cioè dagli artt. 263 e 267 TFUE, come confermato espressamente dalla giurisprudenza della Corte.⁶¹⁹

255. Del resto, l'incompatibilità degli accordi degli Stati membri con il diritto UE non produce nessuna conseguenza in ordine alla loro qualificazione come atti leciti o illeciti nell'ordinamento internazionale. Il diritto internazionale generale, infatti, non ricollega alcuna sanzione di invalidità agli accordi internazionali conclusi in violazione di precedenti accordi, Trattati comunitari compresi. L'accordo, pertanto, conserverà una validità *relativa*, che tuttavia non potrà invocarsi per giustificare la violazione del diritto UE.⁶²⁰

256. Per il diritto UE, il trattamento riservato agli accordi internazionali illeciti degli Stati membri è identico a quello previsto per i casi di incompatibilità tra il diritto interno ed il diritto comunitario (preesistente o di nuova adozione). Di conseguenza, troveranno applicazione i principi del primato e dell'efficacia diretta del diritto dell'Unione, la cui violazione potrà portare all'instaurazione di un procedimento di infrazione e alla sanzione dello Stato trasgressore, ai sensi dell'art. 258 TFUE.⁶²¹ Per evitare questa rilevante conseguenza, lo Stato membro trasgressore potrà ricorrere alla denuncia del trattato

⁶¹⁸ Afferma Rosas in proposito: «[t]he Union is not fencing off its domestic law from international law binding on the Union but simply insisting that norms created by the Member States that the Union has not accepted, be they unilateral acts (national legislation) or international agreements, remain part of the national legal orders. This is the price to be paid for the supranational character of the EU, which constitutes a constitutional order rather than an international legal order in the classical sense» (cfr. **ROSAS A.**, *The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States*, *Fordham International Law Journal*, già cit. sub n. 533).

⁶¹⁹ Cfr. Recentemente Sentenza della Corte (grande sezione) del 4 maggio 2010, *TNT Express Nederland BV contro AXA Versicherung AG*, Causa C-533/08, in *Racc.* 4107, p. 61 e Sentenza della Corte (Quarta Sezione) del 22 ottobre 2009, *Irène Bogiatzi, coniugata Ventouras contro Deutscher Luftpool e altri*, Causa C-301/08, in *Racc.* 10185.

⁶²⁰ Sentenza della Corte del 12 dicembre 1972, *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*, Cause riunite 21 a 24-72, già cit. sub n. 569, p. 10-18.

⁶²¹ Cfr. ad esempio la casistica richiamata *infra* al Paragrafo 4.2.4.

illecito ovvero alla sua terminazione in altra forma. Ove ciò non fosse possibile, appurata l'incompatibilità con il diritto UE dell'accordo, eventualmente tramite rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sarà il giudice nazionale, nelle cause in cui venisse invocata la disciplina illecita, a procedere direttamente alla sua *disapplicazione*.

257. Con specifico riferimento al caso di illiceità comunitaria degli accordi conclusi tra gli Stati membri,⁶²² la dottrina tende a distinguere due fondamentali ipotesi.⁶²³ Nell'ipotesi generale, data dalla semplice incompatibilità tra l'accordo internazionale ed il diritto dell'Unione europea, la soluzione risiede nell'applicazione del principio del primato, che si impone a tutti gli organi statali ed implica il dovere di *disapplicazione* da parte dei giudici nazionali.⁶²⁴ Nel caso particolare in cui l'illiceità comunitaria dell'accordo internazionale dipendesse specificamente dalla violazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, concretantesi nella conclusione di accordi

⁶²² Rispetto agli accordi conclusi dagli Stati membri con Stati terzi *prima* della propria accessione all'UE, stabilisce l'art. 351, par. 1, TFUE, che: «[l]e disposizioni dei trattati non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1o gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra». Si precisa, in ogni caso, come tale disposizione non operi rispetto agli accordi *inter se* tra gli Stati membri, nemmeno se al momento della conclusione uno o più Stati partecipanti non fossero ancora parti dell'UE (anche a questo proposito cfr. la casistica richiamata *infra* al Paragrafo 4.2.4). La norma costituisce, infatti, applicazione del principio generale *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, codificato all'art. 34 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, e pertanto non può trovare applicazione tra gli Stati che siano parti dell'Unione europea, con riferimento alle obbligazioni che derivano dalla *membership* della stessa. Inoltre, l'art. 352, par. 2, TFUE prevede lo specifico obbligo degli Stati membri di rimuovere le incompatibilità con il diritto dell'Unione, derivanti dagli accordi internazionali conclusi prima della propria adesione, eventualmente denunciando l'accordo, ove nessuna altra strada risulti percorribile.

⁶²³ Cfr. KUIJPER P. J., WOUTERS J., HOFFMEISTER F., DE BAERE G., RAMOPOULOS T. (eds.), *The Law of EU External Relations, Cases, Materials, and Commentary on the EU as an International Legal Actor*, Oxford University Press, 2015, p. 797 et seq.

⁶²⁴ Come nota De Witte, l'*enforcement* del primato del diritto UE potrà così risultare difficoltoso nel contesto degli ordinamenti nazionali le cui costituzioni assegnano in generale il primato agli obblighi derivanti dal diritto internazionale. In questi casi, l'A. ipotizza che una buona soluzione per venire incontro alla necessaria rinegoziazione dell'accordo, al fine di eliminare le riscontrate incompatibilità, potrebbe essere quella di inserire al suo interno una apposita clausola che ne preveda l'obbligatorietà. Tale clausola, ove inserita negli accordi *inter se* tra gli Stati membri, si porrebbe come espressione del loro dovere di cooperazione *orizzontale*, alla luce del loro dovere di lealtà rispetto al diritto comunitario (c.d. cooperazione verticale). Cfr. DE WITTE B., *Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union*, già cit sub n. 6, p. 52.

parziali che assicurano diritti o posizioni giuridiche privilegiate ai soli cittadini o ai soli residenti degli Stati parte, la giurisprudenza della Corte di giustizia è invece orientata nel senso dell'estensione del trattamento privilegiato a tutti i cittadini di tutti gli Stati membri.⁶²⁵

SEZIONE 3.3: SULL'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA ALL'INTERNO DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO DELL'UE (INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA *IN SENSO STRETTO*)

3.3.1 Integrazione differenziata in *sensu stretto* nel diritto primario dell'Unione europea

258. Come anticipato, il fenomeno dell'integrazione differenziata trova esplicitazione anche all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, sia a livello di diritto primario, sia a livello di diritto derivato.

259. Per quanto riguarda il diritto primario, il sistema originario del Trattato di Roma prevedeva diverse tipologie di *flessibilità* riconducibili all'odierno concetto di integrazione differenziata.⁶²⁶

In primo luogo, si riscontravano le norme primarie che prevedevano direttamente, ovvero autorizzavano, i regimi di disciplina differenziata rispetto al campo di applicazione territoriale del Trattato, con riferimento a specifiche porzioni territoriali degli Stati membri.

Queste previsioni sono tutt'ora presenti. Ad esse fa rinvio l'art. 52 TUE, che al primo comma definisce, in generale, l'ambito di applicazione dei Trattati con riferimento a tutti gli Stati membri, ed al secondo comma rinvia all'art. 355 TFUE, in ordine alle *precisazioni* (*i.e.* regimi speciali) concernenti il loro esatto campo di applicazione territoriale. In aggiunta, alcune forme di differenziazione *potenziale* sono autorizzate dall'art. 349 TFUE per determinate porzioni di territorio degli Stati membri.⁶²⁷

⁶²⁵ Sentenza della Corte del 27 settembre 1988, *Annunziata Mattencci contro Communauté française de Belgique e Commissariat général aux relations internationales de la communauté française de Belgique*, già cit. sub n. 248, p. 17-23.

⁶²⁶ Cfr. HANF D., *Flexibility Clauses in the Founding Treaties, from Rome to Nice*, già cit. sub n.4; OTT A., *EU Constitutional Boundaries to Differentiation: How to Reconcile Differentiation with Integration*, già cit. sub n. 4.

⁶²⁷ Si tratta, in estrema sintesi, di deroghe all'applicazione della disciplina comune di diritto primario attuali e potenziali (sulla nozione di *deroga* cfr. TUYTSCHAEVER F., *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13), talora totali, talaltra parziali, le quali si fondano sulla posizione obiettivamente peculiare, sotto il profilo geografico, economico e politico, delle regioni che ne sono beneficiarie. Le condizioni di obiettiva diversità di talune regioni non di rado trovano riflesso nel diritto internazionale pattizio ovvero nelle costituzioni nazionali degli Stati membri cui appartengono. Cfr. Sentenza della Corte del 10 ottobre 1978, *H. Hansen jun.* ⚡

In secondo luogo, gli atti di accessione dei nuovi Stati membri prevedevano sovente delle deroghe specifiche, di carattere temporaneo, destinate a trovare applicazione nel corso dei c.d. *periodi transitori*, immediatamente successivi all'adesione. In queste disposizioni la dottrina leggeva una forma di applicazione del principio di *progressività*. Tuttavia, si evidenziava, tali ipotesi non comportavano soltanto modifiche del diritto sostanziale applicabile, ma presentavano anche delle ripercussioni sulla struttura istituzionale, allontanandosi in questo modo dalla nozione di integrazione differenziata *tradizionale* che si è illustrata *supra* al Paragrafo 1.1(a).⁶²⁸

260. Il diritto primario conteneva, inoltre, sotto forma di protocolli allegati al Trattato, deroghe puntuali a vantaggio degli Stati membri fondatori (questo l'oggetto di sei su dieci dei protocolli annessi al Trattato originale), così come a vantaggio degli Stati di nuova adesione (in questo caso ciò avveniva tramite protocolli allegati ai vari atti di accessione). Non tutte queste deroghe erano state concepite come

O. C. Balle GmbH & Co. contro Hauptzollamt Flensburg, Causa 148/77, in *Racc.* 1787; Sentenza della Corte del 12 dicembre 1990, *Peter Kaefer e Andrea Procacci contro Stato francese*, Cause riunite C-100/89 e C-101/89, in *Racc.* 4647; Sentenza del Tribunale di primo grado (Quarta Sezione ampliata) del 14 settembre 1995, *Antillean Rice Mills NV e altri contro Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite T-480/93 e T-483/93, in *Racc.* 2305; Sentenza della Corte (Sesta Sezione) dell'11 febbraio 1999, *Antillean Rice Mills NV, European Rice Brokers AVV e Guyana Investments AVV contro Commissione delle Comunità europee*, Causa C-390/95 P, in *Racc.* 769; più recentemente cfr. Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 15 dicembre 2015, *Parlamento europeo e Commissione europea contro Consiglio dell'Unione europea*, Cause riunite C-132/14 – C-136/14. Per la dottrina, si rinvia a **KOCHENOV D.**, *EU Law of the Overseas: Outermost Regions, Associated Overseas Countries and Territories, Territories Sui Generis*, Kluwer Law International, 2011; **ZILLER J.**, *The European Union and the Territorial Scope of European Territories*, *Victoria University of Wellington Law Review*, 2007, consultabile presso

<http://www5.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2007/6.html#fn16>;

PUISSOCHET P., *Aux confins de la Communauté européenne: les régions ultrapériphériques*, in RODRIGUEZ IGLESIAS G., e.a. (eds.), *Mélanges en Hommage à Fernand Schockweiler*, 1999, p. 491-510; **PERROT D.**, *Les régions ultrapériphériques françaises selon le traité de Lisbonne*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 2009, p. 639-642; **MURRAY F.**, *The European Union and Member State Territories: A New Legal Framework Under the EU Treaties*, Springer, 2012.

⁶²⁸ Così **EHLERMANN C.-D.**, *How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of "Two-Speeds"*, già cit. sub n. 61, in particolare a p. 1280: ivi l'A. argomentava facendo riferimento agli artt. 43, par. 2, 75, par. 1, e 114 del Trattato di Roma, i quali prevedevano il passaggio dal voto all'unanimità a quello a maggioranza qualificata.

aventi carattere temporaneo.⁶²⁹ Molto spesso, inoltre, tali regimi differenziati andavano incontro, in via di fatto, a proroghe che finivano per assumere una durata assai dilatata.⁶³⁰

261. Infine, nel Trattato di Roma erano presenti numerose clausole c.d. di *salvaguardia*. Si tratta di disposizioni tuttora presenti nei Trattati, che permettono agli Stati membri di introdurre o mantenere normative più stringenti o più protettive rispetto alla disciplina comunitaria di armonizzazione introdotta in un certo settore del mercato interno (si vedano, per esempio, gli attuali artt. 169, par. 4, 193 e 347 TFUE). Tali previsioni hanno talora assunto il ruolo di “*moneta di scambio*” in momenti di importante significato nella storia dell'integrazione europea, dal momento che proprio tramite le stesse gli Stati hanno talora negoziato l'arretramento della propria sovranità in sede di adesione o di revisione in senso ampliativo delle competenze comunitarie.⁶³¹

⁶²⁹ Il caso più noto riguarda i regimi di favore di cui ha beneficiato la Germania: in particolare, si ricordano, il Protocollo sul Mercato interno tedesco, il Protocollo relativo al contingente tariffario per le importazioni di banane.

⁶³⁰ Ancorché esse, in linea di principio, avrebbero dovuto avere un'applicazione limitata nel tempo. È il caso del già menzionato Protocollo tedesco sull'importazione delle banane: il trattamento privilegiato, che richiedeva un intervento del Consiglio per essere rimosso o modificato, è stato abrogato soltanto molti anni dopo la sua introduzione, con il Regolamento CE n. 404/93 (cfr. Regolamento (CEE) n. 404/93 del Consiglio, del 13 febbraio 1993, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore della banana, in GU L 47 del 25.2.1993, p. 1–11). In **EHLERMANN C.-D.**, *How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of “Two-Speeds”*, già cit. sub n. 61, a p. 1280, tuttavia, già si notava come nella maggioranza dei casi in cui all'origine del trattamento differenziato il Trattato avesse previsto l'adozione di una decisione del Consiglio, la Corte di giustizia nella pratica avesse imposto agli Stati di terminare il regime di flessibilità con la conclusione del periodo transizionale (Cfr. Sentenza della Corte del 10 dicembre 1974, *Charmasson contro Ministre de l'économie et des finances*, causa 48-74, in *Racc.* 1383, pag. 1396-97; Sentenza della Corte del 21 giugno 1974, *Jean Reyners contro Stato belga*, causa 2-74, in *Racc.* 631, pag. 656; Sentenza della Corte del 3 dicembre 1974, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen contro Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, causa 33-74, in *Racc.* 1299, pag. 1312-1313).

⁶³¹ Cfr. **BLOKKER N.**, *International Regulation of World Trade in Textiles: Lessons for Practice*; **MÜLLER-HEIDELBERG T.**, *Schutzklausen in Europäischen Gemeinschaftsrecht, Fundament, Stiftung Europa-Kolleg, Hamburg, 1970, p. 5*; **LEJEUNE M.A.**, *Un droit des temps de crise; les clauses de sauvegarde de la CEE*, Bruylant, Bruxelles, 1975, p. 322; **WEBER A.**, *Schutznormen und Wirtschaftsintegration. Zur völkerrechtlichen, europarechtlichen und innestaatlichen Problematik von Schutzklauseln und ordre-public-Vorbehalten*, Nomos, Baden-Baden 1992, p. 91 ss e 408 ss. Per un esame più dettagliato, si rinvia ad una delle prime produzioni dottrinali sul tema, ossia a

262. Le istanze di integrazione differenziata contenute nel Trattato di Roma vengono spesso richiamate in dottrina per argomentare come la flessibilità partecipativa costituisca un elemento intrinseco allo stesso diritto comunitario, giacché esistente sin dalle sue origini. In questo senso, con particolare riferimento alle clausole di salvaguardia, così come più in generale in relazione alle diverse ipotesi in cui il Trattato sin dalle origini autorizzava o direttamente disponeva eccezioni nell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina comune, parte della dottrina ritiene che esse abbiano costituito una prima applicazione della flessibilità partecipativa, nella forma del principio di *integrazione graduale*. Il principio, come si è introdotto più sopra al Paragrafo 1.1.2, implica che la realizzazione degli obiettivi comuni agli Stati membri debba distribuirsi nel tempo secondo una cadenza progressiva, e di conseguenza identifica un modello di articolazione cronologica del processo integrativo.⁶³² Le sue origini sono comunemente individuate nella Dichiarazione Schuman del 1950,⁶³³ ove si affermava che: «[l]'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto». Su tali basi si è concluso in dottrina che: «[...] in a gradual integration, the existence of some flexibility would not be unusual and could even be considered inseparable from the community system».⁶³⁴

263. Secondo una lettura più elaborata, inoltre, anche i casi di *differenziata applicazione territoriale* del Trattato di Roma assumono un peso argomentativo rilevante a supporto del carattere intrinseco dell'integrazione differenziata rispetto al modello integrativo

EHLERMANN C.-D., *How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of "Two-Speeds"*, già cit. sub n. 61.

⁶³² Cfr. *supra* il Paragrafo 1.1.1(a).

⁶³³ Cfr. la Dichiarazione Schuman, rilasciata dall'allora ministro degli Esteri francese Robert Schuman il 9 maggio 1950, ove si proponeva la creazione di una Comunità europea del carbone e dell'acciaio, consultabile presso: http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_it.htm.

⁶³⁴ **BECERRIL B.**, *The regulation of enhanced cooperation and its reform in Lisbon: Towards a model of differentiation that is closer to the community method*, già cit. sub n. 15, p. 11-22; la stessa notazione si riscontra in **DE WITTE B.**, *Future Paths of Flexibility: Enhanced Cooperation, Partial Agreements and Pioneer Groups*, già cit. sub n. 105; cfr. anche **PONS RAFOLS X.**, *Las potencialidades de las cooperaciones reforzadas en la Unión*, in MARTÍN Y., PÉREZ DE NANCLARES J. (eds.), *El Tratado de Lisboa, la salida de la crisis constitucional*, Iustel, AEPDIRI, 2008, p. 628; **MANGAS MARTÍN A.**, *La cooperación reforzada en el Tratado de Amsterdam*, Comunidad Europea Aranzadi, no. 10, October 1998, p. 27.

europeo.⁶³⁵ Ziller, infatti, evidenzia che a partire dal 1957 e sostanzialmente sino all'eliminazione della “*struttura a pilastri*” dell'ordinamento comunitario, avvenuta col Trattato di Lisbona,⁶³⁶ non vi è mai stata una piena corrispondenza tra il campo di applicazione territoriale delle tre Comunità europee e dell'Unione, difettando di conseguenza una piena uniformità nell'ambito di applicazione soggettiva del diritto comunitario.⁶³⁷

264. A questo proposito, sembra assumere rilievo anche la silenziosa *querelle* intervenuta tra taluni Stati membri e la Corte di giustizia, in ordine all'interpretazione da dare all'art. 349 TFUE (ex. Art. 299 TCE, art. 227 CEE), relativo alle c.d. “*regioni ultraperiferiche*” dell'Unione. Difatti, benché la Corte di giustizia da sempre leggesse l'articolo nel senso di escludere i territori ivi contemplati dall'ambito di applicazione del mercato interno, a partire dalla fine degli anni Settanta essa aveva preso ad interpretarlo in senso opposto.⁶³⁸ Questo *revirement* era intervenuto nella totale assenza di modifiche normative sul punto, ed aveva l'effetto di ridurre nella pratica le differenze di trattamento riservate a queste regioni rispetto alle altre parti del territorio comunitario. Questo orientamento giurisprudenziale ha trovato arginamento solo con l'emendamento dell'articolo in esame, intervenuto col Trattato di Amsterdam.⁶³⁹ Ziller descrive la questione dello *status* delle regioni ultraperiferiche dell'Unione come: «*one of the clearest examples of the use of their respective constitutional power by the institutions and the Member States in order to shape the future of the Union*». Egli colloca alla base delle proprie riflessioni l'argomento per cui la flessibilità nell'applicazione territoriale di un diritto integrato non

⁶³⁵ Cfr. ZILLER J., *Flexibility in the Geographical Scope of EU Law: Diversity and Differentiation in the Application of substantive Law on Member States*, già cit. sub n. 533.

⁶³⁶ Si sono comunque già richiamate le ipotesi di flessibilità dell'ambito di applicazione territoriale tuttora vigenti. Cfr. immediatamente *supra*.

⁶³⁷ Ed anzi, evidenzia l'A., le modifiche successivamente intervenute nel diritto primario non hanno fatto che aggiungere ulteriori istanze di differenziazione, anziché limitare quelle esistenti.

⁶³⁸ Cfr. Sentenza della Corte del 10 ottobre 1978, *H. Hansen jun. & O. C. Balle GmbH & Co. contro Hauptzollamt Flensburg*, causa 148/77, già cit. sub n. 627.

⁶³⁹ Trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, già cit. sub n. 540, art. 1.

costituisce una caratteristica esclusiva dell'ordinamento “europeo”,⁶⁴⁰ essendo essa cosa nota financo agli Stati nazionali, dotati o meno di struttura federale. Tuttavia, secondo l’A., nel caso dell'ordinamento europeo la flessibilità *territoriale* discenderebbe specificamente dal fatto che, a differenza di qualunque Stato nazionale, l'Unione o le Comunità non disporrebbero di un proprio territorio.⁶⁴¹ Riemergerebbe così il legame essenziale tra la persistenza della sovranità nazionale degli Stati membri ed integrazione differenziata nell'ordinamento dell'Unione.⁶⁴² La persistente sovranità degli Stati membri ed il principio di *flessibilità partecipativa* che ad essa si ricollega, secondo l’Autore, trova inoltre espressione nel potenziale *scavalramento* delle procedure di revisione dei Trattati nella modifica dell'ambito di applicazione territoriale del diritto comune. Come riconosciuto dalla Corte di giustizia, la definizione dei territori nazionali degli Stati membri risulta fondata esclusivamente sulle corrispondenti previsioni

⁶⁴⁰ Si ritiene di utilizzare questa espressione, dal momento che l'A. considera specificamente le diverse sfere applicative che contraddistinguevano le (al tempo in cui scriveva) tre menzionate organizzazioni internazionali.

⁶⁴¹ **ZILLER J.**, *Flexibility in the Geographical Scope of EU Law: Diversity and Differentiation in the Application of substantive Law on Member States*, già cit. sub n. 533, p. 114.

⁶⁴² In ciò, si ritiene, la validità dell’argomento proposto da Ziller prescinde dal rilievo “costitutivo” o meno assunto dal territorio in relazione alla personalità internazionale dello Stato. Infatti, si ricorda come, secondo la migliore dottrina tale rilievo debba escludersi. Cfr. in proposito **ARANGIO-RUIZ G.**, *La Persona Internazionale dello Stato*, già cit. sub n. 38, in particolare a p. 70 e ss, secondo il quale il territorio non è elemento costitutivo del soggetto “Stato”, né presupposto materiale della soggettività. L’A. richiama **DONATI F.**, *Stato e territorio*, Athenaeum, Roma, 1924, p. 123; **MARCELLI F.**, *Gli accordi tra Israele e l’OLP nel diritto internazionale*, Rivista di Diritto Internazionale, 1994, p. 430 ss. e **GUARINO G.**, *Personalità giuridica di diritto internazionale: il caso dell’OLP*, in ARANGIO-RUIZ G., *Studi di Diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 85-130, specialmente a p. 94 ss., 111 ss., nonché, nella stessa opera **MIELE A.**, *I soggetti*, p. 92-105. Diversamente, per Quadri, il territorio costituisce unicamente presupposto materiale (e non costitutivo) della soggettività internazionale dello Stato (**QUADRI R.**, *Diritto internazionale pubblico*, Palermo, 1968, p. 633. I termini del dibattito sono ripresi anche in **VIOLA F.**, *Stato vincoli di natura, Relazione al XIX Congresso della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*, Trento, 29-30 settembre 1994, consultabile presso http://www1.unipa.it/viola/Stato_vincoli_natura.pdf. La concezione che attribuisce al territorio un rilievo costitutivo ai fini dell’acquisto della personalità giuridica internazionale degli Stati si rifà alla concezione tradizionale dello Stato moderno, la quale trova enunciazione nelle parole di Weber: «[l]o Stato è quella comunità umana la quale, nell’ambito di un determinato territorio — ed il «territorio» è un elemento caratteristico - pretende per sé (con successo) il monopolio dell’uso legittimo della forza fisica» (**WEBER M.**, *Economia e società*, trad. di F. Casablanca e G. Giordano, Edizioni di Comunità, Milano, 1980, p. 479).

costituzionali nazionali.⁶⁴³ Su tale base, Ziller sostiene che gli Stati membri sarebbero sempre nella posizione di poter introdurre unilateralmente tali modifiche, modificando il proprio territorio, e così rendendone indipendenti delle porzioni ovvero incorporandone altre.⁶⁴⁴

265. In conclusione, si può affermare che, in un modo o nell'altro, la dottrina che studia il fenomeno dell'integrazione differenziata realizzata a livello di diritto primario dell'Unione, tende ad individuarne le origini nelle logiche che governano i fenomeni integrativi tra gli Stati membri a livello internazionale. A riguardo, il fatto che in dipendenza delle scelte operate dagli Stati parti dell'UE l'integrazione differenziata sia soggetta a limiti precisi ove realizzata all'interno del consorzio comunitario, si colloca perfettamente in linea con l'estrema malleabilità degli strumenti internazionalistici.

3.3.2 Integrazione differenziata *in senso stretto* nel diritto derivato: dalla differenziazione *tradizionale* a quella *politica*

(a) *La differenziazione c.d. tradizionale nel diritto derivato quale applicazione del principio di eguaglianza*

266. Anche il diritto derivato, già agli esordi del processo di integrazione, conosceva diverse forme d'integrazione differenziata, che venivano tollerate anche nei settori più centrali del progetto comunitario, qual è il settore del mercato interno.⁶⁴⁵ Si trattava, tuttavia, di forme di integrazione differenziata profondamente diverse

⁶⁴³ Cfr. Sentenza della Corte del 10 ottobre 1978, *H. Hansen*, già cit. sub n. 627.

⁶⁴⁴ Come nota l'A., la prassi della conclusione degli accordi di associazione con i paesi decolonizzati ha mitigato l'incidenza dei processi di acquisizione di indipendenza sull'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Ad ogni modo, ipotizzare l'intervento di modifiche nel territorio degli Stati Membri non è così inverosimile. Si pensi al caso della riunificazione della Germania, a seguito della quale si sono registrate variazioni significative, sotto il profilo del territorio "dell'Unione", che è aumentato quasi del 5%.

⁶⁴⁵ Cfr. **EHLERMANN C.-D.**, *How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of "Two-Speeds"*, già cit. sub n. 61, p. 1281-1282; **THYM D.**, *The Evolution of Supranational Differentiation*, già cit. sub n. 62, p. 9; **WEATHERILL S.**, *If I'd Wanted You to Understand I Would Have Explained it Better: What is the Purpose of the Provisions on Closer Co-operation Introduced by the Treaty of Amsterdam?*, già cit. sub n. 129; **DE BÚRCAG.**, *Differentiation Within the Core: The Case of the Common Market*, già cit. sub n. 119; **CURTIN D.**, *The Shaping of a European Constitution and the 1996 IGC*, già cit. sub n. 13, 50, p. 244-249.

dalla cooperazione rafforzata, la quale avrebbe piuttosto trovato un modello negli *inter se agreements*.⁶⁴⁶

267. Difatti, le primissime istanze di integrazione differenziata a livello di diritto derivato, denominate in dottrina come differenziazione “*tradizionale*”, si limitavano ad introdurre discipline soggettivamente differenziate che trovassero *obiettiva* giustificazione all'interno dell'ordinamento comunitario.⁶⁴⁷ Più precisamente, la differenziazione tradizionale ammissibile ricomprendeva soltanto le ipotesi di differenziazione giustificate dall'applicazione dei principi generali di diritto primario, ed in particolare del principio di non discriminazione. Di conseguenza, esse si caratterizzavano per il fatto di presentare una durata immancabilmente transitoria, dovendo terminare non appena cessavano di esistere le differenze obiettive che giustificavano il trattamento differenziato; inoltre, diversamente dai successivi casi di differenziazione c.d. sovranazionale (*rectius* differenziazione giustificata da motivazioni di carattere *politico*), esse non comportavano l'esclusione degli Stati membri esonerati dall'applicazione della disciplina comune dal suo *iter* di adozione ed emendamento.⁶⁴⁸

268. I menzionati caratteri dell'integrazione differenziata *tradizionale* non dipendevano, tuttavia, da una generale e necessaria illegittimità dell'approfondimento del processo integrativo soltanto tra alcuni Stati membri. A riprova di ciò vi era il fatto che nessun ostacolo in proposito si poneva alla conclusione degli accordi parziali collocati al di fuori dell'ordinamento comunitario.⁶⁴⁹ Essi, piuttosto, trovavano

⁶⁴⁶ Per una panoramica delle forme di integrazione differenziata *in senso ampio*, compresi gli accordi *inter se* tra gli Stati Membri, finalizzati all'esercizio collettivo delle competenze non attribuite in via esclusiva all'Unione, cfr. *supra* la Sezione 3.2.

⁶⁴⁷ La terminologia è quella introdotta da Ehlermann. Cfr., ad esempio, **EHLERMANN C.-D.**, *How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of “Two-Speeds”*, già cit. sub n. 61.

⁶⁴⁸ Cfr. anche *supra*, il Paragrafo 3.3.1.

⁶⁴⁹ Un ulteriore argomento può essere individuato nella stessa previsione all'art. 306 del Trattato di Roma (l'attuale art. 350 TFUE), benché, come nota Guillard (cfr. **GUILLARD C.**, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, già cit. sub n. 59, p. 102) nel dare applicazione a tale disposizione la Corte di giustizia «*c'est contentée d'interpréter une disposition du droit originnaire. Elle n'a pas connu de façon générale la possibilité d'aller au-delà des règles communautaires en l'absence de disposition des traités en ce sens [...]*». Così, con riferimento al sistema originario del Trattato di Roma, si veda anche **EHLERMANN, C.-D.**, *Increased Differentiation or Stronger Uniformity*, già cit. sub n. 13, in particolare alle p.7-8, ove, alludendo proprio al fenomeno delle unioni regionali, autorizzato dall'art. 306 del Trattato, egli affermava che «*as a more general problem, it has to be analyzed under Article 5 EC Treaty*», ossia con riferimento al

giustificazione nelle caratteristiche strutturali della disciplina comunitaria, di cui la differenziazione tradizionale assumeva la forma. Difatti, in assenza di espressa clausola autorizzativa nel Trattato,⁶⁵⁰ come riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, non sarebbe stato possibile conciliare l'inderogabilità del diritto dell'Unione con forme di applicazione differenziata che non risultassero giustificate in virtù dei suoi principi generali.⁶⁵¹

269. Tra i principi generali del diritto che potevano giustificare tale differenziazione, un ruolo centrale veniva riconosciuto al principio di eguaglianza nel trattamento degli Stati membri. Tale principio, infatti, era stato valorizzato nella giurisprudenza della Corte quale norma di rango primario che permetteva conciliare il perseguimento degli obiettivi della Comunità, in generale e nei singoli settori di azione politica, con la differenziazione introdotta nella legislazione secondaria. Di conseguenza, nella misura in cui costituiva applicazione del principio di eguaglianza, l'integrazione differenziata

principio di leale collaborazione. Sul rispetto del principio di leale collaborazione quale fondamentale condizione di legittimità degli *inter se agreements* cfr. *supra* il Paragrafo 3.2.3 e *infra* la Sezione 4.2.

⁶⁵⁰ Nel contesto di una delle primissime analisi del fenomeno dell'integrazione differenziata, svolta in **EHLERMANN C.-D.**, *How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of "Two-Speeds"*, già cit. sub n. 61, si affermava infatti che, con l'eccezione dell'art. 4, par. 6, CEE, il diritto primario nulla diceva espressamente in merito all'*an* ed al *quantum* della differenziazione partecipativa realizzabile. La sua praticabilità, pertanto, restava una questione interpretativa. L'A., in proposito, finiva per concludere che dovevano ricondursi all'applicazione del generale principio di non discriminazione, tanto il caso delle risorse proprie all'art. 4, par. 6, CEE, quanto le ipotesi in cui, in via interpretativa, poteva ravvisarsi un'implicita autorizzazione del diritto primario a procedere alla differenziazione in via di diritto derivato. Ciò comportava, inoltre, che, ricadendo tutte le ipotesi di differenziazione tollerabile all'interno dell'ordinamento comunitario nel modello della *gradualità* del processo integrativo, esse finivano per aderire al modello della c.d. *two speed* integration (su cui si veda *supra* il Paragrafo 1.1.1(a)). Il concetto di integrazione differenziata alla base delle speculazioni di Ehlermann, tuttavia, rifletteva soltanto una delle molteplici dimensioni del fenomeno, dal momento che, come si evidenzierà di seguito, già al tempo in cui Ehlermann scriveva le istanze di differenziazione esistenti a livello di diritto primario presentavano alcuni elementi che ne suggerivano una fondamentale dimensione *politica*, nel senso poi individuato da Thym (cfr. *infra* il Paragrafo 1.1.1(b)).

⁶⁵¹ Cfr. Sentenza della Corte del 1° febbraio 1972, *Hagen OHG contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, causa 49-71, in *Racc.* 23. Sui principi generali del diritto dell'Unione e sul loro ruolo a garanzia della legittimità degli atti giuridici dell'Unione cfr. la bibliografia citata *supra* nella Sezione 2.

nel diritto derivato non si poneva in rapporto di sistematica e necessaria incompatibilità con gli obiettivi comunitari.⁶⁵²

270. Più precisamente, il principio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea trovava espressione e generale riconoscimento positivo nel divieto di discriminazione in base alla nazionalità (ex art. 12 del TCE e art. 6 CEE, attualmente art. 18 TFUE). Secondo l'interpretazione tuttora consolidata della Corte di giustizia, tale principio si traduce nel divieto di trattare in modo diverso situazioni simili e, per converso, di trattare in modo identico situazioni differenti.⁶⁵³ Di conseguenza, con riferimento alle istanze di integrazione differenziata nel diritto derivato anteriori all'introduzione della cooperazione rafforzata, la dottrina argomentava che il trattamento differenziato non sarebbe risultato vietato, ed anzi, avrebbe costituito applicazione del principio di eguaglianza, laddove esso si fosse fondato sull'esistenza di criteri di carattere oggettivo.⁶⁵⁴ Al contrario, essa sosteneva che la differenziazione introdotta mediante il diritto derivato avrebbe introdotto una discriminazione illegittima, perché arbitraria, laddove un trattamento obiettivamente differente o identico non fosse risultato giustificato in base a criteri oggettivi.⁶⁵⁵

⁶⁵² La dottrina era giunta relativamente presto, su tale base, alla conclusione che l'integrazione differenziata non fosse, in quanto tale, incompatibile con il perseguimento degli obiettivi assegnati dal Trattato alla Comunità; ciò valeva non solo per gli obiettivi ed i principi espressamente previsti dal diritto primario, ma anche per quelli ricavabili in via interpretativa. Per fare un esempio, allora, il principio di non discriminazione veniva considerato come ricomprensivo del divieto della distorsione dell'assetto concorrenziale del mercato e così dell'obiettivo della tutela della concorrenza. Questo limite, si noti sin d'ora, verrà espressamente recuperato dal Trattato di Amsterdam, al momento dell'introduzione della cooperazione rafforzata (cfr. l'attuale art. 20 TUE). Cfr. **GRABITZ E., LANGEHEINE B.**, *Legal Problems Related to a Proposed "Two-Tier System" of Integration within the European Community*, già cit. sub n. 77, p. 33 ss.; **LANGEHEINE B.**, *Abgestufte Integration*, già cit. sub n. 77, p. 227 ss.; **EHLERMANN C.-D.**, *How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of "Two-Speeds"*, già cit. sub n. 61.

⁶⁵³ Cfr. Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 13 novembre 1984, *Firma A. Racke contro Hauptzollamt Mainz*, causa 283/83, in *Racc.* 3791, p. 7; Sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 6 marzo 2003, *Molkerei Wagenfeld Karl Niemann GmbH & Co. KG contro Bezirksregierung Hannover*, causa C-14/01, in *Racc.* 2279, p. 49.

⁶⁵⁴ Cfr. Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 28 ottobre 1982, *Offene Handelsgesellschaft in Firma Werner Faust contro Commissione delle Comunità europee*, causa 52/81, in *Racc.* 3745, p. 25.

⁶⁵⁵ Cfr. Sentenza della Corte del 13 febbraio 1996, *Joan Gillespie e altri contro Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health*

271. Proprio seguendo questo percorso, a partire dagli anni Settanta, la Corte di giustizia ha affermato la legittimità delle misure di diritto derivato implicanti un trattamento differenziato (*positivo* o *negativo*),⁶⁵⁶

and Social Services Board e Southern Health and Social Services Board, causa C-342/93, in *Racc.* 475, p. 16. Cfr. **KERBER W.**, *Interjurisdictional Competition within the European Union*, *Fordham International Law Journal*, 2000, p. 217 ss.

⁶⁵⁶ Sulla distinzione tra differenziazione *positiva* e *negativa*, cfr. **TUYTSCHAEVER E.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13. Secondo l'A., la differenziazione positiva si contraddistingue per il fatto di tradursi in previsioni concernenti operazioni a favore di alcuni Stati Membri o regioni soltanto, ovvero in norme determinanti la possibilità, per un certo numero di Stati Membri, di procedere assieme nel perseguimento degli obiettivi ai Trattati (in ciò egli cita **DE RUYT J.**, *L'Acte Unique Européenn*, *Etudes européennes*, Editions de L'Université del Bruxelles, Brussels, 1989, p. 274). In altre parole, la differenziazione *positiva* si riscontrerebbe nelle ipotesi in cui il diritto primario consente (esplicitamente od implicitamente) ad un certo numero limitato di Stati Membri l'adozione di regole di diritto derivato che trovano applicazione limitatamente a loro stessi; al contrario, ci si troverebbe in presenza di ipotesi di differenziazione *negativa*, nel momento in cui fosse prevista l'esclusione - temporanea o permanente - dall'applicazione della disciplina comune, nei confronti di uno o più Stati Membri o regioni (in ciò, l'A. rinvia a **JACQUÈ J. P.**, *L'intégration différenciée de lege ferenda*, Presses Universitaires de Bruxelles, Bruxelles, 1986).

La distinzione trova sviluppo in **GUILLARD C.**, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne* già cit. sub n. 59, p. 8-33 e 90-105. L'A. in questione tende ad individuare la distinzione fondamentale alla base delle proprie speculazioni in quella tra il concetto di *cooperazione rafforzata in senso ampio* (corrispondente alla *differenziazione positiva* in Tuytschaever - nella categoria ricade anche la *cooperazione rafforzata in senso stretto* all'art. 20 TUE) ed il concetto di *deroghe* (corrispondente alla *differenziazione negativa* in Tuytschaever; l'A. però esclude dalla categoria delle deroghe le previsioni *più protettive* adottabili dagli Stati Membri in applicazione delle eccezioni consentite alle norme di armonizzazione negativa). In questo contesto, Guillard. evidenzia come sia tendenzialmente più difficile conciliare con il mercato interno le deroghe, rispetto alle cooperazioni rafforzate in senso ampio, dal momento che solo in questo secondo caso sembrano limitati i rischi di contrasto con il diritto dell'Unione della disciplina di diritto derivato, o addirittura di diritto nazionale, con la quale certi Stati Membri procedano ad un livello maggiore di integrazione tra loro soltanto. Le deroghe, al contrario, secondo l'A. sarebbero suscettibili perturbare funzionamento del mercato comune, e pertanto non possono ritenersi ammissibili se non in virtù di un'autorizzazione specifica del Trattato, tanto espressa quanto implicitamente prevista, che costituisca applicazione dei principi strutturali dell'ordinamento dotati autorità superiore. Si sottolinea, tuttavia, come alla base dell'interpretazione in questione Guillard postuli la totale inammissibilità della cooperazione rafforzata *in senso stretto* nel settore del mercato interno. In modo analogo, sul presupposto che «both the "Schengen" type of closer co-operation and the envisaged in general Amsterdam Treaty closer co-operation provisions differ, in that they do not involve key or core areas of Community policy, but rather new, more sensitive, contested or peripheral areas of EC or EU policy which are being furthered by groups of willing Member States», è stato affermato che non solo «[t]he Schengen-type and closer cooperation models, in the end, entail an integrative form of differentiation which seeks to push ahead with a previously undeveloped or underdeveloped policy fields, whereas the Maastricht-type and secondary legislative

normalmente di carattere puntuale,⁶⁵⁷ nei confronti di taluni Stati membri,⁶⁵⁸ a condizione che esse fossero fondate sull'esistenza di *obiettive differenze* concernenti questi ultimi. Per tali dovevano intendersi principalmente le differenze aventi natura economico-sociale.⁶⁵⁹ Ad esse il trattamento differenziato così tollerato doveva risultare proporzionato, il che aveva come corollario il carattere normalmente a tempo determinato della sua vigenza.⁶⁶⁰ Tali misure

models of differentiation entail a negative (disintegrative?) form of refusal to participate in a commonly agreed core policy field», ma anche che «*it can be argued that both secondary legislative differentiation [...] and the closer co-operation provision function within the context of a broader constitutional commitment, in the sense of an overall shared commitment to the same normative project [...]*» (così, **DE BÚRCA G.**, *Differentiation Within the Core: The Case of the Common Market*, già cit. sub n. 119, a p. 143 e 148).

⁶⁵⁷ Ossia concernente l'operatività di singole obbligazioni o norme giuridiche, e non inerente ad un intero complesso di nuove regole comuni adottate nel contesto di un certo settore. Così anche **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, il quale costruisce sulla base del concetto appena esposto la distinzione tra la nozione di *deroga* puntuale, ossia inerente una singola e specifica norma giuridica, e quelle di *esenzione*, comportante l'inapplicabilità di un determinato complesso di norme. Tuttavia, l'A. esprime una certa perplessità in ordine al rispetto da parte della pratica di una tale classificazione.

⁶⁵⁸ Per una panoramica delle prime ipotesi concrete di misure differenziate adottate a livello di diritto derivato, tanto con decisioni e direttive, quanto mediante regolamenti, si rinvia ad **EHLERMANN C.-D.**, *How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of "Two-Speeds"*, già cit. sub n. 61.

⁶⁵⁹ Cfr. Sentenza della Corte del 2 luglio 1974, *Holtz & Willemsen GmbH contro Consiglio e Commissione delle Comunità europee*, causa 153-73, in *Racc.* 675; Sentenza della Corte del 27 settembre 1979, *SpA Eridania - Zuccherifici nazionali e SpA Società italiana per l'industria degli zuccheri contro Ministro per l'agricoltura e le foreste, Ministro per l'industria, il commercio e l'artigianato e la SpA Zuccherifici meridionali*, causa 230/78, in *Racc.* 2749; Sentenza della Corte del 13 luglio 1978, *Milac GmbH, Groß- und Außenhandel contro Hauptzollamt Freiburg*, causa 8/78, in *Racc.* 1721; Sentenza della Corte del 15 settembre 1982, *Julius Kind KG contro Comunità economica europea*, causa 106/81, in *Racc.* 2885; Sentenza della Corte del 16 aprile 1970, *La Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit, SA contro Commissione delle Comunità europee*, causa 65-69, in *Racc.* 229.

⁶⁶⁰ In realtà erano stati avanzati alcuni dubbi in ordine al carattere necessariamente temporaneo del modello di differenziazione così tollerato. Inoltre, mentre la giurisprudenza della Corte sembrava spingere in questo senso (cfr. Sentenza della Corte del 15 settembre 1982, *Julius Kind KG contro Comunità economica europea*, causa 106/81, già cit. nella nota precedente, in particolare i p. 24 e 27), la pratica, al contrario, mostrava con una certa frequenza l'adozione di misure di diritto derivato sprovviste di un termine finale per il trattamento differenziato. La soluzione del carattere necessariamente temporaneo veniva argomentata da Ehlermann sulla base dell'ideale «*of the Community itself*»; l'A. inoltre sollevava seri dubbi rispetto alle conseguenze giuridiche della violazione di tale condizione, una volta decretato il suo carattere necessario. Così **EHLERMANN C.-D.**, *How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of "Two-Speeds"*, già cit. sub n. 61, in particolare a

talora si limitavano a prevedere un'applicazione progressiva del diritto dell'Unione - anche nella forma dell'introduzione di vere e proprie clausole di salvaguardia -, talaltra provvedevano all'adozione di regole

p. 129, ove si affermava: «[i]f the requirement of a time limit flows from the notion of discrimination, the legality of the differentiating rule is certainly at issue. But if this requirement is rather the result of an obligation on the Council to act within a certain period, might it not be more appropriate to use article 175? See art. 35 of EP draft treaty on EU 1984, which accepted the idea of the differentiated application of Community rules provided that such differentiation was limited in time, being designed to facilitate the subsequent application of all the provisions of the law to all of its addressees». Secondo altri autori, invece, posto che la differenziazione *tradizionale* potrebbe ammettersi soltanto ove autorizzata espressamente dal Trattato (ed eventualmente nel rispetto delle procedure a tal fine previste), ovvero ove autorizzata implicitamente, in virtù dell'applicazione dei principi supremi dell'ordinamento, il suo carattere temporaneo sarebbe conseguenza necessaria dell'operare del principio generale di uniformità (**GUILLARD C.**, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, già cit. sub n. 59, p. 101). In senso positivo, si esprime anche **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, con la conseguenza che gli Stati Membri *out* si trovano nella posizione di essere esattamente a conoscenza delle previsioni che saranno tenuti ad incorporare alla scadenza del periodo di deroga. L'A., inoltre, riconduce all'esistenza di un'obbligazione di risultato, da soddisfare al termine del periodo transitorio mediante la realizzazione piena degli obiettivi alla disciplina comune, la nozione di *multi-speed* siccome incarnata nella disciplina *tradizionale* della differenziazione mediante il diritto derivato.

Nel senso del carattere necessariamente temporaneo della differenziazione introdotta a livello di diritto secondario sembra esprimersi anche **CURTIN D.**, *The Shaping of a European Constitution and the 1996 IGC*, già cit. sub n. 13, laddove l'A. afferma: «the reason for the introduction of this type of divergence which is mainly to be found in the application of secondary community law is to account for internal (social or economic) difficulties of one or several Member States which are expected to be overcome during the period of exception», con la conseguenza che, nel contesto di queste misure, «[t]he ultimate aim is clearly a uniform rule for a fully integrated markets». Nell'evidenziare ciò, l'A. leggeva nei casi di differenziazione realizzati a livello di diritto derivato *pre* Trattato di Maastricht, forme di implementazione del concetto di *two-speeds Europe*, introdotto nel dibattito politico, sul quale ci si è già soffermati *supra*, nel Paragrafo 1.1.1(a). A testimonianza dell'ambiguità con cui il concetto era stato illustrato e sviluppato, si fa presente che, sugli stessi presupposti e con riferimento agli stessi casi concreti Ehlermann, sopra richiamato, finiva per concludere, a p. 1289, con riferimento alla distinzione tra giustificazioni obiettive e non (politiche) della differenziazione: «[t]his distinction and the resulting limitation on differentiation are essentially what make it impossible, de lege lata, to use the "two speed" concept. A Treaty amendment would be necessary in order to vitiate the distinction». Cfr. infine **DE BÚRCA G.**, *Differentiation Within the Core: The Case of the Common Market*, già cit. sub n. 119, a p. 144: «[a]ccording to a paper written by the Commission in 1978, differentiation between Member States within secondary Community legislation could in fact be seen as a fulfilment of, rather than a breach of, the non-discrimination principle, since this principle requires that "different cases must be handed in different ways". However, the principle of legitimately differential treatment is, according to the Commission, subject to certain limits: mainly limits of degree and time. Thus, where harmonising legislation was concerned, the difference existing between Member States ought not to be exaggerated, and secondly the differential treatment should cease "as soon as circumstances permit".

sostanziali comuni che in sé contemplavano un trattamento differenziato dei vari Stati Membri.

Le forme di differenziazione in questione, inoltre, potevano implicare tanto un'azione *positiva* della Comunità, ossia un avanzamento nel livello della disciplina comune coinvolgente solo alcuni Stati membri, quanto limitarsi a disporre la mera inapplicabilità di certe disposizioni nei confronti di costoro (c.d. differenziazione *negativa*); infine, la differenziazione contenuta nelle norme di diritto derivato poteva presentarsi come avente carattere generale, trovando applicazione in presenza di determinati presupposti definiti in via generale ed astratta, oppure essere specificamente indirizzata a determinati Stati Membri individualmente considerati. Allo stesso modo, in questo contesto, l'introduzione di forme di integrazione differenziata non si accompagnava alla modifica delle strutture o dei processi istituzionali concernenti la disciplina differenziata. In particolare, non si registravano forme di esclusione degli Stati membri sottratti alla sua applicazione dai processi decisionali di adozione ed emendamento.⁶⁶¹

272. Le forme *tradizionali* di differenziazione, di conseguenza, in quanto applicazione dei principi dell'ordinamento comune, concernevano normative *ab origine* introdotte come effettivamente comuni a tutti gli Stati membri, poiché frutto dell'esercizio condiviso della sovranità di tutti i membri della Comunità, al fine di perseguire i suoi obiettivi. Soltanto gli *effetti* di tali normative venivano modificati o sospesi, a tempo determinato, nei confronti di taluni Stati membri.⁶⁶² In applicazione di queste riflessioni, la dottrina giuridica escludeva che una disciplina differenziata fondata unicamente sull'esistenza di visioni politiche inconciliabili tra gli Stati membri potesse integrare una discriminazione tollerabile, non risultando essa obiettivamente giustificata sulla base del principio di non discriminazione.⁶⁶³ Una parte dei commentatori, tuttavia, ha evidenziato come, nella

⁶⁶¹ Cfr. CURTIN D., *The Shaping of a European Constitution and the 1996 IGC*, già cit. sub n. 13 e MAILLET P., VELO D. (eds.), *Europe a géométrie variable. Transition vers l'intégration*, L'Harmattan, Parigi, 1994, p. 125.

⁶⁶² Il punto è chiaramente evidenziato in THYM D., *The Evolution of Supranational Differentiation*, già cit. sub n. 62; cfr., nello stesso senso, cfr. anche TUYTSCHAEVER F., *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13; DASHWOOD A. (ed), *Reviewing Maastricht: Issues for the 1996 IGC*, London, Sweet & Maxwell, 1996, p. 42-43 e AVBELJ M., *Differentiated Integration-Farewell to the EU-27?*, già cit. sub n. 81, a p. 193.

⁶⁶³ Cfr., *ex multis*, DEWOST J.-L., *L'application territoriale du droit communautaire, disparition et résurgence de la notion de frontière*, La Frontière, Société Française pour le Droit International, 1980, p. 253-267 e KERBER W., *Interjurisdictional Competition within the European Union*, già cit sub n. 655.

giurisprudenza della Corte di giustizia, l'applicazione dei principi giustificativi della differenziazione *tradizionale* sia risultata alquanto sfumata, con la conseguenza che talora la Corte sembra aver acconsentito anche a forme di differenziazione di diritto derivato nelle quali l'assenza di un carattere obiettivamente discriminatorio risultava assai dubbia.⁶⁶⁴ Anche a voler condividere questa censura, essa non vale comunque a negare che l'integrazione differenziata *tradizionale* ha costituito, accanto a quella prevista a livello di diritto primario, una caratteristica effettiva dell'ordinamento comunitario sin dagli esordi del processo di integrazione.⁶⁶⁵ Essa, inoltre, si è posta in perfetta sintonia col sistema previsto dai Trattati, costituendo applicazione del principio generale di non discriminazione in essi consacrato.

273. Sulla base di tali considerazioni, una parte della dottrina si è spinta fino a sostenere che la stessa Unione europea costituisce, in primo

⁶⁶⁴ Così **DE BÚRCA G.**, *Differentiation Within the Core: The Case of the Common Market*, già cit. sub n. 119, a p. 138. Il pensiero dell'A. in commento si caratterizza anche per il fatto di aver espresso diversi dubbi in merito all'adeguatezza del parametro dell'obiettivo giustificato del trattamento differenziato, che riteneva avrebbe potuto rivelarsi eccessivamente rigoroso nella pratica. Ella, inoltre, riscontrava come, già nel passato, determinati Stati Membri fossero rimasti estranei a determinate politiche comuni del mercato interno per periodi prolungati, invocando a tal fine giustificazioni meritevoli di essere ricondotte a poco di più del mantenimento di un vantaggio competitivo, se non al sostanziale rigetto, per ragioni di carattere politico, di buona parte della misura in questione. Questo tipo di differenziazione, secondo l'A., specie nel contesto della Comunità allargata, ne metteva a rischio la legittimazione in termini di comunità politica. Del resto, che non fosse agevole operare una distinzione netta tra la differenziazione fondata su criteri di carattere obiettivo e quella basata su valutazioni politiche/soggettive, era stato precedentemente ventilato in anche **WALLACE H., WALLACE W.**, *Flying together in a larger and more diverse European Union*, già cit. sub n. 125, in particolare a p. 45, ove si affermava: «[a] more important point is that the 'objective' difference may be defined in slippery terms which seem like procrastination or awkwardness or that some special point is dressed up as objective when it is actually a difference in national preference or policy provision or cover for a commercial advantage. For all these reasons, there are reasonable inclinations on the part of the Commission and the ECJ to hold to a narrow rather than a broad definition of objective diversity and also to ensure that any exceptions are rooted in the relevant Community texts».

⁶⁶⁵ Cfr. **THYM D.**, *The Evolution of Supranational Differentiation*, già cit. sub n. 62, in particolare a p. 8: «[i]f we adopt a wide understanding of differentiation based on the differential treatment of the Member States in European primary and secondary law, various instruments of flexibility have been an integral part of the European legal order since its beginnings». Cfr. anche **DE BÚRCA G.**, *Differentiation Within the Core: The Case of the Common Market*, già cit. sub n. 119, a p. 140: «[...] the fact that even within this more "protected" sphere of common policy-making, there has been a long-standing acceptance and accommodation of the need of diversity, well before this practice was formally legitimated by the constitutional framework of the Treaties, may suggest that even the established central commitments of EC membership are looser and more fluid than the notion of core might suggest [...]».

luogo, un fenomeno di integrazione differenziata.⁶⁶⁶ In proposito s'impone una precisazione sul piano giuridico: il fatto che l'UE stessa possa definirsi in termini di *integrazione differenziata*, non dimostra che essa automaticamente comprenda al proprio interno ulteriori forme di integrazione differenziata, quali quelle che sono oggetto di analisi nel presente scritto. L'elemento che occorre valorizzare qui, piuttosto, è che nel momento in cui si riconduce l'ordinamento comunitario ad un sistema di *integrazione differenziata*, se ne conferma innanzitutto la natura di diritto internazionale. Come già argomentato più sopra, in questo contesto, la tesi dell'essenzialità della differenziazione trova sempre argomento nella persistente sovranità degli Stati membri.⁶⁶⁷

274. La differenziazione *tradizionale* a livello di diritto derivato ha infine trovato esplicito riconoscimento formale nel contesto del diritto

⁶⁶⁶ Più in particolare, è stato affermato che: «[i]n a wider sense, the creation of the Common Market may itself be understood as an example of enhanced cooperation establishing a mutually beneficial customs union in accordance with Article XIIV GATT 1947. The Common Market forged economic bonds beyond the regular obligations under the international trading system of the time. Similarly, the six founding members indirectly rebutted earlier attempts to promote European political, legal and cultural integration within the framework of the Council of Europe by establishing the European Communities as an avant-garde project. When we base our analysis on such a wide understanding of multiple-speed integration many features of international relations and European cooperation may indeed be interpreted as expressions of vanguard cooperation at multiple speeds» (così **THYM D.**, *The Political Character of Supranational Differentiation*, già cit. sub n. 511, a p. 3). Si precisa come, nel brano citato, l'uso della locuzione “in a wider sense” non si riferisce alla nozione di integrazione differenziata *in senso ampio* che è già stata introdotta; l'A. in commento, piuttosto, tende a classificare le tipologie di integrazione che possono aver luogo all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, distinguendo tra integrazione differenziata c.d. *politica* e non *politica*, a seconda che esse trovino o meno fondamento nel dissenso politico degli Stati membri rispetto alla nuova. Per un'illustrazione più approfondita di queste nozioni si rinvia *infra* ai Paragrafi 265(b) e (c). Cfr. anche, nelle scienze politiche: **DYSON K., SEPOS A.** (eds.), *Which Europe? The Politics of Differentiated Integration*, Palgrave Macmillan, 2010 e **LEUFFEN D., RITTBERGER B., SCHIMMELFENNING F.**, *Differentiated Integration, Explaining Variation in the European Union*, Palgrave Macmillan, 2013.

⁶⁶⁷ Cfr. La Sezione 2.1 *supra*. Cfr. **HANF D.**, *Flexibility Clauses in the Founding Treaties, from Rome to Nice*, già cit. sub n. 4; **OTT A.**, *EU Constitutional Boundaries to Differentiation: How to Reconcile Differentiation with Integration* già cit. sub n.4, p. 113- 138, cfr. anche **CURTIN D.**, *The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces*, già cit. sub n. 15, p. 1997 ss. L'integrazione differenziata c.d. *in senso stretto*, ossia realizzata mediante l'uso di strumenti giuridici comunitari, secondo la prospettiva qui adottata, costituisce un elemento intrinseco al processo di integrazione europea, tanto laddove essa sia posta in essere a livello di diritto primario, quanto nel caso in cui essa abbia luogo in sede di diritto derivato. Entrambi i fenomeni, inoltre, hanno caratterizzato l'ordinamento dell'Unione sin dalla conclusione del Trattato di Roma, e sono andati incontro ad una significativa espansione nel corso del tempo.

primario, con l'avvento dell'Atto Unico Europeo (AUE).⁶⁶⁸ La riforma, infatti, non solo ha esteso l'ambito di applicazione del voto a maggioranza qualificata per l'adozione delle delibere in Consiglio, contribuendo così ad una maggiore *flessibilità procedurale* del sistema,⁶⁶⁹ ma ha anche dilatato il novero delle ipotesi in cui risultava possibile prevedere delle differenze nell'ambito soggettivo di efficacia delle misure di armonizzazione, mediante l'introduzione di ulteriori istanze di differenziazione *tradizionale*, le quali non escludevano gli Stati estranei alla disciplina comune dal relativo *iter* di adozione ed emendamento. Grazie alle modifiche apportate dall'AUE, difatti, per la prima volta faceva capolino nel Trattato il concetto di *armonizzazione minima*, con l'introduzione di una specifica previsione nella materia della disciplina dell'ambiente di lavoro (Articolo 153 TFUE, ex articolo 137 del CE e 118a CEE). Questa concessione veniva poi espressamente estesa alla protezione dei consumatori e della salute pubblica, rispettivamente col Trattato di Maastricht e con quello di Amsterdam.⁶⁷⁰ Inoltre, l'AUE ha introdotto nel diritto primario l'espressa autorizzazione, a determinate condizioni, a procedere ad un'applicazione differenziata del diritto armonizzato, nonché ad introdurre, con lo stesso, deroghe di carattere temporaneo, nel contesto della realizzazione del mercato interno (si tratta della norma all'art. 27 TFUE, ex art. 15 CE, e art. 8c CEE).

L'elemento di maggior rilievo nel quadro di queste riforme, tuttavia, doveva individuarsi nell'introduzione delle nuove clausole di salvaguardia (art. 114 TFEU, ex art. 95 CE e art. 100a CEE), alle quali gli Stati membri potevano fare ricorso *ex post*, successivamente, cioè, all'introduzione delle misure di armonizzazione.⁶⁷¹ Questa previsione

⁶⁶⁸ Cfr **HANF D.**, *Flexibility Clauses in the Founding Treaties, from Rome to Nice*, già cit. sub n. 4, p. 12, ove si parla di "costituzionalizzazione", da parte dell'Atto Unico Europeo, delle tecniche di armonizzazione esistenti.

⁶⁶⁹ Per la nozione di *flessibilità procedurale* si rinvia *supra* alla Sezione 2.1.

⁶⁷⁰ Atto Unico Europeo, in GU L 169, 29 giugno 1987, p. 1.

⁶⁷¹ Cfr. gli artt. 100, par. 4, A (attualmente art. 114 TFUE) e 130 T CEE (attualmente art. 193 TFUE). Come afferma **HANF D.**, *Flexibility Clauses in the Founding Treaties, from Rome to Nice*, già cit. sub n. 4, p. 10: «[i]n substance, these provisions repealed the Court's case law which has excluded the possibility of Member States invoking primary law exceptions after harmonisation by the Community»; sub nota 23, p. 10, l'A. evidenzia inoltre come: «[n]either of the safeguard clauses provides explicitly for a limitation in time». Tuttavia, il ricorso a queste previsioni risultava assoggettato al controllo *ex ante* della Commissione ed *ex post* della Corte di giustizia. Cfr. in proposito **EHLERMANN C.-D.**, *The Internal Market Following the Single European Act*, Common Market Law Review, 1987, p. 361 ss; **JACQUET J.P.**, *L'Acte unique européen*, Revue trimestrielle de droit européen, 1986, p. 575-612; **SLOT P.J.**, *Harmonisation*, European Law Review, 1996, p. 378-387. Cfr. anche Sentenza della Corte del 20 marzo 2003, *Regno di Danimarca contro Commissione delle Comunità europee*, Causa C-3/00, in *Racc.* 2643;

è stata efficacemente definita come: «[a] *concession to those Member States that do not want to be forced to lower their domestic level of protection for certain legal assets in the course of implementing an harmonisation directive*», con la conseguenza che «[a]rt. 100a.4 EEC has been called the first “*opting-out authorisation*” in Community law, permitting an independent national action (*breakaway*)». ⁶⁷²

275. Nonostante tale riferimento alla nozione di *opt-out*, che più precisamente deve ricondursi al diverso modello della *differenziazione politica*, di cui si parlerà immediatamente, la dottrina è generalmente concorde nel ritenere che l'AUE fosse ancora legato ad un concetto *tradizionale* di differenziazione. Questo dal momento che l'AUE aveva introdotto nuove ipotesi di applicazione differenziata concernenti l'ambito soggettivo di efficacia di puntuali previsioni comuni, concesse in ragione di determinate circostanze di carattere obiettivo nel perseguimento degli obiettivi comunitari e nel contesto istituzionale unico della Comunità. Da questo punto di vista, l'omessa previsione di limiti temporali, che talora si riscontrava nella disciplina adottata in applicazione delle nuove clausole, si riteneva tutto sommato accettabile, considerato anche che, trattandosi di normativa secondaria, essa non solo rimaneva integralmente assoggettata ai meccanismi di controllo *ex ante* della Commissione, che doveva proporre l'adozione, ma era anche suscettibile di controllo giurisdizionale dinnanzi alla Corte di giustizia. ⁶⁷³

(b) Integrazione differenziata politica nel diritto primario dell'Unione

276. Alla luce di quanto esposto nei precedenti paragrafi, è possibile cogliere come il Trattato di Maastricht abbia costituito un punto di svolta nell'evoluzione delle forme di differenziazione *all'interno* dell'ordinamento giuridico comunitario. Mediante i regimi di *opt-out*

Sentenza della Corte del 21 gennaio 2003, *Repubblica federale di Germania contro Commissione delle Comunità europee*, Causa C-512/99, in *Racc.* 845.

⁶⁷² Cfr. **BLANKE H.-J., MANGIAMELI S. (eds.)**, *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, già cit. sub n. 17, p. 192; **EHLERMANN, C.-D.**, *Increased Differentiation or Stronger Uniformity*, già cit. sub n. 13.

⁶⁷³ **EHLERMANN, C.-D.**, *Increased Differentiation or Stronger Uniformity*, già cit. sub n. 13; così anche **DE BÚRCA G.**, *Differentiation Within the Core: The Case of the Common Market*, già cit. sub n. 119; **THYM D.**, *The Evolution of Supranational Differentiation*, già cit. sub n. 62; **OST N.**, *Flexibilität des Gemeinschaftsrechts – Von Notantrieb zum Vertragsprinzip? Die Öffentliche Verwaltung*, 1997, p. 495-503, a p. 497; **MARTENCZUK B.**, *Die differenzierte Integration nach dem Vertrag von Amsterdam*, già cit. sub n. 184.

concernenti l'Unione Economica e Monetaria,⁶⁷⁴ ed il c.d. Protocollo Sociale,⁶⁷⁵ infatti, lo stesso ha introdotto, direttamente a livello di diritto primario, forme di differenziazione che investivano la disciplina secondaria di quei settori.

277. Questa nuova istanza di differenziazione viene ricondotta, in dottrina, al modello della c.d. “*differenziazione sovranazionale*”.⁶⁷⁶ Tale denominazione, assegnata al fenomeno in commento da Thym, trae ispirazione dal fatto che, in queste istanze di differenziazione *in senso stretto*, analogamente a quanto accade nel contesto dei *partial agreements* di diritto internazionale, «[t]he differentiated legal effects do not flow from the contents of the legal act in question, but are the direct result of its general non-application to one or several Member States. Supranational differentiation in this meaning is defined by the limited geographic scope of Community law and the corresponding suspension of the voting rights of the non-participating Member States in the Council». Al contrario, la denominazione prescelta da Thym non allude ad alcuno in particolare dei significati che il termine “*sovranazionale*” ha assunto nel contesto dell’intenso dibattito in proposito registratosi nella dottrina.⁶⁷⁷ Ad ogni modo, al fine di dissociare la categoria dell’integrazione differenziata che ci si accinge ad esaminare da tale dibattuta questione, d’ora in poi vi si farà riferimento con la terminologia “*differenziazione politica*”. Difatti, il

⁶⁷⁴ Al contrario, l'applicazione del sistema dei criteri di convergenza, veniva ricondotta all'idea tradizionale di *multi-speed*. Così, ad esempio, TUYTSCHAEVER F., *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13.

⁶⁷⁵ Protocollo sulla Politica Sociale allegato al Trattato di Maastricht, in GU C 191, 29.7.1992.

⁶⁷⁶ Così anche BECERRIL B., *The regulation of enhanced cooperation and its reform in Lisbon: Towards a model of differentiation that is closer to the community method*, già cit. sub n. 15, p. 11-22. Altri Autori, invece, alludono a tali forme di differenziazione con la terminologia *variable geometry*, al fine di evidenziare come, a differenza della differenziazione *tradizionale* permessa in applicazione del principio di leale cooperazione (più o meno incontestabilmente ricondotta alla nozione di *multi-speed* o *two-speed Europe*), la nuova forma di flessibilità non implicasse (almeno non necessariamente) una fondamentale comunanza degli obiettivi perseguiti tra gli Stati membri che vi partecipavano e quelli che vi restavano esclusi (così, ad esempio, cfr. Curtin e Tuytschaever, nelle opere citate sub n. 496 e 645; cfr. anche STUBB A., *A Categorization of Differentiated Integration*, già cit. sub n. 56, p. 283-295).

⁶⁷⁷ Si rinvia in proposito alla lettura di ANZILOTTI D., *Corso di diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1955, p. 146 e ss; SPERDUTI G., *La C.E.C.A., ente sovranazionale*, CEDAM, Padova, 1960; AGO R., *Le organizzazioni internazionali e le loro funzioni nel campo dell'attività interna degli Stati*, in Studi in onore di G. M. Francesco, Milano 1956, p. 1 ss.; BALLADORE PALLIERI G., *Diritto internazionale pubblico*, Milano, 1956, p. 169 e ss; MONACO V.R., *Le comunità sovranazionali nell'ordinamento internazionale*, in *La Comunità internazionale*, 1953, p. 441 e ss.

proprium di tale tipologia di differenziazione in senso stretto è stato individuato da Thym nel fatto che essa trova fondamento «*on the national political decision not to participate in certain integration projects*». In altre parole, come bene chiarito dall'Autore in commento, «[the p]olitical will, not objective economic differences, determine the geographic reach of the respective European measures». Conseguenza di tale caratteristica sarebbe stata che, non perseguendo la disciplina integrata a formazione ed applicazione differenziata gli obiettivi comuni agli Stati membri nel loro insieme, non poteva darsi per scontato che, presto o tardi, gli Stati non partecipanti vi avrebbero preso parte, con la conseguenza che la differenziazione politica avrebbe potuto rimanere in piedi senza limiti di tempo.

278. Non si ritiene, al contrario, che in questo contesto si debba attribuire rilevanza eccessiva alla notazione – peraltro condivisibile – per cui le prime forme di differenziazione *politica* esplicitamente ammesse dai Trattati a livello di diritto secondario, per quanto sotto il profilo strettamente politico-sociologico fossero definibili come *negative* (ponendosi l'accento sulla mancata partecipazione, da parte del Regno Unito, dell'Irlanda e della Danimarca ai menzionati regimi comuni), dal punto di vista schiettamente giuridico avessero carattere *positivo*.⁶⁷⁸ In questi casi, infatti, il carattere positivo della differenziazione si poneva come conseguenza strutturale della specifica forma di flessibilità introdotta, ma non finiva per costituirne elemento individuatorio. Non si ritiene possibile, in altri termini, utilizzare le istanze di integrazione differenziata *politica* contenute nel Trattato di Amsterdam per eleggere il carattere positivo ad elemento definitorio della differenziazione *politica* in generale. In primo luogo, va precisato che, *l'integrazione differenziata di tipo positivo* già a quel tempo non rappresentava una possibilità inedita. Essa, infatti, poteva registrarsi tanto nel contesto della differenziazione *in senso ampio*, ossia nella risalente pratica degli accordi *inter se*, quanto all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione, ove, sebbene necessariamente giustificata sulla base di ragioni di carattere obiettivo, essa era già presente in certe fonti derivate.⁶⁷⁹ Di conseguenza, il carattere *positivo* non può eleggersi ad elemento definitorio sufficiente. Allo stesso modo, esso nemmeno costituisce un elemento necessariamente presente nella differenziazione *politica* in genere, restando sempre

⁶⁷⁸ Permettendo, nella sostanza, ad un gruppo limitato di Stati Membri volenterosi l'introduzione di nuove istanze di disciplina soltanto a loro comune, all'interno dell'ordinamento comunitario. Cfr. **GUILLARD C.**, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, già cit. sub n. 59.

⁶⁷⁹ Cfr. *supra*, rispettivamente i Paragrafi 3.2.1 e 265(a):

possibile che la differenziazione *politica* sia negativa, ove prescritta in sede di diritto primario (Trattati e Protocolli), con riferimento alla disciplina integrata dello stesso rango.⁶⁸⁰

279. Piuttosto, occorre evidenziare che, costituendo l'integrazione differenziata *politica* una forma di integrazione *in assenza di obiettivi comuni*, e dunque non giustificabile in applicazione del principio di non discriminazione, essa richiedeva necessariamente di essere introdotta (nel caso di differenziazione *attuale*) o quantomeno di essere autorizzata (nel caso differenziazione *potenziale*, da realizzarsi con diritto derivato) da apposita previsione di diritto primario.⁶⁸¹ Alla luce di questo, si comprende come, di conseguenza, fosse la disciplina differenziata di tipo *politico* introdotta a livello secondario, e preventivamente autorizzata a livello primario, a porsi necessariamente come positiva. Ciò valeva, ad esempio, per la disciplina di diritto derivato adottata dagli Stati parte dell'UEM.⁶⁸²

280. La necessità di un'espressa e specifica autorizzazione a livello primario, sottolinea il carattere strettamente politico di tale forma di differenziazione (e ne giustifica la denominazione). Come si è già detto, l'autorizzazione del diritto primario è invero necessaria per tutte le forme di differenziazione realizzate all'interno dell'ordinamento dell'Unione. Tuttavia, mentre nel caso della differenziazione *tradizionale* si tratta di un'autorizzazione concessa dai Trattati *ab initio*, in quanto insita nei principi generali dell'ordinamento e pertanto in piena linea con i suoi obiettivi, nel caso di quella *politica* essa interviene *ex post* ed ha come effetto, al contrario, quello di rendere opzionali (quantomeno parzialmente) certi obiettivi definiti "comuni" dai

⁶⁸⁰ Cfr. da ultimo il già menzionato Protocollo n. 30 al Trattato di Lisbona, sull'Applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea alla Polonia e al Regno Unito: il carattere evidentemente *politico* di tale forma di differenziazione non implica che gli Stati della Polonia e del Regno Unito siano in misura inferiore autori della disciplina integrata o non possano prendere parte al suo futuro emendamento.

⁶⁸¹ Cfr. **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, p. 157 ss., che in proposito parla di *integrazione à la carte*. Questo modello integrativo, secondo l'Autore, avrebbe il pregio di coprire le lacune lasciate dall'integrazione comunitaria e dalla cooperazione intergovernativa tramite accordi *inter se* («*in particular, by means of integration à la carte, it becomes possible to bring within the realm of EU activities co-operation projects which the willing Member States would normally have to pursue outside the EU framework*»). Cfr. anche **DEWOST J.-L.**, *Des espaces restreints d'intervention sont-ils compatibles avec l'ordre juridique européen?*, già cit. sub n. 88.

⁶⁸² Cosa che dal Trattato di Amsterdam in poi varrà anche per i casi di più generalizzata autorizzazione alla differenziazione, ricadenti nella clausola di cooperazione rafforzata. Cfr. *infra* 1.1.1(c).

Trattati originari.⁶⁸³ Se, dunque, si concorda con la teoria per cui i caratteri della differenziazione *politica* di diritto derivato contribuiscono ad avvicinarla all'integrazione realizzata direttamente mediante accordo internazionale *inter se*, non si ritiene che ciò basti ad escluderne la natura autenticamente comunitaria.⁶⁸⁴ Del pari, come si spiegherà più approfonditamente nella prossima Sezione, la differenziazione politica non risulta necessariamente estranea all'applicazione del c.d. *metodo comunitario*, che, al contrario, si riscontra appieno nell'attuale disciplina della cooperazione rafforzata.⁶⁸⁵

281. Alla luce di quanto esposto, inoltre, mutuando l'espressione dalla dottrina maggioritaria, si può parlare di rilevanza *costituzionale* della differenziazione politica, dal momento che essa richiede di essere legittimata da una fonte di diritto primario. In proposito, pertanto, la dottrina ha evidenziato che ogni estensione della possibilità di fare ricorso alla *differenziazione politica*, mediante una revisione dei Trattati originari, implica una modifica di natura autenticamente *costituzionale* dell'ordinamento.⁶⁸⁶ Si sono già introdotti i limiti di tale prospettiva,

⁶⁸³ Cfr. **WEATHERILL S.**, *subsidiarity, Flexibility and New Forms of Governance*, già cit. sub n. 180, p. 570-579.

⁶⁸⁴ Cfr. **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, p. 161 ss; l'A. cita la posizione contraria di **WIMMER P. T.**, *Vers une Europe a la Carte Apres Maastricht?: Analyse des derogations a l'acquis communautaire*, Working Paper no. 6, Presses Interuniversitaires Europeennes, Brussels, 1995.

⁶⁸⁵ Si tratta di una questione che verrà analizzata in modo approfondito con riferimento alla cooperazione rafforzata, nella Sezione 0.

⁶⁸⁶ Cfr. **DE BÚRCA G.**, *Differentiation Within the Core: The Case of the Common Market*, già cit. sub n. 119, p. 149; cfr. anche **CHALTIEL F.**, *Le Traité d'Amsterdam et la Coopération Renforcée*, già cit. sub n. 133; l'A., con riferimento alla previsione delle cooperazioni rafforzate, pur premettendo l'indiscussa natura internazionalistica del Trattato di Amsterdam, giustifica il ricorso al termine *costituzionale* nella misura in cui tale linguaggio viene impiegato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, con riferimento al diritto primario dell'Unione, specie quello incorporato nei Trattati istitutivi (cfr. Sentenza della Corte del 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts" contro Parlamento europeo*, causa 294/83 già cit. sub n. 368; Ordinanza della Corte del 6 dicembre 1990, *J.J. Zwartveld e altri, causa C-2/88*, già cit. sub n. 368; *Parere della Corte del 14 dicembre 1991. Parere emesso ai sensi dell'art. 228, n. 1, secondo comma, del Trattato CEE - Progetto di accordo tra la Comunità ed i paesi dell'Associazione europea di libero scambio relativo alla creazione dello Spazio economico europeo*, Parere 1/91, già cit. sub n. 368) oltre che, sullo stesso senso, dalla parte della dottrina (cfr. sempre già cit. sub n. 368). Cfr. anche **SHAW, J.**, *Relating Constitutionalism and Flexibility in the European Union*, in **DE BÚRCA G., SCOTT, J.** (eds.), *Constitutional change in the European Union*, già cit. sub n. 405, p. 352: «*Amsterdam may be a key constitutional moment in the history of flexible integration in the EU with its formal acceptance of differentiation into the core of the constitutional order and with its attempt to systematise constitutional principles of closer cooperation*».

che porta all'estensione della categoria del diritto costituzionale al diritto dell'UE senza le dovute specificazioni, e pertanto si avvale di un linguaggio in fondo *decontestualizzato* e potenzialmente fuorviante. Si è già spiegato, inoltre, come la tendenza ad identificare le previsioni di diritto primario per ciò solo come “*costituzionali*”, rigorosamente intesa, trova spiegazione solo all'interno una visione sostanzialmente monista del fenomeno dell'integrazione comunitaria, tuttora prevalente in dottrina.⁶⁸⁷ Si è anche fatto cenno che a tale dottrina si associa il c.d. *dogma* dell'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione, sul si dirà di più nel prossimo Capitolo.⁶⁸⁸

282. Muovendo dalle basi teoriche della dottrina *pluralista*, si può invece argomentare che la *legittimazione* a livello primario della differenziazione realizzabile in sede di diritto derivato non costituisce che la trasposizione formale del dato sostanziale, intrinseco alla natura dell'ordinamento comunitario, della conservazione della sovranità internazionale degli Stati membri.⁶⁸⁹ Rovesciando la prospettiva accolta dalla dottrina in ordine ad un supposto principio di unità dell'ordinamento comunitario, si è sostenuto che è al contrario la *differenziazione* stessa a costituire un dato tutto sommato *essenziale* del

⁶⁸⁷ Cfr. *supra* la Sezione 2.3.

⁶⁸⁸ Cfr. *supra* la Sezione 1.1.

⁶⁸⁹ Analogamente a quanto poteva dirsi sino al Trattato di Lisbona, per l'ipotesi di fuoriuscita degli Stati membri dall'Unione (vedi *supra* la Sezione 2.4). È dunque in questi termini che si ritiene le posizioni avanzate in dottrina, per cui la differenziazione *politica* avrebbe ricevuto legittimazione, in termini di principio organizzativo *costituzionale* dell'Unione, soltanto col Trattato di Amsterdam. Così, ad esempio, si sostiene in **DASHWOOD A.** (ed), *Reviewing Maastricht: Issues for the 1996 IGC*, già cit. sub n. 662, in particolare alle p. 42-43. L'A. aggiunge anche che, stante la rilevanza delle modifiche così introdotte, «*the main challenge posed by this compromise is to ensure that no irreparable harm is done to the legal foundations of the Union, or to the good functioning of its institutions, thorough an excessive fragmentation or incoherence in the Union's activities*». Cfr. anche **DOUGAN M.**, *The Unfinished Business of Enhanced Cooperation: Some Institutional Questions and their Constitutional Implications*, già cit. sub n. 58, ove si afferma che la differenziazione sarebbe stata elevata a principio costituzionale centrale («*core constitutional principle*»), mediante l'introduzione dello strumento della cooperazione rafforzata da parte del Trattato di Amsterdam.

Cfr., invece, con valutazione più drastica, **HARMSSEN R.**, *A European Union of Variable Geometry: Problems and Perspectives*, già cit. sub n. 111, p. 109 *et seq.* Secondo l'A., la differenziazione *politica* non potrebbe essere introdotta nemmeno in virtù di una revisione dei Trattati, ove finisse per toccare i valori supremi, o *sovracostituzionali*, dell'ordinamento. Tra questi valori essenziali, rispetto ai quali si evidenzia la necessità di conservare un livello minimo di uniformità in tutti gli Stati Membri, l'A. contempla anche i principi basilari del diritto del mercato interno, compresa la tutela della concorrenza.

sistema, sul quale i membri del consorzio comunitario, di comune accordo, possono sviluppare forme più raffinate e stringenti di azione comune. In linea con tali riflessioni, Thym afferma in modo condivisibile che l'integrazione differenziata avente carattere *politico*: «*is thus a specific expression of Europe's ever closer union being 'united in diversity', which the Constitutional/Lisbon Treaty would establish as the Union's symbolic motto*». Essa, inoltre, secondo l'A. «*introduces a counterpoint to the teleological understanding of European integration with its presumption that 'more Europe' must be the outcome of the project. Complementing the principle of subsidiarity, it may serve as a valuable contribution to preserve and fine-tune the federal balance between the Union and its Member States*». ⁶⁹⁰

283. Il legame tra *differenziazione politica* e persistente sovranità degli Stati membri risulta ancora più accentuato se si considera come la possibilità di rendere opzionali gli obiettivi comuni, avvenuta con il Trattato di Maastricht, si concentrasse proprio sulle materie dotate sicura incidenza sul mercato interno. Quest'ultimo costituisce, infatti, di uno degli obiettivi centrali dell'ordinamento comunitario, e per questo viene definito dalla dottrina maggioritaria in termini di “*substantive hard core*”, oltre ad essere comunemente additato come paradigma per la progressiva integrazione politica degli Stati membri. ⁶⁹¹ È fondamentalmente per questa ragione che, secondo

⁶⁹⁰ Così **THYM D.**, *The Evolution of Supranational Differentiation*, già cit. sub n. 62, p. 13 (Cfr anche **THYM D.**, *The Political Character of Supranational Differentiation*, *European Law Review*, 2006, p. 781-799; **WALKER N.**, *Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union*, *European Law Journal*, 1998, p. 355-388, alle p. 375-378; **HATJE A.**, *Grenzen der Flexibilität einer erweiterten Europäischen Union*, *Europarecht*, 2005, p. 148-161, in particolare p. 151 *et seq.*, citati dallo stesso A). Si tratta di un'interpretazione che, si è già detto, trova riscontro nelle più recenti modifiche del diritto primario, intervenute con il Trattato di Lisbona (cfr. *supra* il Paragrafo 2.4). Le stesse, invero, hanno portato più di un commentatore ad esprimere un certo disorientamento rispetto alla percepita *ambivalenza* del trattato di riforma, con un'enfasi particolare per quanto concerne il tema della differenziazione. Per un esame più approfondito di questi aspetti, così come dei rapporti tra integrazione differenziata e principio di sussidiarietà, si rinvia *infra* alla Sezione 3.4.

⁶⁹¹ Cfr. **CURTIN D.**, *The Shaping of a European Constitution and the 1996 IGC*, già cit. sub n. 13; **KERBER W.**, *Interjurisdictional Competition within the European Union*, già cit. sub n. 655, p. 217 *et seq.*; **DE BÚRCA G.**, *Differentiation Within the Core: The Case of the Common Market*, già cit. sub n. 119, p. 149. Secondo Pocar, lo specifico divieto all'art. 326, comma 2, seconda parte, TFUE, per cui le cooperazioni rafforzate «[n]on possono costituire un ostacolo né una discriminazione per gli scambi tra gli Stati membri, né possono provocare distorsioni di concorrenza tra questi ultimi» si traduce nell'apposizione di un più stringente limite alla discrezionalità del Consiglio. Si tratterebbe, infatti, di un limite più stringente rispetto alla generica previsione secondo cui le cooperazioni rafforzate: «[n]on possono recare pregiudizio né al mercato interno né alla coesione economica, sociale e territoriale» (all'art. 326, comma 2, prima parte, TFUE). Difatti, secondo l'autore, «L'autorizzazione di una cooperazione più stretta fra alcuni Stati membri, che incida sul mercato sotto il profilo del non rispetto del principio di non discriminazione o delle stesse regole

alcuni autori, solo le forme *politiche* di differenziazione integrerebbero in senso proprio il concetto di *integrazione differenziata*.⁶⁹²

(c) Integrazione differenziata politica nel diritto derivato: la cooperazione rafforzata

284. Nello scenario così descritto, la riforma del diritto primario che si è accompagnata all'adozione del Trattato di Amsterdam del 1997, ha introdotto il nuovo istituto della *cooperazione rafforzata*.⁶⁹³ Tramite la cooperazione, il Trattato di riforma conferiva agli Stati membri una sorta di autorizzazione *ex ante* a procedere ad una *potenziale* integrazione differenziata *positiva*, in sede di diritto derivato ed all'interno di un'area non tassativamente delimitata di settori di competenza comunitaria, con la sola eccezione delle materie di competenza esclusiva della Comunità. In questo modo, si è generalizzata la possibilità per gli Stati membri di ricorrere alla *flessibilità* partecipativa fondata su ragioni politiche nell'approfondimento del processo di integrazione europea.⁶⁹⁴

di concorrenza verrebbe quindi a contraddire le fondamenta stesse dell'Unione europea, a differenza di altre restrizioni del mercato che potrebbero essere tollerate, almeno in presenza di certe condizioni» (così **POCAR F.**, *Brevi Note sulle Cooperazioni Rafforzate e il Diritto Internazionale Privato Europeo*, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2011, p. 297- 305, in particolare a p. 300).

⁶⁹² **DASHWOOD A. (ed)**, *Reviewing Maastricht: Issues for the 1996 IGC*, già cit. sub n. 662; **DASHWOOD A., DOUGAN M., RODGER B., SPAVENTA E., WYATT D.**, *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Hart, già cit. sub n. 174, p. 109-11, ove si afferma che l'integrazione differenziata (o *flessibilità*) rappresenta la tecnica specificamente destinata ad offrire soluzione alle difficoltà che gli Stati membri incontrano nel raggiungimento di un «*workable consensus*» in ordine al miglior modo di esercitare le competenze dell'Unione. Tale difficoltà si spiegherebbe specialmente alla luce della forte crescita dei settori di competenza comunitaria negli ultimi decenni, così come in ragione dell'allargamento dell'UE, e della conseguente accentuata eterogeneità tra Stati membri, a livello socio-economico ma anche e soprattutto socio-politico (cfr. anche **HARROP J.**, *The Political Economy of Integration in the EC*, già cit. sub n. 302).

⁶⁹³ Cfr. i nuovi artt. K.12, K1.5-K.17 del Trattato sull'Unione europea e il nuovo art. 5A del Trattato che istituisce la Comunità europea, introdotti dal del Trattato di Amsterdam.

⁶⁹⁴ Le condizioni di attivazione della cooperazione hanno subito un progressivo alleggerimento nel susseguirsi dei trattati di emendamento. Anche dal punto di vista dei limiti sostanziali di impiego dell'istituto, ci si è realisticamente accontentati di statuirne i casi di tassativa esclusione. Cfr. l'attuale art. 20 TUE, sul quale si tornerà più diffusamente nella prossima Sezione.

285. Siffatta possibilità, invero, veniva subordinata alla concreta concessione, nel contesto di specifico procedimento interistituzionale, di una decisione autorizzativa in ultima istanza facente capo al Consiglio.⁶⁹⁵ Ciò avveniva, inoltre, ammettendo implicitamente che la differenziazione fondata esclusivamente su motivazioni politiche non fosse necessariamente limitata nel tempo,⁶⁹⁶ sancendo esplicitamente le ripercussioni di carattere istituzionale conseguenti alla mancata partecipazione al diritto integrato da parte di alcuni Stati membri (c.d. Stati membri *out*),⁶⁹⁷ e chiarendo l'ambito soggettivo di efficacia e vigenza del diritto derivato adottato nell'ambito della cooperazione rafforzata (comunque la si voglia chiamare: *differenziazione politica, geometria variabile, o a la carte*).⁶⁹⁸

286. Applicando gli schemi classificatori illustrati precedentemente, al Paragrafo 3.1.2, le nuove norme si limitavano a prevedere un'autorizzazione *ex ante* (*differenziazione potenziale*) di carattere generale (*differenziazione generica*), operante in qualunque settore che non fosse di competenza esclusiva dell'Unione. Essa permetteva l'introduzione di nuove norme comunitarie (*differenziazione in senso stretto*), di cui autori e destinatari erano soltanto alcuni degli Stati membri (*differenziazione positiva*) non preventivamente specificati (*differenziazione generica dal punto di vista soggettivo*). In altri termini, le nuove norme introducevano uno schema generale entro il quale l'introduzione dell'integrazione differenziata *politica* risultava autorizzata. In questo modo, l'integrazione differenziata frutto delle scelte politiche degli Stati membri, da tecnica di esercizio condiviso

⁶⁹⁵ Cfr., in particolare, gli attuali artt. 20 TUE (ex artt. da 27 A a 27 E, da 40 a 40 B e da 43 a 45 TUE ed ex artt. da 11 a 11 A TCE) e. 326-329 TFUE.

⁶⁹⁶ Giacché il Trattato si limitava, così come tutt'ora si limita, a prevedere la *facoltà* degli Stati membri non partecipanti di fare ingresso nella cooperazione rafforzata, in qualunque momento e nel tendenziale pieno rispetto del principio di eguaglianza; al contrario, nessun obbligo è prescritto in proposito (art. 331 TUE).

⁶⁹⁷ Cfr., in particolare, l'art. 330 TFUE (ex articoli da 27 A a 27 E, da 40 a 40 B e da 43 a 45 del TUE ed ex articoli 11 e 11 A del TCE). Un elemento che in proposito ha suscitato un certo interesse nella dottrina concerne il riconoscimento, nel contesto delle procedure di adozione degli atti di implementazione (art. 330(1) TFUE), del diritto di voto a vantaggio di tutti i membri del Parlamento europeo, compresi di quelli rappresentanti i cittadini degli Stati membri che non partecipano alla disciplina comune. Il punto, che si giustifica in virtù della natura comunitaria di tali atti e del relativo procedimento di adozione, sarà approfondito più diffusamente nella prossima Sezione.

⁶⁹⁸ Benché presenti delle relazioni particolari con la disciplina di diritto derivato comune a tutti gli Stati, aspetto su cui ci si soffermerà più in dettaglio *infra* al Paragrafo 3.4.2.

delle sovranità nazionali, destinata ad esplicarsi unicamente nel contesto politico - e dunque a livello internazionalistico, mediante gli strumenti di esercizio delle singole sovranità nazionali (accordi *inter se* e diritto primario dell'Unione) - , veniva elevata ad autentico strumento di diritto comunitario, del quale assumeva la natura e la forma, con tutti i correttivi necessari ad assicurare che essa fosse indirizzata a «promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione». ⁶⁹⁹

287. Per questa ragione, gli autori del Trattato di Amsterdam hanno cercato di circondare sia l'autorizzazione sia la messa in atto della cooperazione rafforzata di tutte le garanzie previste dal diritto dell'Unione per il diritto comunitario in generale. In particolare, vi è stata la volontà di isolare dagli effetti della disciplina differenziata la sfera giuridica degli Stati membri non partecipanti, salvaguardandone in modo particolare le competenze. ⁷⁰⁰

Inoltre, la disciplina sostanziale di attuazione delle cooperazioni rafforzate è stata subordinata all'applicazione delle «*pertinenti disposizioni dei trattati*», congiuntamente al rispetto dei «*limiti e [delle] modalità*» appositamente previsti, lasciando per tale via aperta

⁶⁹⁹ Cfr. l'attuale art. 20, par. 1, secondo comma, TUE (ex artt. da 27 A a 27 E, da 40 a 40 B e da 43 a 45 TUE ed ex artt. da 11 a 11 A TCE). Questo dato, si argomenterà poi, letto congiuntamente ai limiti specifici dell'istituto (in particolare alla subordinazione alla disciplina derivata ordinaria) ed al principio di sussidiarietà, quale base ineludibile di ogni iniziativa di integrazione positiva (cfr. **GAJA G.**, *How Flexible is Flexibility Under the Amsterdam Treaty?*, già cit. sub n. 133; cfr. anche **ALEMANNO A., GARDE A.**, *The Emergence of an EU Lifestyle Policy: the Case of Alcohol, Tobacco and Unhealthy Diets*, *Common Market Law Review*, 2013, p. 1745–1786, in particolare alle p. 1761-1777 e **ALEMANNO A.**, *Out of Sight, out of Mind - Towards a New EU Tobacco Products Directive*, *Columbia Journal of European Law*, 2011, p. 197-241), rende difficile ammettere la possibilità che contemporaneamente trovino sviluppo di una pluralità di *monadi* di Stati membri, esercenti la medesima base giuridica in via di cooperazione rafforzata (cfr. invece **CHALTIEL F.**, *Le Traité d'Amsterdam et la Coopération Renforcée*, già cit. sub n. 133); allo stesso modo, è estremamente dubbio che, unicamente sulla base di tali disposizioni, possa effettivamente realizzarsi una *multi-tier Europe* (cfr. in proposito EDITORIAL COMMENTS, *Union Membership In Time of Crisis*, già cit. sub n. 16, *contra* **CORBETT R.**, *Two-Tier Europe-really?*, in **BLOCKMANS S.**, *Differentiated Integration in the EU. From Inside Looking out*, CEPS, Brussels, 2014).

⁷⁰⁰ Cfr. l'attuale art. 327(1) TFUE (ex artt. 27 A-27 E, 40-40 B, 43-45 TUE ed ex artt. 11-11 A TCE): «[I]e cooperazioni rafforzate rispettano le competenze, i diritti e gli obblighi degli Stati membri che non vi partecipano». Cfr. le censure avanzate dal Regno Unito, sul presupposto della violazione di tale norma, nel ricorso presentato avverso la decisione autorizzativa di una cooperazione rafforzata per l'istituzione di una imposta sulle transazioni finanziarie (cfr. Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 30 aprile 2014, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-209/13, già cit. sub n. 22, punti 19-21).

l'esperibilità del controllo di legittimità ad opera della Corte di giustizia sugli atti di autorizzazione e di messa in atto. Si trattava, in particolare, delle seguenti condizioni:⁷⁰¹ dell'intangibilità, espressamente prevista, da parte della disciplina differenziata, dell'*acquis* comunitario e dei settori maggiormente integrati dell'ordinamento comunitario, ossia del mercato interno e del suo assetto concorrenziale; dell'espressa esclusione dell'esercizio, per il tramite della cooperazione rafforzata, delle basi giuridiche ricadenti fra le competenze esclusive dell'Unione; del principio dell'*ultima ratio* del ricorso alla differenziazione *politica*, costituente forma radicale di scostamento dal principio generale di unità dell'azione comunitaria, a cui andava ricollegata anche la condizione della partecipazione di un numero minimo di Stati membri (la *c.d. massa critica*); ed infine, del principio del rispetto delle competenze, dei diritti e degli obblighi (ed inizialmente, con espressione ambigua, anche degli "*interests*") degli Stati membri non partecipanti, per i quali l'adesione alla cooperazione restava aperta in

⁷⁰¹ Cfr. l'art. K.15 del TUE (così come introdotto dal Trattato di Amsterdam), inerente le condizioni sostanziali di ricorso alla cooperazione rafforzata: «1. Gli Stati membri che intendono instaurare tra loro una cooperazione rafforzata possono far ricorso alle istituzioni, alle procedure e ai meccanismi previsti dal presente trattato e dal trattato che istituisce la Comunità europea, a condizione che la cooperazione:

- a) sia diretta a promuovere gli obiettivi dell'Unione e a proteggere e servire i suoi interessi;
- b) rispetti i principi dei suddetti trattati e il quadro istituzionale unico dell'Unione;
- c) venga utilizzata solo in ultima istanza, qualora non sia stato possibile raggiungere gli obiettivi dei suddetti trattati applicando le procedure pertinenti ivi contemplate;
- d) riguardi almeno la maggioranza degli Stati membri;
- e) non pregiudichi l'*acquis* comunitario e le misure adottate a norma delle altre disposizioni dei suddetti trattati;
- f) non pregiudichi le competenze, i diritti, gli obblighi e gli interessi degli Stati membri che non vi partecipano;
- g) sia aperta a tutti gli Stati membri e consenta loro di aderirvi in qualsiasi momento, fatto salvo il rispetto della decisione di base e delle decisioni adottate in tale ambito;
- h) ottemperi agli ulteriori criteri specifici definiti rispettivamente nell'articolo 5 A del trattato che istituisce la Comunità europea e nell'articolo K.12 del presente trattato, a seconda dei settori interessati, e sia autorizzata dal Consiglio secondo le procedure da essi previste.

2. Gli Stati membri applicano, per quanto li riguarda, gli atti e le decisioni adottati per l'attuazione della cooperazione cui partecipano. Gli Stati membri che non partecipano a tale cooperazione non ne ostacolano l'attuazione da parte degli Stati membri che vi partecipano».

Cfr. anche l'art. 5 A, par.1, del TCE, introdotto dal Trattato di Amsterdam: «1. Gli Stati membri che intendono instaurare tra loro una cooperazione rafforzata possono essere autorizzati, in osservanza degli articoli K.15 e K.16 del trattato sull'Unione europea, a ricorrere alle istituzioni, alle procedure e ai meccanismi previsti dal presente trattato, a condizione che la cooperazione proposta:

- a) non riguardi settori che rientrano nell'ambito della competenza esclusiva della Comunità
- b) non incida sulle politiche, sulle azioni o sui programmi comunitari;
- c) non riguardi la cittadinanza dell'Unione, né crei discriminazioni tra cittadini degli Stati membri;
- d) rimanga entro i limiti delle competenze conferite alla Comunità dal presente trattato;
- e) non costituisca una discriminazione né una restrizione negli scambi tra Stati membri e non produca una distorsione delle condizioni di concorrenza tra questi ultimi».

ogni tempo (*principio di apertura*).⁷⁰² Come si illustrerà meglio nella prossima Sezione, con riferimento tanto ai limiti sostanziali, quanto ai limiti procedurali che si sono appena richiamati, si è assistito, nel passaggio da un trattato di riforma all'altro, ad una progressiva estensione delle garanzie proprie del metodo comunitario.

288. Con particolare riferimento alla prescrizione del rispetto dell'*acquis*, si precisa che, già verso la metà degli anni Novanta, quando il dibattito sulla differenziazione aveva raggiunto un livello sino ad allora mai sperimentato, la dottrina si era sforzata di individuare il c.d. *hard core* (o *nocciolo duro*) del diritto comunitario. Tale espressione valeva ad indicare il novero dei settori rispetto ai quali si riteneva necessario preservare il principio dell'azione comune degli Stati membri, eventualmente frazionabile solo in attuazione di un modello *multi-speed*.⁷⁰³ Fra questi settori venivano individuati in maniera assolutamente concorde il diritto della concorrenza e del mercato interno; alla loro esclusione dall'ambito di applicazione del nuovo istituto, il Trattato di Amsterdam si premurava di aggiungere la

⁷⁰² Infine, risultava escluso che si potesse procedere a cooperazione rafforzata nel "secondo pilastro" (i.e. nel settore della politica estera e di sicurezza comune), ove il nuovo art. 23, par. 1, UE (attualmente art. 31, par 1, secondo comma, TUE) contemplava unicamente lo strumento dell'*astensione costruttiva*. In ordine all'estensione dell'ambito di applicazione del meccanismo della cooperazione rafforzata al settore della politica estera e di sicurezza comune ed a quello della difesa, intervenuto con il Trattato di Lisbona, si rinvia alla lettura di **CREMONA M.**, *Enhanced cooperation and the Common Foreign and Security and Defence Policies of the EU*, EUI Working Papers, Department of Law, 2009/21, 2009.

⁷⁰³ Cfr. *ex multis* **CURTIN D.**, *The Shaping of a European Constitution and the 1996 IGC*, già cit. sub n. 13, p. 244-249; **HARMSSEN R.**, *A European Union of Variable Geometry: Problems and Perspectives*, già cit. sub n. 111, 109 ss; **EHLERMANN, C.-D.**, *Increased Differentiation or Stronger Uniformity*, già cit. sub n. 13; **STUBB A.**, *A Categorization of Differentiated Integration*, già cit. sub n. 56, p. 283-295; **WEATHERILL S.**, *subsidiarity, Flexibility and New Forms of Governance*, già cit. sub n. 180, p. 570-579; **HARROP J.**, *The Political Economy of Integration in the EC*, già cit. sub n. 302, p. 262-267; **DE BURCA G.**, *Differentiation Within the Core: The Case of the Common Market*, già cit. sub n. 405; **DÉWATRIPONT M.**, **GIAVAZZI F.**, **VON HAGEN J.**, **HREN I.**, **PERSSON T.**, **ROLAND G.**, **ROSENTHAL H.**, **SAPIR A.**, **TABELLINI G.**, *Flexible Integration, Towards a More Effective and Democratic Europe*, già cit. sub n. 302; **WALLACE H.**, **WALLACE W.**, *Flying Together in a Larger and More Diverse European Union*, già cit. sub n. 125; **WESSEL W.**, *Flexibility, Differentiation and Closer Co-operation: The Amsterdam Provisions in the List of the Treaty Report*, in WESTLAKE M. (ed.), *The European Union Beyond Amsterdam: New Concepts of European Integration*, Routledge, London, 1998; **WEATHERILL S.**, *Safeguarding the Acquis Communautaire*, già cit. sub n. 302, p. 153-178; **WATSON P.**, *Social Policy After Maastricht*, già cit. sub n. 302; **BARNARD C.**, *A Social Policy for Europe: Politicians 1:0 Lawyers*, già cit. sub n. 302.

condizione generale del rispetto da parte delle cooperazioni rafforzate dell'*acquis communautaire*, così come la prescrizione che la cooperazione rafforzata «non costituisca una discriminazione né una restrizione negli scambi tra Stati membri e non produca una distorsione delle condizioni di concorrenza tra questi ultimi» (art. 5 A, par. 1, lett. e), TCE, introdotto dal Trattato di Amsterdam).⁷⁰⁴ Si trattava di cautele *politicamente* comprensibili, soprattutto se si considera che la cooperazione rafforzata generalizzava la possibilità di procedere in via differenziata al perseguimento degli obiettivi per i quali sino a poco prima si riteneva indispensabile l'azione unitaria dell'UE.⁷⁰⁵ In aggiunta, come si avrà modo di illustrare immediatamente, il Trattato di Amsterdam prevedeva che all'istituto si applicassero molte delle garanzie proprie del metodo comunitario. Anche alla luce di tali osservazioni, non si può pertanto condividere la posizione per cui con l'introduzione della cooperazione rafforzata «*the time of unanimous objective setting has passed*». ⁷⁰⁶ I limiti sostanziali e procedurali richiamati, difatti, confermavano piuttosto l'intenzione degli Stati membri di perseverare nel perseguimento degli obiettivi comuni.

289. Al contrario, ciò che a parere della scrivente l'introduzione della cooperazione rafforzata segnalava era l'apertura verso una più complessa articolazione delle modalità di perseguimento degli obiettivi comuni e delle relative tempistiche,⁷⁰⁷ per tutte quelle ipotesi in cui i principi che governavano il fenomeno dell'armonizzazione avessero spinto verso l'adozione di una disciplina integrata (integrazione *positiva*) che non incontrasse l'assenso politico di tutti gli Stati membri.⁷⁰⁸ Ancora di più, come si è detto, costituendo la

⁷⁰⁴ Cfr. l'attuale art. 326, par. 2, TFUE, che recita: «[e]sse 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».

⁷⁰⁵ Cfr. *supra* il Paragrafo 1.2.1(d).

⁷⁰⁶ Cfr. HANF D., *Flexibility Clauses in the Founding Treaties, from Rome to Nice*, già cit. sub n. 4.

⁷⁰⁷ Cfr. l'attuale art. 331 TFUE (ex artt. da 27 A a 27 E, da 40 a 40 B e da 43 a 45 TUE ed ex artt. 11 e 11 A TCE). Il c.d. principio di *apertura* comporta verso ciascuno degli Stati membri della cooperazione rafforzata unicamente il diritto degli Stati membri *out* di divenirne parte, ma non implica l'esistenza di un termine finale entro il quale l'unitarietà dell'azione comune debba essere necessariamente ripristinata.

⁷⁰⁸ Giacché, si sostiene, nel caso in cui la mancata partecipazione di taluno degli Stati membri dipendesse da un'obiettivo impossibile di carattere socio-economico, lo strumento della *differenziazione tradizionale* sarebbe più adeguato alla gestione delle esigenze del caso. Cfr. sul punto, con riferimento al trattamento riservato dal

differenziazione elemento intrinseco al processo d'integrazione, la scelta degli Stati membri di determinare un riposizionamento dei limiti della sua legittima esplicazione, conservando al contempo gli altri elementi essenziali del sistema comunitario, *in primis* il principio della separazione dei poteri e quello della protezione giurisdizionale dei diritti,⁷⁰⁹ era lungi dal determinare un sovrappiombamento della struttura *essenziale* dell'ordinamento, e nemmeno di quegli stessi elementi definiti *costituzionali* dalla letteratura monista. Come si esporrà immediatamente, questa tesi risulta confermata dalle successive riforme di diritto primario che hanno interessato la disciplina dell'istituto. Ciò vale specialmente per quelle riconducibili al Trattato di Lisbona che, si è già detto, valgono a consolidare i presupposti teorici delle argomentazioni sino ad ora esposte.

290. Con particolare riferimento alla disciplina puntuale dei limiti sostanziali di ricorso all'istituto della cooperazione rafforzata, si sottolinea che la stessa doveva interpretarsi piuttosto come la trasposizione nei Trattati dell'effettivo riconoscimento, da parte degli Stati membri, dell'esistenza di porzioni dell'ordinamento comunitario nelle quali il principio dell'azione comune – o meglio, il livello di integrazione raggiunto – non poteva essere messo in discussione nemmeno tramite le forme di differenziazione interne all'ordinamento comunitario. Per questa ragione, si ritiene, i limiti puntualmente richiamati non introducevano *ex novo* dei settori *off limits* per la cooperazione rafforzata, né, più in generale, per l'integrazione differenziata all'interno dell'ordinamento UE, ma ricalcavano gli spigoli vivi dei confini estremi oltre i quali non sarebbe stata possibile una (anche solo parziale) restituzione di sovranità agli Stati membri che in qualche modo non avesse implicato anche un'effettiva rivoluzione dell'ordinamento.⁷¹⁰ Di conseguenza il ricorso allo strumento rimaneva astrattamente possibile anche all'interno del

Trattato di Maastricht agli Stati membri che non soddisfacevano i criteri di convergenza necessari per la partecipazione alla moneta unica, evidenziato in **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, p. 149-153. Come si è visto nel Capitolo introduttivo, la maggior parte degli autori riconduce il caso della differenziazione giustificata da obiettive motivazioni di carattere economico-sociale al modello politico dell'Europa “*a due velocità*” o a “*più velocità*” (*two-speed Europe / multi-speed Europe*), che giuridicamente trova il suo modello nella *differenziazione tradizionale*, conseguente all'applicazione del principio di eguaglianza nel concreto esercizio delle basi giuridiche previste nei Trattati.

⁷⁰⁹ Questi diritti, come si è già detto *supra* al Paragrafo 2.4, secondo il modello dell'articolo 16 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1879, costituiscono gli elementi di carattere più autenticamente *costituzionale* della struttura dell'ordinamento interindividuale europeo.

⁷¹⁰ Quali erano, al contrario, quelli delle competenze esclusive.

settore del mercato comune, il quale del resto ricade tra le competenze non esclusive dell'Unione, sicché rispetto ad esso trova applicazione la previsione generale all'art. 20 TUE.

291. Come meglio precisato dalla Corte di giustizia nel caso del Pacchetto brevetti, rigettando le censure italiane e spagnole di incompatibilità con il diritto della concorrenza e del mercato interno del ricorso alla cooperazione rafforzata in materia di brevetto europeo con effetto unitario, deve escludersi la sussistenza di settori *hard core* del processo di integrazione, nei quali agli Stati membri sarebbe precluso in generale il ricorso alla differenziazione *politica* mediante l'uso di strumenti comunitari. La sola eccezione è, pertanto, rappresentata dall'esercizio in via di cooperazione rafforzata delle basi giuridiche per le quali gli Stati membri, padroni dei Trattati, hanno assegnato la competenza esclusiva all'UE (art. 3 TFUE). Di conseguenza, il ricorso allo strumento in parola risulta possibile anche all'interno del settore del mercato interno, ed anche con riferimento a quelle discipline che appaiono «*essenziali per il mantenimento di una concorrenza non falsata nel mercato interno*».⁷¹¹ Ciò che l'art. 326, comma 2, del TFUE vale a sanzionare, quando afferma che le cooperazioni rafforzate «*[n]on possono costituire un ostacolo né una discriminazione per gli scambi tra gli Stati membri, né possono provocare distorsioni di concorrenza tra questi ultimi*», è pertanto che esse, anche ove instaurate esercitando le basi giuridiche riconducibili al settore del mercato interno, non devono comportare alcun pregiudizio per il livello d'integrazione comunitaria anteriormente realizzata, mediante l'introduzione di qualunque disciplina con esso incompatibile e che possa segnare un ritorno al passato per alcuno degli Stati membri.⁷¹² In caso contrario, la differenziazione operata si tradurrebbe inevitabilmente in una forma di discriminazione, che, ove non giustificata in base al principio di eguaglianza (integrando così un'ipotesi di *differenziazione tradizionale*), determinerebbe l'invalidità della norma.⁷¹³

292. Gli argomenti appena sopra riportati, tuttavia, hanno sempre posto più di un dubbio. Una prima questione si è posta a causa

⁷¹¹ Sentenza della Corte (grande sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 22, p. 22.

⁷¹² In linea con tali notazioni sembra sostanzialmente la posizione di Weatherill, in **WEATHERILL S.**, *If I'd Wanted You to Understand I Would Have Explained it Better: What is the Purpose of the Provisions on Closer Co-operation Introduced by the Treaty of Amsterdam?*, già cit. sub n. 129.

⁷¹³ Cfr. in proposito più ampiamente i Paragrafi 265 (a) e (b) *supra*.

dell'ampia nozione di *mercato interno* accolta dai Trattati e, ancor più, dalla giurisprudenza, da cui conseguiva la constatazione, tuttora valida, della sostanziale inesistenza di settori del diritto comunitario che non lo sfiorino nemmeno di striscio.⁷¹⁴ Ciò sarebbe tutto sommato superabile, ove non si ponesse un secondo problema: il Trattato, infatti, non chiarisce i parametri in base ai quali stabilire l'esatto momento in cui la discriminazione tollerabile diventa *pregiudizievole* per il mercato interno o per il suo assetto concorrenziale. L'omissione sembra deporre a favore di una soluzione che privilegi la discrezionalità politica degli Stati membri in Consiglio, in sede di adozione della decisione autorizzativa. Questa sembra essere anche la soluzione seguita anche dalla Corte di giustizia nella sua famosa pronuncia di rigetto dei ricorsi instaurati da Italia e Spagna avverso la decisione autorizzativa di una cooperazione rafforzata in materia di tutela brevettuale unitaria.⁷¹⁵

293. In aggiunta, in un'ottica più ampia e rilevante per tutti i settori di competenza concorrente dell'Unione, suscettibili di essere attivati mediante cooperazione rafforzata ex art. 20 TUE, anche una volta risolta la questione di compatibilità tra la cooperazione rafforzata e la preesistente disciplina unitaria, vi è anche la necessità di assicurare che l'esercizio con atto di diritto derivato delle basi giuridiche nei Trattati rispetti i principi di sussidiarietà e proporzionalità (art. 5 TUE).⁷¹⁶ Pertanto, la questione non è soltanto quella di comprendere se l'armonizzazione positiva *differenziata* possa intaccare il livello di integrazione raggiunto, ma vi è anche la necessità di stabilire se il principio di sussidiarietà giustifichi l'esercizio della base giuridica attivata con la cooperazione rafforzata mediante atto di diritto

⁷¹⁴ **WEATHERILL S.**, *If I'd Wanted You to Understand I Would Have Explained it Better: What is the Purpose of the Provisions on Closer Co-operation Introduced by the Treaty of Amsterdam?*, già cit. sub n. 129. Giacché appare fortemente difficile che la disciplina differenziata non vi si ricollegli in qualche modo; il che, si sostiene, vale anche a dimostrare che sarebbe una contraddizione in termini affermare la piena esclusione del mercato interno dalla possibile operatività della cooperazione rafforzata. Cfr., in modo simile, anche **DE BÚRCA G.**, *Differentiation Within the Core: The Case of the Common Market*, già cit. sub n. 119

⁷¹⁵ Cfr. Sentenza della Corte (grande sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, Cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 22, p. 75-78.

⁷¹⁶ Alla questione sarà dedicato il Paragrafo 3.4.2.

dell'Unione.⁷¹⁷ I rapporti tra cooperazione rafforzata e l'integrazione nel settore del mercato interno, così come quelli tra cooperazione rafforzata ed il principio di sussidiarietà, solo raramente sono stati analizzati in letteratura.⁷¹⁸ Si tratta di questioni che paiono tuttora incerte, come emerge dal contenzioso che ha accompagnato l'introduzione del c.d. Pacchetto sul Brevetto Europeo con effetto unitario, e che pertanto si cercheranno di affrontare nei prossimi paragrafi.⁷¹⁹

⁷¹⁷ Ulteriore questione è se e in quali termini la valutazione di sussidiarietà operata in sede di autorizzazione della cooperazione sia vincolante durante la fase della sua attuazione. Anche per l'analisi di questa questione si rinvia *infra* al Paragrafo 3.4.2.

⁷¹⁸ Per qualche esempio cfr. **BRIBOSIA H.**, *De la subsidiarité à la coopération renforcée*, già cit. sub n. 57; **BRIBOSIA H.**, *Différenciation et avant-gardes au sein de l'Union Européenne. Bilan et perspectives du Traité d'Amsterdam*, Cahiers du Droit de l'Union Européenne, 2000, p. 57-115; **DE BÚRCA G.**, *Legal Principles as an instrument of differentiation? The principles of proportionality and subsidiarity*, già cit. sub n. 56.

⁷¹⁹ Cfr. la sentenza della Corte (grande sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, già cit. sub n. 22. In particolare appaiono emblematiche le affermazioni della Corte, ai punti 62 e 63 della sentenza: «[...] i brevetti europei rilasciati conformemente alle norme della CBE non conferiscono una protezione uniforme negli Stati aderenti a tale convenzione, ma garantiscono, in ciascuno di tali Stati, una tutela la cui portata è definita dal diritto nazionale. Il brevetto unitario delineato dalla decisione impugnata conferirebbe invece una tutela uniforme sul territorio di tutti gli Stati membri partecipanti alla cooperazione rafforzata. Di conseguenza, l'argomentazione dei ricorrenti secondo cui la tutela conferita da tale brevetto unitario non apporterebbe benefici in termini di uniformità, e dunque di integrazione, rispetto alla situazione derivante dall'attuazione delle norme previste dalla CBE dev'essere respinta in quanto infondata». Allo stesso modo, i rilievi mossi non sembrano pienamente considerati nemmeno al punto 68 («[p]er quanto riguarda, invece, i termini «nell'Unione» e «a livello di Unione» impiegati all'articolo 118 TFUE, si deve rilevare che è insito nel fatto che la competenza attribuita da detto articolo sia, nella fattispecie, esercitata a titolo di cooperazione rafforzata che il titolo europeo di proprietà in tal modo creato, la protezione uniforme da esso conferita ed i regimi che lo integrano saranno in vigore unicamente sul territorio degli Stati membri partecipanti, e non in tutta l'Unione. Tale conseguenza, lungi dal costituire una violazione dell'articolo 118 TFUE, deriva necessariamente dall'articolo 20 TUE, il quale, al paragrafo 4, dispone che «[g]li atti adottati nel quadro di una cooperazione rafforzata vincolano solo gli Stati membri partecipanti»), invocato al successivo punto 75 a dimostrazione del fatto che «[...] non si può validamente sostenere che, proponendo di creare un brevetto unitario applicabile negli Stati membri partecipanti e non in tutta l'Unione, la decisione impugnata arrechi pregiudizio al mercato interno o alla coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione». Dubbi possono esprimersi anche rispetto alla effettiva soddisfazione della promessa della Corte di verificare il rispetto di tali limiti in sede di impugnazione dei regolamenti di attuazione della decisione autorizzativa (cfr. i p. 76-77).

**SEZIONE 3.4: L'ISTITUTO DELLA COOPERAZIONE RAFFORZATA:
L'ESTENSIONE DEL METODO COMUNITARIO ALL'INTEGRAZIONE
DIFFERENZIATA C.D. POLITICA**

3.4.1 La disciplina della cooperazione rafforzata dal Trattato di Amsterdam a Lisbona e la *comunitarizzazione* della cooperazione rafforzata

(a) *Premessa: metodo comunitario e metodo intergovernativo*

294. Alla luce dell'analisi del fenomeno dell'integrazione differenziata svolta nella precedente Sezione, risulta ora possibile operare delle riflessioni più approfondite in ordine allo strumento della cooperazione rafforzata. In particolare, secondo la lettura che si vuole proporre, la disciplina dell'istituto dà piena attuazione alle garanzie che contraddistinguono il c.d. metodo comunitario e dei principi che ne governano il funzionamento. Tale *comunitarizzazione* della cooperazione rafforzata si è raggiunta compiutamente per mezzo delle modifiche del diritto primario che hanno interessato l'istituto, a seguito della sua introduzione nell'ordinamento.
295. Prima di procedere ad una disamina più approfondita degli elementi che consentono di affermare la piena corrispondenza al metodo comunitario della cooperazione rafforzata, si ritiene di premettere dei brevi cenni in ordine alla nozione di metodo comunitario che viene qui accolta.⁷²⁰ Secondo la posizione

⁷²⁰ Come s'illustrerà nel prossimo capitolo, cui si rinvia, una parte della dottrina e della classe politica sembra attualmente discostarsi dalla concezione tradizionale del metodo comunitario, così come dalla classica dicotomia *metodo comunitario/metodo intergovernativo*, e specula attorno alla configurabilità di un metodo *terzo*, il c.d. *metodo dell'Unione*, caratterizzante il procedimento di produzione normativa a seguito della sostituzione e successione alla dell'Unione europea alla Comunità (cfr. art. 1, co. 3, TUE, così come modificato dal Trattato di Lisbona).

Per più approfondite riflessioni sulla nozione di *metodo comunitario* siccome contrapposto ai c.d. *new methods of governance* cui l'Unione tende recentemente a fare ricorso e sugli strumenti giuridici in cui essi trovano espressione, si rinvia a **SCOTT J., TRUBEK D.M.**, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, *European Law Journal*, 2002, p. 1-18; **ARMSTRONG K.**, *The New Governance of EU Fiscal Discipline*, *European Law Review*, 2013, p. 601-617; **HODSON D.**, *Governing the Euro Area in Good Times and Bad*, Oxford: Oxford University Press, 2011; **DEHOUSSE R.** *The 'Community Method' at Sixty*, in DEHOUSSE R. *The 'Community Method': Obstinate or Obsolete?*, Palgrave Macmillan, 2011R (ed), *The 'Community Method': Obstinate or Obsolete?*, Palgrave Macmillan, 2011;

tradizionalmente accolta, non sempre l'attività di produzione normativa in seno all'UE risulta caratterizzata dagli elementi costitutivi del c.d. metodo comunitario. Al contempo, tale metodo non trova applicazione al di fuori dell'ordinamento dell'Unione, e pertanto costituisce un *unicum* in questo contesto.

296. In un famoso *memorandum* esplicativo, redatto nel 2002 dalla Commissione europea, in vista della negoziazione del Trattato Costituzione, il metodo comunitario veniva definito come «una procedura decisionale che consente il funzionamento trasparente, efficace e democratico dell'Unione europea. Esso si fonda sull'interazione tra tre istituzioni autonome: la Commissione europea, il Parlamento europeo e il Consiglio [...] (che formano il cosiddetto "triangolo istituzionale")» In quanto tale, siffatta interazione permette il pieno dispiegarsi del ruolo delle istituzioni comuni, ed in particolare della Commissione, nella sua funzione di istituzione deputata ad individuare l'interesse generale (o *comunitario*), a sua volta definito come la sintesi degli interessi comuni degli Stati membri, qualitativamente distinto dalla loro somma o dal loro minimo comun denominatore.⁷²¹ Il medesimo testo, inoltre, individuava i caratteri distintivi del metodo comunitario negli elementi riportati di seguito: «la Commissione europea detiene il monopolio dell'iniziativa legislativa, che esercita nell'interesse europeo generale; - il Consiglio [...], che rappresenta gli Stati membri, decide a maggioranza qualificata sulla maggior parte delle materie; - il Parlamento europeo, eletto direttamente dai cittadini europei, interviene nel processo legislativo o viene quanto meno consultato; - il Consiglio [...] può modificare le proposte della Commissione solo all'unanimità; - l'attuazione delle politiche dell'Unione europea spetta in linea di principio agli Stati membri; - le istituzioni dell'Unione europea possono anch'esse concorrere all'attuazione, in

DAWSON M., *New Modes of Governance*, in PATERSON D. SÖDERSTEN A. (eds.), *Blackwell Companion to European and International Law*, Blackwell, 2014.

⁷²¹ **PONZANO P.**, *Méthode intergouvernementale ou méthode communautaire: une querelle sans intérêt*, Les Brefs, Notre Europe, 2011, già cit. sub n. 16. L' A. spiega la distinzione nei seguenti termini: «[L]a méthode communautaire confie à la Commission européenne le soin d'identifier, après avoir analysé les positions nationales et après avoir consulté toutes les parties intéressées, l'intérêt général européen, qui n'équivaut pas nécessairement à la somme des intérêts nationaux des États membres (exemple bien connu: les États membres pourraient avoir individuellement intérêt à augmenter leurs quotas de captures de pêche, alors que l'Union dans son ensemble pourrait avoir intérêt à les réduire dans une année déterminée afin de préserver les ressources halieutiques à l'avenir). Par conséquent, la Commission n'est pas obligée à rechercher le plus petit dénominateur commun entre les positions ou les législations nationales, car l'intérêt européen dans un dossier déterminé pourrait être celui de choisir la législation nationale la plus avancée (par exemple la législation finlandaise en matière de commerce électronique) ou une solution originale qui tienne compte davantage des intérêts de certains États membres (par exemple des pays producteurs ou des pays consommateurs dans la définition d'un marché européen de l'énergie)».

particolare qualora si renda necessario un approccio armonizzato. Il Consiglio [...] delega poteri esecutivi alla Commissione, la quale viene spesso assistita da comitati composti da rappresentanti delle amministrazioni nazionali; - le istituzioni dell'Unione europea, gli Stati membri, nonché le parti interessate possono far ricorso alla Corte di giustizia [...]. Alla Commissione europea ("custode dei trattati") spetta un ruolo fondamentale nei ricorsi per inadempimento contro gli Stati membri proposti davanti alla Corte».⁷²²

Il Trattato di Lisbona ha trasfuso l'insieme di questi elementi nelle procedure legislative, ed in particolare in quella c.d. procedura legislativa ordinaria, ex art. 294 TFUE, che trova applicazione generalizzata rispetto alle basi giuridiche in esso comprese, in modo da segnalare che tutto ciò può essere comunque compatibile con procedure interistituzionali non legislative, come ad esempio in materia di regolamentazione *antitrust*.

297. Per contrasto, il c.d. *metodo intergovernativo* rappresenta il modello di produzione normativa per antonomasia nel contesto del diritto internazionale e si caratterizza per il fatto di richiedere il concorso della volontà unanime di tutti gli Stati membri in vista della produzione del diritto nuovo (tecniche del *consensus* e dell'accordo unanime). La tradizionale appartenenza del metodo intergovernativo all'universo del diritto internazionale non esclude che esso possa trovare applicazione nell'esercizio delle basi giuridiche di diritto dell'Unione europea. L'impiego del metodo c.d. *intergovernativo* è infatti previsto dai Trattati con particolare riferimento alle basi giuridiche concernenti le materie di più recente comunitarizzazione (ossia di più recente attribuzione alla competenza dell'Unione), come avviene, ad esempio, in tema di politica estera e di sicurezza comune e di cooperazione giudiziaria e di polizia.⁷²³ Nell'ambito dell'ordinamento comunitario, l'esercizio del metodo intergovernativo risulta caratterizzato dai seguenti elementi: il diritto di iniziativa della Commissione è condiviso con gli Stati membri o è limitato a specifiche aree di attività, mentre un ruolo fondamentale è spesso svolto dal Consiglio europeo (art. 15 TUE), il Consiglio, inoltre, delibera generalmente all'unanimità.⁷²⁴ Deve osservarsi, in

⁷²² Cfr. Commissione Europea, Nota esplicativa sul «metodo comunitario», Memo 02/102, Bruxelles, 22 maggio 2002, consultabile presso: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-02-102_it.pdf.

⁷²³ Tra le materie che continuano ad essere sottoposte al voto all'unanimità si riscontrano anche la fiscalità, la sicurezza sociale o la protezione sociale, l'adesione di nuovi paesi all'UE.

⁷²⁴ Cfr. anche il Glossario delle sintesi dell'Unione europea, consultabile presso <http://eur->

proposito, che il ricorso alla tecnica del *consensus* conferisce a ciascuno Stato membro il medesimo peso, a prescindere dalla dimensione demografica, dal momento che esso si risolve nella titolarità di un vero e proprio diritto di veto rispetto alla creazione del diritto nuovo. Il Parlamento europeo, per converso, riveste un ruolo puramente consultivo e di mediazione, nella ricerca di una posizione comune fra gli Stati membri, che spesso si risolve in un accordo al minimo comun denominatore. Anche il ruolo della Corte risulta, in linea generale, esposto a possibili ridimensionamenti.

(b) Gli elementi del metodo comunitario nella disciplina della cooperazione rafforzata

298. L'attuale regolamentazione di diritto primario della cooperazione rafforzata risulta pienamente aderente al modello del metodo comunitario che si è illustrato più sopra.⁷²⁵

Tale risultato rappresenta il prodotto di un'evoluzione non scontata, cui l'istituto è andato incontro mediante ben due *rounds* di revisione dei Trattati,⁷²⁶ i quali ne hanno progressivamente alleggerito la procedura di adozione, valorizzando al contempo il ruolo delle istituzioni comuni e la concreta attuazione dei principi democratici in seno alle stesse.⁷²⁷ Come si è già detto, il carattere stringente delle condizioni di ricorso originariamente apposte aveva lo scopo di evitare che l'introduzione della clausola generale di cooperazione rafforzata determinasse una lesione del livello d'integrazione fino a quel momento raggiunto o minasse il perseguimento degli obiettivi comunitari. Tuttavia, come ha osservato una parte della dottrina, l'elevato numero delle condizioni che dovevano accompagnare

lex.europa.eu/summary/glossary/community_intergovernmental_methods.html?locale=it

⁷²⁵ Le implicazioni di tale assunto saranno analizzate in maggior dettaglio nel prossimo capitolo.

⁷²⁶ Si tratta delle riforme intervenute con il Trattato di Nizza e con il Trattato di Lisbona. Nell'ottica proposta non risulta di interesse soffermarsi sulla disciplina riservata all'istituto nel mai adottato progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa.

⁷²⁷ Secondo una parte della dottrina, nondimeno, le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, se hanno alleggerito effettivamente le condizioni procedurali di ricorso all'istituto, non hanno fatto altrettanto con riferimento alle condizioni sostanziali del suo impiego (così **AMTENBRINK F., KOCHENOV D.**, *Towards a More Flexible Approach to Enhanced Cooperation*, in OTT A., DE VOS E. (eds.), *Fifty Years of European Integration: Foundations and Perspectives*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2009, p. 181-200).

l'adozione della cooperazione rafforzata, assieme alla vaghezza della loro concreta formulazione,⁷²⁸ finivano paradossalmente per scoraggiarne l'impiego, a tutto vantaggio della conclusione di accordi *inter se* tra gli Stati membri, sprovvisti delle garanzie caratterizzanti il diritto comunitario.⁷²⁹ Proprio in ragione del mancato impiego dell'istituto per un intero decennio a seguito della sua introduzione nei Trattati, gli Stati membri si sono determinati ad alleggerirle, in parte con il Trattato di Nizza ed in parte con il successivo Trattato di Lisbona.

299. Ciò detto, si ritiene ad ogni modo di precisare che, come affermato da condivisibile dottrina, l'evoluzione che ha interessato l'istituto della cooperazione rafforzata non impedisce che tuttora possano trovare sviluppo forme diverse di integrazione differenziata *in senso stretto* (i.e. all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione), le quali presentano profili di minor coerenza con il metodo e lo spirito comunitario. Un esempio, in proposito, è rappresentato dalle istanze di differenziazione realizzate mediante modifica dei Trattati istitutivi.⁷³⁰ Di conseguenza non si può ancora affermare che tutte le forme di integrazione differenziata previste all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione rispondano al modello del metodo comunitario.

300. Di seguito si illustreranno le più significative modifiche apportate dal Trattato di Lisbona alle procedure di approvazione e messa in atto della cooperazione rafforzata, valutandone la portata con riferimento agli elementi distintivi del c.d. metodo comunitario che si sono illustrati nel paragrafo precedente.⁷³¹ La valorizzazione della componente comunitaria nelle procedure d'instaurazione della cooperazione agevola il pratico rispetto della *funzione* che l'istituto è

⁷²⁸ Cfr. **WALKER N.**, *Flexibility within a Metakonstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe*, in De Búrca G, Scott J., *Constitutional Challenge in the EU: From Uniformity to Flexibility*, Oxford/Portland, Hart, 2000, p. 11.

⁷²⁹ Sui quali si rinvia *supra* alla Sezione 3.2.

⁷³⁰ In questo senso, facendo riferimento al Protocollo n. 30 relativo alla Carta dei Diritti Fondamentali, si veda **BECERRIL B.**, *The regulation of enhanced cooperation and its reform in Lisbon: Towards a model of differentiation that is closer to the community method*, già cit. sub n. 15.

⁷³¹ Il riferimento è alle previsioni dei Trattati sulla cooperazione rafforzata che trovano applicazione generale. Con particolare riferimento alla disciplina della cooperazione rafforzata nel settore della PESC, così come modificata dal Trattato di Lisbona, si rinvia alla lettura di **CREMONA M.**, *Enhanced Cooperation and the Common Foreign and Security and Defence Policies of the EU*, EUI già cit. sub n. 128.

destinato ad assolvere, esplicitata dagli Stati membri sin dal Trattato di Nizza, ossia che: «[I]e cooperazioni rafforzate sono intese a promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione» (art. 20 TUE). Pertanto, come affermato in dottrina da Barnard e Peers: «[s]uch cooperation is 'enhanced' in the sense that, unlike other forms of Member State cooperation, it necessarily has a distinctly pro-Union flavour, and cannot be used as a means of avoid the obligations of the Union method of policy-making».⁷³²

301. Innanzitutto, con riferimento alla posizione degli Stati membri coinvolti nella procedura di autorizzazione della cooperazione rafforzata, il Trattato di Lisbona ha ridefinito la consistenza della “*massa critica*” (ossia il numero minimo di Stati membri partecipanti alla cooperazione), aumentandola a nove Stati membri (art. 29, par. 2, TUE), laddove il Trattato di Nizza prevedeva una massa critica di almeno otto Stati. In aggiunta, come si vedrà meglio più oltre, con il Trattato di Lisbona, il Consiglio ha perso la titolarità esclusiva del potere di autorizzare il ricorso alla cooperazione, che ora risulta condiviso con il Parlamento europeo.⁷³³ Sebbene, infatti, l’art. 20, par. 2, TUE preveda che «[I]a decisione che autorizza una cooperazione rafforzata è adottata dal Consiglio in ultima istanza», l’art. 329 TFUE stabilisce che «[I]’autorizzazione a procedere a una cooperazione rafforzata di cui al primo comma è concessa dal Consiglio, su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo». Sembra pertanto che resti riservata al solo Consiglio la formulazione del giudizio di *ultima istanza*, necessario ai fini dell’instaurazione della cooperazione, ferma poi la necessità dell’approvazione parlamentare.⁷³⁴

302. Assai significativamente, inoltre, il Trattato di Lisbona ha rimosso la previsione precedentemente contenuta negli artt. 11 TCE e 40 A del TUE, secondo la quale, nel corso della procedura di autorizzazione della cooperazione, qualunque Stato membro – al fine di far constare il proprio disaccordo, stante la regola di approvazione della decisione a maggioranza qualificata in Consiglio - poteva investire della questione il Consiglio Europeo. In proposito, infatti, il Trattato di Nizza aveva eliminato lo specifico potere di veto esercitabile da ciascuno Stato membro, previsto dall’art. K.12 del

⁷³² BARNARD C., PEERS S., *European Union Law*, già cit. sub n. 385, p. 133.

⁷³³ Ai sensi dell’art. 329, par. 1, TFUE: «[I]’autorizzazione a procedere a una cooperazione rafforzata di cui al primo comma è concessa dal Consiglio, su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo».

⁷³⁴ Cfr. in questo senso i p. 27 e ss. della Sentenza della Corte (grande sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell’Unione europea*, già cit. sub n. 22.

Trattato di Amsterdam, il quale prevedeva che: «[q]ualora un membro del Consiglio dichiarerà che, per specifici e importanti motivi di politica interna, intende opporsi alla concessione di un'autorizzazione a maggioranza qualificata, non si procede alla votazione. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può chiedere che della questione sia investito il Consiglio europeo, affinché si pronunci all'unanimità». ⁷³⁵ Con l'ulteriore rimozione del potere degli Stati membri di investire della questione il Consiglio Europeo, il Trattato di Lisbona ha rimosso l'ultimo residuo di ispirazione intergovernativa nella procedura di approvazione. Essa, al contrario, risulta ora integralmente informata al metodo di approvazione a maggioranza qualificata in Consiglio, che il trattato di riforma ha esteso alla più parte delle basi giuridiche.

In questo rinnovato contesto, il ruolo del Consiglio trova esplicitazione anche con riferimento alle clausole c.d. *passerella*, la cui applicazione è stata estesa anche all'istituto della cooperazione rafforzata. La decisione in ordine al mutamento di procedura, tuttavia, non prevede il concorso di altre istituzioni, ed in particolare non coinvolge, se non marginalmente, il Parlamento europeo. ⁷³⁶

Infine, vale la pena notare anche che il Trattato di Lisbona ha rafforzato il c.d. *principio di apertura* della cooperazione rafforzata, sancito all'art. 331 TFUE, ossia il diritto di ciascuno Stato membro *out* di prendervi parte in qualunque momento. Ciò sembra essere avvenuto limitando al massimo la discrezionalità della Commissione nella fase di adesione: il Trattato infatti attualmente prevede che la Commissione *confermi* (e non più *decida*) la partecipazione dello Stato membro che vi faccia richiesta. ⁷³⁷ Rimane fermo, in ogni caso, il

⁷³⁵ Art. K.12, par. 2, secondo comma, del Trattato di Amsterdam.

⁷³⁶ Ai sensi dell'art. 333 TFUE: «[q]ualora 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 conformemente alle modalità di cui all'articolo 330, può adottare una decisione che prevede che delibererà a maggioranza qualificata.

Qualora una disposizione dei trattati che può essere applicata nel quadro di una cooperazione rafforzata preveda che il Consiglio adotti atti secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio, deliberando all'unanimità conformemente alle modalità di cui all'articolo 330, può adottare una decisione che prevede che delibererà secondo la procedura legislativa ordinaria. Il Consiglio delibera previa consultazione del Parlamento europeo.

I paragrafi 1 e 2 non si applicano alle decisioni che hanno implicazioni militari o che rientrano nel settore della difesa». Sulla nozione di clausola passerella cfr. supra 304.

⁷³⁷ L'art. 331, par. 1, TFUE, inoltre, prevede attualmente che: «[...] se la Commissione ritiene che le condizioni di partecipazione non siano soddisfatte, indica le disposizioni da adottare per soddisfarle e fissa un termine per il riesame della richiesta. Alla scadenza di tale termine, essa riesamina la richiesta in conformità della procedura di cui al secondo comma. Se la Commissione ritiene che le condizioni di partecipazione continuino a non essere soddisfatte, lo Stato membro in questione può sottoporre la questione al Consiglio, che si pronuncia sulla richiesta. Il Consiglio

principio di c.d. *apertura condizionata* della cooperazione rafforzata, secondo il quale gli Stati membri candidati all'adesione sono tenuti a rispettare le condizioni di partecipazione che in precedenza hanno interessato anche gli Stati *in*, nonché gli atti già adottati in attuazione della cooperazione rafforzata, benché formati senza la loro partecipazione (cfr. l'art. 331 TFUE).

303. La Commissione, al contempo, conserva un ruolo cruciale di mediatore tra gli interessi degli Stati membri espressi in Consiglio e l'interesse comunitario, che essa ha il compito di proteggere, con un peso significativo nella procedura di autorizzazione.⁷³⁸ Questo accade senz'altro in sede di primo vaglio della legittimità della proposta di cooperazione rafforzata che, si ritiene, dovrà avvenire sulla base di tutte le condizioni richiamate all'art. 20 TUE, compresa quella che impone alla cooperazione il perseguimento e la protezione degli interessi comunitari (l'art. 329, par. 1, TFUE prevede infatti che «[l]a Commissione può presentare al Consiglio una proposta al riguardo. Qualora non presenti una proposta, la Commissione informa gli Stati»). Lo stesso sembra potersi argomentare con riferimento alla valutazione concernente il rispetto del principio di sussidiarietà, su cui ci si soffermerà nel prossimo paragrafo: investendo essa l'*an* dell'esercizio delle competenze comunitarie nel singolo caso, risulta logicamente ricompresa nella decisione di autorizzare l'esercizio della base giuridica ai Trattati in via differenziata, ex art. 20 TUE.⁷³⁹ Al contrario, come confermato dalla primissima giurisprudenza formatasi a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in ordine al controllo di legittimità della decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata, sembra doversi escludere che oggetto della valutazione della Commissione sia anche la condizione di c.d. *ultima istanza* del ricorso alla cooperazione. In particolare, la Corte di giustizia ha affermato che: «[...] si deve rammentare che al procedimento che conduce all'adozione di una decisione che autorizza una cooperazione rafforzata partecipano la Commissione che presenta una proposta in tal senso, il Parlamento europeo che l'approva ed il Consiglio che prende la decisione definitiva di autorizzazione della cooperazione rafforzata. Prendendo tale decisione definitiva, il Consiglio è nella posizione più idonea per valutare se gli Stati membri mostrino una volontà di

delibera conformemente all'articolo 330. Può inoltre adottare, su proposta della Commissione, le misure transitorie di cui al secondo comma».

⁷³⁸ **AMTENBRINK F., KOCHENOV D.**, *Towards a More Flexible Approach to Enhanced Cooperation*, già cit. sub n. 727, p. 181-200.

⁷³⁹ Riconduce espressamente il principio di sussidiarietà tra le condizioni di legittimità della decisione ex art. 20 TUE Pocar in **POCAR F.**, *Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e diritto internazionale privato europeo*, già cit. sub n. 691, a p. 300.

*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».*⁷⁴⁰

Da queste considerazioni consegue, a giudizio della Corte, l'applicazione di uno *standard* di controllo giurisdizionale limitato, in ragione del grado di discrezionalità che sul punto deve riconoscersi al Consiglio. Come affermato dai giudici di Lussemburgo: «[o]ccorre dunque che la Corte, esercitando il suo controllo del rispetto della condizione relativa all'adozione in ultima istanza di una decisione che autorizza una cooperazione rafforzata, verifichi se il Consiglio abbia esaminato con cura ed imparzialità gli elementi rilevanti a tale riguardo e se la conclusione alla quale quest'ultimo è pervenuto sia sufficientemente motivata».⁷⁴¹

304. La Commissione, inoltre, conserva un ruolo decisivo anche in sede di accessione successiva degli Stati membri *out*, rispetto alla quale è tenuta verificare il rispetto delle condizioni di partecipazione e degli atti di integrazione differenziata già adottati («[l]a Commissione, entro un termine di quattro mesi dalla data di ricezione della notifica, conferma la partecipazione dello Stato membro in questione. Essa constata, se del caso, che le condizioni di partecipazione sono soddisfatte e adotta le misure transitorie necessarie per l'applicazione degli atti già adottati nel quadro della cooperazione rafforzata», art. 331, par. 1, prima parte, TFUE), e se del caso, di gestione del potenziale conflitto derivante dalla loro assenza («la Commissione ritiene che le condizioni di partecipazione non siano soddisfatte, indica le disposizioni da adottare per soddisfarle e fissa un termine per il riesame della richiesta. Alla scadenza di tale termine, essa riesamina la richiesta in conformità della procedura di cui al secondo comma. Se la Commissione ritiene che le condizioni di partecipazione continuino a non essere soddisfatte, lo Stato membro in questione può sottoporre la questione al Consiglio, che si pronuncia sulla richiesta. Il Consiglio delibera conformemente all'articolo 330. Può inoltre adottare, su proposta della Commissione, le misure transitorie di cui al secondo comma», art. 331, par. 1, seconda parte, TFUE).

305. Una delle modifiche più significative apportate all'istituto dal Trattato di Lisbona è inoltre rappresentata dal nuovo ruolo assegnato al Parlamento europeo nel contesto della procedura di autorizzazione. Come accennato più sopra, nella versione precedente della disciplina della cooperazione rafforzata era previsto che il Parlamento venisse semplicemente *consultato* in sede di autorizzazione (cfr. art. 11, par. 2, CE e art. 40, par. 2, UE). Il fatto che il ruolo del Parlamento fosse relegato alla mera espressione di un parere non vincolante, aveva portato la dottrina a parlare di c.d. *sotto-rappresentazione*

⁷⁴⁰ Sentenza della Corte (grande sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, già cit. sub n. 22, p. 52-53.

⁷⁴¹ *Idem*, p. 54.

(*underrepresentation* in inglese) del Parlamento europeo (e lo stesso si affermava dei Parlamenti nazionali), in particolare «*as compared to the principles of inter-institutional balance applicable to the Union legal order as a whole*», aggiungendo anche che «*[c]onversely, the role of the Member States, as represented in the Council of Ministers and/or the European Council, emerges more strongly than usual – giving enhanced cooperation a more pronounced intergovernmental character*».⁷⁴²

Ai sensi del nuovo art. 329 TFUE, in linea con l'estensione del procedimento di codecisione ex art. 294 TFUE alla maggior parte delle basi giuridiche ai Trattati, l'*approvazione* del Parlamento europeo risulta ora necessaria al fine del buon esito della procedura di autorizzazione nella generalità di casi.⁷⁴³ Al contrario, diversamente da quanto previsto in generale dall'art. 48, par. 7, terzo comma, TUE, nessun ruolo decisivo è riconosciuto al Parlamento europeo con riferimento alle clausole passerella inerenti la modifica delle procedure necessarie ai fini dell'approvazione della cooperazione rafforzata dall'art. 333 TFUE. Nondimeno, si evidenzia che la clausola passerella di applicazione generale all'art. 48 TUE prevede anche il coinvolgimento dei Parlamenti nazionali, cosa che non avviene nel caso previsto dall'art. 333 TFUE, sicché la procedura generale risulta caratterizzata da un'accresciuta componente intergovernativa rispetto alla procedura specificamente inerente l'istituto della cooperazione rafforzata, per la quale pertanto non sussiste l'esigenza che il Parlamento europeo operi come contrappeso. Si sottolinea, inoltre, che tutte le clausole passerella introdotte nel diritto primario, comprese quelle riguardanti l'istituto della cooperazione rafforzata, si limitano a contemplare il passaggio dalla procedura di adozione all'unanimità o speciale a quella a maggioranza qualificata od ordinaria, mentre non consentono che avvenga il contrario. Ne consegue, pertanto, che ogni istanza di impiego delle clausole passerella comporta una modifica delle procedure concretamente impiegate dal legislatore comunitario implicante la valorizzazione del ruolo del Parlamento europeo, mentre mai lo riduce.

- 306.** Con riferimento al rinnovato ruolo del Parlamento europeo nel contesto delle procedure di approvazione della cooperazione rafforzata, si richiama anche che una parte della dottrina ha espresso dei dubbi in ordine alla partecipazione alla votazione di tutti i suoi

⁷⁴² Cfr. DOUGAN M., *The Unfinished Business of Enhanced Cooperation: Some Institutional Questions and their Constitutional Implications* già cit. sub n. 58, p. 157-179.

⁷⁴³ Infatti, fanno eccezione a tale regola gli artt. 82, par. 3, e 83, par. 2, TFUE, in materia di cooperazione in materia penale, i quali escludono qualunque ruolo del Parlamento europeo.

membri, compresi i parlamentari degli Stati membri che non intendono partecipare alla cooperazione.⁷⁴⁴ Nondimeno, la dottrina maggioritaria tende a respingere tali dubbi sul presupposto che il Parlamento europeo, analogamente alla Commissione ed alla Corte di giustizia, costituisce un'istituzione comunitaria e non un organo degli Stati, e che comunque esso non è suscettibile di essere frazionato nel suo funzionamento. Inoltre, si è anche affermato che la partecipazione alle deliberazioni del Parlamento europeo da parte dei parlamentari degli Stati membri non partecipanti alla cooperazione rappresenta una garanzia dell'effettiva applicazione dell'art. 327 TFUE, il quale esige che le cooperazioni rafforzate rispettino le competenze, i diritti e gli obblighi degli Stati membri che non vi partecipano, i quali a loro volta sono tenuti a non ostacolare gli atti di attuazione della cooperazione posti in essere dagli Stati membri che vi partecipano.⁷⁴⁵ Tanto si pone in linea con l'indubbia tensione verso la finale partecipazione di tutti gli Stati membri alla disciplina differenziata che è insita nella funzionalizzazione dell'istituto alla promozione della realizzazione degli obiettivi dell'Unione, alla protezione dei suoi interessi ed al rafforzamento del processo di integrazione, oltre che nel principio di apertura che lo caratterizza (art. 20 TUE).⁷⁴⁶ A parere di chi scrive, le argomentazioni invocate dalla dottrina appena richiamata appaiono del tutto condivisibili e

⁷⁴⁴ Per un'analisi più approfondita della questione si rinvia a **DONNELLY B., DAWES A.**, *The Beginning of the End or the End of the Beginning? Enhanced cooperation in the Constitutional Treaty*, The Federal Trust: European Policy Brief, 2004.

⁷⁴⁵ Così **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, p. 66 e **DOUGAN M.**, *The Unfinished Business of Enhanced Cooperation: Some Institutional Questions and their Constitutional Implications*, già cit. sub n. 58, p. 161, il quale a sua volta ci anche **DE AREILZA CARAVAJAL J. M.**, *The Reform of Enhanced Co-operation Rules: Towards Less Flexibility?*, già cit. sub n. 12; cfr. in senso analogo **BECERRIL B.**, *The regulation of enhanced cooperation and its reform in Lisbon: Towards a model of differentiation that is closer to the community method*, già cit. sub n. 15, p. 11-22.

⁷⁴⁶ Questa tensione, si è già detto, risulta bene evidenziata in **FABBRINI F.**, *Enhanced Cooperation under Scrutiny: Revisiting the Law and Practice of Multi-Speed Integration in Light of the First Involvement of the EU Judiciary*, già cit. sub n. 152; cfr. anche Editorial Comments, *Enhanced cooperation: A Union a taille reduite or a porte tournante?*, *Common Market Law Review*, 2011, p. 317-327. Nondimeno, come implicitamente ammesso dalla Corte di giustizia nella Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, Cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 22, la cooperazione rafforzata non pone alcun obbligo di realizzare la finale uniformità del diritto in capo agli Stati membri.

costituiscono ulteriore conferma della intervenuta piena estensione del metodo comunitario all'istituto in commento.

307. Un ultimo aspetto da esaminare concerne il sindacato esercitabile dalla Corte di giustizia con riferimento agli atti giuridici adottati dalle istituzioni comunitarie nel contesto della cooperazione rafforzata. Come evidenziato dalla dottrina, uno dei tratti distintivi dell'istituto rispetto alle altre forme di integrazione differenziata, deve riscontrarsi nella circostanza che la Corte di giustizia esercita un controllo giurisdizionale di legittimità esteso a tutti gli atti aventi carattere definitivo adottati suo ambito. Più in particolare, tale sindacato trova applicazione con riferimento alla decisione autorizzativa presa ai sensi dell'art. 329 TFUE, alla decisione di ammissione di nuovi Stati membri alle cooperazioni già esistenti (art. 331 TFUE), nonché con riferimento agli atti di diritto derivato successivamente adottati dagli Stati membri in attuazione della cooperazione autorizzata (*rectius* atti di esercizio in via differenziata di una determinata base giuridica ai Trattati).⁷⁴⁷ Come confermato dalla stessa Corte di giustizia nel contesto della sua primissima giurisprudenza in materia, tale controllo investe tutti i profili di legittimità dell'atto, e così sia sua la conformità alle condizioni sostanziali e ai requisiti procedurali di adozione appositamente previsti dai Trattati, sia il rispetto dei principi generali che governano la legittimità degli atti comunitari, con la conseguenza che tutte le censure ordinariamente esperibili con l'azione di annullamento ex art. 263 TFUE potranno essere avanzate ed esaminate.⁷⁴⁸

⁷⁴⁷ Cfr. **LYONS C.**, *Closer Co-operation and the Court of Justice*, già cit. sub n. 14; **SHAW J.**, *The Treaty of Amsterdam: Challenges of Flexibility and Legitimacy*, *European Law Journal*, già cit. sub n. 10, in particolare alle p. 71 e 72; **GAJA G.**, *How Flexible is Flexibility Under the Amsterdam Treaty?*, già cit. sub n. 133, in particolare *sub* nota 15; **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, p. 49 e ss.

⁷⁴⁸ Cfr. Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, Cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 22, p. 36-37, nei quali la Corte ha interpretato il concetto di "ultima istanza" di cui all'art. 20, par. 2, TUE, affermando che: «[...] *contrariamente a quanto sostenuto dal Regno di Spagna e dalla Repubblica italiana, gli articoli 20 TUE e da 326 TFUE a 334 TFUE non limitano la facoltà di ricorrere a una cooperazione rafforzata alla sola ipotesi in cui uno o più Stati membri dichiarino di non essere ancora pronti a partecipare ad un'azione legislativa dell'Unione nel suo insieme. Ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 2, TUE, la situazione che può legittimamente condurre a una cooperazione rafforzata è quella in cui «gli obiettivi ricercati da detta cooperazione non possono essere conseguiti entro un termine ragionevole dall'Unione nel suo insieme». L'impossibilità cui fa riferimento tale disposizione può essere dovuta a diverse cause, quali una mancanza di interesse di uno o più Stati membri o l'incapacità degli Stati membri, che si mostrino tutti interessati all'adozione di un regime a livello dell'Unione, di pervenire ad un accordo sul contenuto di un tale regime. Ne consegue che la decisione del Consiglio*

308. Come si è già detto, con specifico riferimento al vizio di c.d. violazione dei Trattati, in aggiunta alla previsione di specifiche condizioni di ricorso all'istituto, l'art. 326, par. 1, TFUE prevede che «[l]e cooperazioni rafforzate rispettano i trattati e il diritto dell'Unione». Di conseguenza, la normativa sostanziale introdotta in via differenziata sarà soggetta ad un controllo di legittimità avente come parametro sia i principi generali del diritto dell'Unione e le previsioni di integrazione c.d. *negativa* e *positiva* contenute nei Trattati,⁷⁴⁹ sia la disciplina UE di diritto derivato già stata adottata in materia. Proprio per questa ragione, come si è già fatto cenno più sopra, si ritiene che, almeno con riferimento allo strumento della cooperazione rafforzata, la rimozione del limite dell'*acquis* comunitario dai Trattati istitutivi assuma una portata tutto sommato ridotta. L'appena commentata previsione dell'art. 326 TFUE, infatti, deve leggersi in combinato con l'art. 20 TUE, il quale prevede espressamente che: «[l]e cooperazioni rafforzate sono intese a promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione». Non appare pertanto plausibile che gli Stati membri possano legittimamente

di autorizzare una cooperazione rafforzata dopo aver constatato che il brevetto unitario ed il suo regime linguistico non potevano essere instaurati entro un termine ragionevole dall'Unione nel suo insieme non costituisce affatto un'elusione del requisito dell'unanimità enunciato all'articolo 118, secondo comma, TFUE né, d'altronde, un'esclusione degli Stati membri che non hanno aderito alle richieste di cooperazione rafforzata. Nei limiti in cui sia conforme alle condizioni stabilite agli articoli 20 TUE nonché 326 TFUE e seguenti, circostanza, questa, che è esaminata nell'ambito di altri motivi, la decisione impugnata non integra uno sviamento di potere, ma contribuisce, alla luce dell'impossibilità di pervenire a un regime comune per l'insieme dell'Unione entro un termine ragionevole, al processo di integrazione».

Allo stesso modo, la Corte ha verificato il carattere concorrente della competenza concretamente esercitata dagli Stati membri, affermando che «[a]nche se è ben vero che le norme in materia di proprietà intellettuale sono essenziali per il mantenimento di una concorrenza non falsata nel mercato interno, esse tuttavia non costituiscono, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 58 e 60 delle sue conclusioni, «regole di concorrenza» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), TFUE. A tale riguardo occorre rammentare che, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 6, TFUE, la portata e le modalità d'esercizio delle competenze dell'Unione sono determinate dalle disposizioni dei trattati relative a ciascun settore. Orbene, la portata e le modalità d'esercizio delle competenze dell'Unione nel settore delle «regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno» sono stabilite alla parte terza, titolo VII, capo 1, del Trattato FUE, segnatamente agli articoli da 101 TFUE a 109 TFUE. Considerare l'articolo 118 TFUE come rientrante in tale settore sarebbe dunque in contrasto con l'articolo 2, paragrafo 6, TFUE e comporterebbe un'indebita estensione della portata dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), TFUE. Alla luce di tali premesse, occorre concludere che le competenze attribuite dall'articolo 118 TFUE rientrano in un settore di competenze concorrenti ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TFUE e hanno, di conseguenza, carattere non esclusivo a norma dell'articolo 20, paragrafo 1, primo comma, TUE» (p. 22-25).

⁷⁴⁹ Per la definizione dei concetti di *integrazione negativa* e *positiva*, si rinvia *supra*, alla nota 471.x

determinare una retrocessione nel processo di integrazione utilizzando lo strumento della cooperazione rafforzata.⁷⁵⁰

309. Questo precisato, si evidenzia come la Corte di giustizia abbia individuato due peculiarità del controllo giurisdizionale che è chiamata a svolgere in sede d'impugnazione della decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata. In primo luogo, la Corte ha definito la natura del controllo giurisdizionale esercitabile, evidenziando come il Consiglio goda di un certo margine di discrezionalità nella valutazione della condizione di “*ultima istanza*” prevista dall'art. 329 TFUE. Essa ha pertanto affermato, nella sentenza di rigetto dei ricorsi proposti da Italia e Spagna, che: «[...] *al procedimento che conduce all'adozione di una decisione che autorizza una cooperazione rafforzata partecipano la Commissione che presenta una proposta in tal senso, il Parlamento europeo che l'approva ed il Consiglio che prende la decisione definitiva di autorizzazione della cooperazione rafforzata. Prendendo tale decisione definitiva, il Consiglio è 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. Occorre dunque che la Corte, esercitando il suo controllo del rispetto della condizione relativa all'adozione in ultima istanza di una decisione che autorizza una cooperazione rafforzata, verifichi se il Consiglio abbia esaminato con cura ed imparzialità gli elementi rilevanti a tale riguardo e se la conclusione alla quale quest'ultimo è pervenuto sia sufficientemente motivata*». ⁷⁵¹ In questo modo la Corte ha aderito alla posizione assunta dall'Avvocato Generale Bot nelle sue conclusioni, il quale, citando quanto in precedenza affermato dall'Avvocato Generale Jacobs nella causa *SAM Schiffahrt e Stapf*,⁷⁵² ha affermato che: «*è importante tener presente i limiti del potere della Corte di sindacare gli atti normativi adottati dal Consiglio. Tali limiti derivano dal principio fondamentale della separazione dei poteri nell'ambito delle Comunità. Ove il Trattato abbia attribuito ampi poteri normativi al Consiglio, non spetta alla Corte sostituire a quella del Consiglio la sua propria valutazione della situazione economica o della necessità od opportunità*

⁷⁵⁰ Sul punto, cfr. ad esempio **CRAIG P.**, *The Lisbon Treaty. Law Politics, and Treaty Reform*, già cit. sub n. 174, p. 439-334: «*the wording of Article 326 is clearly broad enough to ensure that enhanced cooperation respects the acquis but the very fact that is framed in terms of 'compliance' with the Treaties and EU law, as opposed to 'respect' for the acquis that was used previously, may signify a greater willingness to encourage enhanced cooperation*».

⁷⁵¹ Cfr. Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, Cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 22, p. 52-54.

⁷⁵² Cfr. paragrafo 23 delle conclusioni relative alla causa che ha dato origine alla sentenza del 17 luglio 1997, *SAM Schiffahrt e Stapf* (C-248/95 e C-249/95, in *Racc. p. I-4475*).

dei provvedimenti adottati. Se lo facesse, essa usurperebbe la funzione normativa del Consiglio, imponendo il suo proprio giudizio sulle politiche economiche che debbono essere perseguite dalle Comunità» e che pertanto «[n]el caso di specie, la scelta di istituire una cooperazione rafforzata compete al Consiglio, il quale accorda l'autorizzazione sulla base di una proposta della Commissione e dopo approvazione del Parlamento. Nel quadro di tale procedura, queste istituzioni dovranno valutare gli effetti della cooperazione rafforzata sulla base di numerosi elementi, ponderare i diversi interessi in gioco e operare scelte politiche rientranti nella loro specifica responsabilità. È alla luce dei suddetti elementi che il Consiglio dovrà valutare se una cooperazione rafforzata sia, conformemente all'articolo 20, paragrafo 1, secondo comma, TUE, la misura idonea a promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione».⁷⁵³ Di conseguenza, concludeva l'Avvocato Generale, in sede di impugnazione della decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata, il controllo giurisdizionale della valutazione di ultima istanza operata dal Consiglio dovrà adeguarsi al c.d. *standard del manifesto errore di valutazione*. Tale *standard*, secondo la tradizionale giurisprudenza della Corte di giustizia, trova applicazione in tutti i casi in cui oggetto di revisione sia un atto giuridico adottato da un'istituzione dotata di un peculiare margine di discrezionalità tecnica o politica. Il secondo caso, in particolare, è quello che concerne la discrezionalità politica del legislatore comunitario, la quale può investire sia la natura sia la portata delle misure da adottare nei settori di azione dell'Unione. A riguardo, come precisato dall'Avvocato Generale Bot, il controllo di legittimità della Corte di giustizia si limita a verificare che, nell'esercizio della propria discrezionalità, il legislatore comunitario non sia incorso in errore manifesto di valutazione o in uno sviamento di potere o se non abbia manifestamente ecceduto i limiti del proprio potere discrezionale. Ulteriori elementi suscettibili di controllo giurisdizionale, in tali casi, sono rappresentati dalla verifica dell'esattezza materiale dei fatti posti alla base della valutazione del legislatore e dal rispetto della procedura di adozione prevista per l'atto impugnato, il quale include le formalità sostanziali come, ad esempio, l'obbligo di motivazione.⁷⁵⁴

⁷⁵³ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot dell'11 dicembre 2012, nelle Cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 179, p. 27 e 28.

⁷⁵⁴ Cfr. *ibid.*, p. 29, nel quale viene richiamata la seguente giurisprudenza della Corte di giustizia: Sentenza della Corte del 18 marzo 1975, *Deuka, Deutsche Kraftfutter GmbH, B. J. Stolp contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Causa 78-74, in *Racc.* 421, p. 9; Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 17 maggio 1988, *Marcel Erpelding contro Secrétaire d'État à l'agriculture et à la viticulture*, Causa 84/87, in *Racc.* 2647, p. 27; Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 12 settembre 1996, *Fattoria autonoma tabacchi, Lino Bason e a. e Associazione Professionale Trasformatori Tabacchi Italiani (APTI) e a. contro Ministero dell'Agricoltura e delle Foreste, Azienda di Stato per gli interventi*

310. In secondo luogo, nelle sue prime pronunce in tema di cooperazione rafforzata, la Corte di giustizia ha avuto modo di precisare l'ambito obiettivo del proprio controllo giurisdizionale. Essa ha in particolare affermato che: «[...] *il sindacato della Corte verte sulla verifica della validità in sé di tale decisione alla luce, in particolare, delle disposizioni – contenute all'articolo 20 TUE nonché agli articoli da 326 TFUE a 334 TFUE – che definiscono i presupposti sostanziali e procedurali di concessione di una simile autorizzazione*». ⁷⁵⁵ Conformemente, nella propria pronuncia di rigetto dei ricorsi di annullamento presentati avverso la decisione autorizzativa dell'instaurazione di una cooperazione rafforzata per la creazione di un brevetto europeo con effetto unitario, la Corte ha rigettato l'argomento dei ricorrenti secondo il quale la cooperazione rafforzata avrebbe determinato una distorsione della concorrenza e una discriminazione tra le imprese, dal momento che il regime linguistico in essa previsto (al punto 7 della Decisione autorizzativa) avrebbe agevolato gli scambi di prodotti innovativi agevolati per le imprese che lavorano in tedesco, in inglese o in francese. In proposito, infatti, i giudici comunitari hanno affermato che il regime linguistico in questione: «[...] *corrisponde ad una mera proposta della Commissione arricchita da elementi di compromesso proposti dallo Stato membro che ricopriva la presidenza del Consiglio dell'Unione al momento delle richieste di cooperazione rafforzata. Il regime linguistico esposto in tale punto si trovava, quindi, solamente in una fase preparatoria al momento dell'adozione della decisione impugnata e non ne rappresenta un elemento costitutivo*». ⁷⁵⁶ Sullo stesso presupposto, la Corte di giustizia ha rigettato l'ulteriore censura avanzata dagli Stati ricorrenti, secondo i quali la decisione autorizzativa si poneva in contrasto con la previsione all'art. 327 TFUE, dal momento che essa, favorendo un determinato regime linguistico non accettato dagli Stati

sul mercato agricolo (AIMA), Consorzio Nazionale Tabacchicoltori (CNT), Unione Nazionale Tabacchicoltori (Unata) e Ditta Mario Pittari, Cause riunite C-254/94, C-255/94 e C-269/94, in Racc. 4235, p. 56; Sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 17 luglio 1997, The Queen contro Minister for Agriculture, Fisheries and Food, ex parte, National Farmers' Union e altri, Causa C-354/95, in Racc. 4559, p. 50; Sentenza della Corte (grande sezione) del 14 dicembre 2004, The Queen, su richiesta di Swedish Match AB e Swedish Match UK Ltd contro Secretary of State for Health, Causa C-210/03, in Racc. 11893, p. 48 e giurisprudenza ivi citata; Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 15 ottobre 2009, Enviro Tech (Europe) Ltd contro Stato belga, Causa C-425/08, in Racc. 35, p. 47 e giurisprudenza ivi citata.

⁷⁵⁵ Cfr. Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 30 aprile 2014, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-209/13, già cit. sub n. 22, p. 33.

⁷⁵⁶ Cfr. Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, Cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 22, p. 77.

membri *out*, avrebbe pregiudicato il diritto del Regno di Spagna e della Repubblica italiana di partecipare in futuro alla nuova disciplina in materia di brevetto. Ancora una volta, la Corte ha evidenziato come il proprio sindacato di validità della decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata insista unicamente sugli elementi costitutivi della decisione stessa, da valutarsi in relazione ai requisiti sostanziali e procedurali di adozione previsti dai Trattati. Il sindacato della decisione autorizzativa, pertanto, non deve confondersi con quello esercitabile, nell'ambito di un ulteriore ricorso di annullamento, avverso gli atti adottati a titolo di attuazione della cooperazione rafforzata autorizzata.⁷⁵⁷

311. A margine dell'esposta evoluzione dell'istituto della cooperazione rafforzata, si ritiene di anticipare una delle questioni oggetto di analisi nel prossimo capitolo. Trattasi della questione centrale concernente l'esistenza, sostenuta da una parte della dottrina che non si ritiene di condividere, di un generale *principio di unità* dell'azione comunitaria e delle interazioni che esso presenta con gli istituti di integrazione differenziata. In particolare, questa dottrina opera una radicale associazione tra le forme di integrazione differenziata *politica* e l'impiego del metodo intergovernativo, e per l'effetto circoscrive decisamente le istanze di ammissibilità delle prime nel contesto delle basi giuridiche ai Trattati. Per quanto concerne la cooperazione rafforzata, tali limitazioni vengono individuate anche al di là delle

⁷⁵⁷ La Corte ha pertanto affermato che: «[...] nessun elemento della decisione impugnata arreca pregiudizio a una competenza, a un diritto o ad un obbligo di questi due Stati membri. In particolare, non è qualificabile come lesione delle competenze, dei diritti e degli obblighi di questi ultimi la prospettata attuazione, menzionata in tale decisione, del regime linguistico al quale il Regno di Spagna e la Repubblica italiana si oppongono. Pur essendo certamente essenziale che una cooperazione rafforzata non conduca all'adozione di misure che impediscano agli Stati membri non partecipanti di esercitare le loro competenze ed i loro diritti e di assumere i loro obblighi, i partecipanti a tale cooperazione sono per contro legittimati a stabilire norme sulle quali detti Stati membri non partecipanti non concorderebbero in caso di adesione a detta cooperazione». (ibid. p. 82). Cfr. sul punto anche **POCAR F.**, *La cooperazione rafforzata in materia di brevetti e la Corte di giustizia dell'Unione europea*, in HONORATI C. (ed.), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale. The Eu Patent Protection Lights and Shades of the New System*, 2014, Giappichelli, Torino, p. 1-7, in particolare a p. 5; **PISTOIA E.**, *Enhanced cooperation as a tool to...enhance integration? Spain and Italy v. Council*, già cit. sub n. 271. In particolare, con specifico riferimento ai punti 54 e 57 della sentenza, Pocar afferma che: «[c]ome traspare dalla motivazione della sentenza, la decisione di rinvio dell'esame del secondo aspetto risponde in gran parte alla considerazione essenzialmente politica che il regime linguistico proposto nella decisione del Consiglio possa essere oggetto di ulteriore riesame e soluzioni di compromesso accettabili da tutti gli Stati membri. Una considerazione che sembra peraltro contraddire le precedenti valutazioni effettuate nella medesima sentenza sul ruolo svolto dal Consiglio nell'esame con cura ed imparzialità di tutti gli elementi rilevanti prima di giungere alla conclusione che il ricorso ad una cooperazione rafforzata fosse l'unica via esperibile per istituire la protezione unitaria del brevetto».

condizioni e dei limiti espressamente stabiliti dai Trattati. Al contrario, ad avviso di chi scrive, la progressiva estensione dell'insieme di garanzie caratterizzanti il metodo comunitario allo strumento della cooperazione rafforzata costituisce un ulteriore elemento a riprova della tesi che esclude la sussistenza di una corrispondenza biunivoca tra la nozione di *metodo comunitario* e quella di azione comunitaria *unitaria* degli Stati membri, e così nega l'esistenza di un c.d. *principio di unità* dell'azione comunitaria. Alla critica di tali tesi ci si dedicherà in modo approfondito nel Capitolo 4, al quale si rinvia.

3.4.2 I limiti del ricorso alla cooperazione rafforzata ed il principio di sussidiarietà

312. Come si è argomentato più sopra, l'evoluzione normativa cui è andato incontro lo strumento della cooperazione rafforzata, attraverso la revisione dei Trattati istitutivi, ha portato ad un graduale riconoscimento delle garanzie proprie del metodo comunitario anche nel contesto dell'integrazione differenziata c.d. *politica*.⁷⁵⁸ Il culmine di questo processo, definito anche come *comunitarizzazione* dello strumento della cooperazione rafforzata, si è raggiunto con le modifiche da ultimo apportate al TFUE dal Trattato di Lisbona. La comunitarizzazione della cooperazione rafforzata non esclude, tuttavia, che la natura differenziata dell'istituto comporti delle rilevanti ripercussioni sul modo di operare dei principi fondamentali che regolano l'azione normativa dell'Unione. Ciò avviene sia con riferimento ai principi che regolano l'esercizio delle competenze comunitarie, quale in primo luogo il principio di sussidiarietà ex art. 5 TUE, sia con riferimento ai principi che concernono l'attribuzione delle competenze comunitarie, quali il principio di *pre-emption* ex art. 2, par. 2, TFUE e quello del c.d. *parallelismo*, ex art. 3, par. 2, TFUE.⁷⁵⁹

313. Se dunque alla disciplina derivata differenziata di attuazione della decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata deve riconoscersi natura pienamente comunitaria, a maggior ragione a fronte dell'operatività di tutte le garanzie che si ricollegano al metodo comunitario ed alla loro giustiziabilità in sede di sindacato di legittimità dell'atto, ai sensi degli artt. 263 e 267 TFUE, risulta di interesse anche valutare i rapporti che il principio di sussidiarietà, di cui all'art. 5 TUE, presenta rispetto all'istituto. Il settore delle competenze concorrenti, infatti, costituisce l'area di elezione in cui la cooperazione rafforzata è destinata ad operare, non potendo esse

⁷⁵⁸ Cfr. il Paragrafo 3.4.1 *supra*.

⁷⁵⁹ Cfr. il Paragrafo 3.4.3 *infra*.

trovare applicazione al di fuori dei settori di competenza comunitaria o nei settori di competenza esclusiva.⁷⁶⁰ La questione, inoltre, assume una rilevanza particolare nel contesto del recente dibattito concernente l'esistenza o meno, nel settore delle competenze concorrenti tra UE e Stati membri, di un'astratta priorità giuridica degli strumenti di integrazione comunitari, cooperazione rafforzata inclusa, rispetto all'esercizio collettivo delle competenze concorrenti degli Stati membri mediante accordi internazionali.

314. Mentre il diritto positivo identifica chiaramente i rapporti che intercorrono tra il metodo comunitario *classico* e quello *differenziato*, ossia volto alla produzione del diritto differenziato, prevedendo uno specifico *iter* procedurale per l'autorizzazione della cooperazione rafforzata, esso non dà alcuna indicazione precisa in ordine ai rapporti che intercorrono tra la cooperazione rafforzata ed il ricorso ai classici strumenti di diritto internazionale, nell'esercizio delle competenze concorrenti degli Stati membri.

La questione, si è accennato sopra alla Sezione 3.2, deve risolversi nel senso dell'inesistenza di alcuna priorità giuridica degli strumenti comunitari rispetto a quelli internazionalistici, la quale si porrebbe in patente contrasto rispetto ai contenuti del principio di sussidiarietà siccome precisati dal Trattato di Lisbona, rischiando così di risolversi in un pericoloso esercizio di *interpretatio contra stipulatorem*. Nella presente sezione, pertanto, si cercherà di indagare più approfonditamente i rapporti tra cooperazione rafforzata e principio di sussidiarietà, e per tale via i rapporti tra cooperazione rafforzata ed accordi internazionali conclusi *inter se* tra gli Stati membri. Tale esame presenta una rilevante utilità anche in vista della valutazione dei rapporti tra la decisione autorizzativa della cooperazione rafforzata e la disciplina derivata adottata al fine della sua attuazione.

(a) Il principio di sussidiarietà e il Trattato di Lisbona

315. La comparsa del principio di sussidiarietà nel diritto primario UE, quale principio ad applicazione generale, risale all'adozione del Trattato di Maastricht.⁷⁶¹ La versione consolidata del TCE prevedeva

⁷⁶⁰ Cfr. L'art. 20 TUE; cfr anche la Sentenza della Corte in seduta plenaria del 27 novembre 2012, *Thomas Pringle contro Gouvernement of Ireland, Ireland e The Attorney General*, già cit. sub n. 248, p. 168.

⁷⁶¹ Cfr. l'art. 5.G TUE, che ha introdotto il nuovo art. 3B al Trattato CE. Si osserva, in proposito, come in realtà la primissima introduzione del principio di sussidiarietà nei Trattati istitutivi debba farsi risalire all'adozione dell'Atto Unico Europeo. Tale trattato di riforma, difatti, all'art. 25 introduceva il nuovo articolo 130 R del Trattato CEE, in materia ambientale, il quale prevedeva al par. 4 che: «[I]a Comunità agisce in materia ambientale nella misura in cui gli obiettivi di cui al paragrafo 1 possano essere meglio

all'art. B delle proprie disposizioni generali il rispetto del principio, quale condizione cui doveva conformarsi in generale il perseguimento degli obiettivi dell'Unione. Il concetto di sussidiarietà, invece, trovava definizione nel nuovo art. 3B del Trattato, quale operante nei soli settori di competenza comunitaria non esclusiva. L'articolo, più precisamente, si esprimeva nei termini che seguono: «[n]ei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario. L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato».

316. Nell'incertezza dell'intento perseguito dagli Stati membri con l'introduzione del principio nel Trattato CE, la maggioranza della dottrina concordava nel ritenere la sua formulazione - che, si anticipa, è rimasta intatta sino al Trattato di Lisbona - piuttosto ambigua e poliseno, scarsamente idonea ad un impiego operativo.⁷⁶² La sussidiarietà come valutazione di ciò che risulta essere “non conseguibile in misura sufficiente dagli Stati membri” (elemento negativo) ed, al contempo, “meglio conseguibile a livello dell'Unione” (elemento positivo), in altre parole, non si presentava certo come un concetto univoco.⁷⁶³ In linea con

realizzati a livello comunitario piuttosto che a livello dei singoli Stati membri. Fatte salve talune misure di carattere comunitario, gli Stati membri assicurano il finanziamento e l'esecuzione delle altre misure». Cfr. anche **DE PASQUALE**, *Commento all'art. 5 TUE*, in **TIZZANO A.**, *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, già cit. sub n. 375, p. 46 e ss, che ne vede implicito riconoscimento già nel Rapporto Tindemans, del 1975, al fine di creare una serie di linee guida per limitare il rischio di un eccessivo accentramento; così come ne evidenzia il richiamo nel Rapporto Mc Dougal, del 1977, e nel Progetto Spinelli.

⁷⁶² Cfr. **SCHÜTZE R.**, *subsidiarity after Lisbon : reinforcing the safeguards of federalism ?*, *Cambridge Law Journal*, 2009, p. 525-536; **WEATHERILL S.**, *subsidiarity, Flexibility and New Forms of Governance*, già cit. sub n. 180, p. 558-570; **ROBINSON W.**, *The Court of Justice after Maastricht*, già cit. sub n. 180, 187-189; **PARTAN D. G.**, *The justiciability of subsidiarity*, già cit. sub n. 180; **DE BÜRCA**, *Reappraising subsidiarity 's Significance After Amsterdam*, Harvard Jean Monnet WP 7/99, Harvard School of Law, Cambridge, 2000; **SHAW J.**, *The Treaty of Amsterdam: Challenges of Flexibility and Legitimacy*, già cit. sub n. 10, p. 63-86.

⁷⁶³ E un'interpretazione univoca non veniva agevolata nemmeno dalle istituzioni comunitarie; cfr., ad esempio, **BIONDI A.**, *subsidiarity in the Courtroom*, già cit. sub n. 180. L'A. richiama il Report della Commissione Europea intitolato “Adaptation of Community Legislation to the subsidiarity Principle” (cfr. COM (93) 545 final, 24 November 1993), ove si afferma: «[t]here are two aspects to the subsidiarity principle: decentralization, but also a corollary function of interation, where effectiveness demands that a problem be solved in a common framework»; come correttamente evidenzia Biondi, siffatta interpretazione sembra suggerire che «far from having the effect of freezing Community

questa notazione, che di fondo si ricollega ad una precisa scelta del legislatore comunitario di non addentrarsi nel contenuto del concetto, perché troppo *politico*,⁷⁶⁴ si ricollegavano due importanti conseguenze. La prima, che la sussidiarietà, al di là della sua teorica giustiziabilità, per molto tempo ha costituito un principio privo di significato effettivo nella giurisprudenza della Corte di giustizia, sicché non è casuale che nessuna censura in sede d'impugnazione sia mai stata accolta in proposito.⁷⁶⁵ La seconda conseguenza è stata che la previsione sulla sussidiarietà ha finito per essere scarsamente tenuta in considerazione dalla stessa dottrina giuridica, che talora si è trovata a criticarla aspramente.⁷⁶⁶

317. In tale contesto, solamente una parte dei commentatori ha interpretato il principio di sussidiarietà come espressione della volontà degli Stati membri di porre un freno al costante incremento delle competenze comunitarie, così come al loro sempre più intenso esercizio.⁷⁶⁷ La sua funzione, secondo costoro, sarebbe stata quella di determinare, con riferimento al singolo caso concreto, *quando* l'UE dovesse esercitare le competenze non esclusive attribuitele dai Trattati, *“based upon the criterion that, in cases where the Treaties leave the matter open,*

action, the dynamic of the subsidiarity principle should make it possible to expand if it required, or limit or even abandon it when action at community level is no long warranted.

⁷⁶⁴ Cfr. Il Report della Commissione Europea, “Adaptation of Community Legislation to the subsidiarity Principle”, già cit. sub n. 764, p. 1, ove si afferma: «[s]ubsidiarity is first and foremost a political principle». Cfr. anche **DEHOUSSE R.**, *Does subsidiarity Really Matter?*, EUI Working Paper WP n. 92/93; **TOTH A.**, *Is subsidiarity Justiciable?*, 1994, *European Law Review*, p. 268 ss.

⁷⁶⁵ Cfr. Sentenza della Corte del 12 novembre 1996, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-84/94, in *Racc.* 5755, p. 47, 54-55. Si veda anche **DE AREILZA CARVAJAL J. M.**, *El Principio de subsidiariedad en la Construcción de la Unión Europea*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1995, p. 53-93.

⁷⁶⁶ Cfr., ad esempio, **DAVIES G.**, *subsidiarity: the Wrong Idea in the Wrong Place, at the Wrong Time*, *Common Market Law Review*, 2006, p. 63-84.

⁷⁶⁷ Come infatti si è già fatto cenno *supra*, alla Sezione 3.3, i riferimenti al principio di sussidiarietà nei Trattati si moltiplicavano di pari passo all'estensione dei settori di competenza dell'Unione, così come dei casi di voto a maggioranza qualificata in Consiglio. Cfr. in proposito **SCHILLING T.**, *A New Dimension of subsidiarity; subsidiarity as a Rule and a Principle*, *Yearbook of European Law*, 1994, p. 203-255; **CASS D. Z.**, *The Word that Saved Maastricht? The Principle of subsidiarity and the Division of Powers within the European Community*, *Common Market Law Review*, 1992, p. 1107-1136; **LENAERTS K.**, *The Principle of subsidiarity and the Environment in the European Union: Keeping the Balance of Federalism*, *Fordham International Law Journal*, 1993, p. 846-895.

one should prefer action by the Member States acting individually, until one can demonstrate a specific need for collective action at the Union level instead".⁷⁶⁸

318. Proprio al fine di conferire maggiore pregnanza al concetto di sussidiarietà, il legislatore comunitario accompagnava all'adozione del Trattato di Amsterdam, il nuovo Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.⁷⁶⁹ Benché tale Protocollo richiamasse l'obbligo di rispettare il principio da parte di tutte le istituzioni comunitarie, la sua esplicita *giustiziabilità*, nonché fornisse alcune fondamentali direttive in ordine agli elementi oggetto della relativa valutazione, per cui si chiariva che dapprima risultava necessario riscontrare l'insufficienza dell'intervento per il tramite delle discipline nazionali e solo poi appurare che l'azione programmata fosse *meglio conseguibile* a livello comunitario,⁷⁷⁰ esso mancava di fornire qualsiasi elemento sostanziale che potesse orientare il merito di siffatte valutazioni, o, in altre parole, di esplicitare "*l'impatto che si voleva che la sussidiarietà desse alla cultura istituzionale UE*".⁷⁷¹ Come dimostra la giurisprudenza posteriore al Trattato di Amsterdam, lo scarso sforzo del legislatore comunitario sul piano della definizione sostanziale del principio, combinato con la (comprensibile) riluttanza della Corte di giustizia rispetto alla prospettiva di interferire con le valutazioni di natura politica di quest'ultimo, finiva per ripercuotersi negativamente

⁷⁶⁸ Cfr. **DASHWOOD A., DOUGAN M., RODGER B., SPAVENTA E., WYATT D.**, *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, già cit. sub n. 174, p. 114 ss.

⁷⁶⁹ Cfr. il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, Trattato di Amsterdam, in GU C 340, 10 novembre 1997, p. 105-107.

⁷⁷⁰ Affermava il Punto n. 5 del Protocollo che: «[a]lfinché l'azione comunitaria sia giustificata, devono essere rispettati entrambi gli aspetti del principio di sussidiarietà: gli obiettivi dell'azione proposta non possono essere sufficientemente realizzati con l'azione degli Stati membri nel quadro dei loro sistemi costituzionali nazionali e perciò possono dunque essere meglio conseguiti mediante l'azione da parte della Comunità. Per valutare se la condizione di cui sopra è soddisfatta dovrebbero essere applicati i seguenti principi guida : — il problema in esame presenta aspetti transnazionali che non possono essere disciplinati in maniera soddisfacente mediante l'azione degli Stati membri; — le azioni dei soli Stati membri o la mancanza di un'azione comunitaria sarebbero in conflitto con le prescrizioni del trattato (come la necessità di correggere distorsioni di concorrenza o evitare restrizioni commerciali dissimulate o rafforzare la coesione economica e sociale) o comunque pregiudicherebbero in modo rilevante gli interessi degli Stati membri; — l'azione a livello comunitario produrrebbe evidenti vantaggi per la sua dimensione o i suoi effetti rispetto all'azione a livello di Stati membri»

⁷⁷¹ In questi termini si esprime Weatherill in **WEATHERILL S.**, *subsidiarity, Flexibility and New Forms of Governance*, già cit. sub n. 180.

anche su quei pochi elementi che sino a quel momento egli aveva osato regolare.⁷⁷²

319. Con l'adozione del Trattato di Lisbona, la nuova via scelta dal legislatore comunitario al fine di riconoscere al principio di sussidiarietà una portata pratica suscettibile di effettivo controllo giurisdizionale è stata quella di sviluppare ulteriormente la procedimentalizzazione inaugurata col Trattato di Amsterdam.⁷⁷³ Diversamente, la definizione normativa del principio è rimasta

⁷⁷² Emblematica è in proposito la Sentenza della Corte del 10 dicembre 2002, *The Queen contro Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd*, già cit. sub n. 472, p. 180, ove la Corte ha affermato: «[p]er quanto riguarda la questione se la direttiva sia stata adottata in conformità al principio di sussidiarietà, occorre esaminare, in primo luogo, se l'obiettivo dell'azione progettata potesse essere meglio realizzato a livello comunitario». Come commenta Weatherill, «[t]he pattern is circular: the Court presents a formula which defines the proper scope of legislative harmonization and which set out the control exercised by the principles of proportionality and subsidiarity, the EU legislature duly adopts the approved but reliably vague vocabulary and, provide the drafting is well-chosen, the Court has no plausible basis on which to set aside the legislative act. Case law dealing with the limits of EU competence has been converted into no more than a "drafting guide" for the EU legislature» (cfr. **WEATHERILL S.**, *The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after Tobacco Advertising: How the Court's Case Law has become a "Drafting Guide"*, *German Law Journal*, 2011, p. 827-864, a p. 828).

Allo stesso tempo, i casi in cui la Corte sembrava effettivamente distaccarsi dalla verifica del mero rispetto delle condizioni procedurali al Protocollo, al fine di accertare l'effettiva ricorrenza delle condizioni sostanziali che consentono di dichiarare soddisfatto il principio di sussidiarietà, sembravano limitarsi alle ipotesi in cui l'azione comunitaria fosse diretta ad eliminare ostacoli agli scambi e distorsioni di concorrenza nel mercato interno, derivanti dagli sviluppi diversificati delle discipline nazionali (cfr. ad esempio la Sentenza della Corte del 9 ottobre 2001, *Regno dei Paesi Bassi contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-377/98, in *Racc.* 7079, p. 32-33). Come commenta Dashwood, si tratterebbe di casi in qualche modo anomali dal momento che l'emergenza di ostacoli agli scambi transfrontalieri o di distorsioni di concorrenza rappresenta, in queste ipotesi, la *condicio sine qua* non per l'esistenza stessa della competenza di armonizzazione ex art. 114 TFEU; di conseguenza: «*their emergence would seem to support the conclusion that only action coordinated under the auspices of the Union can provide an effective regulatory solution. Thus, compliance with the principle of conferral might plausibly be equated with satisfaction of the principle of subsidiarity*» (**DASHWOOD A., DOUGAN M., RODGER B., SPAVENTA E., WYATT D.**, *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, già cit. sub n. 174, p. 119).

⁷⁷³ Secondo una tecnica che può definirsi rodada nel contesto della tutela del diritto amministrativo comunitario, con riferimento alle valutazioni tecnico-discrezionali o di natura politica; cfr. in proposito **SCHWARZE J.**, *Il Controllo Giurisdizionale sul Procedimento Amministrativo Europeo*, in **BIGNAMI F., CASSESE S.**, *Il Procedimento Amministrativo nel Diritto Europeo*, Milano, 2004, p. 125-158; *contra* **FLYNN B.**, *The Legal Enforceability of Reformed subsidiarity*, IEAP WP 2005/W/07.

inalterata,⁷⁷⁴ salvo incorporare l'importante riferimento ai livelli di governo locali e regionali degli Stati membri.⁷⁷⁵

320. In particolare, il nuovo art. 5 TUE stabilisce espressamente che: «[I]e istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo». La disposizione trova ulteriore sviluppo al Protocollo No. 2 allegato ai Trattati, *sull'Applicazione dei Principi di Sussidiarietà e Proporzionalità*. Il Protocollo, infatti, prevede espressamente, per tutti i progetti di atti legislativi, l'obbligo di motivazione, da parte dell'istituzione proponente (che normalmente sarà la Commissione Europea, ex art. 294 TFUE), in ordine al rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. A tal fine si prevede che il progetto sia accompagnato da un'apposita scheda «contenente elementi circostanziati che consentano di valutare il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità». Tale documento, che prende il nome di *valutazione d'impatto* (in inglese, *impact assessment*), secondo il Protocollo deve fornire gli elementi che consentano di valutare l'impatto finanziario e le conseguenze della proposta, così come gli elementi sulla regolamentazione che sarà attuata dagli Stati membri, anche a livello regionale, quando essa punta all'adozione di una direttiva.⁷⁷⁶ Infine, si prevede che l'*impact assessment* esponga le ragioni che hanno portato a concludere che l'obiettivo perseguito sia meglio conseguibile a livello dell'Unione, sulla base di «indicatori qualitativi e, ove possibile, quantitativi» (art. 5).

321. Il Protocollo, inoltre, si preoccupa espressamente di coinvolgere i parlamenti nazionali degli Stati membri nell'*iter* legislativo comunitario, conferendo loro un ruolo specifico in ordine al controllo del rispetto

⁷⁷⁴ Dichiarò il testo dell'art. 5, par. 3, TUE che: «[i]n virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione».

⁷⁷⁵ Cfr. anche il testo della Dichiarazione No. 3 della Germania, dell'Austria e del Belgio sulla sussidiarietà, riportata tra le «Dichiarazioni di cui la Conferenza ha preso nota» nella negoziazione del Trattato di Amsterdam, la quale recita: «[p]er i governi tedesco, austriaco e belga resta inteso che l'azione della Comunità europea in base al principio di sussidiarietà non riguarda solo gli Stati membri ma anche le loro entità, nella misura in cui questi dispongono di un proprio potere legislativo conferito loro dal diritto costituzionale nazionale».

⁷⁷⁶ L'art. 9 del Protocollo, prevede inoltre che: «[I]a Commissione presenta al Consiglio europeo, al Parlamento europeo, al Consiglio e ai parlamenti nazionali una relazione annuale circa l'applicazione dell'articolo 5 del trattato sull'Unione europea. La relazione annuale deve anche essere inviata al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni».

dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. Essi, in particolare, in base agli artt. 4 e 6 del Protocollo: (i) ricevono dall'istituzione titolare del potere di proposta i progetti di atti legislativi nello stesso momento in cui essa li trasmette al legislatore comunitario; (ii) ricevono le risoluzioni legislative del Parlamento Europeo e del Consiglio, non appena adottate; (iii) hanno la facoltà di inviare ai presidenti della Commissione, del Parlamento Europeo e del Consiglio, entro otto settimane dalla ricezione del progetto, un parere motivato che espone le ragioni per le quali ritengono che il progetto in causa non sia conforme al principio di sussidiarietà. Con particolare riferimento alla procedura da ultimo menzionata, la quale prende il nome di procedura c.d. *di parere motivato*, l'art. 7 del Protocollo chiarisce che l'istituzione proponente il progetto di atto legislativo deve tenere in considerazione i pareri inoltrati dai parlamenti nazionali e dalle relative camere; inoltre, posto il riconoscimento di due voti a ciascuno di essi, la norma prevede l'obbligo dell'istituzione proponente di riesaminare il progetto, qualora «*i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà [...] rappresentino almeno un terzo dell'insieme dei voti*». Tale procedura è stata denominata procedura del c.d. *cartellino giallo*, essendo che la revisione imposta all'istituzione proponente da parte dei parlamenti nazionali lascia impregiudicato il potere della stessa di scegliere se mantenere il progetto, oppure se modificarlo o ritirarlo, salvo sempre l'obbligo di motivazione. Solo laddove i pareri motivati rappresentino almeno la maggioranza semplice dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali e la Commissione nondimeno scelga di mantenere l'atto in esito alla revisione, l'intero complesso delle valutazioni dei parlamenti e dell'istituzione proponente devono essere sottoposti al legislatore dell'Unione affinché ne tenga conto nella procedura di adozione dell'atto, che potrà essere soggetto ad una forma di “rigetto semplificato”, essendo previsto che se in prima lettura «*la maggioranza del 55% dei membri del Consiglio o la maggioranza dei voti espressi in sede di Parlamento europeo [...] ritiene che la proposta non sia compatibile con il principio di sussidiarietà, la proposta legislativa non forma oggetto di ulteriore esame*» (c.d. *cartellino arancione*). Nessun c.d. *cartellino rosso*, che sia in grado di bloccare direttamente la procedura di adozione dell'atto, è invece previsto a vantaggio dei parlamenti nazionali.

322. In aggiunta agli ulteriori requisiti procedurali appena illustrati, infine, il Protocollo ribadisce la competenza della Corte di giustizia a sindacare il rispetto del principio di sussidiarietà, nel contesto del rimedio generale dell'azione di annullamento ex art. 263 TFUE.⁷⁷⁷ La

⁷⁷⁷ Analoga legittimazione è prevista per il Comitato delle regioni, «*avverso atti legislativi per l'adozione dei quali il trattato sul funzionamento dell'Unione europea richiede la sua consultazione*».

norma riconosce legittimazione passiva a ciascuno degli Stati membri, nei modi ordinari, ovvero prevede che il ricorso di annullamento possa essere da costoro «*trasmesso in conformità con il rispettivo ordinamento giuridico interno a nome del suo parlamento nazionale o di una camera di detto parlamento nazionale*». Sebbene siano state evidenziate alcune imperfezioni che rischiano di rendere parzialmente inefficace la regolamentazione al nuovo Protocollo,⁷⁷⁸ molti ritengono che essa, in particolare in virtù dell'obbligo di motivazione ricollegato alle procedure di c.d. *cartellino giallo* e *arancione*, possa contribuire significativamente al controllo giurisdizionale *ex post* dell'atto da parte

⁷⁷⁸ In *primis* i difetti della procedura sono stati individuati nella sua apparente limitazione al controllo del rispetto della sussidiarietà nei soli atti legislativi, benché sin da principio la Commissione europea abbia chiarito che avrebbe tenuto conto degli *impact assessments* anche ove riferiti ad atti non legislativi (cfr. Annual report 2010 on relations between the European Commission and national parliaments. Report from the Commission. COM (2011) 345 final, 10 June 2010). In secondo luogo, sono state evidenziate le minori garanzie date dal Protocollo rispetto al controllo del principio di proporzionalità, considerato «*fratello gemello*» principio di sussidiarietà e così in grado di influenzarne negativamente l'applicazione (cfr. in particolare **DE BÚRCA G.**, *The Principle of subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor*, Journal of Common Market Studies, 1998, p. 217–235; **COOPER I.**, *The Watchdogs of subsidiarity: National Parliaments and the Logic of Arguing in the EU*, Journal of Common Market Studies, 2006, p. 281-304; **GROUSSOT X.**, **BOGOJEVIĆ S.**, *subsidiarity as a Procedural Safeguard of Federalism*, già cit. sub n. 408).

della Corte di giustizia,⁷⁷⁹ il quale si aggiunge al controllo politico svolto *ex ante* dai parlamenti nazionali.⁷⁸⁰

323. In conclusione, si ritiene di condividere la tesi per cui il rafforzamento delle garanzie a tutela del principio di sussidiarietà intervenuto con il Trattato di Lisbona, si pone bene in linea con una interpretazione *negativa* dello stesso principio, in termini di “*primato dell’azione statale su quella comunitaria*”,⁷⁸¹ chiarendo una volta per tutte il suo significato e superando così le posizioni critiche

⁷⁷⁹ Cfr. **GROSSOT X., BOGOJEVIĆ S.**, *subsidiarity as a Procedural Safeguard of Federalism*, già cit. sub n. 408, p. 241, ove si afferma che: «[t]he idea here is that in case the objections of numerous national parliaments are swept aside by the Commission, or the other Union institutions with thin reasoning, the Court might be inclined to find the legislative action invalid. In this way, the Court could add to the ‘shift in the presumption’, meaning that the Commission would need to show something similar to a manifest error of appraisal in the objections in order to be able to proceed with the proposal. As argued by Stephen Weatherill, the threat of such *ex post* control might helpfully induce political actors at EU level to take seriously *ex ante* critical input by national parliaments». Va inoltre precisato che non tutti i commentatori valutano positivamente il potenziamento del controllo giurisdizionale *ex post* del rispetto del principio di sussidiarietà. Costoro, difatti, muovono dalla considerazione che il principio di sussidiarietà rivesta un significato ed un contenuto essenzialmente politico, e pertanto sottratto al controllo giurisdizionale del giudice comunitario. Al contrario, come argomenta Biondi, si può affermare che il principio di sussidiarietà abbia vera e propria natura giuridica e che la Corte di giustizia, nella sua indipendenza, sia la migliore istituzione deputata alla sua salvaguardia, analogamente a quanto avviene per il principio di proporzionalità (cfr. **BIONDI A.**, *subsidiarity in the Courtroom*, già cit. sub n. 180, il quale a sua volta cita **STEINER J.** *subsidiarity Under the Maastricht Treaty*, in O’KEEFFE, TOWNEY P. (eds.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Wiley, 1994, p. 62). Ulteriori rafforzamenti del controllo giurisdizionale del principio sarebbero comunque necessari secondo Schütze (cfr. Cfr. **SCHÜTZE R.**, *subsidiarity after Lisbon: reinforcing the safeguards of federalism?*, già cit. sub n. 7622; cfr. anche **ALEMANNO A., GARDE A.**, *The Emergence of an EU Lifestyle Policy: the Case of Alcohol, Tobacco and Unhealthy Diets* già cit. sub n. 700, in particolare alle p. 1761-1777).

⁷⁸⁰ Per una valutazione positiva della possibile efficacia della nuova procedura, cfr. **CRAIG P.**, *The ECJ and Ultra Vires Action: A Conceptual Analysis*, *Common Market Law Review*, 2011, p. 395-437. Si vedano anche **FABBRINI F., GRANAT K.**, “*Yellow card, but no foul*”: *The role of the national parliaments under the subsidiarity protocol and the Commission proposal for an EU regulation on the right to strike*, *Common Market Law Review*, 2013, p. 115-143; **JANČIĆ D.**, *The Game of Cards: National Parliaments in the EU and the Future of the Early Warning Mechanism and the Political Dialogue*, *Common Market Law Review*, 2015, p. 939-975; **FASONE C.**, *La Cooperazione Rafforzata in Materia di Brevetto Europeo: un Difficile Test per il Coinvolgimento dei Parlamenti nel Processo Decisionale Europeo*, già cit. sub n. 408.

⁷⁸¹ Così ad es. così **POCAR F., BARUFFI M.C.**, *Commentario breve ai Trattati dell’Unione europea* già cit. sub n. 166, p. 29-30, richiamando le opinioni conformi espresse in dottrina da Daniele, Mastroianni, Mengozzi e Strozzi.

condivisibilmente espresse dalla dottrina nel passato.⁷⁸² Essa, inoltre, si concilia bene con la lettura che individua nell'art. 5, par. 3, TUE, un *favor* verso la regolamentazione autonoma degli Stati membri, tanto nel caso in cui questi agiscano individualmente, tanto che in quello in cui agiscano collettivamente, per il tramite di accordi internazionali, fermi i limiti in punto di attribuzione delle competenze e primato che si sono già richiamati *supra* al Paragrafo 3.2.3.⁷⁸³ Diversamente, non sarebbe dato di comprendere perché se in virtù del principio di sussidiarietà gli Stati membri possono adottare individualmente 28 normative diverse, debba ritenersi foriera di maggiori rischi di incompatibilità con il diritto comunitario l'adozione di una disciplina comune tramite accordo internazionale.

(b) Sussidiarietà, leale cooperazione e cooperazione rafforzata

324. Come si è avuto modo di esporre più sopra, accanto alle modifiche volte a garantire una maggiore pregnanza al principio di sussidiarietà, il Trattato di Lisbona ha portato avanti la progressiva e sempre più completa *comunitarizzazione* della principale tecnica di differenziazione *politica* in seno all'ordinamento comunitario, rappresentata dalla cooperazione rafforzata. Questo dato mette in luce l'opportunità di valutare il modo di operare del principio di sussidiarietà con riguardo al diritto comunitario differenziato e nei rapporti tra esso e gli accordi internazionali tra gli Stati membri. Si tratta di una tematica che nel passato è stata oggetto di indagine relativamente limitata in dottrina,⁷⁸⁴ e che merita di essere oggi

⁷⁸² In ordine ai dubbi sollevati in precedenza cfr. **DE WITTE B.**, *Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union*, già cit. sub n. 6, p. 31- 58; più in generale, cfr. **DAVIES G.**, *subsidiarity: the Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time*, già cit. sub n.766; **WEATHERILL S.**, *subsidiarity, Flexibility and New Forms of Governance*, già cit. sub n. 180, p. 558-570.

⁷⁸³ Cfr. **DE GREGORIO MERINO A.**, *Institutional Aspects of Variable Geometry. Special Consideration of the Intergovernmental Method*, già cit. sub n. 16. p. 101-117.

⁷⁸⁴ Dalla ricerca effettuata, sembra che in dottrina il discorso sia stato affrontato in via principale solamente da Hervé Bribosia (cfr. **BRIBOSIA H.**, *De la subsidiarité à la coopération renforcée*, già cit. sub n. 57, e **BRIBOSIA H.**, *Différenciation et avant-gardes au sein de l'Union Européenne. Bilan et perspectives du Traité d'Amsterdam*, già cit. sub n. 718), ripreso in Tuytschaever (cfr. **TUYTSCHAEVER F.**, *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, a p. 240-242, nel paragrafo intitolato "Differentiation as a new form of subsidiarity"). Meno estesamente della questione era stato fatto cenno anche in **DE WITTE B.**, *Chamaleontic Member States: Differentiation by Means of Partial and Parallel International Agreements*, già cit. sub n. 17, in particolare a p. 240, e in **DE BÚRCA G.**, *Legal Principles as an instrument of differentiation? The principles of proportionality and subsidiarity*, già cit. sub n. 56. In ogni caso, le tesi di Bribosia devono ritenersi ad oggi tendenzialmente superate, alla luce dell'evoluzione e, entro certi

recuperata, alla luce di certi dubbi che sono emersi in merito ad una supposta astratta priorità giuridica del ricorso agli strumenti comunitari - cooperazione rafforzata inclusa -rispetto al ricorso agli strumenti di diritto internazionale, nell'esercizio delle competenze concorrenti degli Stati membri.⁷⁸⁵ Si ritiene inoltre che la sua illustrazione, permetta di esaminare con maggior rigore i rapporti che intercorrono tra la decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata ex art. 20 TUE e la disciplina adottata per la sua messa in atto, esaminando la difficile questione dei limiti entro i quali la determinazione dell'oggetto della regolamentazione differenziata in seno alla prima, condizioni il legittimo esercizio del potere normativo nel contesto della seconda.

325. La più chiara dimensione del principio di sussidiarietà all'art. 5 TUE, consente oggi di affermare con una certa sicurezza che la positiva dimostrazione di una autentica *necessità* dell'azione comunitaria costituisce un requisito obbligatorio anche laddove

limiti, del chiarimento apportato dal Trattato di Lisbona alla concezione del principio di sussidiarietà come primato dell'azione degli Stati membri su quella comunitaria, di cui sopra si è dato conto. Quello che Bribosia aveva ipotizzato, infatti, era che la sussidiarietà potesse operare anche come criterio in base al quale gli Stati membri potessero determinarsi a procedere alla differenziazione mediante cooperazione rafforzata. In questo senso, la cooperazione rispondeva all'esigenza di creare un di un diritto comunitario che trovasse applicazione soltanto rispetto a quegli Stati membri che non fossero in grado di realizzare in via autonoma gli obiettivi previsti dai Trattati, lasciando spazio, al contempo, all'azione autonoma degli altri. Il presupposto giustificativo della differenziazione andava così individuato nella sussidiarietà, che tuttavia non doveva intendersi secondo l'A. in senso *classico*, ossia in termini di obiettiva impossibilità di carattere economico-sociale al raggiungimento degli obiettivi ai Trattati, ma risultava soddisfatto anche in presenza di un semplice dissenso di carattere politico. Si individuava, così, di una *nuova* forma di sussidiarietà, come la chiama lo stesso Bribosia. Alla luce di quanto esposto, la teoria in esame appare in contrasto con l'approccio che l'evoluzione dei Trattati ha privilegiato nel corso degli anni, attraverso la progressiva *comunitarizzazione* (intesa quale sempre più intensa incorporazione e valorizzazione del metodo comunitario nella regolamentazione istituzionale) della cooperazione rafforzata. L'istituto, difatti, non appare concepito dalla nuova disciplina, come destinato a rimanere limitato agli Stati membri che non vogliano o non siano in grado di realizzare autonomamente gli obiettivi comunitari. Il fine dichiarato dai Trattati appare piuttosto quello di «*promuovere la partecipazione del maggior numero possibile di Stati membri*» (cfr. l'art. 328, par. 1, TFUE), nel contesto di una disciplina che non si pone come *alternativa* all'azione autonoma degli Stati membri, ma che piuttosto è *qualcosa d'altro*, non solo tecnicamente, perché attorniata dalle garanzie del metodo comunitario e della natura comunitaria delle norme cui dà origine, ma anche perché ideologicamente e sostanzialmente «*intes[s]a a promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione*» (art. 20 TUE).

⁷⁸⁵ Cfr. *supra* la Sezione 3.2 e il Paragrafo 3.4.2(a) all'esordio della presente sezione.

quest'ultima assuma la forma di una cooperazione rafforzata, in presenza di divergenze di carattere politico in ordine ai contenuti dell'azione da intraprendere. Di conseguenza, soltanto ove l'esercizio autonomo delle competenze concorrenti degli Stati membri, sia esso individuale o collettivo – mediante accordo internazionale –, non permetta di soddisfare a sufficienza gli obiettivi dell'azione prevista, sarà possibile appurare che essi possono essere meglio conseguiti con atto di diritto comunitario, se del caso differenziato, ai sensi dell'art. 20 TUE.

326. Tale tesi, laddove valorizza il principio di sussidiarietà in senso *negativo*, cioè quale primato dell'azione degli Stati membri rispetto a quella comunitaria, si pone in contrasto con l'opinione che assegna una sorta di giuridica priorità all'azione comunitaria, anche mediante cooperazione rafforzata, rispetto all'impiego dei classici strumenti di diritto internazionale secondario rappresentati dagli accordi internazionali.⁷⁸⁶ Al contrario, essa non esclude che il ricorso agli accordi da parte degli Stati membri possa in concreto configurarsi come contrario al principio di leale cooperazione, ex art. 4, par. 3, TUE, laddove il loro impiego sia preordinato all'elusione delle procedure comunitarie e costituisca una minaccia all'autonomo sviluppo del diritto UE nel settore in cui sono adottati.⁷⁸⁷ Allo stesso modo, il tendenziale *favor* per l'azione autonoma degli Stati membri ravvisabile nel principio di sussidiarietà, non pone fuori campo la necessità di assicurare il rispetto del principio del primato del diritto comunitario, così come di tutte le altre caratteristiche, quali l'autonomia e l'effetto diretto, che ne costituiscono la garanzia e l'espressione.⁷⁸⁸

327. La tesi appena esposta, invero, si pone in linea con un più generale riassetto degli equilibri nei rapporti tra Unione e Stati membri, realizzato dal Trattato di Lisbona. Si è già introdotto, infatti, come il potenziamento degli strumenti di differenziazione *politica* si sia tradizionalmente collocato in momenti storici segnati dalla percezione di forti difficoltà nella gestione dell'equilibrio interistituzionale, in grado di rendere accidentato il cammino verso un'integrazione sempre più stretta tra i popoli d'Europa e sempre più verosimile

⁷⁸⁶ Della questione si è già fatta menzione *supra*, al Paragrafo 3.2.1, in particolare alle note 308 e 309.

⁷⁸⁷ Cfr. *Supra* il Paragrafo 3.2.3.

⁷⁸⁸ Cfr. *infra* la Sezione 4.2.

un'evoluzione verso lo stallo dell'azione normativa.⁷⁸⁹ L'apertura alla differenziazione, tuttavia, ha sempre richiesto al legislatore comunitario di rispettare alcuni specifici limiti, stante il potenziale *disintegrativo* che a tali meccanismi effettivamente si accompagna.⁷⁹⁰ In

⁷⁸⁹ In questo senso, l'idea del *pioneer group* è stata definita come il “*mostro di Lochness dell'integrazione europea*”, che appare e scompare all'interno del dibattito politico ad intervalli regolari (così **DE WITTE B.**, *Future Paths of Flexibility: Enhanced Cooperation, Partial Agreements and Pioneer Groups*, già cit. sub n. 105). Analogamente, è stato notato da Thym come «[w]henver the process of European integration enters a critical stage some politicians or observers usually evoke the option of ‘multiple speeds’ with some EU Member States proceeding towards deeper integration while leaving the laggards behind». (cfr. **THYM D.**, *The Evolution of Supranational Differentiation*, già cit., p. 1; cfr. anche **WEILER J.H.H.**, *The Reformation of European Constitutionalism*, già cit. sub n. 89, p. 97 e **DE AREILZA CARVAJAL. M.**, *The Reform of Enhanced Co-operation Rules: Towards Less Flexibility?*, già cit. sub n. 12).

⁷⁹⁰ Sicchè, si ritiene di poter generalizzare per l'intero insieme di questi meccanismi, la notazione, introdotta da Lamping con riferimento alle dinamiche di integrazione differenziata, per cui «[b]oth an excessively enthusiastic expansion of the European economic and social area and the discontented diversification of its common basis will lead to the collapse of the federal solidarity and unity on which the Union's political and legal system lives. Accordingly, the success and acceptance of differentiated integration depends on how it is presented: as a pioneer of approximation or as a veneer for alienations» (così **LAMPING M.**, *Enhanced Cooperation A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?*, già cit. sub n. 170, p. 882); in altre parole, sembra condivisibile la suggerita esigenza di individuare un equilibrio sostenibile nell'impiego di tali meccanismi, di modo da poterne massimizzare le potenzialità, nella gestione delle richieste di differenziazione, evitando al contempo che un impiego eccessivo finisca per mettere surrettiziamente in discussione i principi generali che governano l'ordinamento interindividuale: cfr. sul punto **ZBÍRAL R.**, *Restoring tasks from the European Union to Member States: a Bumpy Road to and Unclear Destination?*, già cit. sub n. 455, a p. 52-53: «[t]he situation in which the EU nowadays finds itself is completely different from when it was founded in 1950s. Membership has grown to 28 States with very diverse economic, social or cultural-historical characteristics, and distinct ensuing interests – this makes any agreement costly. Yet at the same time, the EU has had to tackle ever more serious EU-wide crises. These two diverging vectors stretch EU resources to the limits and question the EU's ability to provide effective solutions in an ever-increasing number of fields. It seems unrealistic under these circumstances to expect that all EU competences will forever remain in Brussels' hands [...]. This view might be considered heretical by many supporters of traditional integration logic, but re-nationalization should not be equated with the weakening of integration. Numerous theorists of federalism have noted that, if only due to the changing external and internal conditions and pressures, the allocation of competences in the majority of federations is in constant flux. While transfer competences to the central level might be a prevalent trend, periods of “ebb” and of “flow” complement each other almost everywhere. Restoration of tasks to the lower levels has been common in all traditional centripetal federations, including the United States (e.g. new federalism movement), Germany (e.g. amendments to the Basic Law in 2006) or Switzerland (e.g. fiscal reforms in 2004). In relation to the EU, all factors that have been argued to drive integration might degenerate to a point where their logic comes to a halt and reverses: spillover turns into spillback, effective regulation transforms to overregulation, and economies of scale cross their marginal utility [...] both “centralization” and “decentralization” have their merits and there should be a sensible framework for restoring tasks from the centre to the constituent units in all federal(-like) entities» (note omesse). È interessante notare come lo stesso A., *sub nota 3*, a p. 52 dello scritto citato, operi

proposito, il Trattato di Lisbona ha associato al rafforzamento del controllo di sussidiarietà ed alla semplificazione della disciplina della cooperazione rafforzata, l'introduzione delle tanto attese riforme istituzionali in punto di modalità di voto a maggioranza qualificata in Consiglio.⁷⁹¹ Esso ha inoltre reso questa modalità di voto la “regola”, grazie ad espressa previsione generale (cfr. il nuovo art. 294 TFUE, ex art. 251 TCE),⁷⁹² ripresa nel conforme emendamento della maggior parte delle basi giuridiche nei Trattati.⁷⁹³ Inoltre, sono state introdotte nei Trattati numerose c.d. *clausole passerella*, che permettono di modificare all'occorrenza le procedure decisionali previste dalle varie basi giuridiche, ove se ne avvertisse l'esigenza al di là della semplificazione di cui sono state abbondantemente investite nel contesto dell'ultima revisione.⁷⁹⁴ Se dunque si riscontra la diffusa

un paragone tra queste dinamiche e quelle d'integrazione differenziata. Egli afferma, a sostegno della tesi per cui la restituzione di alcune competenze agli Stati membri non conduce necessariamente ad un indebolimento del processo di integrazione che: «[w]itness the change of attitude towards the concept of flexible integration. At first (1990s) it was viewed by many EU law scholars as an (unwelcome) inadvertence that would be overcome after surpassing the momentary obstacles. Yet nowadays flexibility turns from threat to an instrument that should strengthen (if not save!) the integration process, for all see Piris, *The Future of Europe: Towards a Two-Speed EU?* (CUP, 2012), mainly at pp. 106–142». Cfr. anche **SHAW J.**, *European Union Legal Studies in Crisis?, Towards a New Dynamic*, Oxford Journal of Legal Studies, 1996, p. 231-253

⁷⁹¹ Cfr. il nuovo art. 16TUE.

⁷⁹² Per una panoramica delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona sul piano delle procedure di esercizio del potere normativo comunitario, cfr. **HOFMANN H.**, *Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality*, già cit. sub n. 443; **LENAERTS K., DESORMER M.**, *Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures*, European Law Journal, 2005, p. 744–765; **BEST E.**, *Legislative Procedures after Lisbon: Fewer, Simpler, Clearer?*, Maastricht Journal, p. 85-96; **CRAIG P.**, *The Lisbon Treaty, Revised Edition: Law, Politics, and Treaty Reform*, Oxford Scholarship Online, 2013, p. 246-285

⁷⁹³ In particolare, si fa presente come il Trattato di Lisbona abbia espressamente previsto il voto a maggioranza qualificata in Consiglio per l'esercizio della base giuridica di cui all'art. 118, primo comma, TFUE, relativo alla creazione di titoli uniformi di proprietà intellettuale e dei regimi istituzionali necessari per la loro gestione; al contrario, il Trattato di riforma, data la delicatezza caratterizzante la disciplina dei regimi linguistici cui debbono essere assoggettati i diritti uniformi di proprietà intellettuale eventualmente creati in forza del primo comma, ha ritenuto di conservare al secondo comma dell'art. 118 TFUE la procedura di approvazione all'unanimità in Consiglio.

⁷⁹⁴ Ciò, si aggiunga, nel quadro *semplificato* risultante dal superamento della struttura a pilastri. In linea con il tentativo di semplificare e chiarire le procedure di produzione normativa derivata esistenti, sembra collocarsi anche la previsione di una procedura legislativa ordinaria per l'adozione degli atti legislativi (art. 294 TFUE), così come la regolamentazione degli atti delegati (art. 290 TFUE) e la

volontà di estendere (ed agevolare) l'applicazione del metodo comunitario, ciò deve leggersi nel contesto di una più generale spinta verso una maggiore flessibilità nella distribuzione soggettiva del potere normativo, realizzata sia attraverso l'alleggerimento delle condizioni di ricorso alla cooperazione rafforzata che, primariamente, attraverso il rafforzamento del principio di sussidiarietà. È quindi al *complesso* delle riforme menzionate che occorre guardare per comprendere le dinamiche più ampie in cui si ritiene di collocare la segnalata evoluzione dell'istituto della cooperazione rafforzata.⁷⁹⁵

previsione di nuovi meccanismi di comitologia, che vengono affiancati al generale potere di esecuzione degli Stati membri (art. 291 TFUE; cfr. anche il Regolamento (UE) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione, in GU L 55 del 28.2.2011, p. 13–18.

⁷⁹⁵ In passato, Grainne de Búrca ha affermato che: «[o]ne of the changes which has attracted attention in particular in the years following the Maastricht Treaty is the increasing prominence and apparent acceptability of differential arrangements for particular Member States or groups of States, a development which contrasts with the ideal of uniformity which the earlier Community seemed to promote. More generally, the series of Treaty changes which enshrine concepts like subsidiarity and proportionality as principles governing the need for and intensity of Community action, as well as the constitutional opt-outs of the Maastricht Treaty and the closer co-operation provisions of the Amsterdam Treaty, together suggest an overall shift in emphasis from the centralised, uniform Community policies to a more fluid, flexible and devolved legal order». In modo condivisibile, immediatamente dopo il passo appena riportato, l'Autrice specificava come: «[t]he aim [...] is not to deny the many continuities with the past, nor the reality of a considerable degree of differentiation which has existed within EC law and policy over many years, but it takes as a starting point the premise that there has been a gradual shift at least in the acknowledged or explicit paradigm of EU governance over the past ten years». Così **DE BÚRCA G.**, *Legal Principles as an instrument of differentiation? The principles of proportionality and subsidiarity*, già cit. sub n. 56, in particolare alle p. 131-132. Il riferimento è alla circostanza per cui, sebbene l'integrazione differenziata, tanto *in senso stretto* quanto *in senso ampio*, abbia da sempre caratterizzato il processo d'integrazione europea, nel corso del tempo le esigenze di governo di un ordinamento sempre più complesso ed eterogeneo hanno condotto al rafforzamento dei meccanismi di integrazione differenziata (o *flessibilità partecipativa*) e, più in generale, al rafforzamento di tutti gli strumenti in cui trova espressione l'esigenza di *flessibilità* dell'ordinamento. Quello che non emerge esplicitamente da tale passo, e di cui il Trattato di Lisbona ci offre chiara conferma, è il fatto che la progressiva rimozione dei limiti imposti all'azione normativa comune soggettivamente flessibile, non solo sia storicamente avvenuta in contemporanea all'espansione delle competenze comunitarie, ma soprattutto non abbia comportato alcuna restrizione impattante gli ambiziosi obiettivi del consorzio europeo o l'ambito di applicazione del metodo comunitario nel loro perseguimento. Sul punto, cfr anche **THYM D.**, *The Evolution of Supranational Differentiation*, già cit. sub n. 62, ove si evidenzia come l'introduzione nell'ordinamento delle prime forme di differenziazione *politica* (o *cooperazione rafforzata in senso ampio* nella terminologia di Guillard; cfr *supra*, n. 656) debba essere letta in base alla specifica circostanza storica in cui l'Unione si trovava. Il Trattato di Maastricht, infatti, deve collocarsi all'interno

328. Si può concludere, pertanto, che la sussidiarietà, quale principio fondamentale a disciplina dei *modi* di esercizio delle competenze dell'Unione, sia vincolante per il legislatore comunitario anche in sede di autorizzazione della cooperazione rafforzata ex art. 20 TUE. In questo senso il principio di sussidiarietà manifesta appieno il suo scopo di salvaguardare un uso appropriato degli strumenti comunitari da parte degli Stati membri. Esso, in particolare, dovrebbe costituire oggetto di considerazione nella richiesta che gli Stati membri interessati all'instaurazione della cooperazione rafforzata inoltrano alla Commissione, che, come precisa l'art. 329, par. 1, TFUE, deve avvenire «*precisando il campo d'applicazione e gli obiettivi perseguiti dalla cooperazione rafforzata prevista*»; la Commissione, inoltre, nel vagliare la generale legittimità della richiesta degli Stati membri, deve esaminare specificamente il rispetto del principio e anche su tale base valutare la proposta da presentare al Consiglio (art. 329, par. 1, TFUE), assieme alla verifica del contributo dell'instauranda cooperazione alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione, alla protezione dei suoi interessi ed al rafforzamento del suo processo di integrazione (art. 20, par. 1, TUE). In quanto riguardanti la legittimità dell'atto, si argomenta, siffatte valutazioni, una volta incorporate nella decisione definitiva del Consiglio di autorizzazione alla cooperazione rafforzata, risultano suscettibili di controllo giurisdizionale da parte della Corte di giustizia. La corretta valutazione del rispetto del principio di sussidiarietà, al contrario, non rientra nei contenuti della valutazione politica di ultima istanza del Consiglio, che essendo valutazione di carattere discrezionale risulta soggetta ad uno *standard* limitato di controllo giurisdizionale.⁷⁹⁶

A supporto di tale riflessione sembrano porsi innanzitutto i testi degli artt. 20 TUE e 329 TFUE, che richiedono una preliminare determinazione dei contenuti dell'instauranda cooperazione, se non in termini di dettaglio, in termini di obiettivi; laddove è proprio una valutazione in termini di obiettivi a porsi al centro del controllo di sussidiarietà ex art. 5 TUE. In secondo luogo, si aggiunge, il controllo giurisdizionale *ex post* della sussidiarietà appare piuttosto rilevante con riferimento alla decisione di autorizzazione della cooperazione rafforzata, per delle ragioni di tipo procedurale: trattandosi di atto non legislativo,⁷⁹⁷ la decisione autorizzativa non andrà soggetta al controllo

di un periodo di tempo in cui il «*focus [dell'ordinamento] shifted from economic integration to the gradual realisation of political union*».

⁷⁹⁶ Cfr. *supra* il Paragrafo 3.4.1.

⁷⁹⁷ In ordine alla definizione della nuova categoria degli atti legislativi sulla base della procedura applicabile ai sensi dell'art. 294 TFUE, cfr. **CURTIN D., MANUCHARYAN T.**, *Legal Acts and Hierarchy of Norms in EU Law*, in CHALMERS D., ARNULL A.(eds.), *The Oxford Handbook of European Union*

politico dei parlamenti nazionali ai sensi del Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità.⁷⁹⁸

329. Al contrario, secondo una soluzione accolta anche dalla Corte di giustizia nella sua prima pronuncia giurisprudenziale in materia, può ammettersi che non integrino elemento costitutivo della decisione autorizzativa (e così non saranno oggetto della decisione autorizzativa di ultima istanza del Consiglio e del relativo scrutinio giurisdizionale), tutti gli aspetti inerenti le concrete modalità di esercizio della base giuridica attivata ex art. 20 TUE da parte dell'Unione, i quali attengono al momento successivo dell'attuazione della cooperazione mediante atti di implementazione di diritto derivato.⁷⁹⁹ A riguardo, ove l'azione differenziata in concreto realizzata dagli Stati partecipanti sia *diversa* da quella autorizzata, perché diversa è base giuridica esercitata, ovvero *eccessiva*, nel senso che in sede di attuazione si introduca una regolamentazione di interessi avente portata più ampia rispetto a quella autorizzata, appare evidente il vizio dell'atto in concreto adottato, per violazione della procedura stabilita dall'art. 329 TFUE, che sola permette ad un novero soggettivamente limitato di Stati membri di avvalersi delle basi giuridiche comunitarie per la

Law, p. 103 ss.; **HOFMANN H.**, *Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality*, già cit. sub n. 443.

⁷⁹⁸ Lo saranno al contrario gli atti di diritto derivato adottati in attuazione della decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata, come dimostra proprio il caso del brevetto europeo con effetto unitario. Cfr. Il parere motivato della XIV Commissione della Camera dei Deputati italiana, del 15 dicembre 2010, in ordine alla Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relative all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria (COM(2011)215 def.) e della Proposta di regolamento del Consiglio relativa all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria in relazione al regime di traduzione applicabile (COM(2011)216 def.), su cui cfr. **FASONE C.**, *La cooperazione rafforzata in materia di brevetto europeo: un difficile test per il coinvolgimento dei Parlamenti nel processo decisionale europeo*, già cit. sub n. 408, consultabile presso: http://www.google.be/url?sa=t&rcrt=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiStJyF7tfOAhUqD8AKHe59DPAQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.osservatoriosullefonti.it%2Fcomponent%2Fdocman%2Fdoc_download%2F533-osf32011fasone&usq=AFQjCNGhnvtJj7na0gKG9mr8NZUetO24cA.

⁷⁹⁹ Cfr. la Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, Cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 22, p. 77 e 92. Cfr. in proposito anche Editorial Comments, *Enhanced cooperation: A Union a taille réduite or a porte tournante?*, Common Market Law Review, 2011, p. 317–327, in particolare a p. 321, ove si afferma che: «[o]f course, one cannot rule out that the first nine or more Member States and the EU institutions are willing to accept additional conditions, but in that case their respective original positions need to be formally adjusted in accordance with the Treaty rules or, alternatively, must have been drafted in such wide terms that one can reasonably argue that they encompass the changes as requested».

regolamentazione comune dei rapporti tra loro.⁸⁰⁰ Si avrà dunque il vizio di violazione del Trattato, suscettibile di essere censurato con azione ex art. 263 TFUE.

Laddove, invece, l'azione realizzata dagli Stati membri assuma una portata più ridotta rispetto a quella programmata originariamente, si potrebbero avanzare dei dubbi in ordine al rispetto della valutazione di sussidiarietà incorporata nella decisione autorizzativa, da parte dell'atto attuativo. Ci si riferisce, in particolare, a quei casi in cui l'atto di attuazione finisca per assumere una portata abnormemente più ridotta (*minimalistica*, rinviando per la più parte della regolamentazione alla normativa nazionale degli Stati membri) rispetto a quanto programmato, così da rendere la messa in atto della cooperazione rafforzata palesemente non conforme al programma originariamente approvato dalle istituzioni comunitarie ai sensi dell'art. 329 TFUE e in questo modo alla valutazione di sussidiarietà in quella sede operata. Si tratta di un aspetto sottile, benché di rilievo non limitato, dal momento che un atto siffatto, benché in sé non viziato da sviamento di potere, rischia di trasformarsi *ex post* in una facile scorciatoia per gli Stati membri partecipanti al fine di *riappropriarsi* delle competenze che i Trattati attribuiscono all'Unione, al di fuori dello specifico caso e delle procedure sottese all'art. 2, par. 2, TFUE, il quale richiede un'apposita decisione comunitaria per la restituzione delle competenze attribuite dagli Stati membri con i Trattati istitutivi.⁸⁰¹

- 330.** Tale vizio potrà senz'altro farsi valere censurando l'erroneo esercizio della base giuridica esercitata con l'atto di attuazione o lo sviamento di potere, ove tale sia l'entità del vizio e vi siano gli elementi che consentono di dimostrarlo, ma anche più semplicemente contestando l'inosservanza del principio di sussidiarietà. Difatti, l'invocazione del vizio dell'errata individuazione della base giuridica rischia di rivelarsi misura spuntata ove l'atto attuativo trovi effettivamente base giuridica nella norma dei Trattati indicata nella decisione ex art. 20 TUE, ma costituisca esercizio soltanto *minimalistico* della corrispondente competenza comunitaria. Per altro verso, la positiva dimostrazione del vizio dello sviamento di potere esige l'allegazione e la dimostrazione di indizi oggettivi, pertinenti e concordanti, in base ai quali sia possibile concludere che «l'atto è stato

⁸⁰⁰ Solo ove la base giuridica esercitata sia la stessa, ma il contenuto e forma dell'azione adottata limitino oltre quanto necessario le libertà degli Stati membri, potrà parlarsi di violazione del principio di proporzionalità ex art. 5, par. 3, TUE. Qualora, invece, ci si trovi di fronte ad un eccesso di disciplina talmente abnorme da ricadere all'interno di una base giuridica più ampia o da comportare l'esercizio di una pluralità di basi giuridiche, il vizio finirà per avere carattere formale.

⁸⁰¹ Cfr il Paragrafo 2.4 *supra*.

*adottato esclusivamente, o quanto meno in maniera determinante, per fini diversi da quelli per i quali il potere di cui trattasi è stato conferito o allo scopo di eludere una procedura appositamente prevista dal Trattato FUE per far fronte alle circostanze del caso di specie».*⁸⁰²

331. Laddove, poi, la valutazione di sussidiarietà originariamente operata nel contesto della decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata risulti, in attesa dell'adozione degli atti di attuazione, oppure anche a seguito della loro adozione, contraddetta dalla condotta degli Stati membri, tramite l'adozione di atti di diritto nazionale o la conclusione di accordi di diritto internazionale, sarà ipotizzabile una violazione del principio di leale collaborazione ai sensi dell'art. 4, par. 3, TUE.⁸⁰³ Sarà pertanto in sede di azione di infrazione avverso l'illecita condotta assunta dagli Stati membri, in via individuale o collettiva, che tale vizio potrà essere invocato, questo a maggior ragione ove l'adozione della normativa nazionale (accordi internazionali compresi) si ponga potenzialmente in contrasto con il possibile sviluppo autonomo del diritto comunitario da esercitarsi o già esercitato in via differenziata.⁸⁰⁴ La lesione del principio, difatti, può ritenersi realizzata soltanto con l'adozione dell'atto nazionale (o comune) lesivo, il quale fuoriesce dall'oggetto del giudizio di annullamento ex art. 263 TFUE, e pertanto sarà avverso quest'ultimo che dovrà essere formulata la relativa censura.⁸⁰⁵

332. Come anticipato nel Capitolo 1, secondo una parte significativa della dottrina, anche la normativa adottata dagli Stati membri in sede di attuazione della decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata in materia di brevetto europeo con effetto unitario, mediante i Regolamenti n. 1257/12 e 1260/12, ha instaurato un complesso

⁸⁰² Cfr. in questo senso la Sentenza della Corte del 5 maggio 2015, *Regno di Spagna Contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-146/13, già cit. sub n. 22, p. 56.

⁸⁰³ Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al principio, si è già detto supra al Paragrafo 3.2.3. La situazione che si sta esaminando, difatti, presenta dei profili di analogia rispetto a quella già analizzata dalla Corte nel contesto dell'azione esterna dell'Unione. Come si è già detto, la Corte tende ad individuare il momento a partire dal quale il dovere di leale cooperazione preclude l'azione unilaterale degli Stati membri nell'adozione del mandato alla Commissione a negoziare un accordo in nome dell'Unione.

⁸⁰⁴ Sul rispetto del principio di leale collaborazione da parte degli accordi *inter se* cfr. supra il Paragrafo 3.2.3.

⁸⁰⁵ Cfr. in questo senso la Sentenza della Corte del 5 maggio 2015, *Regno di Spagna Contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-146/13, già cit. sub n. 22, p. 101-103.

sistema di elusione dei principi generali del diritto comunitario.⁸⁰⁶ In quel contesto, difatti, gli Stati membri avrebbero esercitato solo in minima parte la base giuridica all'art. 118 TFUE, attivata con la decisione autorizzativa, per il resto rinviando ad un accordo internazionale tra essi appositamente concluso in un momento successivo, ossia all'Accordo TUB. Il Regolamento n. 1257/12, infatti, si limita a definire l'estensione territoriale del nuovo titolo di proprietà intellettuale e poco più, rinviando all'Accordo TUB per tutti gli ulteriori aspetti della disciplina sostanziale del nuovo brevetto, compresa la delimitazione dell'ambito oggettivo del nuovo titolo di proprietà intellettuale (*i.e.* le fattispecie che con esso si intendono disciplinare).⁸⁰⁷

333. Si è già spiegato che la scelta degli Stati membri di procedere alla cooperazione rafforzata per la creazione del nuovo brevetto europeo con effetto unitario ha sollevato diverse perplessità in dottrina. La Corte di giustizia, tuttavia, con la sentenza del 16 aprile 2013 ha rigettato i ricorsi di annullamento proposti avverso la decisione autorizzativa del Consiglio da parte della Spagna e dell'Italia.⁸⁰⁸ Allo stesso modo, una parte della dottrina si è interrogata in ordine alla legittimità della soluzione concretamente adottata dagli Stati membri in sede di attuazione della decisione adottata ex art. 20 TUE.⁸⁰⁹ Come si è già spiegato nel Capitolo 1, tale soluzione costituisce il frutto di un compromesso politico, che è stato raggiunto in sede normativa al fine di conciliare l'aspirazione degli Stati membri di creare un regime di protezione brevettuale uniforme di diritto comunitario ed il desiderio dei *patent users* e di una parte degli stessi Stati membri di

⁸⁰⁶ Cfr. il Paragrafo 1.2.3 *supra*.

⁸⁰⁷ Cfr. in particolare l'art. 5, par. 2 e 3, del Regolamento 1257/2012, rubricato «Tutela Uniforme», il quale recita: «[l]a portata di tale diritto e le sue limitazioni sono uniformi in tutti gli Stati membri partecipanti in cui il brevetto ha effetto unitario. Gli atti avverso cui il brevetto fornisce la tutela di cui al paragrafo 1 e le limitazioni applicabili sono definiti dalla normativa applicata ai brevetti europei con effetto unitario negli Stati membri partecipanti il cui diritto nazionale si applica al brevetto europeo con effetto unitario in quanto oggetto di proprietà a norma dell'articolo 7».

⁸⁰⁸ Sentenza del 16 aprile 2013, *Italia e Spagna contro Consiglio*, cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 22.

⁸⁰⁹ Come notato da Jaeger, infatti, «[i]n 2012, Regulations 1257/2012 (*substantive law*) and 1260/2012 (*translation arrangements*) were adopted for the substantive leg of the patent [...] the "unitary patent" created under Reg 1257/2012 is nothing like the formerly complete sui generis right [...] the Regulation creates a trimmed down type of right, the existence and scope of which depend on sources of law outside EU law. [...] a trimmed-down type of right resembling harmonization under Art. 114 TFEU more than a sui generis right under Art. 118 TFEU» (cfr. **JAEGER T.**, *What's in the Unitary Patent Package?*, già cit. sub n. 263, p. 7).

poter usufruire di una giurisdizione fortemente specializzata, che fosse al contempo il più possibile estranea all'influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia.⁸¹⁰

334. Dal punto di vista giuridico, tuttavia, tale assetto solleva rilevanti perplessità. In primo luogo, l'insufficiente esercizio della base giuridica all'art. 118 TFUE, nel contesto del Regolamento n. 1257/2012, sembra scontrarsi con la valutazione di sussidiarietà operata in sede di decisione autorizzativa. Strettamente collegata a tale vizio risulta anche l'incompatibilità della normativa sostanziale introdotta dal regolamento in parola con il principio di autonomia del diritto dell'Unione, la quale è stata ampiamente evidenziata in dottrina.⁸¹¹ Infatti, in modo particolarmente allarmante si è sottolineato come, adottando una disciplina attuativa che non si pone in linea con il mandato conferito dalle istituzioni comunitarie con la decisione autorizzativa della cooperazione rafforzata, il legislatore comunitario avrebbe consentito agli Stati membri di "portare fuori" le competenze comunitarie, esercitandole mediante un accordo internazionale capace di limitare l'autonomo sviluppo del diritto UE. Come afferma Hanns Ullrich, uno dei più autorevoli esponenti di tale dottrina: «[L]e législateur européen y établit un titre de propriété, dont la naissance, l'existence et la substance en tant que droit exclusif et en tant qu'objet de propriété ne sont pas définies par ses soins, mais par un droit national ou international qu'il accepte ou auquel il renvoie sans vouloir ni même pouvoir le contrôler quant à son contenu ou quant à son application jurisprudentielle». Per tali ragioni, pertanto, l'esercizio tramite accordo delle competenze nazionali residue agli Stati membri partecipanti alla cooperazione per effetto della loro minimalistica attuazione in sede comunitaria, appare porsi in ulteriore contrasto con il mandato ad esercitare in via differenziata l'art. 118 TFUE conferito dal legislatore UE in sede di decisione autorizzativa. Di conseguenza, l'Accordo TUB è stato ritenuto potenzialmente in contrasto con il principio di leale collaborazione.

335. In proposito, almeno dal punto di vista teorico, non si ritiene insuperabile la posizione assunta dalla Corte di giustizia nella sua nota sentenza del 5 maggio 2015, con la quale ha rigettato il ricorso di annullamento presentato dalla Spagna avverso il Regolamento n.

⁸¹⁰ Si noti come trattasi di una posizione nient'affatto condivisa dalla dottrina del diritto della proprietà intellettuale. Ad esempio, afferma Pila che: «*generalist courts such as the CJEU are more likely and better equipped to take account of the EU Treaties and requirements of general EU law when interpreting patent legislation than their specialist counterparts*» (PILA J., *An Historical Perspective I*, già cit., sub n. 316 p. 21).

⁸¹¹ Cfr. *supra* il Paragrafo 1.1.1(b).

1257/2012.⁸¹² Come emerge dal testo della sentenza, infatti, la ricorrente aveva lamentato l'attuazione *minimalistica* della decisione autorizzativa, richiamando i soli vizi dell'erroneo esercizio della base giuridica all'art. 118 TFUE e dello sviamento di potere. Al contrario, nulla era stato allegato da parte dello Stato ricorrente in ordine al rispetto del principio di sussidiarietà. Con riferimento alla prima censura, la Corte ha argomentato che l'art. 118 TFUE costituiva la base giuridica corretta per l'adozione del Regolamento impugnato e che mediante lo stesso gli Stati membri avevano proceduto effettivamente ad esercitarla. Questa posizione veniva sostenuta dalla Corte nonostante il regolamento si fosse limitato alla creazione del nuovo titolo di brevetto, senza disciplinarne il contenuto, argomentando che l'art. 118 TFUE «*nel menzionare l'istituzione di «misure per la creazione di titoli europei al fine di garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione» non esige necessariamente che il legislatore dell'Unione proceda a un'armonizzazione completa ed esaustiva di tutti gli aspetti del diritto di proprietà intellettuale.*»⁸¹³

⁸¹² In proposito, si ritiene condivisibile la presa di posizione assunta dalla Corte nel contesto della sentenza del 16 aprile 2013, *Italia e Spagna contro Consiglio*, cause riunite C-274/11 e C-295/11, p. 62 e 63, già cit. sub n. 22, secondo la quale: «[...] i brevetti europei rilasciati conformemente alle norme della CBE non conferiscono una protezione uniforme negli Stati aderenti a tale convenzione, ma garantiscono, in ciascuno di tali Stati, una tutela la cui portata è definita dal diritto nazionale. Il brevetto unitario delineato dalla decisione impugnata conferirebbe invece una tutela uniforme sul territorio di tutti gli Stati membri partecipanti alla cooperazione rafforzata. Di conseguenza, l'argomentazione dei ricorrenti secondo cui la tutela conferita da tale brevetto unitario non apporterebbe benefici in termini di uniformità, e dunque di integrazione, rispetto alla situazione derivante dall'attuazione delle norme previste dalla CBE dev'essere respinta in quanto infondata». Difatti, come già precisato, il sindacato in ordine al corretto esercizio della base giuridica attivata con la decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata avrebbe potuto intervenire soltanto in sede di controllo giurisdizionale degli atti di attuazione della stessa cooperazione, il quale tuttavia non è stato invocato dal Regno di Spagna nelle cause C-246/12 e C-247/12.

⁸¹³ Cfr. la Sentenza della Corte del 5 maggio 2015, *Regno di Spagna Contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-146/13, già cit. sub n. 22, p. 48. In modo altrettanto formalistico, nel contesto della primissima pronuncia inerente la legittimità della decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata, la Corte aveva concluso che il carattere non integrale per tutto il territorio comunitario della protezione uniforme assicurata dai titoli creati ex art. 118 TFUE, nel caso di specie costituiva precipitato inevitabile del ricorso alla cooperazione rafforzata. In particolare, essa aveva affermato che: «[p]er quanto riguarda, invece, i termini «nell'Unione» e «a livello di Unione» impiegati all'articolo 118 TFUE, si deve rilevare che è insito nel fatto che la competenza attribuita da detto articolo sia, nella fattispecie, esercitata a titolo di cooperazione rafforzata che il titolo europeo di proprietà in tal modo creato, la protezione uniforme da esso conferita ed i regimi che lo integrano saranno in vigore unicamente sul territorio degli Stati membri partecipanti, e non in tutta l'Unione. Tale conseguenza, lungi dal costituire una violazione dell'articolo 118 TFUE, deriva necessariamente dall'articolo 20 TUE, il quale, al paragrafo 4, dispone che «[g]li atti adottati nel quadro di una cooperazione rafforzata vincolano solo gli Stati membri partecipanti»». (cfr. Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica*

336. Con riferimento alla censura dello sviamento di potere, invece, la Corte sembrava giustificare il proprio rigetto soltanto in ragione della non adeguata articolazione del motivo di ricorso da parte dello Stato ricorrente. Il tenore della lapidaria motivazione riportata nella pronuncia è infatti il seguente: «[...] nell'ambito del suo motivo vertente su uno sviamento di potere, il Regno di Spagna si limita a ribadire il suo argomento secondo cui il regolamento impugnato non delinea alcun regime giuridico idoneo a garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione. Orbene, siffatto argomento è stato respinto nell'analisi del secondo motivo».⁸¹⁴ Nel caso di specie, pertanto, il rigetto è dipeso dalla inadeguata o manchevole formulazione della censura, e di conseguenza non si può escludere che, ove il motivo fosse risultato adeguatamente formulato, la Corte sarebbe stata pronta ad accoglierlo.

337. Del pari, non si ritiene che il rigetto della Corte precluda in via definitiva l'esame della compatibilità con il principio di leale collaborazione dell'Accordo TUB. Tale rigetto, infatti, è dipeso dal modo in cui lo Stato ricorrente ha strutturato il motivo di impugnazione nel proprio ricorso e dallo specifico oggetto del giudizio di annullamento disciplinato dall'art. 263 TFUE. Difatti, il ricorso spagnolo censurava la violazione del principio di leale collaborazione solo con riferimento alla conclusione dell'Accordo TUB, affermando, nella seconda parte del sesto motivo di ricorso, che «[...] non esistono sostanziali differenze tra l'accordo TUB e il progetto di accordo relativo alla creazione di un organo giurisdizionale competente per le controversie in materia di brevetto europeo e di brevetto comunitario, che la Corte ha dichiarato incompatibile con le disposizioni del Trattato UE e del Trattato FUE [...]» e che, più in particolare, «[...] aderendo all'accordo TUB, gli Stati membri partecipanti [alla cooperazione rafforzata] esercitano una competenza che spetterebbe ormai all'Unione, e ciò in violazione dei principi di leale cooperazione e di autonomia del diritto dell'Unione».⁸¹⁵ Come condivisibilmente riscontrato dai giudici di Lussemburgo, tali critiche miravano «[...] a dimostrare, da un lato, che le disposizioni dell'accordo TUB non sono compatibili con il diritto dell'Unione, e, dall'altro, che gli Stati membri partecipanti non possono ratificare l'accordo TUB senza venir meno ai loro obblighi derivanti dal diritto dell'Unione».⁸¹⁶ Deve ritenersi pertanto ineccepibile l'approccio

italiana contro Consiglio dell'Unione europea, Cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 22, in particolare al p. 68).

⁸¹⁴ Cfr. la Sentenza della Corte del 5 maggio 2015, *Regno di Spagna Contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-146/13, già cit. sub n. 22, p. 58.

⁸¹⁵ Cfr. *idem*, p. 91.

⁸¹⁶ Cfr. *ibidem*, p. 100.

seguito dalla Corte nel ritenerle inammissibili, ricordando come secondo consolidata giurisprudenza, nell'ambito di un ricorso ai sensi dell'articolo 263 TFUE, essa non risulta competente a pronunciarsi sulla conformità al diritto comunitario di un accordo internazionale stipulato dagli Stati membri, così come più in generale in tale contesto non le è dato di pronunciarsi sulla legittimità di un atto adottato da un'autorità nazionale.⁸¹⁷ La pronuncia di inammissibilità lascia pertanto impregiudicata l'eventualità che la Corte si determini a sanzionare la violazione del principio di leale collaborazione da parte degli Stati membri partecipanti all'Accordo TUB nella sede adeguata, ossia nel contesto di un'azione di infrazione o indirettamente, in sede di rinvio pregiudiziale.⁸¹⁸

3.4.3 I rapporti tra la cooperazione rafforzata, gli accordi internazionali tra gli Stati membri ed il diritto unitario dell'Unione europea

338. Un ulteriore aspetto che merita di essere richiamato nella disamina delle conseguenze giuridiche che si ricollegano all'impiego degli strumenti di integrazione differenziata, anche alla luce delle considerazioni svolte più sopra in ordine all'opera di progressiva comunitarizzazione dell'istituto della cooperazione rafforzata portata avanti dal legislatore comunitario, concerne i rapporti che intercorrono tra la cooperazione rafforzata, gli accordi internazionali tra gli Stati membri ed il diritto unitario dell'Unione europea. In questo contesto, si ritiene di introdurre l'analisi del modo di operare dei principi di *pre-emption* ex art. 2, par. 2, TFUE e del c.d. *parallelismo*, ex art. 3, par. 2, TFUE, a valle dell'esercizio ex art. 20 TUE delle competenze comunitarie.⁸¹⁹ In particolare, appare interessante esaminare la questione dei residui margini di intervento che sono lasciati, negli aspetti non regolati dalla disciplina differenziata, alla disciplina nazionale o viceversa a quella unitaria dell'Unione. L'analisi di cui si discorre è di sicuro interesse ai fini della soluzione della questione di competenza, nel caso in cui gli Stati membri scelgano di disciplinare una data materia mediante l'adozione, in via combinata, di una pluralità di strumenti d'integrazione differenziata aventi diversa natura giuridica. Sembra infatti ipotizzabile che, in generale, a valle di un intervento normativo differenziato, s'imponga l'esigenza di regolamentare questioni di maggior dettaglio, inerenti la

⁸¹⁷ Cfr. *idem*, p. 101-103.

⁸¹⁸ Sul punto si ritornerà *infra*, al Capitolo 5.

⁸¹⁹ Cfr. *supra* il Paragrafo 3.2.3 per il modo di operare di tali principi con riferimento al fenomeno degli accordi *inter se* tra Stati membri.

stessa materia disciplinata in forma differenziata, oppure vi sia l'opportunità di intervenire in un diverso settore normativo che risulta strettamente interconnesso con quello già oggetto di integrazione differenziata. In tutti questi casi, le forme ed i limiti del nuovo intervento normativo dipenderanno dalle caratteristiche della differenziazione già introdotta.

339. Il caso cui ci si riferisce, nella pratica, trova ancora una volta esemplificazione nel Pacchetto sul brevetto europeo con effetto unitario.⁸²⁰ Difatti, a seguito dell'adozione della disciplina comunitaria differenziata, mediante la cooperazione rafforzata, gli Stati membri hanno fatto mostra di voler regolare gli aspetti da essa non disciplinati, esercitando collettivamente le proprie competenze concorrenti non precluse ex art. 2 TFUE concludendo tra di loro il già menzionato Accordo TUB. Per altro verso le competenze residue sono state esercitate dagli Stati membri rinviando alla normativa sulla concessione e sulla validità del brevetto europeo contenuta nella Convenzione di Monaco, della quale sono parti tutti gli Stati membri e anche diversi Stati terzi e che, pertanto, si colloca nell'area della c.d. azione esterna.

340. La presente Sezione sarà focalizzata sugli effetti che il ricorso alla differenziazione determina con riferimento ai settori di competenza concorrente, ambito di elezione in cui trova applicazione l'istituto della cooperazione rafforzata e di potenziale interesse anche per gli accordi internazionali tra Stati membri.⁸²¹ Inoltre, ci si concentrerà esclusivamente sulle ipotesi di differenziazione *interna* (o *integrazione differenziata interna*), nelle quali la disciplina differenziata è posta in essere mediante il ricorso alla cooperazione rafforzata o mediante la conclusione di accordi *inter se* che non prevedono la partecipazione di alcuno Stato terzo.⁸²² Al contrario, l'esame degli effetti che la

⁸²⁰ Sulla particolare struttura del Pacchetto brevetti e sulle perplessità che essa ha ingenerato nella dottrina, così come in una parte del dialogo politico e istituzionale, cfr. *supra* la Sezione 1.2.

⁸²¹ Per una disamina dei limiti di legittimo ricorso agli accordi internazionali tra Stati membri, con specifico riferimento ai settori di competenza concorrente, cfr. *supra* il Paragrafo 3.2.3. Sui settori di competenza concorrente quali area di impiego per elezione dell'istituto della cooperazione rafforzata, cfr. *supra* il Paragrafo 3.3.2.

⁸²² Sulla nozione di *integrazione differenziata interna*, si rinvia più sopra al Paragrafo 3.1.2. ed in particolare alla classificazione proposta da De Smijter ivi richiamata, il quale la definisce in termini di tecnica integrativa attraverso la quale gli Stati membri di un determinato modello integrativo internazionale realizzano alcuni degli obiettivi ad essi comuni, avvalendosi, nel caso specifico, di un modello integrativo *diverso* da quello che utilizzano in via principale, pur sempre agendo in conformità alle cadenze temporali e/o in linea con l'ambito obiettivo e soggettivo di

differenziazione *interna* produce sulla competenza normativa dell'Unione e degli Stati membri investirà sia le competenze interne che quelle esterne, così come definite dall'art. 3, par. 2, TFUE.

341. Più precisamente, questioni oggetto di indagine saranno le seguenti: una prima questione sarà quella inerente il modo di operare dei principi che regolano l'attribuzione delle competenze concorrenti in capo all'UE ed agli Stati membri - sia sul piano interno (ex art. 2 TFUE), che su quello esterno (ex art. 3 TFUE) - nei casi in cui tali competenze concernano materie già oggetto di disciplina differenziata interna, trovi essa origine in un accordo internazionale stipulato degli Stati membri ovvero nell'approvazione di una cooperazione rafforzata, da parte dell'Unione. Tale esame richiederà di tenere in distinta considerazione le posizioni giuridiche degli Stati membri che partecipano alla differenziazione e quelle degli Stati che non vi partecipano. Ciò considerato, l'analisi si concentrerà sui limiti formali e sostanziali operanti nell'ordinamento comunitario nell'eventualità di una "differenziazione nella differenziazione", ossia nel caso di adozione combinata di diversi strumenti di integrazione differenziata, dotati di diverso ambito di applicazione soggettiva, al fine di disciplinare la medesima materia.

(a) Differenziazione tramite accordi internazionali tra Stati membri

342. Procedendo con ordine, la prima questione oggetto di analisi riguarda il modo di operare del principio di *pre-emption* nelle materie che sono disciplinate dagli Stati membri in via collettiva, mediante l'adozione di un accordo di diritto internazionale *inter se*.

A riguardo, occorre premettere innanzitutto che il fatto che gli Stati membri provvedano ad esercitare le proprie competenze concorrenti in via collettiva, in luogo dell'adozione di autonome normative di diritto interno, risulta irrilevante dal punto di vista del diritto comunitario. In entrambi i casi, infatti, troverà applicazione il noto principio all'art. 2, par. 2, seconda frase, TFUE, secondo il quale: «[g]li Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria»; a tale situazione è equiparata quella che si verifica a seguito della restituzione delle competenze già esercitate da parte

applicazione di quest'ultimo (cfr. anche **DE SMIJTER E.**, *The External Relations of a Differentiated European Community*, già citato sub n. 2, p. 269-298). Al contrario, l'A. fa riferimento al concetto di *integrazione differenziata esterna*, ove gli accordi internazionali conclusi tra gli Stati membri nel perseguimento degli obiettivi comuni alla base delle competenze esterne non esclusive dell'Unione coinvolgono anche degli Stati terzi.

dell'Unione, in favore degli Stati membri.⁸²³ In proposito, inoltre, è irrilevante che l'accordo internazionale *inter se* coinvolga anche Stati terzi rispetto a quelli comunitari. Tanto nel caso di differenziazione *interna* che in quello di differenziazione *esterna*, infatti, non è possibile ravvisare nel Trattato un'ipotesi di *pre-emption* "a parti inverse".

343. Di conseguenza, la differenziazione realizzata con accordo internazionale non importerà alcun limite alla possibilità degli Stati membri di regolare nuovamente la stessa materia con atto di diritto dell'Unione, una volta appurato che il principio di sussidiarietà esige che la sua regolamentazione si ponga su tale livello;⁸²⁴ inoltre, in difetto di qualsiasi atto comunitario, non si porrà nemmeno la questione della lecita conclusione di ulteriori accordi internazionali mediante i quali gli Stati membri partecipanti ad un primo accordo *inter se* provvedano a dettagliare la disciplina già adottata, la modifichino, o addirittura diano luogo ad ulteriori ipotesi di differenziazione sul piano soggettivo dell'applicazione del diritto ad essi comune, salvo evidentemente il caso in cui si abbia successione dell'Unione nell'accordo.⁸²⁵

Per quanto riguarda la legittimità della disciplina sostanziale adottata con accordoresterà, invece, fermo il primato del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale incompatibile, che vale evidentemente anche ove le competenze degli Stati membri siano esercitate nella forma di accordi internazionali, come si è già illustrato nella Sezione 3.2.⁸²⁶

(b) Differenziazione tramite ricorso alla cooperazione rafforzata ex art. 20 TUE: gli effetti sul piano interno

344. Il quadro risulta molto diverso ove invece l'integrazione differenziata *interna* sia introdotta con atto di diritto comunitario, ed in particolare ove ciò avvenga mediante l'istituto della cooperazione rafforzata di cui all'art. 20 TUE.

345. Come si è accennato più sopra, in virtù del principio generale di *pre-emption*, l'esercizio in concreto delle competenze concorrenti da

⁸²³ Cfr. *supra* il Capitolo 2.

⁸²⁴ Cfr. *supra*, il Paragrafo 3.4.2(b).

⁸²⁵ Il che richiederà la partecipazione all'accordo di tutti gli Stati membri dell'Unione ed il riconoscimento della successione da parte degli altri contraenti, ove l'accordo coinvolga anche Stati terzi. Cfr. Sentenza della Corte del 12 dicembre 1972, *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*, Cause riunite 21 a 24-72, già cit. sub n. 569, p. 10-18.

⁸²⁶ Cfr. *supra* il Paragrafo 3.2.3.

parte dell'Unione sbarrata la strada all'autonomo esercizio, individuale o collettivo, della medesima competenza da parte degli Stati membri. L'effetto di *pre-emption* generato dall'azione comunitaria posta in essere all'interno dell'ordinamento UE si dispiega tanto sul piano interno, quanto su quello dell'azione esterna, ossia con riferimento all'attribuzione della competenza a stipulare accordi internazionali con Stati terzi nel perseguimento degli obiettivi comunitari. Nel primo caso la previa "occupazione di campo" da parte dell'Unione, implicando l'allocatione in concreto della competenza concorrente in capo all'UE, risulta sempre reversibile; sicché, in base all'art. 2, par. 2, III frase, TFUE, resta sempre possibile una successiva "restituzione" della competenza in questione agli Stati membri, abrogando la normativa comunitaria concretamente adottata. Nel secondo caso, invece non risulta precisato dai Trattati se, individuando la previa azione dell'UE una competenza comunitaria esclusiva, ai sensi dell'art. 3, par. 2, TFUE, ciò comporti un'attribuzione di carattere irreversibile. Si è già detto, inoltre, che il carattere esclusivo delle competenze che sorgono in applicazione del principio del parallelismo esclude anche l'operatività dell'art. 5 TUE, inerente i principi di sussidiarietà e proporzionalità. Come è stato più sopra evidenziato, infine, il c.d. *effetto AETS* potrebbe essere in grado di determinare la competenza esterna esclusiva dell'Unione anche laddove non sussista una corrispondenza perfetta tra la base giuridica della disciplina interna incisa dall'accordo e quella su cui poggia l'accordo.⁸²⁷ Come infatti è stato condivisibilmente sottolineato da una parte della dottrina, la formulazione data dal Trattato di Lisbona all'art. 3, par. 2, TFUE sembrerebbe conferire alla norma una portata potenzialmente più incisiva rispetto alla *semplice* applicazione della regola del parallelismo, così come fissata nella giurisprudenza *AETS*. Ai sensi dell'art. 3, par. 2, TFUE, di conseguenza, potrà individuarsi una competenza esclusiva alla conclusione di accordi internazionali in capo all'Unione anche qualora le *norme comuni* che possono essere incise dal programmato accordo internazionale non concernano esattamente la stessa materia oggetto dell'accordo.⁸²⁸ Analogamente, è possibile ritenere che l'*effetto*

⁸²⁷ Sulle differenze tra parallelismo e regola di *pre-emption* cfr. **DE WITTE B.**, *Chameleontic Member States: Differentiation by Means of Partial and Parallel International Agreements*, già cit. sub n. 17; **TIMMERMANS C.**, *ECJ Doctrines on Competences*, già cit. sub n. 505; **SCHÜTZE R.**, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 201 et seq.

⁸²⁸ Cfr. **CASOLARI F.**, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, già cit. sub n. 585, p. 234. In senso contrario, Mengozzi valorizza la pressochè coincidente formulazione dell'art. 3, par. 2 e dell'art. 216, par. 1, TFUE (cfr. **MENGOZZI P.**, *The Innovations brought about by the Lisbon Treaty to the European*

AETS opera ogni qualvolta il progettato accordo internazionale, pur in assenza di un contrasto sostanziale con le regole comunitarie già adottate,⁸²⁹ abbia ad oggetto una materia già integralmente o in gran parte disciplinata dal diritto dell'Unione europea.⁸³⁰ Del resto, si nota, soltanto con riferimento all'art. 2, par. 2, TFUE (principio di *pre-emption*) gli Stati membri si sono premurati di specificare l'applicazione progressiva del principio, e cioè che: «quando l'Unione agisce in un

Union Treaty-Making Power Regime Resulting from the Case Law of the Court of Justice, già cit. sub n. 585).

⁸²⁹ Cfr. Sentenza della Corte del 14 luglio 1976, *Cornelis Kramer ed altri*, Cause riunite 3, 4 e 6-76, già cit. sub n. 586 e Parere della Corte del 19 marzo 1993, Parere 2/91, già cit. sub n. 581.

⁸³⁰ Cfr. Parere della Corte del 19 marzo 1993, *Convenzione n. 170 dell'Organizzazione internazionale del lavoro in materia di sicurezza durante l'impiego delle sostanze chimiche sul lavoro*, Parere 2/91, già cit. sub n. 581, p. 25 e 26 e Sentenza della Corte del 5 novembre 2002, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Danimarca*, Causa C-467/98, già cit. sub n. 587, p. 62. L'orientamento, infatti, sembrava essere stato contraddetto dalla pronuncia della Corte nel Parere 1/03 del 7 febbraio 2006, Competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, già cit. sub n. 344, ai p. 126-128 e 133, ove in particolare si affermava che: «non è necessario che sussista una concordanza completa tra il settore disciplinato dall'accordo internazionale e quello della normativa comunitaria. Qualora occorra determinare se il criterio indicato dalla formula «di un settore già in gran parte disciplinato da norme comunitarie» (parere 2/91, cit., punti 25 e 26) sia soddisfatto, l'analisi deve basarsi non solo sulla portata delle disposizioni in questione, ma anche sulla natura e sul contenuto delle stesse. Occorre inoltre prendere in considerazione non soltanto lo stato attuale del diritto comunitario nel settore interessato, ma anche le sue prospettive di evoluzione, qualora esse siano prevedibili al momento di tale analisi [...] La necessità di prendere in considerazione non solo l'ampiezza del settore disciplinato, ma anche la natura e il contenuto delle disposizioni comunitarie è espressa anche nella giurisprudenza della Corte [...] secondo cui la natura delle prescrizioni minime contenute sia nelle disposizioni comunitarie sia in quelle dell'accordo internazionale può portare alla conclusione della mancanza di incidenza, anche se le disposizioni comunitarie e quelle dell'accordo disciplinano lo stesso settore. In definitiva, è essenziale garantire un'applicazione uniforme e coerente delle disposizioni comunitarie ed un corretto funzionamento del sistema che esse istituiscono al fine di preservare la piena efficacia del diritto comunitario». Tali più stringenti criteri sono stati recentemente richiamati dalla Corte nel *Parere 1/13* (cfr. Parere della Corte (Grande Sezione) del 14 ottobre 2014, *Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori - Adesione di Stati terzi - Regolamento (CE) n. 2201/2003*, già cit. sub n. 344, p. 71-74), anche se nel caso di specie poche parole sono state spese dalla Corte in ordine all'esame della predicata necessità di riscontrare una concreta incisione delle norme comunitarie (cfr. in particolare i p. 84 e ss. del Parere). In dottrina, inoltre, vi è stato anche chi ha riferito le peculiarità della valutazione dell'effetto *ERTA* richiamate nel caso della Convenzione di Lugano alle particolarità del caso concreto, vertente sulla materia della cooperazione giudiziaria civile (**MIGNOLLI A.**, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, già cit. sub n. 587, p. 66-68, così la stessa A. anche in *Commento all'art. 216 TFUE*, in **TIZZANO A.**, *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, già cit. sub n. 375, p. 1174).

*determinato settore, il campo di applicazione di questo esercizio di competenza copre unicamente gli elementi disciplinati dall'atto dell'Unione in questione e non copre pertanto l'intero settore».*⁸³¹

346. Ciò premesso, occorre considerare se e come il quadro esposto con riferimento agli atti *unitari* di diritto dell'Unione possa trovare applicazione laddove la disciplina comunitaria sia introdotta mediante l'istituto della cooperazione rafforzata.
347. Andando con ordine nell'esame delle questioni individuate, e dunque concentrandoci innanzitutto sul modo di operare del principio generale di *pre-emption* di cui all'art. 2, par. 2, TFUE, occorre in primo luogo ricordare come l'introduzione della differenziazione *politica* nei Trattati istitutivi abbia comportato il definitivo abbandono del c.d. *dogma* dell'azione unitaria dell'UE.⁸³² Per effetto di tale modifica, si è condivisibilmente affermato che l'istituzionalizzazione dell'integrazione differenziata in seno all'Unione europea ha inciso innanzitutto il *modo* in cui le competenze comunitarie possono trovare esercizio.⁸³³ Tale cambiamento ha inoltre comportato degli interessanti riflessi sia sul modo di operare del principio del primato del diritto comunitario, sia sul modo di operare della regola di *pre-emption*, i quali sotto questo profilo appaiono fortemente interconnessi.
348. Innanzitutto, fermo il generale riconoscimento del primato anche del diritto comunitario differenziato su quello nazionale degli Stati membri, i Trattati istitutivi si sono da sempre preoccupati di disciplinare positivamente i rapporti tra il diritto comunitario differenziato e diritti nazionali degli Stati membri non partecipanti alla cooperazione. La questione risulta infatti regolata dall'art. 327 TFUE nei termini seguenti: «[I]e *cooperazioni rafforzate rispettano le competenze, i diritti e gli obblighi degli Stati membri che non vi partecipano*». La norma può leggersi anche come un implicito richiamo al principio di *pre-emption* con riferimento agli Stati membri partecipanti, che non potranno più esercitare in via autonoma la propria competenza normativa. La protezione degli Stati membri non partecipanti, si rispecchia anche nel riconoscimento, all'art. 326 TFUE, della superiorità gerarchica di ogni

⁸³¹ Cfr. *supra* il Paragrafo 3.2.3.

⁸³² Cfr. *infra* il Paragrafo 4.1.4, dedicato alla disamina degli argomenti invocati dalla dottrina a sostegno del c.d. *all or nothing effect* del diritto comunitario ed al loro superamento, coronato dalle modifiche introdotte dal legislatore comunitario nei Trattati nel corso dell'ultimo ventennio di integrazione europea.

⁸³³ Come affermato da Tuytschaever, la differenziazione «*affects the way in which EU competence is normally exercised*» (cfr. TUYTSCHAEVER F., *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, p. 238).

altra fonte del diritto comunitario, diritto derivato incluso, rispetto alla normativa differenziata; di conseguenza, sarà obbligatorio lasciare del tutto in disparte, ai fini della risoluzione di eventuali antinomie, sia il criterio temporale che quello di specialità di norma disciplinanti il conflitto tra fonti pariordinate. Tali tutele, peraltro, non escludono il chiaro *favor* riconosciuto dal diritto primario verso il successivo allargamento della cooperazione all'intero consorzio degli Stati membri, che trova espressione in particolare nel c.d. principio di *apertura* della cooperazione, sancito all'art. 331 TFUE.

349. I Trattati, pertanto, riconoscono espressamente che l'instaurazione una cooperazione rafforzata tra taluni Stati membri per l'approfondimento del livello di integrazione tra loro, non preclude la possibilità per gli Stati membri ad essa non partecipanti di procedere a loro volta, *negli stessi settori e sugli stessi aspetti già oggetto dell'intervento comunitario*, all'esercizio delle proprie competenze concorrenti. Tale eventualità si ritiene a maggior ragione realistica se si considera la linea assunta dalla Corte di giustizia nelle primissime pronunce in punto di legittimità delle decisioni autorizzative di cooperazione rafforzata, ed in particolare nella causa *Spagna e Italia contro Consiglio*, instaurata per l'annullamento della decisione autorizzativa della cooperazione rafforzata per la istituzione di un brevetto europeo con effetto unitario. In tale occasione, la Corte ha rigettato la tesi secondo la quale il ricorso alla cooperazione postula necessariamente un dissenso (politico) od un'impossibilità (obiettiva) di procedere ad un'integrazione *unitaria* in un certo ambito delle competenze comunitarie.⁸³⁴ Difatti, accogliendo le argomentazioni avanzate dall'Avvocato Generale Bot, essa ha riconosciuto che l'impossibilità di procedere ad integrazione unitaria cui fa riferimento l'art. 20 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» (sottolineatura aggiunta).⁸³⁵ Se,

⁸³⁴ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, Cause riunite C-274/11 e C-295/11 e Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 30 aprile 2014, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-209/13, entrambe già cit. sub n. 22.

⁸³⁵ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, già cit. sub n. 22, p. 36, che si riporta integralmente: «Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto dal Regno di Spagna e dalla Repubblica italiana, gli articoli 20 TUE e da 326 TFUE a 334 TFUE non limitano la facoltà di ricorrere a una cooperazione rafforzata alla sola ipotesi in cui uno o più Stati membri dichiarino di non essere ancora pronti a partecipare ad un'azione legislativa dell'Unione nel suo insieme. Ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 2, TUE, la situazione che può legittimamente condurre a una cooperazione rafforzata è quella in cui «gli obiettivi ricercati da detta cooperazione non possono

dunque, il dissenso o l'impossibilità di adottare la disciplina comune per gli Stati esclusi dalla cooperazione non deve investire necessariamente l'*an* dell'azione programmata, ma può riguardare anche la disciplina di dettaglio od operativa della stessa, appare verosimile o quantomeno ipotizzabile che essi vi procedano autonomamente in un secondo momento ed alle loro condizioni.⁸³⁶

350. L'introduzione di un'autonoma disciplina interna da parte degli Stati non partecipanti potrà avvenire, in linea di principio, tanto a livello individuale quanto a livello collettivo. In questo secondo caso, in dottrina si è anche ipotizzata l'eventualità che gli Stati non partecipanti alla cooperazione rafforzata scelgano a loro volta di avvalersi dell'istituto, almeno ove integranti la *massa critica* minima stabilita dall'art. 329 TFUE.⁸³⁷ Tale ipotesi, che fino a questo momento non si è mai concretamente verificata, non sembra agevole da realizzare, soprattutto se si considera il tendenziale asservimento al modello *multispeed* della cooperazione, cui è congeniale il *favor* normativo verso l'adesione del maggior numero possibile di Stati membri, così come la funzionalizzazione dell'istituto, diretto a «promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il [...] processo di integrazione».⁸³⁸ Sono elementi, questi, che devono essere tutti attentamente esaminati nella valutazione di rispondenza della proposta di cooperazione alle condizioni previste dai Trattati.⁸³⁹ In ogni caso, infine, si evidenzia che il Trattato prevede espressamente che l'azione autonoma degli Stati membri non partecipanti alla cooperazione, nell'esercizio delle

*essere conseguiti entro un termine ragionevole dall'Unione nel suo insieme». L'impossibilità cui fa riferimento tale disposizione può essere dovuta a diverse cause, quali una mancanza di interesse di uno o più Stati membri o l'incapacità degli Stati membri, che si mostrino tutti interessati all'adozione di un regime a livello dell'Unione, di pervenire ad un accordo sul contenuto di un tale regime». Il punto era già stato sostenuto in DASHWOOD A., DOUGAN M., RODGER B., SPAVENTA E., WYATT D., *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, già cit. sub n. 174, p. 124 e ss.*

⁸³⁶ Cfr. PISTOIA E., *Enhanced cooperation as a tool to...enhance integration?*, già cit. sub n. 271. In dottrina, la tesi contraria è stata sostenuta da Lamping in LAMPING M., *Enhanced Cooperation A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?*, già cit. sub n. 170.

⁸³⁷ Così, ad esempio, CHALTIEL F., *Le Traité d'Amsterdam et la Coopération Renforcée*, già cit. sub n. 133.

⁸³⁸ Sulla cui nozione si veda *supra* il Paragrafo 1.1.1(b).

⁸³⁹ Cfr. *supra* il Paragrafo 3.4.2. A tali elementi, si può ipotizzare, dovrebbe inoltre rivolgersi concretamente la valutazione d'impatto formulata dalla Commissione, in sede di adozione degli atti normativi di attuazione della cooperazione instaurata.

competenze nazionali da questa lasciate intatte, deve essere informata al principio di leale cooperazione, il quale trova manifestazione innanzitutto nell'obbligo di non ostacolare l'attuazione della disciplina differenziata (art. 328, seconda frase, TFUE). Più in generale, inoltre, l'obbligo di leale collaborazione degli Stati membri include il divieto di porre in essere condotte che possano opporre ostacoli all'autonomo sviluppo del diritto comunitario, in relazione agli obiettivi previsti dai Trattati.⁸⁴⁰ Anche rispetto a tale profilo la moltiplicazione delle discipline differenziate con atti di natura comunitaria appare difficilmente ipotizzabile.⁸⁴¹ Di conseguenza, si ritiene che ove gli Stati membri esclusi vogliano porre in essere in via collettiva un'autonoma regolamentazione delle materie già oggetto di cooperazione rafforzata, risulterà più agevole optare per l'adozione di un accordo internazionale *inter se*, fermo restando l'obbligo di leale cooperazione che li astringe direttamente sulla base della loro partecipazione al consorzio comunitario.

351. Differente risulta la posizione degli Stati membri che hanno scelto di aderire alla cooperazione rafforzata, sicché si ritiene in proposito doveroso svolgere alcune notazioni ulteriori. Rispetto a costoro, difatti, l'incisione del modo di operare delle competenze comunitarie da parte della cooperazione rafforzata si manifesta ai massimi livelli, tanto che la cooperazione è stata definita come una sorta di «*Unione a taglia ridotta*», o «*mini Comunità*», sicché essa, nei rapporti tra gli Stati membri partecipanti, riprodurrebbe i rapporti tra l'UE ed i suoi Stati membri.⁸⁴² In conseguenza di tale assetto, all'interno di tale «*mini-Comunità*», il diritto comunitario differenziato dispiega innanzitutto un ordinario effetto di *pre-emption*, che investe l'esercizio sul piano interno delle competenze degli Stati membri partecipanti alla cooperazione (art. 2, par. 2, TFUE). Più precisamente, l'effetto di *pre-emption* dovrà ricollegarsi agli atti comunitari di implementazione della decisione autorizzativa della cooperazione rafforzata. Il diritto differenziato, inoltre, dispiegherà integralmente il proprio primato sul diritto nazionale degli Stati partecipanti, e ciò anche con riferimento a settori di competenza diversi da quelli *occupati* dalla disciplina di attuazione e financo rispetto alle materie riservate alla loro competenza esclusiva, con la conseguenza che il diritto nazionale incompatibile andrà sempre disapplicato dai giudici nazionali. Di conseguenza, il principio

⁸⁴⁰ Cfr. *supra* il Paragrafo 3.2.3.

⁸⁴¹ Cfr. *supra* il la Sezione 2.4.

⁸⁴² Così TUYTSCHAEVER F., *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, p. 238 e Editorial Comments, *Enhanced cooperation: A Union a taille reduite or a porte tournante?*, già cit. sub. n. 799.

del primato sarà pienamente operativo anche con riferimento alla disciplina che gli Stati membri partecipanti volessero adottare autonomamente, ed eventualmente in via collettiva – tramite accordo internazionale –, negli spazi lasciati *scoperti* dalla differenziazione interna. Allo stesso modo, resta salvo l'obbligo degli Stati membri di osservare il principio di leale cooperazione, evitando di porre in essere qualunque atto nazionale od internazionale che possa ostacolare l'autonomo sviluppo del diritto comunitario, diritto differenziato compreso. Come si esporrà più approfonditamente nel prossimo capitolo, l'autonomia del diritto comunitario risulterà elusa anche nel caso in cui in concreto gli Stati membri eludano il principio dell'autonomia della tutela giurisdizionale che ad esso si ricollega necessariamente.⁸⁴³

(c) Differenziazione tramite ricorso alla cooperazione rafforzata ex art. 20 TUE: effetti sul piano dell'azione esterna

352. Assai rilevanti sono, infine, gli effetti che il ricorso alla cooperazione rafforzata (integrazione differenziata c.d. *interna*) dispiega con riguardo all'azione esterna dell'UE. A questo proposito, si osserva, gli atti di attuazione di diritto derivato assumono rilievo decisivo in vista dell'individuazione delle competenze esclusive alla conclusione di accordi internazionali con Stati terzi ai sensi dell'art. 3, par. 2, TFUE.⁸⁴⁴

353. Tra le ipotesi di competenza esclusiva individuate dalla norma all'art. 3, par. 2, TFUE, il Trattato di Lisbona ha “codificato” anche la regola già introdotta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia nel caso *AETS*, concernente le ipotesi in cui la conclusione di accordi internazionali può incidere su norme «comuni» o modificarne la portata.⁸⁴⁵ Secondo la dottrina che qui si condivide, la *ratio* della norma deve individuarsi non solo nell'esigenza di garantire il primato del diritto comunitario,⁸⁴⁶ ma anche nella volontà di assicurare l'unità

⁸⁴³ Cfr. *infra* la Sezione 4.2.

⁸⁴⁴ Si veda, per la dottrina, si veda **DE SMIJTER E.**, *The External Relations of a Differentiated European Community*, già citato sub n. 2 e **CANNIZZARO E.**, *Sui rapporti fra il sistema della cooperazione rafforzata e il sistema delle relazioni esterne della Comunità*, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1998, p. 331-338.

⁸⁴⁵ Cfr. *supra* il Paragrafo 3.2.3.

⁸⁴⁶ Cfr. **GAJA G.**, *How Does the European Community's International Responsibility Relate to Its Exclusive Competence?*, in **GAJA G.**, *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Vol. 2, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 747-755.

e la coerenza dell'azione esterna dell'Unione.⁸⁴⁷ Per l'effetto, il concetto di «*norme comuni*» da essa delineato deve interpretarsi come inclusivo di ogni disciplina di fonte comunitaria, ancorché ad applicazione soggettivamente differenziata. Di conseguenza, si ritiene di poter concludere che la previsione in commento deve trovare applicazione anche rispetto agli atti di attuazione delle cooperazioni rafforzate.

354. Tale conclusione, tuttavia, richiede di essere ulteriormente sviluppata, allo scopo di delineare il modo in cui l'art. 3, par. 2, interagisce con l'espressa esclusione di ogni incidenza delle norme di cooperazione rafforzata sulle competenze, i diritti e gli obblighi degli Stati membri che non vi partecipano (art. 327 TFUE). Infatti, si ritiene sia un dato ormai acquisito in dottrina che: «*una cooperazione rafforzata attuata mediante atti interni spieghi effetti preclusivi nella sfera delle relazioni internazionali per gli Stati membri che ne facciano parte*» e che «*[i]n relazione agli effetti personali e territoriali dell'azione sembra del tutto ragionevole prospettare che si producano anche gli effetti indiretti che sono ad esso propri nella sfera delle relazioni esterne*».⁸⁴⁸ Al contrario, il dubbio sembra porsi per gli Stati membri non partecipanti, laddove non ci si limiti alla lettera dell'art. 327 TFUE, la cui applicazione a prima vista lascia intatta la competenza di costoro all'autonoma conclusione di accordi con Stati terzi. Tale competenza, nella misura in cui consente agli Stati esclusi dalla cooperazione di concludere accordi con Stati terzi nello stesso settore in cui è intervenuta la prima, rischia di porsi in contrasto con la *ratio* sottesa dall'art. 3, par. 2, TFUE, ossia con il fine di assicurare l'unità dell'azione esterna dell'Unione; e rischia di determinare una frammentazione dell'azione esterna comunitaria a tempo indeterminato. In questo senso, una lettura letterale dell'art. 327 TFUE potrebbe costituire un rilevante limite alla ricostruzione dell'unità dell'azione esterna dell'Unione.

⁸⁴⁷ HILLION C., *Tous pour un, un pur tous! Coherence in the External Relations of the European Union*, in CREMONA M. (ed.), *Developments in EU External Relations Law*, Collected Courses of the Academy of European Law (Oxford, Oxford University Press 2008), p. 10-36; MIGNOLLI A., *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, già cit. sub n. 587; HERLIN-KARNELL E., KONSTADINIDES T., *EU Constitutional Principles as Housekeeping Rules in EU External Variable Geometry*, già cit. sub n. 58.

⁸⁴⁸ Cfr. EHLERMANN C.-D., *Différenciation Accrue ou Uniformité Renforcée?*, *Revue du Marché Commun*, 1995, p. 191-218; CANNIZZARO E., *Sui rapporti fra il sistema della cooperazione rafforzata e il sistema delle relazioni esterne della Comunità*, già cit. sub n. 844, p. 335 e TUYTSCHAEVER F., *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, p. 238 e ss.

355. Proprio in considerazione di tale rischio, è stato ipotizzato che alla chiara lettera dell'art. 327 si dovrebbe derogare *almeno* ai fini dell'applicazione del c.d. *effetto ERTA*.⁸⁴⁹ Si tratta, a ben vedere, di un ulteriore sviluppo del già richiamato obbligo di leale cooperazione tra gli Stati membri, di cui all'art. 4, par. 3, TFUE, che le norme sulla cooperazione rafforzata riprendono all'art. 327, seconda frase, TFUE e che pertanto può individuarsi come la norma fondamentale che regola i rapporti tra diritto comunitario, sia esso unitario o differenziato, e l'ulteriore diritto internazionale pattizio di cui siano parte gli Stati membri.

⁸⁴⁹ Così si conclude in **CANNIZZARO E.**, *Sui rapporti fra il sistema della cooperazione rafforzata e il sistema delle relazioni esterne della Comunità*, già cit. sub n. 844, p. 337-338. Cfr. anche **DE SMIJTER E.**, *The External Relations of a Differentiated European Community*, già citato sub n. 2.

CAPITOLO 4: I LIMITI GIURIDICI ALL'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA E I PRINCIPI GENERALI DELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: SEZIONE 4.1: *Intergovernamentalismo e crisi dell'intergovernamentalismo e crisi dell'Eurozona* - 4.1.1 *La reviviscenza del fenomeno degli accordi internazionali tra Stati membri in tempi di crisi* - 4.1.2 *I dubbi espressi dalla dottrina: la delega di competenze alle istituzioni comunitarie da parte degli accordi inter se, la sentenza Pringle ed i precedenti casi Bangladesh e Lomé* - 4.1.3 *Il trend degli accordi internazionali oltre la crisi: l'Accordo che istituisce un Tribunale Unificato dei Brevetti (Accordo TUB) ed ulteriori sviluppi nei rapporti tra diritto UE e diritto internazionale* - 4.1.4 *Side effects della crisi dell'Eurozona: nuova linfa per l'all or nothing effect? La compatibilità della differenziazione con il principio di unità dell'azione comunitaria* - (a) *Differenziazione in senso stretto e «all or nothing effect»* - (b) *Le critiche dottrinali avverso le prime istanze di impiego della cooperazione rafforzata in tempi di crisi* - SEZIONE 4.2: *Verso una ricerca dei limiti dell'integrazione differenziata nell'ordinamento comunitario* - 4.2.1 *Introduzione: il superamento del principio all or nothing e la ricerca di nuovi parametri di legittimità per l'azione differenziata* - 4.2.2 *Differenziazione e principi sovracostituzionali dell'ordinamento* - 4.2.3 *L'autonomia della tutela giurisdizionale comunitaria dei diritti individuali quale componente sovracostituzionale (rectius essenziale) del sistema nella giurisprudenza della Corte di giustizia* - (a) *Il rinvio pregiudiziale quale pilastro del sistema giurisdizionale comunitario ed il ruolo dei giudici nazionali: la sentenza Miles c. Scuole europee ed il Parere sull'accordo istitutivo di un Tribunale Unificato dei Brevetti (TUB)* - (b) *Il rinvio pregiudiziale quale componente costituzionale dell'ordinamento europeo. Dalla sentenza Kadi II al Parere 2/13 sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)* - 4.2.4 *Effettività e adeguamento degli Stati membri alle pronunce della Corte di giustizia. Alcune questioni aperte.*

SEZIONE 4.1: INTERGOVERNAMENTALISMO E CRISI DELL'EUROZONA

356. Argomentata l'esistenza di un legame *intrinseco* tra integrazione differenziata ed ordinamento giuridico dell'Unione europea, occorre definire se ed in quali termini la prima trovi un limite nel c.d. modello dell'azione unitaria dell'Unione europea.

Secondo la dottrina prevalente, questo modello, caratterizzato dalla partecipazione di tutti gli Stati membri all'adozione e all'applicazione del diritto di fonte comunitaria, troverebbe giuridico riconoscimento

nei principi di unità dell'azione comune⁸⁵⁰ e di *coesione* del diritto dell'Unione.⁸⁵¹ Dal punto di vista più schiettamente politico, invece, tale modello troverebbe manifestazione nel valore della solidarietà, comune agli Stati membri,⁸⁵² e per tale via risulterebbe strettamente collegato al fine economico e socio-politico della promozione della coesione economica, sociale e territoriale tra gli stessi.⁸⁵³

357. Il tema della compatibilità tra gli strumenti di integrazione differenziata ed il modello dell'unità dell'azione comunitaria ha ricevuto notevole attenzione nella letteratura del passato, specie in corrispondenza delle spinte verso l'istituzionalizzazione di forme di integrazione differenziata di natura politica all'interno dell'ordinamento comunitario, provenienti dalle autorità politiche nazionali e della trasposizione delle soluzioni così accolte in sede di revisione dei Trattati.⁸⁵⁴ Al contrario, i rapporti tra unità ed integrazione differenziata di natura non politica non hanno posto troppi dubbi di compatibilità con il sistema, dal momento che le ipotesi *tradizionali* di differenziazione, essendo giustificate in base al principio di uguaglianza, imponevano il recupero dell'uniformità del diritto non appena possibile e pertanto avevano carattere necessariamente temporaneo.⁸⁵⁵ Il tema è ritornato di grande attualità a seguito delle prime istanze di ricorso alla cooperazione rafforzata, avvenute a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che hanno riportato a galla alcuni dei risalenti dubbi di compatibilità tra unità e differenziazione *politica* realizzabile all'interno dell'ordinamento comunitario, concentrantesi principalmente sul timore che per il tramite della differenziazione gli Stati membri

⁸⁵⁰ **BLANKE H.-J., MANGIAMELI S.** (eds.), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, già cit. sub n. 17, a p. 801 ss.

⁸⁵¹ Cfr. il Preambolo a TUE, punto 9 ed il Preambolo al TFUE, punto 1.4.

⁸⁵² Cfr. l'art. 2 TUE.

⁸⁵³ Cfr. attualmente l'art. 3, par. 3., terzo comma, TUE. Per la dottrina si vedano **BECKER U.**, *Differenzierungen der Rechtseinheit durch "abgestufte Integration"*, in SHWARZE J., MÜLLER- GRAFF, P.- C. (eds.), *Europäische Rechtseinheit durch einheitliche Rechtdurchsetzung*, *Europarecht*, Beiheft 1/1998, 1998, p. 29-58, in particolare a p. 42; **BENDER T.**, *Die Verstärkte Zusammenarbeit nach Nizza Anwendungsfelder und Bewertung im Spiegel historischer Präzedenzfälle der differenzierten Integration*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2001, p. 729-770, in particolare alle p. 730 ss e 735 ss.

⁸⁵⁴ **CHALTIEL F.**, *Le Traité d'Amsterdam et la Coopération Renforcée*, già cit. sub n. 133.

⁸⁵⁵ Cfr. *supra* il Paragrafo 265.

eludano le obbligazioni assunte con la partecipazione all'Unione, che possano arrecare un danno al livello di integrazione sino a quel momento raggiunto e che, per altro verso, possano ledere le prerogative degli altri membri del consorzio comunitario *bypassando* il loro dissenso alla produzione di una certa disciplina, in un secondo momento adottata in via differenziata.⁸⁵⁶ Le origini di questi interrogativi devono ricondursi ad un comprensione soltanto parziale dei fondamenti giuridici dell'integrazione differenziata c.d. *politica*, la quale a sua volta si ricollega all'assenza di una chiara definizione giuridica del fenomeno della differenziazione. Come si è già

⁸⁵⁶ Sulle prime ipotesi di ricorso alla cooperazione rafforzata, nella materia della disciplina applicabile in materia di divorzio e separazione personale (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, in GU L 343 del 29.12.2010, p. 10–16), e di istituzione di una imposta sulle transazioni finanziarie (Decisione 2013/52/UE del Consiglio, del 22 gennaio 2013, che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore dell'imposta sulle transazioni finanziarie, in GU L 22 del 25.1.2013, p. 11–12, sulla quale si è innestato un contenzioso di annullamento, sfociato nel rigetto con la Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 30 aprile 2014, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-209/13, già cit. sub n. 22) cfr. **PEERS S.**, *Divorce, European Style: The First Authorization of Enhanced Cooperation*, *European Constitutional Law Review*, 2010, p. 339 – 358; **FRANZINA P.**, *The Law Applicable to Divorce and Legal Separation Under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, p. 85-129; **OTTAVIANO I.**, *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali*, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 113-144; **KUIPERS J. J.**, *The Law Applicable to Divorce as Test Ground for Enhanced Cooperation*, già cit. sub n. 278; **FABBRINI F.**, *Enhanced Cooperation under Scrutiny: Revisiting the Law and the Practice of Multi-Speed Integration in Light of the First Involvement of the EU Judiciary*, *Legal Issues of Economic Integration*, già cit. sub n. 152; **FIORINI A.**, *Harmonizing the Law Applicable to Divorce and Legal Separation – Enhanced Cooperation as the Way Forward*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 1143-1158; EDITORIAL COMMENTS, *Enhanced cooperation: A Union a taille réduite or a porte tournante?*, *Common Market Law Review*, 2011, p. 317–327; **PISTOIA E.**, *Enhanced cooperation as a tool to...enhance integration? ...* già cit. sub n. 836; **BOELE-WOELKI K.**, *New Questions in International Divorce Law within the European Union: Enhanced Cooperation*, *Utrecht Journal of International and European Law*, 2009, p. 4-13; **TILAKAPALA V.**, **POWELL A.**, *The UK's premature legal challenge on the EU FTT*, *Tax Journal*, 2014, p. 11-12; **VANISTENDAEL F.**, *Letter from Europe, Winners and Losers at the European Court of Justice*, *Tax Notes International*, 2014 p.1033-1037; **MAINGUY M.**, *Financial Transaction Tax: Unsuccessful First Round before the ECJ*, *European Law Reporter*, 2014, p. 138-143; **SZUDOCZKY R.**, *UK v Council. Authorisation of enhanced cooperation in the area of FTT. Action for annulment dismissed. Court of Justice*, *Highlights & Insights on European Taxation*, 2014, p. 23-24; **RANDALL M.**, *Case C-209/13 UK v Council: Enhanced Cooperation and the FTT*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2014, p. 407-418. Per un'analisi più approfondita della dottrina in tema di cooperazione rafforzata nell'instaurazione di un brevetto europeo con effetto unitario, si rinvia *supra* al Paragrafo 1.1.1(a).

introdotto, difatti, nell'esame degli strumenti di differenziazione l'elemento ideologico tende spesso ad interagire con la componente più prettamente giuridica degli stessi, finendo per generare ambiguità fra i due piani di analisi.⁸⁵⁷ Altro elemento che denuncia una potenziale debolezza nell'esame della questione sembra essere una certa diffusa confusione nella definizione degli elementi giuridicamente *essenziali* dell'ordinamento comunitario – e così non sacrificabili ed irrinunciabili, se non con la conseguenza di realizzare una vera e propria rivoluzione dell'ordinamento -; la questione presenta un legame anche con l'assenza di una rigorosa individuazione delle componenti dell'ordinamento che autenticamente possano definirsi *costituzionali*.⁸⁵⁸

358. Un discorso parzialmente analogo vale anche per la c.d. integrazione differenziata *in senso ampio*, realizzata, cioè, tramite accordi *inter se* tra gli Stati membri. Nel passato, il fenomeno sollevava perplessità tutto sommato limitate,⁸⁵⁹ grazie alla frequenza sporadica

⁸⁵⁷ Come si è già sottolineato, in diversi frangenti i confini tra i due aspetti appaiono sfumati, se non addirittura evanescenti, come spesso accade nell'analisi degli elementi giuridici privi di una definizione tassativa nel diritto positivo. Ad esempio, si sono già richiamate le sfaccettature politiche del principio di sussidiarietà, e la *procedimentalizzazione* quale via generalmente seguita dal legislatore comunitario per la delimitazione dell'oggetto del controllo giuridico di validità (cfr. in generale, sulla questione, **SCHWARZE J.**, *Il Controllo Giurisdizionale sul Procedimento Amministrativo Europeo*, già cit. sub n. 773).

⁸⁵⁸ Cfr. *supra* il Capitolo 2.

⁸⁵⁹ Maggiori problemi in ordine al profilo dell'unità della rappresentanza internazionale dell'Unione, ponevano gli accordi *inter se* conclusi con la partecipazione di Stati terzi, così come le ipotesi di azione esterna dell'Unione tramite accordi misti c.d. *incompleti* (ossia implicanti la partecipazione, al fianco dell'Unione, di alcuni Stati membri soltanto). Sul punto, così come in commento alla giurisprudenza sulla competenza esterna esclusiva dell'Unione, rispetto alla quale, invero, il Trattato di Lisbona ha tentato una prima (di non eccessivamente agevole comprensione) formalizzazione (cfr. art. 3, par. 2, TFUE), si rinvia alla seguente dottrina: **ROSAS A.**, *The Status in EU Law of International Agreements Conclude by EU Member States*, *Gorham International Law Journal*, già cit. sub n. 533; **ROSSI L.S.**, *Does the Lisbon Treaty Provide a Clear Separation of Competences between EU and Member States?*, già cit. sub n. 163; **ROSSI L.S.**, *Conclusione di accordi internazionali e coerenza del sistema. L'esclusività della competenza comunitaria*, *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 1008 ss.; **AMADEO S.**, *Unione europea e treaty-making power*, già cit. sub n. 591; **KOUTRAKOS P.**, *Eu International Relations Law*, Hart, Oxford, 2006; **CASOLARI F.**, *La sentenza MOX: la Corte di giustizia delle Comunità europee torna ad occuparsi dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento internazionale*, già cit. sub n. 446; **CREMONA M.**, *Defining Competence in EU External Relations: Lessons from the Treaty Reform Process*, in **DASHWOOD A.**, **MARESCEAU M.** (eds.), *Law and Practice of EU External Relations: Silent Featured of a Changing Landscape*, Cambridge University Press, 2008, p. 34 ss; **HERLIN-KARNELL E.**,

del suo impiego, avente normalmente carattere puntuale,⁸⁶⁰ ed al fatto che esso tendeva a manifestarsi nelle aree del diritto ritenute non cruciali per il processo di integrazione.⁸⁶¹ In tempi più recenti, tuttavia, è stato paventato il rischio che l'impiego degli accordi internazionali tra Stati membri nell'esercizio collettivo delle competenze comunitarie non esclusive possa determinare la frammentazione dell'ordinamento UE e la messa a repentaglio del perseguimento degli obiettivi comunitari, così come della conservazione delle garanzie fondamentali che si ricollegano al diritto comunitario. Come si spiegherà in maggior dettaglio più oltre, la riproposizione di queste preoccupazioni si ricollega almeno in parte al grande successo che l'impiego degli accordi *inter se* ha avuto nella gestione della crisi dell'Eurozona,⁸⁶² nella forma dell'atto adottato mediante *consensus* in Consiglio da parte dei Ministri degli Stati membri, nella loro qualità di rappresentanti dei rispettivi governi.⁸⁶³

KONSTADINIDES T., *EU Constitutional Principles as Housekeeping Rules*, già cit. sub n. 58.

⁸⁶⁰ Una rapida illustrazione dell'uso che storicamente gli Stati membri hanno fatto di tali accordi si può trovare in **DE WITTE B.**, *Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union*, già cit sub n. 6, cui si rinvia.

⁸⁶¹ Con la vistosa eccezione degli Accordi di Schengen, per tale motivo con in Trattato di Amsterdam incorporati all'interno del sistema delle fonti comunitarie vere e proprie, ossia nel Trattato sull'Unione europea. Cfr. artt. 1 e 2 del Protocollo sull'integrazione dell'acquis di Schengen nell'ambito dell'Unione europea allegato al Trattato di Amsterdam, in GU C340/1, del 10.11.1997, p. 1-144.

⁸⁶² Cfr. Editorial Comments, *Union Membership In Time of Crisis*, già cit. sub n. 16: «[I]n recent times, however, the phenomenon has changed in scope. In the wake of the euro crisis we can observe the conclusion of treaties among the Member States (EFSE, ESM, Fiscal Compact and the forthcoming agreement on the Single Resolution Fund) impacting on the system of competences and the institutional balance set out in the EU treaties». Nel brano appena citato, si evidenzia condivisibilmente come: «[t]he phenomenon goes beyond the scope of the management of the euro crisis, as evidenced by the recent Agreement on a Unified Patent Court»; cfr. anche **DE WITTE B.**, *Using International Law in the Euro Crisis. Causes and Consequences*, Centre for European Studies, già cit. sub n. 16; **DE WITTE B.**, *Editorial. Five Years After the Lisbon Treaty's Entry into Force. Variable Geometry Running Wild?*, già cit. sub n. 16, p. 5-9; **DE GREGORIO MERINO A.**, *Institutional Aspects of Variable Geometry. Special Consideration of the Intergovernmental Method*, già cit. sub n. 16; **PONZANO P.**, *Méthode intergouvernementale ou méthode communautaire: une querelle sans intérêt*, Les Brefs, Notre Europe, 2011, già cit sub n. 16; **FABBRINI S.**, *The constitutional conundrum of the European Union*, già cit. sub n. 16.

⁸⁶³ Sul tema si rinvia in generale a **BEBR G.**, *Acts of Representatives of the Governments of the Member States*, già cit. sub n. 17; **PESCATORE P.**, *Remarques sur la nature juridique des 'décisions des représentants des Etats membres réunis au sein du Conseil*, già cit. sub n. 17, p. 579 ss.; **DE WITTE B.**, *Chamaleontic Member States: Differentiation by Means of Partial and Parallel International Agreements*, già cit. sub n. 17; **BLANKE H.-**

359. Come infatti nota De Witte, nonostante il progressivo declino del ricorso agli strumenti internazionalistici nelle relazioni tra gli Stati membri dell'UE, testimoniato anche dalla scomparsa dal diritto primario delle previsioni che vi facevano riferimento e dallo speculare e sempre più intenso *favor* verso l'impiego dello strumento comunitario, «[d]espite this constitutional evolution, which seemed to have relegated *inter se* agreements to the footnotes of the European integration story, such agreements remained available in the toolbox of European cooperation for the simple reason that the member states of the European Union are States, and therefore retain their capacity to conclude international treaties not only with third countries (which is the most frequent case) but also among each other, even when the subject matter of their agreement is closely connected to European Union matters. In the case of the euro crisis treaties, that connection is particularly close but also somewhat paradoxical. Whereas in earlier cases, such as the Schengen treaties, the *inter se* treaty was an instrument used to push European integration forward, in the case of the euro crisis treaties the main purpose seems to have been to repair the damage caused by the failings of existing EU law».⁸⁶⁴

4.1.1 La reviviscenza del fenomeno degli accordi internazionali tra Stati membri in tempi di *crisi*

360. Il ricorso agli accordi *inter se* per la disciplina delle materie in cui i Trattati prevedono una competenza comunitaria ha visto momenti più o meno intensi nella storia dell'integrazione europea.⁸⁶⁵ Negli ultimi decenni, invero, si era registrato un quasi totale declino di tale prassi, quantomeno nella gestione dei rapporti interni all'Unione, mentre l'impiego degli accordi internazionali restava costante nei rapporti tra Stati membri e Stati terzi.⁸⁶⁶ Tuttavia, si è assistito ad un

J., MANGIAMELI S. (eds.), *The Treaty on European Union (TEU)*, già cit. sub n. 17, in particolare si vedano le p. 798-800.

⁸⁶⁴ Così DE WITTE B., *Using International Law in the Euro Crisis. Causes and Consequences*, già cit. sub n. 16, in particolare alle p. 2-3.

⁸⁶⁵ Per una ricostruzione cfr. DE WITTE B., *Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union*, cit sub n. 6, e DE WITTE B., *Chamaleontic Member States: Differentiation by Means of Partial and Parallel International Agreements*, già cit. sub n. 17.

⁸⁶⁶ Cfr. DE WITTE B., *Using International Law in the Euro Crisis. Causes and Consequences*, già cit. sub n. 16, in particolare a p. 2: le ragioni di ciò vengono individuate dall'A. essenzialmente nella disponibilità della clausola generale di cooperazione rafforzata, e nella rimozione, ad opera del Trattato di Lisbona, delle previsioni agli artt. 293 TCE e 34, par. 2, lett. D, UE. Le ultime, difatti, costituivano le uniche norme che espressamente contemplavano il ricorso degli Stati Membri allo strumento dell'accordo internazionale nell'esercizio delle proprie competenze comunitarie. Cfr. anche CAGGIANO G., *La collocazione normativa delle disposizioni di diritto sostanziale e la loro interpretazione pregiudiziale*, intervento presso il Convegno "La

significativo mutamento di tendenza a seguito dell'esplosione della c.d. *crisi dell'Eurozona*.⁸⁶⁷ La reviviscenza dello strumento dell'accordo

tutela brevettuale nell'Unione europea. Brevetto europeo a effetto unitario e Tribunale unificato dei brevetti”, 27 settembre 2013, consultabile presso: https://www.youtube.com/watch?v=0pv_KCIJqwk&list=PLBk-_xKLoV'TycZ7cnegiuCCv13wG_R2pk&index=8. Cfr. anche **PEERS S.**, *Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework*, già cit. sub n. 29, p. 40, il quale afferma: «*[i]ntergovernmentalism is often (rightly) criticised for its ineffectiveness, compared to the EU legal process, and indeed most references to such measures in the treaties were removed by the Treaty of Lisbon, and as a species of legal act adopted by all member states, such measure are nearly extinct. However, this argument can be turned on its head, in cases where unanimity among all member states is necessary but lacking within the EU legal order, but a group of member states is keen to go ahead on an intergovernmental basis. Moreover, arguably intergovernmental processes will not be as ineffective if they can 'borrow' the EU's institutions, because the member states concerned can then use ready-made 'motors of integration rather than having to build such mechanisms from scratch. Under certain conditions, then, intergovernmentalism might be the best means to achieve a supranational ends.*»

⁸⁶⁷ A parte il già citato Trattato MES, gli Stati membri, nel contesto della crisi dell'Eurozona, hanno concluso: il *Greek Loan Facility Agreement*, firmato a Bruxelles ed Atene l'8 maggio 2010; lo *European Financial Stability Fund*, Bruxelles 9 maggio 2010 ("EFSF"); il *Treaty on the Stability, Cooperation and the Governance of the EMU* (il c.d. *Fiscal Compact*), firmato a Bruxelles il 2 marzo 2012; lo *Euro Plus Pact*, annesso alle conclusioni del Consiglio europeo del 24-25 marzo 2012, ed il *Pact on growth and employment*, annesso alle conclusioni del Consiglio europeo del 28 e 29 giugno 2012. Per una panoramica più completa delle misure di gestione della crisi, si rinvia alla pagina web dedicata nel sito della Commissione europea, consultabile presso: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-financial-assistance_en. In dottrina, cfr. **PEERS S.**, *Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework*, già cit. sub n. 29; **BIANCO G.**, *The New Financial Stability Mechanisms and Their (Poor) Consistency with EU Law*, EUI Working Paper, 2012/44; **CRAIG P.**, *Pringle and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and substance*, già cit. sub n. 29, p. 263-284; **CHITI E., TEIXEIRA P.G.**, *The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis*, già cit. sub n. 458; **CRUM B.**, *Saving the Euro at the Cost of Democracy*, già cit. sub n. 16, p. 614-630; **DAWSON M., DE WITTE F.**, *Constitutional Balance in the EU after the Euro Crisis*, *The Modern Law Review*, 2013, p. 817-844; **D'SA M.**, *The Legal and Constitutional Nature of the New International Treaties on Economic and Monetary Union from the Perspective of EU Law*, già cit. sub n. 29, p. xi-xxv; **FASONE C.**, *European Economic Governance and Parliamentary Representation. What Place for the European Parliament?*, *European Law Journal*, 2014, p. 164-185.

Uno dei più recenti esempi di questo *trend* è l'Accordo istitutivo di un Fondo Unico di Risoluzione, firmato il 21 maggio 2014 da 26 Stati Membri (esclusi soltanto Svezia e Regno Unito; cfr. *Agreement on the Transfer and Mutualisation of Contributions to the Single Resolution Fund*, 2014, Council doc. 8457/14). Esso rappresenta la “parte intergovernativa” del c.d. *Banking Union Package*. Si rinvia a De Witte per una veloce ricognizione delle problematiche relazioni che esso presenta con il Regolamento UE n. 806/14, istitutivo di un Meccanismo di risoluzione unico delle banche in dissesto (cfr. Regolamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 luglio 2014, che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di

internazionale nella disciplina dei rapporti tra gli Stati membri ha così riportato al centro del dibattito politico e dottrinale le importanti preoccupazioni di cui si è già fatto cenno. In particolare, è stata molto criticata la scelta di gestire con tali strumenti il vertiginoso aumento del debito pubblico in molti degli Stati membri la cui moneta è l'Euro, verificatosi a seguito della crisi finanziaria del 2009, evidenziando che ciò comportava l'esclusione delle garanzie che caratterizzano il metodo comunitario, tra le quali *in primis* quelle della tutela giurisdizionale e della trasparenza nella gestione dei negoziati.⁸⁶⁸

risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010, in GU L 225 del 30.7.2014, p. 1–90; cfr. **DE WITTE B.**, *Editorial. Five Years After the Lisbon Treaty's Entry into Force. Variable Geometry Running Wild?*, già cit. sub n. 16, p. 5-9; cfr. anche **FABBRINI F.**, *On Banks, Courts and International Law - The Intergovernmental Agreement on the Single Resolution Fund in Context*, *Maastricht Journal*, 2014, p. 444 ss.; **LOUIS J.V.**, *La difficile naissance du mécanisme européen de résolution des banques*, *Cahiers de droit européen*, 2014, p. 7 ss.). In proposito, con specifico riferimento alla scelta degli Stati membri di concludere un accordo internazionale, è stato notato come l'originaria proposta della Commissione fosse basata sull'art. 114 TFUE e prevedesse l'instaurazione di un sistema di gestione della risoluzione delle banche in difficoltà di carattere integralmente comunitario. Successivamente il sistema è andato incontro ad una "frammentazione" in due parti, una *comunitaria* ed una *internazionale*, a causa delle discussioni intervenute in Consiglio. In quella sede, pertanto, gli Stati Membri hanno deciso di esercitare le competenze fondate sull'art. 114 TFUE in parte attraverso il regolamento 806 ed in parte attraverso un accordo *inter se*, relativo alla creazione di un fondo da usare per le operazioni di risoluzione.

⁸⁶⁸ Cfr. in proposito **HINAREJOS P.**, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2015; **ADAMSKI D.**, *National power games and structural failures in the European macroeconomic governance*, *Common Market Law Review*, 2012, p. 1319-1364; **ALLEMAND F. R.**, **MARTUCCI F. L.**, *La nouvelle gouvernance économique européenne (1) e (2)*, 2012, *Cahiers du Droit Européen*, p. 17-99 e p. 407-456; **ANTPÖHLER C.**, *Emergenz der europäischen Wirtschaftsregierung – Das Six Pack als Zeichen supranationaler Funktionsfähigkeit*, *Heidelberg Journal of International Law*, 2012, p. 353-393; **VITERBO A.**, **CISOTTA R.**, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal Compact*, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 323-366; **LOUIS J.-V.**, *Guest Editorial: The no-bailout clause and rescue packages*, *Common Market Law Review*, 2010, p. 971-986; **DE GREGORIO MERINO A.**, *Legal developments in the Economic and Monetary Union during the debt crisis: The mechanisms of financial assistance*, già cit. sub n. 16; **MUNARI F.**, *Crisi dell'euro e crisi delle regole: rule of law o ragion politica? Il diritto dell'Unione europea dinanzi a nuove sfide*, già cit. sub n. 16; **MIDDLETON T.**, *Not bailing out... Legal aspects of the 2010 sovereign debt crisis*, in *A Man for All Treaties– Liber Amicorum en l'honneur de Jean-Claude Piris*, Bruylant, 2012, p. 421-439; **VITERBO A.**, **CISOTTA R.**, *La crisi della Grecia, l'attacco speculativo all'euro e le risposte dell'Unione Europea*, *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 961- 994; **KILPATRICK C.**, *On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, p. 325-353; **ARMSTRONG K. A.**, *Differentiated Economic Governance and the Reshaping of Dominium Law*, in **ADAMS M.**, **FABBRINI F.**, **LAROCHE P.** (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Hart, Oxford, 2014, p. 63-83; **DAWSON M.**, **DE WITTE F.**, *Constitutional Balance in the EU after the*

Inoltre, come si esporrà nell'ultimo paragrafo della presente Sezione, il fenomeno ha assunto una inaspettata ampiezza, dal momento che si è esteso oltre la gestione della crisi del debito pubblico, finendo per trovare applicazione anche nei settori in cui non si potevano riscontrare le condizioni di urgenza che avevano contribuito a giustificarlo in prima istanza.

361. In proposito, ha senso ricordare come la reviviscenza dello strumento internazionalistico nei rapporti tra gli Stati membri abbia trovato un'anticipazione nel famoso discorso pronunciato dalla Cancelliera tedesca Angela Merkel, in occasione dell'apertura del sessantunesimo anno accademico del Collegio d'Europa a Bruges, nel novembre 2010,⁸⁶⁹ passato alla storia come il discorso sul “*metodo dell'Unione*”.⁸⁷⁰ Ivi la Cancelliera aveva affermato che: «[a]s Herman Van Rompuy [...]»⁸⁷¹ *recently commented, 'Often the choice is not between the community method and the intergovernmental method, but between a coordinated European position and nothing at all.' In other words, a coordinated European position can be arrived at not just by applying the community method; sometimes a coordinated European position can be arrived at by applying the intergovernmental method. The crucial thing is that on important issues we have common positions*». Deve escludersi che con queste parole Merkel si limitasse a fare riferimento alle ridotte ipotesi in cui i Trattati si arrestano a governare l'esercizio delle competenze dell'Unione con riferimento ad un modello riconducibile a quello intergovernativo (*i.e.* per *consensus*).⁸⁷² Il riferimento a titolo

Euro Crisis, 2013, *The Modern Law Review*, p. 817-844; **D'SA M.**, *The Legal and Constitutional Nature of the New International Treaties on Economic and Monetary Union from the Perspective of EU Law*, già cit. sub n. 29, p. xi-xxv.

⁸⁶⁹ Cfr. Speech by Federal Chancellor Angela Merkel at the opening ceremony of the 61st academic year of the College of Europe in Bruges on 2 November 2010, consultabile presso <https://www.coleurope.eu/speeches>.

⁸⁷⁰ L'appellativo è di **PONZANO P.**, *Méthode intergouvernementale ou méthode communautaire, Une querelle sans intérêt*, Les Brefs, Notre Europe, 2011, già cit. sub n. 16.

⁸⁷¹ Herman Achille Van Rompuy è stato il primo presidente del Consiglio europeo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, vale a dire con un mandato stabile, dal 1° dicembre 2009 al 31 maggio 2012. Il 1° marzo 2012, il Consiglio europeo ha eletto all'unanimità Van Rompuy per un secondo mandato da presidente, dal 1° giugno 2012 al 30 novembre 2014. Dal 2011 Van Rompuy è stato anche il presidente del vertice euro, carica a cui ci si riferisce informalmente come Mr. Euro.

⁸⁷² Il che è ravvisabile sostanzialmente nel settore della PESC, e in altri limitati casi specificamente previsti. Al contrario, la regola è oggi rappresentata dal metodo comunitario. In linea di principio, infatti, il Trattato di Lisbona ha esteso alla

esemplificativo fatto dalla Cancelliera alla politica energetica comune, da realizzarsi anche per il tramite del completamento del mercato interno dell'energia sulla base del menzionato "metodo dell'Unione", permette infatti di affermare che il discorso facesse riferimento proprio alla possibilità per gli Stati membri di ricorrere ai classici strumenti di diritto internazionale degli *inter se agreements*, anche in presenza di una competenza autenticamente comunitaria.

362. La recente tendenza verso un più intensificato impiego del metodo intergovernativo ha sicuramente trovato appoggio – almeno teorico – nelle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona che, come si è fatto menzione al termine del Capitolo 2, hanno esaltato il dato della persistente sovranità degli Stati membri.⁸⁷³ Il ricorso agli accordi internazionali rappresenta anche una delle possibili vie individuate per la gestione della ulteriore gravissima crisi che ha investito la struttura comunitaria in questi ultimi anni, ossia la "crisi partecipativa" del Regno Unito,⁸⁷⁴ sfociata nella vittoria del "leave" al referendum del 23 giugno 2016 sulla permanenza del Regno Unito nell'Unione europea, noto anche come referendum sulla "Brexit" (neologismo formato dai termini inglesi *British* ed *Exit*), e così di eventuali nuove spinte secessionistiche che in futuro investissero l'Unione.⁸⁷⁵

generalità delle competenze dell'Unione il metodo comunitario, caratterizzato dal voto a maggioranza qualificata ponderata in Consiglio.

⁸⁷³ Si tratta della rimozione (ma, in sostanza, si è già detto *supra*, non può trattarsi che di un *alleggerimento* dai contorni molto ambigui) del principio del rispetto dell'*acquis* comunitario e di altri vincoli da molti in passato professati come *essenzialmente comunitari*, tra i quali la stessa partecipazione all'Unione (cfr. *supra*, la Sezione 2.4).

⁸⁷⁴ Cfr. *Editorial Comment: What do we want? Flexibility! Sort-of... "When do we want it? "Now! Maybe..."*, già cit. sub n. 458; **PIRIS J.-C.**, *The Acceleration of differentiated integration and enhanced cooperation*, già cit. sub n. 455.

⁸⁷⁵ Cfr. **PEERS S.**, *Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework*, già cit. sub n. 29; cfr anche **PIRIS J.-C.**, *The Future of Europe: Towards a Two-speed EU?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. X-166, ove la soluzione di uscita del Regno Unito viene contemplata come possibile, accanto alla prospettiva evolutiva che ammette, su un piano generale, che gli Stati Membri dell'UE siano divisi in un gruppo (tendenzialmente aperto) di avanguardisti, che condivide inderogabilmente un certo livello comune di integrazione in merito a settori politici centrali (ad esempio l'Unione Economica e Monetaria - Piris individua, infatti, tale avanguardia negli Stati membri dell'Eurozona – ma anche la politica estera e di difesa, la tutela dell'ambiente, così come le politiche sociali), ed uno di *arret gardes*. L'A. ammette anche la possibilità che tale divisione possa trovare riscontro financo in una modifica della struttura istituzionale dell'Unione. Si veda, in proposito, la critica di **CRAIG P.**, *Two-Speed, Multi-Speed and Europe's Future: A Review of Jean-Claude Piris on the Future of Europe*, *European Law Review*, 2012, p.

4.1.2 I dubbi espressi dalla dottrina: la delega di competenze alle istituzioni comunitarie da parte degli accordi *inter se*, la sentenza *Pringle* ed i precedenti casi *Bangladesh* e *Lomé*

363. Il ricorso allo strumento degli accordi *inter se* nel contesto della crisi dell'Eurozona si è tuttavia caratterizzato per alcuni aspetti particolari, che meritano di essere esaminati in maggiore dettaglio.

364. In primo luogo, forti perplessità sono state sollevate con riferimento al fatto per il tramite di tali accordi internazionali gli Stati membri hanno conferito specifiche competenze alle istituzioni comunitarie. Si tratta, in particolare, dei compiti decisionali, gestionali e di controllo conferiti alla Commissione ed alla Banca Centrale europea, in relazione alla disciplina dell'assistenza finanziaria tra gli Stati dell'Eurozona, introdotta dal Trattato che stabilisce un Meccanismo Europeo di Stabilità (MES).⁸⁷⁶

Tali previsioni, hanno posto al centro del dibattito la questione dei limiti di legittimo ricorso alle istituzioni dell'Unione nel contesto di azioni che giuridicamente si svolgono al di fuori dell'ordinamento UE e delle condizioni sostanziali e procedurali che a tal fine devono essere rispettate perché l'accordo possa dirsi lecito dal punto di vista comunitario. Tali questioni, invero, si erano già poste in passato, in occasione del discusso accordo concluso dagli Stati membri in materia di aiuti umanitari a favore del Bangladesh. Chiamata a pronunciarsi in ordine alla legittimità dell'attribuzione di competenze esecutive alla Commissione da parte di quest'ultimo, la Corte di giustizia aveva affermato che: «*non costituisce atto comunitario impugnabile con ricorso una decisione dei rappresentanti degli Stati membri in materia di aiuti umanitari a favore di uno Stato terzo, materia che non rientra nella competenza esclusiva della Comunità. Al riguardo sono ininfluenti il fatto che tale decisione faccia riferimento ad una proposta della Commissione, poiché le proposte della Commissione non rientrano necessariamente nell'ambito dell'art. 149 del Trattato; il fatto che la Commissione sia incaricata di gestire l'aiuto, poiché l'art. 155 del Trattato non impedisce agli Stati membri di affidare alla Commissione il compito di provvedere*

800-810; EDITORIAL COMMENTS, *Union Membership In Time of Crisis*, già cit. sub n. 16; **CORBETT R.**, *Two-Tier Europe-really?*, già cit. sub n. 699. Invero, nel campo della storia e delle scienze politiche, vi è anche chi ha introdotto una reinterpretazione abbastanza estrema dell'intera dinamica del processo di integrazione, individuando la “*true Europe*”, proprio negli spazi ove si esplica la cooperazione intergovernativa tra gli Stati (cfr., con testo di carattere divulgativo che tuttavia ha riscosso un forte successo tra il pubblico, di **VAN MIDDELAAR L.**, *The Passage to Europe. How a Continent became a Union*, Kindle Edition, 2014).

⁸⁷⁶ Cfr. il Trattato che stabilisce un Meccanismo Europeo di Stabilità, firmato a Bruxelles il 2 febbraio 2012, artt. 5, 6, 13-18, cui si rinvia.

al coordinamento di un'azione da essi intrapresa collettivamente in base ad un atto dei loro rappresentanti riuniti nell'ambito del Consiglio; il fatto che i contributi degli Stati membri siano fissati secondo un criterio di ripartizione identico a quello che determina il loro contributo al bilancio comunitario, poiché nulla osta a che siffatto criterio sia usato nell'ambito di un'azione decisa dai rappresentanti degli Stati membri; e, infine, il fatto che una parte dell'aiuto possa essere iscritta nel bilancio della Comunità, poiché tale iscrizione, che non è imposta dalla decisione di cui trattasi, non può modificare la qualifica di quest'ultima»⁸⁷⁷

365. La sentenza citata aveva sollevato forti perplessità in dottrina anche dal momento che non riconosceva alcuna giuridica priorità in favore dell'impiego dello strumento comunitario, in luogo dell'accordo internazionale, nell'esercizio autonomo ma congiunto di competenze di natura concorrente da parte di tutti gli Stati membri (con *accordo parallelo*, secondo la terminologia già illustrata).⁸⁷⁸ La tesi per cui, nel caso *Bangladesh* ed in eventuali futuri casi-fotocopia, il ricorso allo strumento dell'accordo internazionale implicasse *ex se* una qualche forma di elusione delle regole procedurali e dei meccanismi di controllo giurisdizionale comunitari, appariva rafforzata dalla circostanza che in quel contesto gli Stati membri erano abilitati a porre in essere delle deleghe operative che consentivano loro di avvalersi, benché fuori dall'ordinamento comunitario, dell'opera delle istituzioni comuni. Ove generalizzato, pertanto, si temeva che tale schema avrebbe determinato la possibilità per gli Stati di gestire la maggior parte delle politiche comunitarie mediante il diritto internazionale, facendo un impiego "usa e getta" delle istituzioni comunitarie e al di fuori da qualsiasi garanzia di controllo giurisdizionale.⁸⁷⁹

366. I dubbi che si erano presentati nel caso *Bangladesh* sono stati riproposti nel caso del Trattato MES, dal momento che esso sembrava riprodurre, tra i 17 Stati membri dell'Eurozona, lo stesso schema che si presentava nel caso c.d. *Bangladesh*: gli Stati membri, difatti, anziché adottare una disciplina comune all'interno dell'ordinamento dell'Unione, hanno fatto ricorso ad un accordo internazionale ed

⁸⁷⁷ Sentenza della Corte del 30 giugno 1993, *Parlamento europeo contro Consiglio delle Comunità europee e Commissione delle Comunità europee*, già cit. sub n. 251.

⁸⁷⁸ Cfr. *supra* la Sezione 3.2.

⁸⁷⁹ Tanto che, in letteratura, tali preoccupazioni venivano espresse anche dai più convinti sostenitori dell'utilizzabilità degli strumenti internazionali nell'esercizio collettivo delle competenze concorrenti, per il caso in cui ciò avvenisse con *accordo parallelo* (tra tutti i membri dell'organizzazione) e non soltanto *parziale* (tra alcuni membri soltanto). Cfr. **DE WITTE B.**, *Chamaleontic Member States: Differentiation by Means of Partial and Parallel International Agreements*, già cit. sub n. 17.

hanno delegato alcune competenze esecutive alla Commissione europea ed alla Banca Centrale Europea.⁸⁸⁰ La questione è stata sottoposta al vaglio della Corte di giustizia, richiesta di rendere il proprio parere pregiudiziale nel corso della già menzionata causa *Pringle*. In quel contesto, la Corte ha rigettato tutte le censure avanzate in merito al carattere esclusivo della competenza esercitata,⁸⁸¹ all'incompatibilità della disciplina sostanziale all'accordo con i Trattati,⁸⁸² ed al legittimo ricorso alle istituzioni comunitarie da parte degli Stati membri mediante gli accordi *inter se*.⁸⁸³ Con riferimento all'ultima questione controversa, in particolare, la Corte ha ribadito come, sia nel caso *Bangladesh* che in quello relativo alla Convenzione di Lomé, di poco successivo al primo,⁸⁸⁴ essa avesse già riconosciuto che: «nei settori che non rientrano nella competenza esclusiva dell'Unione, gli Stati membri hanno il diritto di affidare alle istituzioni, al di fuori dell'ambito dell'Unione, compiti come il coordinamento di un'azione comune da essi intrapresa o la gestione di un'assistenza finanziaria [...] a condizione che tali compiti non snaturino le attribuzioni che i Trattati UE e FUE conferiscono a tali istituzioni [...]». ⁸⁸⁵ Il fatto che la giurisprudenza citata fosse anteriore all'introduzione nel diritto primario delle disposizioni relative alla cooperazione rafforzata non implicava, secondo i giudici di Lussemburgo, che «gli Stati membri la cui moneta è l'euro avrebbero dovuto instaurare tra loro una cooperazione rafforzata al fine di beneficiare del contributo delle istituzioni dell'Unione nell'ambito del MES». ⁸⁸⁶ La Corte tuttavia ha

⁸⁸⁰ Ciò poteva forse spiegarsi in ragione del fatto che era dubbia l'esistenza di una base giuridica nei Trattati, tanto che si è parlato di uno “spazio vuoto” del diritto comunitario. Così **KOEDOODER C.**, *The Pringle Judgment: Economic and/or Monetary Union?*, Fordham International Law Journal, 2013, p. 111-146.

⁸⁸¹ Sentenza della Corte in seduta plenaria del 27 novembre 2012, *Thomas Pringle contro Gouvernement of Ireland, Ireland e The Attorney General*, già cit. sub n. 248, p. 93-107.

⁸⁸² In particolare con l'art. 125 TFUE, cfr. *idem*, i p. 108-147.

⁸⁸³ *Idem*, i punti 155 ss.

⁸⁸⁴ Sentenza della Corte del 2 marzo 1994, *Parlamento europeo contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-316/91, in *Racc.* 625

⁸⁸⁵ Cfr. *Pringle*, già cit. sub n. 248, p. 158.

⁸⁸⁶ Cfr. il punto 166 della sentenza citata. In tal caso la base giuridica avrebbe potuto essere individuata nell'art. 122 TFUE (così si argomenta in **DE WITTE B.**, **BEUKERS T.**, *Case Lam. The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: Pringle Case C-370/12, Thomas Pringle v. Government of Ireland, Ireland, The Attorney General*, già cit. sub n. 248). Avendo tuttavia la Corte negato l'esistenza di qualunque competenza comunitaria in materia (cfr. *Pringle*, p. 169), l'unica opzione plausibile per un'azione di tipo comunitario

ricollegato siffatta affermazione all'argomento per cui il ricorso allo strumento della cooperazione rafforzata postula necessariamente l'esistenza di una competenza comunitaria,⁸⁸⁷ che nel caso di specie era stata esclusa.⁸⁸⁸ Così facendo, la Corte non ha chiarito espressamente se, laddove avesse riscontrato l'esistenza di una specifica base giuridica comunitaria, gli Stati membri sarebbero stati in qualche modo obbligati a fare ricorso allo strumento della cooperazione rafforzata o comunque riconoscere una giuridica priorità degli strumenti comunitari su quelli internazionalistici.

367. Nel silenzio della pronuncia, vi è chi *a contrario* ha argomentato che, in base al ragionamento seguito dalla Corte, in presenza competenze condivise tra Stati membri ed Unione, vi sarebbe una sorta di obbligo di tentare il ricorso allo strumento comunitario, ed eventualmente alla cooperazione rafforzata, *prima* di avvalersi dello strumento internazionalistico, stante l'esistenza di una giuridica priorità degli strumenti comunitari rispetto a quelli internazionalistici, nell'esercizio delle basi giuridiche previste nei Trattati.⁸⁸⁹ Questo, peraltro, senza affrontare la delicata questione del carattere *parallelo* o soltanto *parziale* di siffatti accordi.⁸⁹⁰ Infatti, mentre i casi *Bangladesh* e

restava l'art. 352 TFUE, il quale postula il rispetto di condizioni procedurali piuttosto rigide, le quali includono, tra l'altro, il voto all'unanimità in Consiglio e, soprattutto, non costituisce in quanto tale autonoma base giuridica. Nel medesimo senso cfr. anche **KOEDOODER C.**, *The Pringle Judgment: Economic and/ or Monetary Union?*, già cit. sub n. 880, in particolare le p. 140-142.

⁸⁸⁷ Cfr. *Pringle*, già cit. sub n. 248, p. 166-168.

⁸⁸⁸ Cfr. *ibidem*, p. 64-66.

⁸⁸⁹ Cfr. in proposito **ROSSI L. S.**, *Commento all'Art. 20 TUE*, già cit. sub n. 59, cfr. anche **ROSSI L. S.**, "Fiscal Compact" e Trattato sul Meccanismo di Stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE, già cit. sub n. 16. La conclusione sembrerebbe rafforzata dall'inciso al p. 169 della sentenza, che recita: «[d]i conseguenza, l'articolo 20 TUE non osta alla conclusione tra gli Stati membri la cui moneta è l'euro di un accordo come il Trattato MES né alla sua ratifica da parte di questi ultimi».

⁸⁹⁰ L'argomento è sostenuto condivisibilmente anche in **KOEDOODER C.**, *The Pringle Judgment: Economic and/ or Monetary Union?*, già cit. sub n. 880, in particolare alle p. 142-145. Cfr. ad esempio quanto affermato in **CRAIG P.**, *Pringle and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and substance*, *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 263-284, a p. 272: «[t]he Lisbon Treaty embodies requirements before change can take place. There are rules concerning treaty amendment, viz the ordinary and the simplified revision procedure, which enshrine the proposition that the rules of the game should not be altered unless all agree, and contain criteria for when all do not agree, by the rules on enhanced cooperation. The Lisbon Treaty also contains many other decisional rules, such that unanimity is required for certain legislation, and a qualified majority mandated in other areas. The assumption is that even though these criteria have not been met, and even though the rules on enhanced cooperation have not been used, it is legitimate to attain the desired ends by a

Lomé concernevano due ipotesi di accordi *inter se* paralleli, nel caso *Pringle*, la delega alle istituzioni comuni era stata operata col concorso della volontà di una parte soltanto – e non di *tutti* - gli Stati membri. Ciò porta ad accostare alla distinzione tra accordi *paralleli* ed accordi *parziali* una ulteriore distinzione tra la fattispecie “*semplice*”, in cui gli Stati membri si limitano ad esercitare una competenza condivisa tramite accordo *inter se*, e quella più complessa in cui l'accordo

different route and EU institutions can be integral to such a project. It can be accepted that member states can pursue their desired ends through an international treaty where the Lisbon Treaty rules for change have not been complied with, provided that the subject matter is not within the EU's exclusive competence. It can be accepted also that a state that has refused to agree to EU action in accord with the decisional rules in the treaty may nonetheless accept the participation of an EU institution in an agreement made with certain states outside the confines of the EU Treaty. However, the key issue is whether EU institutions can participate where such acceptance is absent. Craig finisce dunque per concludere che: «[t]he explicit assumption is that the ability to use EU institutions is a benefit that comes from using enhanced cooperation. This has not thus far been interpreted so as to preclude use of EU institutions even where enhanced cooperation has not been used. This does not however alter the force of the point being made here, which is that the wording of Article 20 lends support to the view that ability to use an EU institution is regarded in the Lisbon Treaty as a benefit that inheres from use of enhanced cooperations» (cfr. Craig, op. cit., p. 274). *Contra PEERS S., Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework*, già cit. sub n. 29.

Le medesime questioni sono state riproposte con riferimento al c.d. *Fiscal compact* (ossia al Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* dell'UEM, contenente le c.d. *regole d'oro* vincolanti gli Stati in applicazione del principio dell'equilibrio di bilancio, firmato il 2 marzo 2012 da tutti gli Stati membri con l'eccezione del Regno Unito, della Croazia e della Repubblica Ceca): cfr. **TIMMERMANS C., ECJ Doctrines on Competences**, già cit. sub n. 505, in particolare alle p. 164-165: «*I may finish with a comment in that regard on the euro crisis, or if you prefer, the sovereign debt, banking and fiscal crisis, more particularly with regard to the efforts of Member States to solve that crisis by concluding intergovernmental agreements, notably the one on a 'Fiscal Compact'. [...] most, if not all of the points listed in the Statement of the Euro-zone summit of 9 December 2011 were either already covered by the so-called Six-pack legislation, which entered into force a few days later, or could have been dealt with by Union legislation using existing legal bases in the Treaty, or if opposed by one Member State or another, quite probably by enhanced cooperation. I really doubt whether a Treaty amendment as originally insisted upon by Germany and supported by France was legally necessary. In any event, in the hypothesis that Union action to enact the envisaged measures would be legally possible, is it acceptable that 25 Member States take that action outside the Treaty framework and do it the intergovernmental way? I have always thought that, if there exists a Union competence, that competence should be used, even when that competence is not of an exclusive nature. It seems to be an anomaly to opt for an intergovernmental approach and still more so when trying to involve the EU institutions, the Commission, and even the Court, as has been the case with the Treaty on the 'Fiscal Compact'. However, an anomaly is not necessarily an illegality, albeit that the line between the two will easily be crossed where Member States, when opting for an intergovernmental approach, at the same time try to involve and benefit from the institutions as they deem fit. It is true that the Court has gone some way in accepting this as far as the Commission is concerned in its Bangladesh case law but there the agreement in question involved all Member States».*

provveda anche a delegare l'esercizio di alcune funzioni alle istituzioni comunitarie.

368. Su tale base, e nella perdurante assenza di argomenti testuali nel diritto primario, la vecchia tesi, sostenuta in dottrina da Constantinesco, per cui esisterebbe una priorità giuridica dello strumento comunitario – e dunque, anche della cooperazione rafforzata – rispetto agli strumenti di diritto internazionale, è stata riaffermata invocando, sul piano teorico, il principio di leale cooperazione tra gli Stati membri.⁸⁹¹ Come affermato da Rossi, in particolare, «[...] *dapprima occorre tentare la via del procedimento normativo ordinario previsto dai Trattati; in caso di insuccesso si può passare alla cooperazione rafforzata; solo ove anche quest'ultima fallisca sarà consentito il ricorso a procedure extra ordinem*».⁸⁹² Ebbene, anche a questo proposito si ribadisce che il rispetto del principio di leale cooperazione richiede di essere valutato all'interno del singolo caso concreto, e non costituisce elemento suscettibile di una valutazione a priori. Inoltre, l'interpretazione rigida appoggiata da questa dottrina rischia di scontrarsi ciecamente contro il principio di sussidiarietà, di cui viene proposta un'applicazione sostanzialmente differenziata per il caso in cui gli Stati agiscano collettivamente, anziché individualmente, che peraltro trascura del tutto la verifica in ordine alla reale necessità dell'azione comunitaria nel singolo caso concreto.⁸⁹³

4.1.3 Il *trend* degli accordi internazionali oltre la crisi: l'Accordo che istituisce un Tribunale Unificato dei Brevetti (Accordo TUB) ed ulteriori sviluppi nei rapporti tra diritto UE e diritto internazionale

369. Si è già accennato al fatto che, oltre al caso della gestione della c.d. crisi dell'Eurozona, negli ultimi anni gli Stati membri hanno assunto una maggior spigliatezza nel ricorso allo strumento degli accordi internazionali *inter se* anche nella regolamentazione di altre ipotesi

⁸⁹¹ ROSSI L.S., *Commento all'art. 20 TUE*, già cit. sub n. 59, p. 217-222; Editorial Comments, *What do we want? "Flexibility! Sort-of..." When do we want it? "Now! Maybe..."*, già cit. sub n. 458.

⁸⁹² ROSSI L.S., *Commento all'art. 20 TUE*, già cit. sub n. 59, p. 217-222, in particolare a p. 220; cfr. in senso analogo, Editorial Comments, *What do we want? "Flexibility! Sort-of..." When do we want it? "Now! Maybe..."*, già cit. sub n. 458 e SCHÜTZE R., *EC Law and International Agreements of the Member States - An Ambivalent Relationship?*, già cit. sub n. 5, p. 387- 440.

⁸⁹³ Su tali questioni, si rinvia alle riflessioni operate *supra*, al Paragrafo 3.2.3.

ricadenti nei settori di competenza concorrente.⁸⁹⁴ Si tratta in particolare di settori in cui la gestione a livello intergovernativo non sembra giustificata da cogenti ragioni di urgenza o di disaccordo politico, e così dall'assenza (quantomeno pratica) di valide alternative cui fare ricorso in ambito comunitario.⁸⁹⁵ Questo dato viene spesso invocato dai commentatori per criticare l'ambigua pronuncia resa dalla Corte nel caso *Pringle* o per sostenere la tesi che, al di fuori delle occasioni di urgenza politica, deve ritenersi esistente di una rigida priorità giuridica dello strumento comunitario sul quello del diritto internazionale.⁸⁹⁶

370. Il caso esemplare è rappresentato dall'adozione dell'accordo internazionale che istituisce il Tribunale Unificato dei Brevetti (il c.d.

⁸⁹⁴ O, più in generale, tale approccio sembra aver agevolato il ricorso alla disciplina del diritto internazionale pubblico negli spazi lasciati vuoti, o meglio, non inequivocabilmente coperti dal diritto comunitario. Cfr. *Editorial Comments, The Union the Member States and international agreements*, *Common Market Law Review*, 2011, p. 1-7; **DE LHONEUX E., VASSILOPOULOS C.** (eds.), *The European Stability Mechanism before the Court of Justice of the European Union, Comments on the Pringle Case*, Springer International Publishing, 2014, in particolare alle p. 70-74; **KOEDOODER C.**, *The Pringle Judgment: Economic and/or Monetary Union?*, già cit. sub n. 880; cfr. anche **CRAIG P.**, *The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism*, *European Law Review*, 2012, p. 231 ss., *Oxford Legal Studies Research Paper No. 47/2012*, consultabile presso: <http://ssrn.com/abstract=2115538>.

⁸⁹⁵ A grandi linee, le ragioni per le quali gli Stati membri ricorrono allo strumento internazionalistico sono riconducibili alle seguenti ipotesi: difetto di un'adeguata base giuridica dei trattati; controversie tra Stati membri in ordine all'ampiezza od alla natura della base giuridica; assenza della necessaria maggioranza prevista dai trattati per l'adozione dell'atto; condizionamenti imposti dalle costituzioni nazionali dei singoli Stati; intenzione di fare un uso selettivo delle istituzioni comunitarie per l'implementazione dell'accordo.

⁸⁹⁶ Cfr. **BECK G.**, *The Court of Justice, the Bundesverfassungsgericht and Legal Reasoning during the Euro Crisis: The Rule of Law as a Fair-Weather Phenomenon*, già cit. sub n. 458, dello stesso A. si leggano anche **BECK G.**, *The Court of Justice, Legal Reasoning, and the Pringle Case-Law as the Continuation of Politics by Other Means*, *European Law Review*, 2014, p. 234-250 e **BECK G.**, *The Legal Reasoning of the Court of Justice and the Euro Crisis - The Flexibility of the Court's Cumulative Approach and the Pringle Case*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, p. 635-648; cfr. anche **KOEDOODER C.**, *The Pringle Judgment: Economic and/or Monetary Union?*, già cit. sub n. 880, in particolare alle p. 137-138, ove si afferma: «given the severity of the sovereign debt crisis and the obvious political consensus among European leaders as to the necessity of a permanent stability mechanism, was it realistic to expect that the Court would strike down the ESM Treaty? After all, at stake was the stability of the euro area as a whole. This does not mean that the euro area Member States can circumvent key EMU - related provisions, such as article 125(1) TFEU, by switching from the EU legal order to legal regimes set up under public international law».

Accordo TUB), il quale, oltre a disciplinare il sistema di tutela giurisdizionale che si ricollega alla concessione del nuovo titolo di proprietà intellettuale, contiene anche la regolamentazione pressoché integrale degli aspetti sostanziali del nuovo diritto di brevetto europeo con effetto unitario.⁸⁹⁷ La formale introduzione del nuovo titolo di proprietà intellettuale nell'universo giuridico, la sua estensione territoriale ed il suo regime linguistico trovano invece disciplina nei Regolamenti n. 1257/2012 (i primi due) e 1260/2012 (il terzo), i quali sono stati adottati in base all'art. 118 TFUE,⁸⁹⁸ il quale prevede che: «[n]ell'ambito dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure per la creazione di titoli europei al fine di garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione e per l'istituzione di regimi di autorizzazione, di coordinamento e di controllo centralizzati a livello di Unione. Il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, stabilisce i regimi linguistici dei titoli europei. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo». Di conseguenza, sembrerebbe che la base giuridica all'art. 118 TFUE, che secondo la giurisprudenza della Corte deve essere annoverata tra le competenze concorrenti,⁸⁹⁹ sia stata in parte esercitata con l'adozione dei menzionati regolamenti ed in parte con la conclusione dell'Accordo TUB. Come si è già fatto cenno nel Capitolo 1, tale modo di procedere degli Stati membri ha destato diversi dubbi in punto di compatibilità dell'Accordo TUB con l'ordinamento giuridico comunitario.

371. A parte il dubbio in ordine l'esistenza di una competenza esclusiva dell'Unione all'adozione dell'accordo, ex art. 3, par. 2, TFUE, una centrale questione controversa è stata sollevata da parte della dottrina

⁸⁹⁷ Accordo su un Tribunale Unificato dei Brevetti, firmato il 19 gennaio 2013. il testo dell'Accordo è consultabile presso la pagina dedicata del sito web dell'European Patent Office, [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/A1080B83447CB9DDC1257B36005AAAB8/\\$File/upc_agreement_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/A1080B83447CB9DDC1257B36005AAAB8/$File/upc_agreement_en.pdf). Per l'illustrazione estesa della struttura e dei contenuti del c.d. Pacchetto Brevetti si rinvia *supra* alla Sezione 1.2 ed in particolare al Paragrafo 1.2.2.

⁸⁹⁸ Cfr. il 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 brevettuale unitaria, in GU L 361 del 31.12.2012, p. 1–8, ed il 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 brevettuale unitaria con riferimento al regime di traduzione applicabile, in GU L 361 del 31.12.2012, p. 89–92.

⁸⁹⁹ Cfr. *supra* il Paragrafo 1.2.2(a).

sulla scia della pocanzi richiamata interpretazione *estensiva* della sentenza *Pringle*, nel senso di riconoscere la *priorità giuridica* dello strumento comunitario – cooperazione rafforzata inclusa – rispetto all’impiego dei tradizionali strumenti internazionalistici. In questo senso, è stata messa in dubbio la compatibilità con il principio di leale collaborazione della scelta operata dagli Stati membri di ricorrere allo strumento dell’accordo internazionale *inter se* per disciplinare il contenuto sostanziale del nuovo titolo di brevetto e per istituire il sistema giurisdizionale da associargli. Infatti, come si è illustrato nel Capitolo 1, secondo la dottrina critica il ricorso allo strumento internazionalistico, nel caso del brevetto, consentirebbe agli Stati membri di eludere le garanzie fondamentali del sistema giuridico comunitario, nella misura in cui lo spostamento della disciplina sostanziale di brevetto nel suo contesto sarebbe idoneo ad impedire l’autonomo sviluppo della disciplina comunitaria in materia.⁹⁰⁰ In secondo luogo, come si esporrà immediatamente, la dottrina ha evidenziato che il ricorso allo strumento internazionalistico, nel caso di specie, costituirebbe anche la via per eludere il principio dell’autonomia della tutela giurisdizionale comunitaria, nella misura in cui i correttivi apportati al Tribunale Unificato dei Brevetti, a valle del Parere 1/09, non sarebbero sufficienti a renderlo effettivamente un organo giurisdizionale comune agli Stati membri ex art. 267 TFUE.

372. Più precisamente, come osservato dalla dottrina di diritto comunitario della proprietà intellettuale, il ricorso allo strumento internazionale costituisce il mezzo individuato dagli Stati membri per sottrarre al sistema di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia il contenzioso concernente il nuovo diritto di proprietà intellettuale.⁹⁰¹ In questo modo, si è affermato, viene soddisfatta l’espressa richiesta, da sempre avanzata dalla comunità dei *patent users* -in ciò appoggiati da alcuni Stati membri -, di poter disporre di un sistema di tutela

⁹⁰⁰ Cfr. *supra*, le censure mosse dalla dottrina in ordine al difetto di autonomia della disciplina sostanziale di brevetto; in particolare si veda ULLRICH H., *Le futur système de protection des inventions par brevets dans l’Union européenne: un exemple d’intégration (re-) poussée?*, già cit. sub n. 30, 2014.

⁹⁰¹ Cfr. ULLRICH H., *Harmonizing Patent Law: the Untameable Union Patent*, già cit. sub n. 30, 2012; ULLRICH H., *Le futur système de protection des inventions par brevets dans l’Union européenne: un exemple d’intégration (re-) poussée?*, già cit. sub n. 30, 2014; ULLRICH H., *The European Patent and Its Courts: An Uncertain Prospect and an Unfinished Agenda*, già cit. sub n. 29, p. 1–9; HILTY R., JAEGER T., LAMPING M., *The Unitary Patent Package: Twelve Reasons For Concern*, già cit. sub n. 32; JAEGER T., *All Back to Square One? - An Assessment of the Latest Proposals for a Patent and Court for the Internal Market and Possible Alternatives*, già cit. sub n. 29; DREXL J., *The European Unitary Patent System: On the ‘Unconstitutional’ Misuse of Conflict-of-Law Rule*, già cit. sub n. 238.

giurisdizionale altamente specializzato per i propri diritti di proprietà intellettuale, e non generalista come quello rappresentato dalla Corte di giustizia dell'Unione.⁹⁰² Stante la consapevolezza che l'esigenza di specializzazione del sistema giurisdizionale della proprietà intellettuale, in sé perfettamente comprensibile,⁹⁰³ avrebbe potuto essere soddisfatta mediante la creazione di un nuovo tribunale specializzato in seno all'istituzione della Corte di giustizia, ai sensi dall'art. 257 TFUE,⁹⁰⁴ la dottrina critica è giunta ad ipotizzare che l'obiettivo dei *patent users* sia stato quello di allontanare quanto più possibile la nuova disciplina sostanziale di brevetto dal sistema giurisdizionale comunitario, per evitare che nella sua applicazione la Corte di giustizia si riconoscesse margini interpretativi eccessivamente estesi. In altre parole, si sarebbe cercato di scongiurare il rischio che l'applicazione della nuova disciplina, da più parti giudicata anacronistica e scarsamente aperta alla conciliazione degli aspetti della privativa industriale con le esigenze sociali e di promozione dell'innovazione del sistema, fosse esposta a colpi di scena e surrettizie modifiche a causa all'intervento di un giudice fortemente aperto al bilanciamento con i principi generali ed i diritti fondamentali riconosciuti dal sistema comunitario.⁹⁰⁵ In particolare, un timore piuttosto fondato sembrava

⁹⁰² Cfr. **TILMANN W.**, *The Compromise on the Uniform Protection of EU Patents*, Journal of Intellectual Law and Practice, 2013, p. 78 ss.

⁹⁰³ Il che trova conferma nella stessa disciplina nazionale degli Stati membri, che spesso prevede una competenza giurisdizionale speciale per la materia della proprietà intellettuale. Cfr., ad es., per l'Italia il D. Lgs. 27 giugno 2003, n. 168, e successive modifiche, che ha istituito le Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale presso tribunali e corti d'appello di Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Trieste e Venezia, con competenza sulle controversie relative a marchi nazionali e comunitari, brevetti d'invenzione e per nuove varietà vegetali, disegni, modelli, diritto d'autore, concorrenza sleale.

⁹⁰⁴ Cfr. il Parere della Corte in seduta plenaria dell'8 marzo 2011, Parere emesso ai sensi dell'art. 218, n. 11, TFUE - Progetto di accordo - Creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti - Tribunale dei brevetti europeo e comunitario - Compatibilità di tale progetto con i Trattati, Parere 1/09, già cit. sub n. 52. Come evidenziato anche dai giudici di Lussemburgo nel parere, il ricorso all'art. 257 TFUE, letto in combinato all'art. 262 TFUE, costituisce una mera *facoltà* disponibile agli Stati membri, e non un obbligo su di essi gravante.

⁹⁰⁵ **JAEGER T.**, *Shielding the Unitary Patent from the ECJ: A Rash and Futile Exercise*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2013, p. 389–391; **MYLLY T.**, *A Constitutional Perspective*, già cit. sub n. 29, p. 77-110. Non manca chi cerca di individuare, in via interpretativa, possibili soluzioni al problema, che permettano alla Corte di giustizia di recuperare la propria giurisdizione sugli aspetti sostanziali della disciplina brevettuale: si vedano, in particolare, **DISMOPOULOS A.**, *An Institutional Perspective II: The Role of the CJEU in the Unitary (EU) Patent System*, già cit. sub n. 29, p. 57-76; **JAEGER T.**, *All Back to Square One?*, già cit. sub n. 29,

quello che i giudici di Lussemburgo avrebbero cercato di controbilanciare la forte posizione assegnata dalla nuova disciplina al titolare di brevetto, tenendo in considerazione le esigenze di tutela dei licenziatari e, più in generale, di tutti i terzi che si rapportano col titolare, che allo stato attuale trovano scarso riconoscimento.⁹⁰⁶ Non si può nemmeno nascondere come la questione sia doppiamente importante, stanti le inevitabili ripercussioni sui diritti nazionali dei singoli Stati membri della giurisprudenza del nuovo Tribunale Unificato dei Brevetti. Il progetto prevede infatti che quest'ultimo si occupi anche del contenzioso concernente il vecchio brevetto europeo,⁹⁰⁷ che sotto il profilo sostanziale resterà disciplinato dai diritti nazionali degli Stati membri per i quali è concesso, secondo un principio di territorialità.

373. In ragione di tale assetto, l'Accordo TUB solleva una importante questione *strutturale*, ossia quella del rispetto del principio di autonomia della tutela giurisdizionale del diritto comunitario.⁹⁰⁸ L'Accordo TUB, infatti, prevede che l'applicazione del diritto comunitario di brevetto avvenga ad opera di un giudice che, per quanto formalmente definito dal diritto derivato come “*autorità giurisdizionale comune a più Stati membri*”,⁹⁰⁹ non può ritenersi tale sulla

in particolare alle p. 18 ss; **ULLRICH H.**, *Le futur système de protection des inventions par brevets dans l'Union européenne: un exemple d'intégration (re-) poussée?*, già cit. sub n. 30, in particolare a p. 22 e ss. e **DISMOPOULOS A., VANTSIOURI P.**, *Of Trips and Traps: The Interpretative Jurisdiction of the Court of Justice of the EU Over Patent Law*, July 16, 2012, TILEC Discussion Paper No. 2012-025, consultabile presso SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2109378> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2109378>.

⁹⁰⁶ Ciò che si temeva era dunque un *revival*, questa volta più generalizzato, dell'approccio assunto dalla Corte di giustizia in alcuni precedenti collocati nel settore delle invenzioni biotecnologiche (cfr. in particolare Sentenza della Corte (grande sezione) del 6 luglio 2010, *Monsanto Technology LLC contro Cefetra BV e altri*, causa C-428/08, in *Racc.* 6765; Sentenza della Corte (grande sezione) del 18 ottobre 2011, *Oliver Bristle contro Greenpeace eV*, causa C-34/10, già cit. sub n. 238).

⁹⁰⁷ Cfr., in particolare, gli artt. 1, 3 e 32 dell'Accordo su un Tribunale Unificato dei Brevetti (in GU C 175 del 20 giugno 2013, p. 1-40).

⁹⁰⁸ Su cui cfr. *infra* il Paragrafo 4.2.3.

⁹⁰⁹ Infatti, ai sensi dell'art. 1 del Regolamento n. 542/2014, che ha introdotto il nuovo articolo 71bis nel Regolamento 1215/2012, si stabilisce espressamente che: «1. Ai fini del presente regolamento, un'autorità giurisdizionale comune a più Stati membri come specificato al paragrafo 2 («autorità giurisdizionale comune») è un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro laddove, in virtù dello strumento che la istituisce, detta autorità giurisdizionale comune eserciti la competenza in materie che rientrano nell'ambito del presente regolamento.

base della tradizionale giurisprudenza della Corte di giustizia concernente la nozione di “*giurisdizione nazionale*” ex art. 267 TFUE.⁹¹⁰ Questi dubbi saranno esaminati in misura più esaustiva nell’ultima parte del presente Capitolo.

374. Il ricorso allo strumento internazionalistico in queste proporzioni, assenti peraltro urgenti situazioni di crisi, non ha fatto che accrescere lo scetticismo da sempre indirizzato da una parte della dottrina avverso le varie forme di *differenziazione* consentite dal diritto comune.

2. *Ai fini del presente regolamento, ognuna delle seguenti autorità giurisdizionali è un’autorità giurisdizionale comune:*

a) *il tribunale unificato dei brevetti, istituito dall’accordo su un tribunale unificato dei brevetti, firmato il 19 febbraio 2013 («accordo TUB»); e*

b) *la Corte di giustizia del Benelux, istituita dal trattato del 31 marzo 1965 relativo all’istituzione e allo statuto di una Corte di giustizia del Benelux («trattato della Corte di giustizia del Benelux»).*

Cfr. Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in GU L 351 del 20.12.2012, p. 1–32; Regolamento (UE) n. 542/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante modifica del regolamento (UE) n. 1215/2012 per quanto riguarda le norme da applicare con riferimento al Tribunale unificato dei brevetti e alla Corte di giustizia del Benelux, in GU L 163 del 29.5.2014, p. 1–4. Cfr. sul punto **DE MIGUEL ASENSIO P. A.**, *La Propuesta del modificación del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) para su adaptación al Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes*, La Ley Unión Europea, 2013, p. 3-8; **DE MIGUEL ASENSIO P. A.**, *The Unified Patent Court Agreement and the Amendment to the Brussels I Regulation (Recast)*, in HONORATI C. (ed.), *Luci e Ombre del nuovo Sistema UE di Tutela Brevettuale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 153-170; **DESANTES REAL M.**, *¿ Hay que modificar el Reglamento Bruselas I bis de 12 diciembre de 2012 para que pueda entrar en vigor el Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes de 19 de febrero de 2012?*, consultabile presso <http://conflictuslegum.blogspot.it/2013/03/manuel-desantes-el-acuerdo-tup-no-exige.html>.

⁹¹⁰ Cfr. da ultimo, la Sentenza della Corte (grande sezione) del 14 giugno 2011, *Paul Miles e a. contro Écoles européennes*, causa C-196/09, già cit. sub n. 353. Per la dottrina si rinvia a **CORTESE B.**, *A la recherche d’un parcours d’autoconstitution...*, già cit. sub n. 37, in particolare a p. 334, sub nota 156; **JAEGER T.**, *What’s in the Unitary Patent Package?*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 14-08; **ULLRICH H.**, *Le futur système de protection des inventions par brevets dans l’Union européenne: un exemple d’intégration (re-) poussée?*, già cit. sub n. 30, in particolare a p. 56 ss.; **MYLLY T.**, *A Constitutional Perspective*, già cit. sub n. 29, p. 77-110; *contra* **BARATTA R.**, *The Unified Patent Court – What is the “common” trait about?*, in HONORATI C. (ed.), *Luci e Ombre del nuovo Sistema UE di Tutela Brevettuale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 101-118; **DISMOPOULOS A.**, *An Institutional Perspective II: The Role of the CJEU in the Unitary (EU) Patent System*, già cit. sub n. 29, p. 57-76.

Il sospetto, che nel passato era stato maturato principalmente con riferimento agli accordi *paralleli*,⁹¹¹ e che ora trova generalizzata diffusione con riferimento alle istanze di differenziazione *in senso ampio*, è quello che gli Stati membri possano sistematicamente ricorrere in modo strategico agli strumenti internazionalistici, al fine di trovare facili scappatoie dalle obbligazioni assunte con la propria partecipazione all'Unione. È stato inoltre affermato che la prassi degli accordi *inter se*, anche al di fuori dei casi in cui rischia di rivelarsi un mezzo per eludere il rispetto del diritto comunitario da parte degli Stati membri, presenta comunque inevitabili conseguenze negative sul piano della legittimazione democratica e della tutela giurisdizionale dei diritti, ed è perciò preferibile che sia arginata.⁹¹² La questione riveste senz'altro notevole importanza politica, infine, in quanto l'impiego degli strumenti intergovernativi è stato prospettato come una delle possibili soluzioni alla difficoltosa gestione delle relazioni con gli Stati membri che, nell'attuale momento del processo integrativo, appaiono

⁹¹¹ Cfr. *supra* la Sezione 3.2. Si rinvia inoltre a **DE WITTE B.**, *Chamaleontic Member States: Differentiation by Means of Partial and Parallel International Agreements*, già cit. sub n. 17; **SCHÜTZE R.**, *EC Law and International Agreements of the Member States-An Ambivalent Relationship?*, già cit. sub n. 5, p. 387- 440, in cui si cita **PESCATORE P.**, *L'ordre juridique des Communautés Européennes*, già cit. sub n. 545; in particolare a p. 140: «[i]l s'agit, somme toute, d'accords internationaux "en forme simplifiée", conclus dans le cadre offert par le Conseil des Communautés». Cfr. anche **IPSEN H.P.**, *Europaisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972, a p. 468, ove gli accordi paralleli vengono definiti come atti unilaterali di un organo internazionale istituito dal consorzio degli Stati membri; **HARTLEY T.C.**, *The Foundations of European Community Law*, Clarendon, Oxford, 1988, a p. 92, ove si affermava «in addition to the constitutive Treaties, there are certain other international agreements between the Member States. Where these deal with matters within the scope of the Community and were drawn up within the Community context, they may be regarded as part of Community law»; **ROSAS A.**, *The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States*, già cit. sub n. 533.

⁹¹² Cfr. **KOEDOODER C.**, *The Pringle Judgment: Economic and/or Monetary Union?*, già cit. sub n. 880; **CRUM B.**, *Saving the Euro at the Cost of Democracy?*, già cit. sub n. 16; **FASONE C.**, *European Economic Governance and Parliamentary Representation. What Place for the European Parliament?*, già cit. sub n. 867.

scarsamente inclini alla conservazione della pienezza della propria *membership*,⁹¹³ o vi vogliono chiaramente rinunciare.⁹¹⁴

4.1.4 *Side effects* della crisi dell'Eurozona: nuova linfa per l'*all or nothing effect*? La compatibilità della differenziazione con il principio di unità dell'azione comunitaria

375. La reviviscenza delle preoccupazioni concernenti il fenomeno dell'impiego del diritto internazionale nella regolamentazione dei rapporti tra gli Stati membri, se da un lato ha spinto per una ricostruzione tutta comunitaria delle loro relazioni giuridiche, dall'altro, in modo quasi paradossale, ha portato una parte della dottrina a rimettere in discussione l'ammissibilità o a ritenere drasticamente ridotto l'ambito di applicazione dell'unico strumento d'integrazione differenziata *politica* che non richiede il consenso di tutti gli Stati membri per trovare applicazione, ossia della cooperazione rafforzata. Proprio nel momento in cui il Trattato di Lisbona aveva portato una maggiore chiarezza in ordine alla piena applicabilità delle garanzie del metodo comunitario allo strumento, risolvendo anche gli ultimi nodi che potevano persistere in punto di pieno rispetto del principio democratico,⁹¹⁵ hanno ricominciato a trovare richiamo nelle note a piè di pagina dei commentari e degli articoli giuridici i vecchi contributi concentranti sul principio di unità dell'azione dell'Unione e sui limiti che questo imporrebbe alla

⁹¹³ Si tratta, ad esempio, del caso della Grecia. Cfr., in proposito, **WILKINSON M.**, *Euro Is Irreversible or Is It: On OMT, Austerity and the Threat of Grexit*, *The German Law Journal*, 2015, p. 1049-1072; **GLINAVOS I.**, *Crisis beyond Law, or Crisis of Law: Reflections on the European Economic Crisis*, *A. European Journal of Law Reform*, 2015, p. 679-691; **VENETSANOPOULOS D.**, *Trillion-Dollar Question: Can Greece Be Saved*, *The ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2012-2013, p. 69-90.

⁹¹⁴ Ed è il caso del Regno Unito. Il 23 giugno 2016, si è tenuto il referendum consultivo sulla continua permanenza del Regno Unito all'interno dell'Unione Europea (il referendum sulla c.d. Brexit). Al referendum hanno avuto diritto di partecipare tutti i cittadini residenti. L'affluenza è stata del 72 % degli aventi diritto, il 52% dei quali ha espresso la propria referenza per l'abbandono dell'UE. Nel momento in cui si scrive, il Regno Unito non ha ancora notificato al Consiglio la propria intenzione di abbandonare l'Unione a norma dell'art. 50 TUE. Cfr. In passato le riflessioni svolte da Pirs in **PIRIS J.-C.**, *The Acceleration of differentiated integration and enhanced cooperation*, *Foundation Robert Schuman, European Issues* n. 328, 13th October 2014.

⁹¹⁵ Cfr. *supra* la Sezione 3.4.

disciplina differenziata anche ove collocantesi all'interno del suo ordinamento giuridico.⁹¹⁶

376. Raramente queste ricerche hanno portato i commentatori ad escludere *in toto* la legittimità dello strumento della cooperazione rafforzata. Non meno anacronisticamente, tuttavia, esse si sono tradotte in una minuziosa quanto sistematica ricerca dei casi di esclusione, in via astratta, del legittimo impiego dello strumento. Un punto spesso sostenuto è stato infatti che la cooperazione rafforzata non potrebbe intervenire nel settore del mercato interno perché *troppo integrato* e lo stesso in tutte le aree ritenute cruciali del processo di integrazione (i c.d. settori *hard core* dell'ordinamento). Altra tesi che si è cercato di sostenere, anche in sede giurisdizionale, nel contesto del ricorso avverso la decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata in materia di brevetto europeo con effetto unitario,⁹¹⁷ è che la cooperazione rafforzata potrebbe ammettersi anche nel caso di dissenso politico (*i.e.* al di fuori dei casi di mera differenziazione c.d. *tradizionale*), ma solo ove tale dissenso coinvolgesse il complesso della normativa da introdurre e non se esso riguardasse solamente i dettagli della sua messa in atto o singole disposizioni di cui si compone.⁹¹⁸ Ciò che accomuna queste interpretazioni è la tendenza ad evidenziare l'incompatibilità della differenziazione *politica* all'interno dell'ordinamento UE con il principio di *unità* dell'ordinamento comunitario, o perlomeno con la necessaria unità della regolamentazione di alcune delle sue aree.

(a) **Differenziazione in senso stretto e «all or nothing effect»**

377. Alla luce di quanto esposto, si può affermare che, analogamente a quanto accaduto all'epoca del Trattato di Maastricht e del Trattato di Amsterdam, le preoccupazioni paventate da una parte della dottrina avverso lo strumento della cooperazione rafforzata si risolvono nel timore che esso possa porsi in contrasto con i principi fondamentali

⁹¹⁶ Cfr., ad esempio, **LAMPING M.**, *Enhanced Cooperation A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?*, già cit. sub n. 170.

⁹¹⁷ Cfr. *supra* il Paragrafo 1.1.1(a).

⁹¹⁸ Cfr. sempre **LAMPING M.**, *Enhanced Cooperation A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?*, già cit. sub n. 170. Questa dottrina finisce per sostenere una conclusione duplicemente paradossale in quanto, non solo ammette più serenamente che gli Stati membri restino fuori dal complesso della nuova disciplina comune rispetto ad una sua parte soltanto, ma anche, interpretando in modo eccessivamente restrittivo le condizioni di ricorso alla cooperazione rafforzata, finisce per rendere l'istituto una soluzione assai meno agevole da praticare per gli Stati membri rispetto all'adozione di un accordo *inter se*.

ed insuperabili dell'ordinamento comunitario. In molte pubblicazioni di quell'epoca, infatti, l'introduzione nei Trattati delle forme di flessibilità *politica* veniva identificata come momento di definitivo superamento di quello che era definito come un vero e proprio *dogma* di unità dell'ordinamento giuridico comunitario.⁹¹⁹

In proposito, si ricorda come Joseph Weiler avesse introdotto il famoso concetto di “*all or nothing effect*” del diritto comunitario, derivante dall'adesione all'Unione e dall'attribuzione ad essa di competenze sovrane. L'attribuzione delle competenze da parte degli Stati membri veniva negli effetti intesa da Weiler come trasferimento/privazione definitiva di aree di sovranità nazionale, *pendente* la partecipazione all'Unione.⁹²⁰ L'Autore, infatti, ammetteva la possibilità per gli Stati membri di fuoriuscire dall'Unione, quale «*scelta politica estrema*»,⁹²¹ mentre escludeva che essi potessero operare una «*selective exits*», la quale avrebbe permesso loro di sottrarsi a certe istanze di esercizio integrato della sovranità, conservando al contempo la partecipazione all'organizzazione.

378. Analizzata nei suoi fondamenti, la tesi dell'“*all or nothing effect*”, finiva per seguire un'interpretazione letterale – e non prevalentemente *programmatica*, come nel Capitolo 2 si è spiegato essere doveroso – dell'approccio assunto dalla Corte di giustizia dalla sentenza *Costa contro Enel* in poi.⁹²² Al primato del diritto dell'Unione si dava pertanto una lettura più o meno esplicitamente fondata sul disconoscimento della sopravvivenza delle dinamiche internazionalistiche all'interno del processo di integrazione europea. Tali dinamiche potevano rivivere solo mediante la scelta politica estrema della fuoriuscita, mentre in ogni altro caso restavano automaticamente *congelate* per effetto dell'adesione alla Comunità. Il processo d'integrazione veniva dunque visto da Weiler ed altri studiosi che ne seguivano le tesi, come fondato sull'instaurazione di una «*special type of relationship between*

⁹¹⁹ CANTORE C. M., *We're one, but we're not the same: Enhanced Cooperation and the Tension between Unity and Asymmetry in the EU*, già cit. sub n. 34.

⁹²⁰ WEILER J.H.H., *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, già cit. sub n. 41, in particolare a p. 297; WEILER J.H.H., *Community, Member States and European Integration: Is the Law Relevant?*, 1982, già cit. sub n. 41, in particolare alle p. 54 ss.

⁹²¹ Facoltà, invero, rispetto alla quale molti dubitavano prima dell'introduzione dell'art. 50 nel Trattato sull'Unione, da parte del Trattato di Lisbona. Per questi rilievi si rinvia *supra* alla Sezione 2.4.

⁹²² Cfr. *Idem supra*.

States»,⁹²³ caratterizzata dal rigetto del sistema delle relazioni diplomatiche che nel passato avevano governato i rapporti tra i suoi membri.⁹²⁴ Ciò, invero, era non da ultimo giustificato sulla base di argomenti di carattere politico-ideale del tutto condivisibili, tra i quali vi era *in primis* l'esigenza di conservare la pace tra gli Stati d'Europa nel secondo dopoguerra.⁹²⁵ L'ipoteca di porzioni della sovranità nazionale si spiegava, in quest'ottica, in virtù di una «*idea of order determined by the existence of common values and interests*».⁹²⁶ Sul piano più pragmatico-politico, invece la visione sostenuta da Weiler trovava riscontro nelle parole di Jean Monnet, il quale aveva affermato che: «[l]a *Communauté est un ensemble de règles librement consenties. Ceux qui ne veulent pas ou ne peuvent pas souscrire à ces règles s'excluront eux-mêmes*».⁹²⁷ Se dunque l'«*all or nothing effect*» impediva la creazione di un diritto comunitario ad applicazione soggettivamente limitata, esso sembrava al contrario compatibile con la possibilità di sospensione temporanea degli effetti della disciplina comune contenuta nelle deroghe

⁹²³ **PESCATORE P.**, *The Law of Integration. Emergence of a new phenomenon in international relations, based on the experience of the European Communities*, Sijthoff, Leiden, 1974, Prefazione.

⁹²⁴ Editorial Comments, *Union Membership In Time of Crisis*, già cit. sub n. 16.

⁹²⁵ Si tratta, invero, del primo significato che in termini ideali deve tutt'ora essere riconosciuto al processo di integrazione (così **DE BÚRCA G.**, *Europe's Raison d'être*, già cit. sub n. 401; **WEILER J.H.H.**, *Europe after Maastricht: Do the new clothes have an Emperor?*, Jean Monnet Working Paper, 1995; **ALLOT P.**, *The European Community is not the True European Community*, Yale Law Journal, 1991, p. 2485-2500; cfr. anche l'art. 1, seconda frase, TUE, il quale afferma che «[i]l presente trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa [...]»), se si assume il punto di vista che la creazione di aree di condivisione di sovranità nella gestione dell'economia ha sempre rappresentato una componente innanzitutto strumentale a finalità politiche più ambiziose.

⁹²⁶ **PESCATORE P.**, *The Law of Integration...*, già cit. sub n. 923, sull'insufficienza di tale obiettivo ove non accompagnato da più solide basi democratiche inevitabilmente tendenti verso una costituzionalizzazione in senso proprio, cfr, tuttavia recentemente **WEILER J.H.H.**, *60 Years since the First European Community: Reflections on Messianism*, European Journal of International Law, 2011, p. 303-311. Cfr. recentemente anche **FOLLESDAL A.**, *EU's Raison D'Être: Leadership, Democracy - Or Both? Reflections on G. De Búrca and J. Weiler*, Maastricht Journal of European and Comparative Law. pp. 7-8, 2012. consultabile on-line presso <http://ssrn.com/abstract=2059857>; **CANOR I.**, *My brother's keeper? Horizontal Solange: An ever closer distrust among the peoples of Europe*, Common Market Law Review, 2013, p. 369-382.

⁹²⁷ Richiamato da **CAILLES G.**, *Preparazione della ICG 96*, J.M. Objectif Europe, n. 45/1996, 39 ss, p. 41, cfr. anche **CONSTANTINESCO V.**, *Le clauses de «coopération renforcée». Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité*, già cit. sub n. 133.

temporanee che valevano ad esprimere il principio comunitario di eguaglianza e più in generale in tutte le istanze di differenziazione c.d. *tradizionale*.⁹²⁸ *A fortiori*, l'ammissibilità di una *selective exit*, risultava radicalmente esclusa anche da coloro che, pur condividendo gli stessi presupposti teorici di Weiler, nemmeno si preoccupavano di esaminare le relazioni intercorrenti tra essa e la fuoriuscita dall'Unione, o si limitavano semplicemente ad escludere entrambe.⁹²⁹

379. Le posizioni di reticenza verso forme di integrazione differenziata, registrate inizialmente in dottrina, almeno in parte trovavano giustificazione nell'ambiguità e nella profonda eterogeneità delle interpretazioni che venivano date al concetto nella propaganda politica.⁹³⁰ In questo contesto, se da un lato molto si parlava d'integrazione differenziata, dall'altro erano estremamente vaghe le forme giuridiche, i presupposti giustificativi e le direttrici di *politica* integrativa che essa avrebbe seguito in concreto.⁹³¹ Tale incertezza non rendeva semplice un'analisi giuridica rigorosa dei fondamenti giuridici della differenziazione sovranazionale e così dei suoi limiti: i concetti di *differenziazione tradizionale*, basata sul principio di non discriminazione, di *differenziazione politica* fondata sul dissenso politico, fossero esse *perseguimento multi-speed* di obiettivi, selezione *à la carte* di aree politiche la cui gestione comune era *opzionale*, ed instaurazione di una pluralità di monadi descrittive di *geometrie variabili*, venivano in un certo senso posti tutti sullo stesso piano.

380. Pertanto, non stupisce che, una volta sdoganate le prime forme di integrazione differenziata *politica* mediante l'adozione del Trattato di Maastricht, e ancor di più a seguito del loro consolidamento con

⁹²⁸ TUYTSCHAEVER F., *Differentiation in European Union Law*, già cit. sub n. 13, p. 237 ss.

⁹²⁹ Cfr. DE AREILZA J. M., *The Reform of Enhanced Co-operation Rules: Towards Less Flexibility?*, già cit. sub n. 12. L'A. citato affermava che la cooperazione rafforzata, per quanto presentata come strumento di risoluzione di problemi prettamente pratici, costituiva in realtà uno strumento di redistribuzione del potere all'interno dell'Unione. Egli tuttavia, muovendo dal presupposto dell'irreversibilità del trasferimento della sovranità operato con la conclusione dei Trattati istitutivi, concludeva nel senso dell'incompatibilità con il sistema comunitario del nuovo strumento, dal momento che esso permetteva agli Stati - sebbene entro certi limiti -, di riappropriarsi della propria sovranità nelle materie attribuite alla competenza non esclusiva dell'Unione, scegliendo di ricondividerla soltanto con alcuni dei membri del consorzio politico.

⁹³⁰ OTT A., *EU Constitutional Boundaries to Differentiation: How to Reconcile Differentiation with Integration?*, già cit. sub n. 4.

⁹³¹ SHAW J., *Flexibility in "reorganized" and "simplified" Treaty*, già cit sub n. 155.

l'introduzione della clausola generale di cooperazione rafforzata da parte del Trattato di Amsterdam, la maggior parte della dottrina, pur restando ancorata al richiamato *dogma dell'unità* dell'ordinamento, abbia accolto una posizione di tolleranza verso le forme di differenziazione di tipo *politico*, considerandole il frutto di un *compromesso necessario* per evitare che l'avanzamento del processo integrativo all'unisono finisse per risolversi in una marcia a rilento i cui passi fossero scanditi dall'adozione di una normativa contenutisticamente limitata al "*minimo comune denominatore*".⁹³²

381. A ciò si accompagnava il grande sforzo di individuare i limiti di ammissibilità del fenomeno all'interno dell'ordinamento comunitario, di cui si continuava a trascurare il fondamento giuridico. Il primo luogo, si riteneva che le diverse istanze di differenziazione *politica*, incidendo su un principio di rango primario, quale quello di unità dell'ordinamento, avrebbe potuto essere legittimate soltanto attraverso una modifica dei Trattati istitutivi. Ma qualunque riforma del diritto primario in senso differenziato sarebbe stata *costituzionalmente* accettabile? A riguardo veniva da più parti sollevata l'esigenza di preservare il nucleo intangibile del diritto comunitario (le c.d. *core policies*), inteso come area in cui *a priori* vi era l'obbligo per gli Stati membri di procedere con azione comunitaria. In altre parole, in linea con la concezione della differenziazione quale strumento la cui esistenza, in termini teorici, poteva giustificarsi solo sul piano politico, a quello stesso livello se ne individuavano i confini. La «*révolution copernicienne dans l'histoire de l'intégration européenne*», com'è stata definita l'introduzione della cooperazione,⁹³³ laddove sembrava mettere in discussione i canoni tradizionali di unità ed uniformità del diritto, veniva imprigionata nella posizione di eccezione alla regola generale, ammissibile solo nelle istanze puntualmente ammesse dai Trattati, che a loro volta – si diceva – costituivano la trasposizione dell'(aprioristica) impossibilità di inficiare determinati settori dell'ordinamento integrato, che però si faceva fatica ad individuare.

⁹³² Così **AVBELJ M.**, *Europe 2025*, già cit. sub n. 103; *Editorial, The Treaty of Amsterdam: Neither a Bang nor a Whimper*, 1997, *Common Market Law Review*, p. 767-772.

⁹³³ **DEHOUSSE F.**, *Les résultats de la Conférence intergouvernementale*, CRISP, *Courrier hebdomadaire*, n. 1565-1566; **CONSTANTINESCO V.**, *Le clauses de «coopération renforcée»...*, già cit. sub n. 133; **CHALTIEL F.**, *Le Traité d'Amsterdam et la Coopération Renforcée*, già cit. sub n. 133; **LABAYLE H.**, *Amsterdam ou l'Europe des coopérations renforcées*, *Europe*, già cit. sub n. 98.

(b) Le critiche dottrinali avverso le prime istanze di impiego della cooperazione rafforzata in tempi di crisi

382. In termini sostanzialmente analoghi, la cooperazione rafforzata è tutt'ora concepita da una parte consistente della dottrina come un istituto di compromesso,⁹³⁴ e viene di conseguenza definita come *alternativa supplementare* al principio dell'azione comune, di per sé non implicante una modifica "costituzionale" dell'ordinamento, alludendo con tale espressione all'incapacità dell'istituto di mettere in discussione il fondamentale principio di unità dell'azione dell'Unione.⁹³⁵ Integrando una concessione di realtà politica priva di fondamento, o anche solo di ripercussioni sull'assetto giuridico del sistema, la cooperazione rafforzata postulerebbe in via *essenziale* il recupero dell'uniformità del diritto non appena *possibile*.⁹³⁶
383. Da tale approccio, che non trova alcun aggancio nella lettera dei Trattati, è discesa la convinzione, sino a qualche anno fa piuttosto radicata, che non sia possibile fare ricorso allo strumento della cooperazione rafforzata laddove il dissenso manifestato dagli Stati non partecipanti insista sul merito della regolamentazione sostanziale proposta, e non già sulla semplice prospettiva di procedere verso un livello maggiore integrazione nello specifico settore di intervento.⁹³⁷ Tale visione, pertanto, subordinava il ricorso alla cooperazione

⁹³⁴ Cfr. **MARTENCZUK B.**, *Die differenzierte Integration nach dem Vertrag von Amsterdam*, già cit. sub n. 184, p. 473; **BENDER T.**, *Die Verstärkte Zusammenarbeit nach Nizza Anwendungsfelder und Bewertung im Spiegel historischer Präzedenzfälle der differenzierten Integration*, già cit. sub n. 853, p. 766 ss.; **BLANKE H.-J.**, **MANGIAMELI S.** (eds.), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, già cit. sub n. 17, p. 787-830.

⁹³⁵ **LAMPING M.**, *Enhanced Cooperation A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?*, già cit. sub n. 170, p. 3.

⁹³⁶ *Idem*, a p. 13: «[n]otably, there is an obligation to reestablish the unity of law as soon as the difficulties underlying the differentiated approach have ceased to exist». L'A. cita a questo proposito **LANGHEINE B.**, *Rechtliche und institutionelle Probleme einer abgestuften Integration in der Europäischen Gemeinschaft*, in GRABITZ E. (ed.), *Abgestufte Integration*, già cit. sub n. 278 sub n. 278). Alla luce delle prospettive teoriche adottate in merito all'interpretazione del processo di integrazione europea, e che sono state esposte *supra* al Capitolo 2, non appare assolutamente probante l'argomento, pure in sé corretto, invocato a sostegno del punto, ossia che: «[j]ust like the aspiration for unity, differentiation is merely a means to an end [...]».

⁹³⁷ Come si illustra in **PISTOIA E.**, *Enhanced cooperation as a tool to...enhance integration?...*, già cit. sub n. 836.

all'esistenza di un accordo tra tutti gli Stati membri,⁹³⁸ richiamando alla mente il *gentlemen's' agreement* ipotizzato, negli anni Ottanta, da una parte del movimento dottrinale dell'*Abgestufte Integration*, le cui istanze sono state illustrate *supra* al Paragrafo 1.1.1(b).⁹³⁹

384. Sul punto, è possibile richiamare le critiche che già in passato sono state avanzate avverso la tesi del *gentlemen's' agreement*. In primo luogo, si evidenzia come la condizione procedurale in commento appaia poco realistica, giacché postula che gli Stati membri destinati a rimanere *indietro* nel progetto di integrazione cooperino alla propria esclusione (quasi un sacrificio spontaneo, dato che tale scelta implica anche il diretto assoggettamento alla volontà degli altri in ordine ai successivi passi integrativi).⁹⁴⁰ Sul piano teorico, inoltre, tale posizione non risolve realmente il problema di conciliare l'integrazione differenziata con i principi supremi dell'ordinamento, giacché, come evidenziato in passato da Ehlermann, il fatto che l'atto introduttivo della differenziazione *politica* venga adottato all'unanimità dagli Stati membri non lo rende legittimo per ciò solo.⁹⁴¹ Del resto, ritornando sul piano pratico, vale anche la pena di notare che la concezione che si sta esaminando finisce per legittimare le grandi forme di differenziazione *politica*, impattanti intere aree del processo integrativo, mentre esclude *in nuce* che l'integrazione differenziata possa concentrarsi sugli aspetti più di dettaglio delle politiche condivise, che

⁹³⁸ Così ad esempio **LAMPING M.**, *Enhanced Cooperation A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?*, già cit. sub n. 170, a p. 12: «[a] differential approach to integration is only acceptable to the extent that is based on a general consensus, which respects and involves all Member States. This follows inter alia from the preamble to the TFEU, according to which "the removal of existing obstacles calls for concerted action in order to guarantee steady expansion, balanced trade and fair competition." The principle of solidarity applies not only to concerted but also, and possibly even to a particular extent, to differentiated action on the part of the Member States. A diversification of the law is only conducive to and acceptable for political unity if it is based on an act of solidarity and mutual agreement». Cfr. anche **DE AREILZA J. M.**, *The Reform of Enhanced Co-operation Rules: Towards Less Flexibility?*, già cit. sub n. 12: l'A., analogamente a Lamping, ricostruisce la legittimità dei regimi di *opt-out* al Trattato di Maastricht in ragione della loro introduzione mediante accordo tra tutti gli Stati membri.

⁹³⁹ Cfr. in particolare **LANGHEHEINE B., WINSTOCK. U.**, *Graduated Integration: A Modest Path Towards Progress: A contribution to the debate about the future development of the European Community*, già cit. sub n. 280.

⁹⁴⁰ Così **SCHARRER, H. E.**, *Differenzierte Integration im Zeichen der Schlange. Utopie und Dogma in Tindemans Vorschlägen zur Wirtschafts- und Währungsunion*. già cit. sub n. 78.

⁹⁴¹ **EHLERMANN C.-D.**, *How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of "Two-Speeds"*, già cit. sub n. 61.

sono anche quelle che presentano minori rischi in punto di frammentazione del sistema. Proprio in ragione delle argomentazioni che si sono appena esposte, vale la pena di notare che, al contrario, il ricorso alla cooperazione rafforzata al fine precipuo di introdurre una disciplina di armonizzazione minima veniva ipotizzato sin dall'adozione del Trattato di Amsterdam da altra parte della dottrina.⁹⁴²

385. Ad ogni modo, a parere di chi scrive, la tesi esposta dovrebbe ritenersi oggi integralmente superata: se non fosse bastata la rimozione della c.d. *versione light* del *compromesso di Lussemburgo* dalla procedura di autorizzazione, intervenuta con il Trattato di Nizza, la necessità di un consenso da parte degli Stati esclusi trova smentita anche nella più recente giurisprudenza. Nel 2013, infatti, nel contesto della prima impugnazione di una decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata, ossia di quella concernente la cooperazione rafforzata per la istituzione di una tutela brevettuale unitaria, la Corte di giustizia ha esplicitamente affermato che: «[l]’*impossibilità cui fa riferimento [l’art. 20 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*».⁹⁴³

386. Secondo la disciplina vigente, inoltre, la necessità dell’unanime approvazione in Consiglio per dare luogo alla cooperazione rafforzata è espressamente prevista dall’art. 329, par. 2, secondo comma, TFUE, ai soli fini della sua instaurazione nel settore della politica estera e di sicurezza comune (PESC). Il settore, si è già detto, viene in generale

⁹⁴² Cfr. in questo senso **DASHWOOD A., DOUGAN M., RODGER B., SPAVENTA E., WYATT D.**, *Wyatt and Dashwood’s European Union Law*, già cit. sub n. 174, p. 124 ss; **DOUGAN M.**, *The Unfinished Business of Enhanced Cooperation*, già cit. sub n. 58.

⁹⁴³ Cfr. Sentenza della Corte (grande sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell’Unione europea*, cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 22, p. 36: «*contrariamente a quanto sostenuto dal Regno di Spagna e dalla Repubblica italiana, gli articoli 20 TUE e da 326 TFUE a 334 TFUE non limitano la facoltà di ricorrere a una cooperazione rafforzata alla sola ipotesi in cui uno o più Stati membri dichiarino di non essere ancora pronti a partecipare ad un’azione legislativa dell’Unione nel suo insieme. Ai sensi dell’articolo 20, paragrafo 2, TUE, la situazione che può legittimamente condurre a una cooperazione rafforzata è quella in cui «gli obiettivi ricercati da detta cooperazione non possono essere conseguiti entro un termine ragionevole dall’Unione nel suo insieme». L’impossibilità cui fa riferimento tale disposizione può essere dovuta a diverse cause, quali una mancanza di interesse di uno o più Stati membri o l’incapacità degli Stati membri, che si mostrino tutti interessati all’adozione di un regime a livello dell’Unione, di pervenire ad un accordo sul contenuto di un tale regime*». Cfr. in proposito il commento di **PISTOIA E.**, *Enhanced cooperation as a tool to...enhance integration? ?...*, già cit. sub n. 836.

disciplinato dai Trattati con strumenti costituenti applicazione del c.d. *metodo intergovernativo* (artt. 21-46 TUE), sicché non stupisce che, con riferimento ad esso, anche la cooperazione rafforzata debba essere autorizzata per *consensus*.⁹⁴⁴ Al contrario, nelle materie diverse dalla PESC, ai sensi del medesimo articolo, l'autorizzazione della cooperazione rafforzata avviene con voto a maggioranza qualificata in Consiglio, calcolata nei modi consueti, in tutta sintonia con l'evoluzione verso una sempre maggiore *comunitarizzazione* dell'istituto, di cui si è dato conto nella Sezione 3.4.⁹⁴⁵

387. D'altro canto, anche a seguito dell'adozione del Trattato di Lisbona, l'art. 331 TFUE si limita a prevedere la generale la possibilità, per ciascuno Stato membro non partecipante ad una determinata cooperazione rafforzata, di prendervi parte in qualunque momento, mentre non specifica alcun obbligo o termine finale entro cui tutti gli Stati membri vi debbano necessariamente partecipare. Più precisamente, come confermato anche dalla Corte di giustizia nella sentenza resa sul *caso brevetti*, tale disciplina non prevede un diritto incondizionato di accesso per gli Stati *out*, dal momento che a costoro è imposto il rispetto delle stesse condizioni di partecipazione applicate agli Stati *in*.⁹⁴⁶ Di conseguenza, i primi non solo non possono bloccare l'approfondimento del processo integrativo tra i secondi, ma anche non possono pretendere successivamente di accedere alla cooperazione senza rispettarne le condizioni di partecipazione. In considerazione degli elementi esposti, si può concludere che il diritto primario ammette implicitamente che l'unità del diritto non venga mai recuperata o, più realisticamente, che non venga recuperata per lunghi periodi e che alla piena estensione del metodo comunitario all'istituto della cooperazione rafforzata non corrisponda necessariamente l'adesione ad un approccio *multi-speed* da parte dell'integrazione differenziata politica.

⁹⁴⁴ Nello stesso senso si colloca la speciale procedura di accessione successiva di nuovi Stati membri alla cooperazione, disciplinata dall'art. 331, par. 2, TFUE, così come la previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 333 TFUE, il quale esclude l'applicabilità delle c.d. *clausole passerella* in esso previste con riferimento alle «*decisioni che hanno implicazioni militari o che rientrano nel settore della difesa*».

⁹⁴⁵ Con tale espressione ci si vuole riferire al processo attraverso il quale l'istituto in commento è stato progressivamente attorniato dalla parte più significativa delle *garanzie* e delle caratteristiche che tradizionalmente sono imputate al c.d. *metodo comunitario*. All'esame della progressiva *comunitarizzazione* dello strumento, che ha trovato conferma nella più recente giurisprudenza della Corte, e delle relative conseguenze è dedicata la Sezione 3.4 *supra*.

⁹⁴⁶ Cfr. Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, già cit. sub n. 22, p. 83

388. La stessa pratica e codificazione di una potenzialmente infinita varietà di *nuances* di intensità che l'azione normativa comune può assumere, grazie alla straordinaria malleabilità del diritto internazionale, cui i Trattati comunitari appartengono a pieno titolo,⁹⁴⁷ offre un ulteriore elemento a dimostrazione del fatto che la dicotomia metodo comunitario/metodo intergovernativo non si esaurisce nella distinzione tra azione unitaria ed azione non unitaria degli Stati membri; meglio ancora, tanto dimostra che la natura *comunitaria* di un atto dipende in via necessaria e sufficiente da condizioni ulteriori rispetto alla partecipazione di tutti i membri del consorzio europeo.⁹⁴⁸ Come si è illustrato *supra* al Paragrafo 3.4.3, se in questo contesto la *primauté* del diritto comune rimane illesa, al contrario risultano incisi l'ampiezza e l'intensità della *pre-emption* da esso esercitata, così come il dispiegarsi dell'effetto diretto e l'area di manovra dell'interpretazione conforme. Alla radicale associazione di ogni istanza di integrazione differenziata al fenomeno del c.d. *intergovernamentalismo* (*i.e.* dell'impiego del metodo intergovernativo), si associa, invece, la fallace ricerca dei limiti dell'integrazione differenziata all'interno del c.d. *principio* o paradigma dell'unità dell'azione comunitaria.

389. In generale, comunque, è innegabile che il Trattato esprima un certo *favor* verso il modello dell'unità dell'azione dell'Unione, che si rintraccia idealmente nella espressa funzionalizzazione della cooperazione rafforzata all'avanzamento del processo di integrazione,⁹⁴⁹ letta in combinato con la previsione che il ricorso alla cooperazione rafforzata debba rappresentare una soluzione di *ultima istanza*.⁹⁵⁰ Sin dal momento dell'introduzione dell'istituto, inoltre, il suo ambito di applicazione è stato circondato da rigorosi limiti oggettivi, inerenti i settori in cui poteva trovare esplicazione, al fine di

⁹⁴⁷ Cfr. *supra* il Capitolo 2.

⁹⁴⁸ Come, per altro verso, dimostra l'indubbia riconducibilità, secondo la dottrina, di parte delle azioni comuni previste nei Trattati al metodo intergovernativo. Un esempio attuale è rappresentato dagli atti e dalle azioni adottati nel settore della politica estera e di sicurezza comune. Nel passato il novero degli esempi era più ricco, coinvolgendo sostanzialmente tutti i settori ricadenti al di fuori del vecchio "pilastro comunitario".

⁹⁴⁹ Così recita l'art. 20, par. 1, secondo comma, prima frase, TFUE: «[l]e cooperazioni rafforzate sono intese a promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione».

⁹⁵⁰ Così l'art. 20, par. 2, TFUE: «[l]a decisione che autorizza 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 [...]».

limitare un eccessivo impatto della tecnica di integrazione differenziata così generalizzata. Il frutto di tale operazione di bilanciamento tra le istanze intergovernative, da un lato, e la volontà di rispettare il *metodo comunitario*, dall'altro, è stata l'introduzione una forma di differenziazione partecipativa che ambisce ad essere *il più possibile vicina al metodo comunitario*, in cui tuttavia resta evidente una certa tensione tra le due componenti.⁹⁵¹ L'introduzione di tali limiti, tuttavia, ha costituito e tuttora rappresenta il frutto di una valutazione politica contingente degli Stati membri, priva di un essenziale collegamento con la natura comunitaria dello strumento e, soprattutto, non resa necessaria in virtù di un vero e proprio principio generale di unità del diritto dell'Unione.⁹⁵² Sul versante pratico, inoltre, gli alleggerimenti delle rigorose condizioni di ricorso alla cooperazione, introdotti a Nizza prima ed a Lisbona poi, dimostrano bene come l'impatto potenziale che l'istituto può assumere dipenda unicamente da una scelta degli Stati membri, senza che ciò produca alcuna ripercussione sulla struttura dell'ordinamento comunitario. Di conseguenza, si può concludere che non solo il principio di unità non può essere utilizzato per affermare aprioristicamente l'illegittimità di certe ipotesi di ricorso alla cooperazione, ma soprattutto, che la lettura datagli dalla dottrina criticata non corrisponde alla sua portata effettiva.

L'introduzione in via generalizzata nei Trattati istitutivi della flessibilità partecipativa, come già dimostrato in sede di Trattato di Maastricht, non è che la formalizzazione di una potenzialità già esistente nel sistema, perfettamente in linea con la sua struttura, in quanto insita nella non irreversibilità del trasferimento di sovranità operato dagli Stati membri a vantaggio dell'UE. Unità e differenziazione si pongono dunque in un rapporto di *coesistenza*, non solo sul piano del diritto internazionale, ma anche all'interno del diritto comunitario. A questo proposito, si aggiunge, escluso che l'integrazione differenziata *in senso stretto* potesse costruirsi come

⁹⁵¹ Cfr., in particolare, **DOUGAN M.**, *The Unfinished Business of Enhanced Cooperation: Some Institutional Questions and their Constitutional Implications*, già cit. sub n. 58, ove si affronta nello specifico la questione della partecipazione ai processi decisionali da parte dei membri del Parlamento Europeo eletti negli Stati membri non partecipanti alla cooperazione; cfr. anche **AMTENBRINK F., KOCHENOV D.**, *Towards a More Flexible Approach to Enhanced Cooperation*, già cit. sub n. 727, p. 181-200.

⁹⁵² Le stesse materie di competenza esclusiva dell'Unione, infatti, appaiono perfettamente revisionabili mediante modifica dei Trattati, senza che ciò comporti necessariamente un mutamento nel modo d'essere del diritto comunitario, così come senza che ciò implichi un arretramento nel processo di creazione di una *unione* sempre più stretta fra i *popoli* d'Europa (cfr. l'art. 1 TUE), che, come è già stato esposto, appare al contrario favorita dall'espansione dei settori di competenza concorrente.

eccezione al principio di unità, altra parte della dottrina, valle dell'introduzione dell'istituto della cooperazione rafforzata, aveva affermato che la *costituzione europea* dovesse concepirsi come entità in continua evoluzione, ove anche i più fondamentali principi risultavano suscettibili di *ridefinizione*, benché ciò implicasse un livello sufficiente di consenso popolare che consentisse all'ordinamento di preservare un certo livello di *legittimazione*, mantenendo un bilanciamento tra differenziazione ed unità.⁹⁵³ Si ritiene questa prospettiva in linea con la concezione di stampo internazionalistico della formazione in via di *autocostituzione* dell'ordinamento comunitario qui adottata e pertanto meritevole di essere accolta.

SEZIONE 4.2: VERSO UNA RICERCA DEI LIMITI DELL'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO

4.2.1 Introduzione: il superamento del principio *all or nothing* e la ricerca di nuovi parametri di legittimità per l'azione differenziata

390. La tensione verso l'unità dell'azione normativa, si è detto, non costituisce in quanto tale un ostacolo all'introduzione degli strumenti di integrazione differenziata. Essi restano assoggettati ai condizionamenti di carattere sostanziale individuati dagli Stati membri, ed eventualmente allo stesso modello dell'unità dell'azione comune,⁹⁵⁴ che tuttavia non rappresenta un modo d'essere di per sé *essenziale* del diritto comunitario.⁹⁵⁵

391. In una prospettiva di *autocostituzione*, sulla base delle critiche che si sono espresse nel precedente paragrafo, i limiti *essenziali* al fenomeno dell'integrazione differenziata all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea (*differenziazione in senso stretto*) devono ricercarsi

⁹⁵³ SHAW J., *The Treaty of Amsterdam: Challenges of Flexibility and Legitimacy*, già cit. sub n. 10, in senso simile DE BÚRCA G., SCOTT J., *Introduction*, in DE BURCA G., SCOTT J. (eds.), *Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility?*, Hart, Oxford, 2000, p. 1-7.

⁹⁵⁴ A ciò si ricollega la previsione delle condizioni sostanziali di legittimità della cooperazione rafforzata con riferimento, ad esempio, all'esclusione della possibilità di farvi ricorso nei settori riservati alla competenza esclusiva dell'Unione (art. 20, par. 1, TUE) ed all'assoggettamento ad una disciplina parzialmente diversa del settore della politica estera e di sicurezza comune (art. 329, par. 1, TFUE). In questi ambiti, il modello potrà essere unicamente quello dell'azione comune o comunque (per la PESC) dell'azione sottoposta al potere di veto di ciascun membro del Consiglio.

⁹⁵⁵ Cfr. *supra*, il Capitolo 2.

piuttosto nella natura comunitaria del diritto che introducono nella realtà giuridica, e di conseguenza sulla base degli elementi *strutturali* che governano quest'ultimo. Tale natura implica, in particolare, che il rispetto dei principi e delle norme gerarchicamente sovraordinate da parte dell'atto integrativo sarà suscettibile di un controllo giurisdizionale *autonomo* dinanzi alla Corte di giustizia,⁹⁵⁶ che all'atto si ricollegheranno i tradizionali effetti spiegati dalla introduzione di una disciplina comunitaria sulla competenza degli Stati membri, in termini di *pre-emption* e di *parallelismo* tra competenze interne ed esterne;⁹⁵⁷ ferma tuttavia l'espressa intangibilità della posizione degli Stati non partecipanti (tanto nella cooperazione rafforzata, quanto negli *opt-outs*), che restringe gli effetti delle *occupazioni di campo* tanto sul piano interno, quanto su quello dell'azione esterna.⁹⁵⁸

392. Per quanto concerne il controllo giurisdizionale di legittimità dell'atto *differenziato*, trova applicazione la disciplina prevista dall'art. 263 TFUE.⁹⁵⁹ Con particolare riferimento all'istituto della cooperazione rafforzata, si rammenta che l'esercizio delle competenze comunitarie rimane soggetto ai classici principi di attribuzione, di sussidiarietà e proporzionalità (art. 5 TUE). Come si è già avuto modo di sottolineare, l'operatività di tali principi rappresenta la prima garanzia della coerente collocazione della disciplina differenziata

⁹⁵⁶ La presenza dei vizi contemplati dall'art. 263 TFUE, in altre parole, sarà suscettibile di condurre direttamente all'adozione di una sentenza costitutiva della Corte di giustizia, capace di rimuovere l'atto impugnato dalla realtà giuridica e di imporre alle istituzioni adottanti ogni condotta necessaria all'esecuzione della pronuncia di annullamento. Al contrario, nei casi di differenziazione *in senso ampio*, realizzata dagli Stati membri nell'esercizio collettivo delle proprie competenze per il tramite di accordi internazionali, l'eventuale incompatibilità con il diritto comunitario, dichiarata dalla Corte in sede d'infrazione o di rinvio pregiudiziale, potrà praticamente imponersi allo Stato membro in questione solo mediante la doverosa disapplicazione da parte dei giudici nazionali. Sull'importante ruolo di natura autenticamente *costituzionale* (nel senso spiegato più sopra, cfr. la Sezione 2.3 *supra*) svolto in proposito dalle giurisdizioni nazionali, assicurando (il primato e così) la giustiziabilità del diritto comunitario, si rinvia *infra* al Paragrafo 4.2.3 *et seq.*

⁹⁵⁷ Cfr. *supra* i Paragrafi 3.4.2 e 0.

⁹⁵⁸ Cfr. l'art. 328 TFUE: «[I]e cooperazioni rafforzate rispettano le competenze, i diritti e gli obblighi degli Stati membri che non vi partecipano. Questi non ne ostacolano l'attuazione da parte degli Stati membri che vi partecipano».

⁹⁵⁹ Per quanto concerne l'integrazione differenziata introdotta a livello di diritto primario, tuttavia, questo rispetto si atteggia in modo particolare. Si veda *infra* il Paragrafo 4.2.2.

all'interno dell'ordinamento integrato.⁹⁶⁰ Ove ciò non fosse sufficiente, in sintonia con la funzionalizzazione dell'istituto al rafforzamento del processo d'integrazione, il Trattato prevede espressamente, a pena di invalidità, che: «[l]e cooperazioni rafforzate rispettano i trattati e il diritto dell'Unione», con la conseguenza che non sarà possibile per la disciplina differenziata derogare alla restante disciplina comunitaria derivata, *anche se* di pari rango.⁹⁶¹ Allo stesso modo, si ritiene, l'operare congiunto della garanzia del rispetto dei Trattati, la quale limita e al contempo informa potenziali sviluppi soggettivamente differenziati nei settori già oggetto di disciplina comune, e del principio di sussidiarietà, quale condizione necessaria per l'attivazione dello strumento, rende quasi scontato – almeno in teoria – sia che gli atti di implementazione non arrechino pregiudizio né al mercato interno né alla coesione economica, sociale e territoriale, sia che essi non costituiscano un ostacolo né una discriminazione per gli scambi tra gli Stati membri, né provochino distorsioni di concorrenza tra questi ultimi (art. 326, secondo comma, TFUE). In aggiunta, ed in termini più generali, si è già fatto cenno all'idea che la generale rimozione del principio del rispetto dell'*acquis* dal testo dei Trattati – disposizioni sulla cooperazione comprese -, a prescindere dal significato ideologico che vi si voglia attribuire, non presenta ripercussioni sull'istituto, che vi resta comunque soggetto, in quanto atto ad adozione soggettivamente differenziata, ma avente sempre natura comunitaria.⁹⁶²

393. Una logica analoga, gravitante attorno alla concreta salvaguardia delle garanzie *costituzionali* del diritto dell'Unione, trova applicazione rispetto agli accordi *inter se* conclusi dagli Stati membri nelle materie di competenza non esclusiva dell'Unione. Essi, dal punto di vista del diritto comunitario, debbono inquadrarsi all'interno del diritto nazionale.⁹⁶³ Di conseguenza, risultano soggetti al *primato* del diritto

⁹⁶⁰ Cfr. *supra* il Paragrafo 3.4.2.

⁹⁶¹ Giacché in caso contrario gli Stati membri eluderebbero le norme dei Trattati che regolano espressamente le procedure che devono essere seguite per la creazione, ed eventualmente per l'abrogazione, del diritto derivato.

⁹⁶² Cfr. *supra* la Sezione 2.4.

⁹⁶³ Cfr., con riferimento al c.d. Pacchetto Brevetti, ULLRICH H., *Le futur système de protection des inventions par brevets dans l'Union européenne: un exemple d'intégration (re-) poussée?*, già cit. sub n. 30, a p. 29: «il est généralement admis que le renvoi au droit national vise l'ensemble du droit applicable dans l'Etat membre participant en question, y compris notamment le droit des conventions internationales que cet Etat a ratifiées. C'est ce que confirme le considérant 9 en précisant que 'l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, y compris ses

dell'Unione europea, ma anche al principio della *pre-emption*, ove si tratti di *differenziazione* c.d. *interna*,⁹⁶⁴ ed alla *dottrina del parallelismo* - oggi art. 3, par. 2, TFUE - ove all'accordo partecipino o aderiscano anche Stati terzi.⁹⁶⁵ Coerentemente con tale assetto, gli Stati membri hanno l'onere di predisporre i mezzi necessari per assicurare la giustiziabilità del primato delle norme comunitarie, tra le quali *in primis* figurano l'esistenza di adeguati meccanismi di collegamento tra il giudice (nazionale) chiamato a darvi applicazione e la Corte di giustizia

dispositions définissant la portée de ce droit et ses limitations [...] devrai(en)t s'appliquer aux matières non couvertes par le [...] règlement [...]».

⁹⁶⁴ Ossia non coinvolgente il settore dell'azione esterna dell'Unione. Sarà pertanto per definizione *esterna* l'integrazione differenziata cui gli Stati membri diano vita mediante accordi internazionali implicanti il coinvolgimento di Stati terzi. Sul tema della *pre-emption*, così come sulla dottrina del parallelismo, ci si è soffermati particolarmente nel corso dell'analisi dei limiti di legittimo ricorso allo strumento degli accordi internazionali *inter se* tra gli Stati membri, al Paragrafo 1.1.1(a).

⁹⁶⁵ Nel caso degli accordi internazionali conclusi tra gli Stati membri con la partecipazione di Stati terzi, nei settori di competenza non esclusiva dell'Unione (ancorché il problema invero si ponga anche per i c.d. accordi *misti*, specie se *incompleti* - ossia conclusi con la partecipazione di alcuni soltanto degli Stati membri accanto all'Unione -), la questione più delicata sembra quella della conservazione dell'unità della rappresentanza internazionale dell'Unione. Sul tema non si ha qui modo di soffermarsi, si rinvia pertanto a **ROSAS A.**, *The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States*, già cit. sub n. 533; **AMADEO S.**, *Unione europea e treaty-making power*, già cit. sub n. 591; **KOUTRAKOS P.**, *EU International Relations Law*, già cit. sub n. 859; **CASOLARI F.**, *La sentenza MOX: la Corte di giustizia delle Comunità europee torna ad occuparsi dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento internazionale*, già cit. sub n. 446; **ROSSI L.S.**, *Does the Lisbon Treaty Provide a Clear Separation of Competences between EU and Member States?*, già cit. sub n. 163; **ROSSI L.S.**, *Conclusione di accordi internazionali e coerenza del sistema. L'esclusività della competenza comunitaria*, già cit. sub n. 859; **HERLIN-KARNELLE E.**, **KONSTADINIDES T.**, *EU Constitutional Principles as Housekeeping Rules in EU External Variable Geometry*, già cit. sub n. 58; **CREMONA M.**, *Defining Competence in EU External Relations: Lessons from the Treaty Reform Process*, già cit. sub n. 859. Un ulteriore interrogativo posto da queste forme di integrazione differenziata è se non si corra il rischio che esse, nella pratica, possano essere utilizzate quali "surrogati" alla piena adesione al progetto comunitario, offrendo così la possibilità di un'*Europe à la carte* per gli Stati terzi. Alla questione si fa cenno in **OTT A.**, *EU Constitutional Boundaries to Differentiation: How to Reconcile Differentiation with Integration?*, già cit. sub n. 4, a p. 118. In proposito l'Autore afferma: «[i]n this category already from the beginning widespread examples existed and their categorisation is rather neutral in such a way that an extension of certain integration aims on third countries does not endanger EU foundations or further the EU integration process internally per se. However, these 'cooperations' hold repercussions for internal differentiation as they extend existing internal governance models of differentiation to third countries, as the Schengen regime demonstrates. With the growing importance of new policies in the Union and the extension of intergovernmental cooperation internally, third countries have been attracted by alternatives to full accession in the form of participation in certain policies and programmes of the Union».

dell'Unione, al fine di garantirne la competenza pregiudiziale ex art. 267 TFUE e per tale via assicurare la tutela *autonoma* dei diritti di fonte comunitaria.⁹⁶⁶ Ove ciò non fosse, si è già detto, tali accordi rischierebbero concretamente di determinare l'elusione delle obbligazioni gravanti sugli Stati membri in ragione della propria adesione all'Unione, ricreando uno spazio di condivisione di sovranità parallelo e gestito con maggiore libertà rispetto a quella concessa dai Trattati.⁹⁶⁷ Non si può escludere, inoltre, che tale rischio si presenti anche in caso di accordi conclusi tra tutti e 28 gli Stati membri.⁹⁶⁸

394. La tesi esposta, si ritiene, scioglie definitivamente la questione dei limiti, o meglio, dei *requisiti minimi* che la disciplina differenziata deve presentare, al fine di assicurare, quantomeno dal punto di vista *strutturale*, la propria compatibilità con il diritto dell'Unione; fermo l'ulteriore vaglio della legittimità della disciplina materiale introdotta, il quale dovrà necessariamente avvenire caso per caso. Al contrario, ove non fossero presenti tali requisiti minimi, la differenziazione si porrebbe inevitabilmente in una posizione di incompatibilità con il diritto comunitario. Tali conclusioni, come si esporrà al termine della presente Sezione, sembrano trovare conferma nella consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia. Nondimeno, si rileva, gli aspetti *strutturali* del diritto comunitario solo di rado sono state presi in considerazione dalla dottrina nel momento in cui si è interrogata sulla questione dei limiti giuridici che l'ordinamento comunitario impone alla differenziazione, sia al suo interno che al suo esterno. Essa si è piuttosto concentrata sulla compatibilità sostanziale con il diritto comune della disciplina introdotta in via differenziata.

⁹⁶⁶ Cfr. *infra* il Paragrafo 4.2.3, dedicato al ruolo del sistema giurisdizionale a struttura *cripto-federale* dell'ordinamento comunitario.

⁹⁶⁷ Rischio che, come sottolineato *supra* al Paragrafo 4.1.2, la dottrina ha più volte sottolineato con riferimento all'uso degli accordi internazionali nella gestione della crisi dell'Eurozona. Cfr. ad esempio **KUIJPER P. J.**, *From the Board. International Law in the Case Law of the Court of Justice: Recent Trends*, già cit. sub n. 389, p. 6: «[i]t is of course, true that Member States are free to choose to use a shared competence or not. But from there to the conclusion that Member States, all twenty-eight of them or a special group recognized by the Union Treaty, such as the Member States using the Euro, are also free collectively to do by normal international agreement what they promised each other to do under the Union Treaty following the Union method is an entirely different matter. That seems to put an end to any and all quasi-constitutional pretension that the Court has ever had for the founding treaties. One thing is certain: if Member States had acted on this conviction from the moment of the entry into force of the Treaty of Rome, the European Union as we now know it would not exist» (sottolineatura aggiunta).

⁹⁶⁸ Cfr. *supra* il Paragrafo 4.1.2 e la dottrina *ivi* richiamata.

4.2.2 Differenziazione e principi sovraconstituzionali dell'ordinamento

395. La questione del rispetto dei principi generali di rango primario da parte degli istituti d'integrazione differenziata ammessi dall'ordinamento presenta delle affinità con l'esame dei limiti sostanziali alle modifiche che possono essere apportate ai Trattati istitutivi, mediante il procedimento formale di revisione.⁹⁶⁹ Come afferma Ott in una pubblicazione dedicata a questo tema, richiamando le parole pronunciate dalla Corte di giustizia nel Parere 1/91,⁹⁷⁰ la questione dell'esistenza di limiti insuperabili mediante la modifica dei Trattati «*touch[es] upon the core question of the nature of EU law in relation to international law or in the words of the ECJ 'the very foundation of EU law'*».⁹⁷¹
396. La previsione di specifici meccanismi di revisione formale dei Trattati comunitari si pone in linea con l'art. 40 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati.⁹⁷² L'insuperabilità della disciplina da essi dettata è stata effettivamente confermata dagli Stati membri con la loro prassi successiva alla sentenza *Defrenne* della Corte di giustizia, nel contesto della quale quest'ultima ha affermato che: «*[i]l Trattato non può [...] essere modificato – salvo restando le disposizioni specifiche – se non mediante una revisione da effettuarsi ai sensi dell'art. 236*».⁹⁷³ Il controllo

⁹⁶⁹ Cfr. sul tema **SICHERT M.**, *Grenzen der Revision des Primärrechts der Europäischen Union*, Duncker & Humblot, Berlino, 2005; **PECHSTEIN M.**, **KOENING C.**, *Die Europäische Union*, Mohr & Siebeck, Tübinga, 1998, a p. 251 e ss.; **DE WITTE B.**, *Rules of Change in International Law: How Special is the European Community?*, Netherlands Yearbook of International Law, 1994, p. 299-333.

⁹⁷⁰ Parere della Corte del 14 dicembre 1991, *Progetto di accordo tra la Comunità ed i paesi dell'Associazione europea di libero scambio relativo alla creazione dello Spazio economico europeo*, Parere 1/91, già cit. sub n. 368.

⁹⁷¹ Cfr. **OTT A.**, *EU Constitutional Boundaries to Differentiation: How to Reconcile Differentiation with Integration?*, già cit. sub n. 4, in particolare alle p. 125 ss. L'A. indaga, in particolare, l'esistenza di eventuali limiti sostanziali alle modifiche che possono essere introdotte al diritto primario, mediante i trattati di accessione di nuovi Stati membri. In particolare, egli si propone d'indagare gli eventuali limiti posti dall'ordinamento all'ampliamento dell'ambito di esplicazione delle forme d'integrazione differenziata ammesse dal diritto primario.

⁹⁷² Cfr. *supra*, il Capitolo 2.

⁹⁷³ Cfr. Sentenza della Corte dell'8 aprile 1976, *Gabrielle Defrenne contro Société anonyme belge de navigation aérienne Saben*, causa 43-75, in *Racc.* 455, in particolare i p. 56-58: «*[d]al tenore dell'art. 119 emerge che l'applicazione del principio della parità della retribuzione fra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile doveva essere garantita in modo pieno alla fine della prima tappa del periodo transitorio, cioè il 1° gennaio 1962. La risoluzione degli Stati membri in data 30 dicembre 1961, salvi gli effetti che essa ha potuto avere per quanto riguarda il*

giurisdizionale della Corte circa il rispetto della procedura di revisione, tuttavia non sembra – in linea di principio - incidere la discrezionalità degli Stati membri - *padroni dei Trattati* -⁹⁷⁴ in ordine alla sostanza delle modifiche introducibili mediante emendamento del diritto primario, sempre che ciò avvenga in conformità alle procedure a tal fine previste.⁹⁷⁵

favorire e l'accelerare la piena attuazione dell'art. 119, non poteva modificare il termine stabilito dal Trattato. Il Trattato non può infatti essere modificato – salvo restando le disposizioni specifiche – se non mediante una revisione da effettuarsi ai sensi dell'art. 236». Del resto, si può aggiungere che, anche dal punto di vista del diritto internazionale, la regola all'art. 48 TUE, nella parte in cui costituisce applicazione dell'art. 40 CVD'T sulla modifica dei trattati multilaterali, esclude che gli Stati possano procedere legittimamente alla modifica dei trattati istitutivi al di fuori delle procedure specificamente previste a tal fine.

⁹⁷⁴ Così come sono stati definiti dalla Corte costituzionale federale tedesca: cfr. BVerfG 89, 155 (*Maastricht*); BVerfG 123, 267 (*Lissabon*), già cit.

⁹⁷⁵ Così si esprime **DE WITTE B.**, *The Semi/Permanent Treaty Revision Process*, già cit. sub n. 417; cfr. anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott, presentate il 26 ottobre 2012, nella causa *Pringle*, già cit. sub n. 248. In particolare, l'Avvocato Generale, dopo una lunga riflessione, infine accolta dalla Corte di giustizia (cfr. in particolare i p. 36 e 37 della sentenza citata), in ordine all'ammissibilità del controllo sostanziale della decisione del Consiglio europeo adottata ai sensi dell'art. 48, par 6, TFUE ai fini della revisione semplificata del Trattato, affermava, ai punti 31 e 32: «[q]uesta constatazione non rimette in discussione la competenza riconosciuta, in generale, agli Stati membri di modificare tutte le disposizioni del diritto primario. Quando però, come è indubbiamente accaduto nel caso di specie, viene scelta per la modifica la procedura di revisione semplificata a norma dell'articolo 48, paragrafo 6, TUE occorre rispettarne anche i limiti. La portata dell'esame della Corte dipende quindi, diversamente da quanto affermato dal governo francese, in ampia misura dalla procedura di revisione adottata di volta in volta. In conclusione, una decisione del Consiglio europeo adottata ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 6, secondo comma, prima frase, TUE deve essere esaminata anche alla luce delle disposizioni di diritto primario collocate al di fuori della parte terza del TFUE. Spetta quindi alla Corte esaminare se una decisione siffatta comporti una modifica del trattato circoscritta alla sola parte terza del TFUE o se invece determini la modifica di disposizioni di diritto primario diverse». Ad ogni modo la stessa Kokott precisava chiaramente, al punto 33, in conclusione della propria analisi sul potere della Corte di procedere a siffatto sindacato, che: «[c]iò premesso, non reputo sostenibile la tesi dedotta dalla Commissione secondo cui un siffatto esame dovrebbe concentrarsi sui soli principi fondamentali sanciti altrove dal diritto primario. L'articolo 48, paragrafo 6, secondo comma, prima frase, TUE non contiene alcun elemento a favore di una simile differenziazione». Al di fuori di questa ipotesi, ove l'accertamento della sostanza delle modifiche introdotte non era inteso a sindacarne il merito, ma piuttosto alla verifica del rispetto dei limiti di legittimo impiego della procedura semplificata di revisione, deve dunque escludersi la possibilità che la Corte di giustizia proceda ad un controllo di tipo *sostanziale*. Resta più probabile l'eventualità che le Corti costituzionali interne si riservino il potere di dichiarare incompatibili con la costituzione nazionale le norme introdotte mediante revisione dei Trattati. Cfr. in particolare la giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca, sviluppata a partire dal celebre caso *Solange I*, che si è già richiamata *supra* alla Sezione 2.1.

397. Un ulteriore interrogativo concerne l'identificazione di un novero preciso di *controlimiti comunitari*, la cui violazione da parte della disciplina introdotta in sede di revisione legittimerebbe la censura dei giudici di Lussemburgo.⁹⁷⁶ L'esistenza di principi "costituzionali" supremi (*supra-constitutional principles* in inglese),⁹⁷⁷ vale a dire di una sorta di "nocciolo duro" del diritto comunitario, intangibile anche mediante la revisione del diritto primario posta in essere nel rigoroso rispetto delle procedure stabilite dai Trattati, si presta ad essere esaminata in maniera profondamente diversa a seconda dei presupposti teorici dai quali ci si muove, ed infatti sul punto non vi è accordo in dottrina.⁹⁷⁸ Questo dipende non solo dal persistente difetto di una costituzione formale,⁹⁷⁹ ma anche dall'assenza di qualunque definizione nei Trattati istitutivi circa la nozione e lo *status* degli stessi principi generali del diritto, che invero emerge soltanto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.⁹⁸⁰ Siamo quindi in una

⁹⁷⁶ Il termine *controlimiti*, in analogia all'uso fattone dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza *Frontini*, già cit. sub n. 396, vale qui ad individuare i principi supremi dell'ordinamento comunitario, in quanto tali intangibili da parte di qualsiasi fonte del diritto, compreso lo *ius cogens* internazionale (qualunque definizione si voglia dare a quest'ultimo).

⁹⁷⁷ **HARMSSEN R.**, *A European Union of Variable Geometry: Problems and Perspectives*, già cit. sub n. 111; **DA CRUZ VILACA J.L.**, **PICARRA N.**, *Y-a-t-il des limites matérielles a la révision des traits instituant les CE?*, Cahiers de Droit Européen, 1993, p. 3-37; **WOUTERS J.**, *Constitutional Limits of Differentiation: the Principle of Equality*, in DE WITTE B., HANF D., DE VOS E., *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Intersentia, Antwerp, 2001, p. 301-345; **WOUTERS J.**, *The tormented relationship between international law and EU law*, IN BEKKER P., già cit. sub n. 386, p. 198-221; **SICHERT M.**, *Grenzen der Revision des Primärrechts der Europäischen Union*, già cit. sub n. 969; **OTT A.**, *A Flexible Future for the European Union: The Way Forward or the Way Out?*, in BLOCKMANS S., PRECHAL S. (eds.), *Reconciling the Deepening and Widening of the European Union*, T.M.C. Asser Press, L'Aia, 2007, p. 133-156; *contra*, affermando che non ricorrono elementi da cui emerga una siffatta accettazione di limiti materiali da parte degli Stati membri, cfr. **DE WITTE B.**, *The Semi/Permanent Treaty Revision Process*, già cit. sub n. 417; **DE WITTE B.**, *International Agreement or European Constitution?*, in WINTER J. e.a. (eds.), *Reforming the Treaty on European Union – The Legal Debate*, Kluwer Law International, l'Aja, 1995, p. 15-18; **WEATHERILL S.**, *Safeguarding the Acquis Communautaire*, già cit., p. 167-168.

⁹⁷⁸ Cfr. **SNYDER F.**, *General Curse on Constitutional Law of the European Union*, già cit. sub n. 436, a p. 76; si veda anche **SICHERT M.**, *Grenzen der Revision des Primärrechts in der Europäischen Union*, già cit. sub n. 969 e **VOERMANS V.J.M.**, *Constitutional Reserves and Covert Constitutions*, *Indian Journal of Constitutional Law*, p. 84-104, in particolare a p. 99.

⁹⁷⁹ Si rinvia in proposito alle considerazioni sviluppate *supra* alla Sezione 2.3.

⁹⁸⁰ Il Trattato di Lisbona si è limitato a riconoscere, all'art. 6, par. 1, TUE, lo stesso valore giuridico dei Trattati alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali

situazione molto distante da quella riscontrabile in certi ordinamenti nazionali, dotati di una costituzione scritta che espressamente dichiara il carattere supremo ed immutabile di specifici principi generali permeanti l'intero ordinamento.⁹⁸¹ In aggiunta, è stato anche notato che nemmeno con il Trattato di Lisbona ha trovato riaffermazione un qualche condizionamento analogo a quello stabilito dall'art. N, par. 2, del Trattato di Maastricht, il quale, prescrivendo la revisione di alcune delle proprie norme, la subordinava alla verifica del rispetto degli obiettivi stabiliti agli artt. A e B delle disposizioni comuni.⁹⁸² Si trattava di norme corrispondenti agli attuali artt. 1 e 3 del TUE (ex artt. 1 e 2 UE), e concernenti gli obiettivi comuni dell'ordinamento

dell'Unione europea. Per quanto concerne invece «[i] diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», il par. 3 del medesimo articolo prevede che essi «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

⁹⁸¹ Così ad esempio l'art. 139 della Costituzione italiana, laddove si afferma: «La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale». Altri esempi, fra gli Stati membri dell'UE, sono rappresentati dall'art. 79, comma terzo, della Costituzione tedesca («Non è ammissibile una modifica della presente Legge fondamentale che tocchi l'articolazione del Bund in Länder, la partecipazione, in via di massima, dei Länder alla legislazione o i principi enunciati negli artt. 1 e 20»); dall'art. 110, primo comma, della Costituzione greca («Le disposizioni della Costituzione possono essere sottoposte a revisione, tranne quelle che stabiliscono che la forma di governo dev'essere quella della Repubblica parlamentare e quelle degli articoli 2 paragrafo 1), 4 paragrafi 1), 4) e 7), 5 paragrafi 1) e 3), 13 paragrafo 1) e 26 »), dall'art. 290 della costituzione portoghese (ove, quali limiti materiali al processo di revisione, vengono individuati: «a) l'indipendenza nazionale e l'unità dello Stato; b) la forma di governo repubblicana; c) la separazione tra Chiesa e Stato; d) i diritti, le libertà e le garanzie dei cittadini; e) i diritti dei lavoratori, dei comitati dei lavoratori e delle organizzazioni sindacali; f) il principio della proprietà collettiva dei principali mezzi di produzione e dei salari, così come le risorse naturali e l'eliminazione dei monopoli e poteri; g) la pianificazione democratica dell'economia; h) l'universale, diretto, segreto e periodico nella nomina dei titolari di elettiva organi di sovranità, regioni autonome e le amministrazioni locali, così come il sistema di rappresentanza proporzionale; i) il pluralismo di espressione e di organizzazione politica, inclusi i partiti politici, e il diritto di dell'opposizione democratica; j) la partecipazione delle organizzazioni di base nell'esercizio del governo locale di base; l) (sic) la separazione della interdipendenza degli organi di sovranità; m) il controllo di costituzionalità da atti o omissioni delle norme giuridiche; n) l'indipendenza dei tribunali; o) l'autonomia delle autonomie locali; p) l'autonomia politica e amministrativa degli arcipelaghi delle Azorre e di Mader»).

⁹⁸² **OTT A.**, *EU Constitutional Boundaries to Differentiation: How to Reconcile Differentiation with Integration?*, già cit. sub n. 4, p. 130. Il testo dell'articolo prevedeva infatti che «[u]na conferenza dei Rappresentati dei Governi degli Stati membri sarà convocata nel 1996 per esaminare, conformemente agli obiettivi stabiliti negli articoli A e B delle disposizioni comuni, le disposizioni del presente trattato per le quali è prevista una revisione».

comunitario, significativamente ampliati nel contesto dell'ultima revisione del diritto primario.⁹⁸³

398. Nel silenzio dei Trattati, pertanto, la dottrina ha cercato a più riprese di identificare quali siano i principi supremi ed immodificabili dell'ordinamento, trovando qualche appiglio nei cenni in proposito contenuti nelle norme di diritto primario, ovvero procedendo alla loro ricostruzione in via puramente interpretativa;⁹⁸⁴ per diversi anni, tuttavia, tali speculazioni non hanno trovato riscontro alcuno nella giurisprudenza della Corte di giustizia e perciò non si ritiene di dilungarsi oltre sul punto.⁹⁸⁵ In proposito, era stato pertanto

⁹⁸³ Si rinvia a **ROSSI L.S.**, *Does the Lisbon Treaty Provide a Clear Separation of Competences between EU and Member States?*, già cit. sub n. 163, per l'esame della distinzione problematica, in particolare sul piano pratico, tra *obiettivi* (art. 3 TUE) e *valori* dell'Unione (art. 2 TUE). Tale distinzione sarebbe rilevante nel momento in cui solamente il perseguimento degli *obiettivi* dell'Unione legittima il ricorso alla clausola di flessibilità ex art. 352 TFUE, ai fini dell'esercizio delle competenze non espressamente previste dai Trattati in termini di strumenti, e dovrebbe avvenire alla luce di quanto disposto dell'art. 3, par. 6, TUE, il quale appunto prevede che: «[l]'Unione persegue i suoi obiettivi con i mezzi appropriati, in ragione delle competenze che le sono attribuite nei trattati».

⁹⁸⁴ Cfr. **OTT A.**, *EU Constitutional Boundaries to Differentiation: How to Reconcile Differentiation with Integration?*, già cit. sub n. 4, p. 130; anche con riferimento a principi costituzionali non scritti: cfr. **TSCHÄPE P.**, *Die Übergangsbestimmungen zur Arbeitnehmersfreizügigkeit und zum Grundstücksverkehr in Rahmen der Osterweiterung*, Nomos, Baden-Baden, 2004, a p. 130; **HARMSSEN R.**, *A European Union of Variable Geometry: Problems and Perspectives*, già cit. sub n. 111, a p. 131.

⁹⁸⁵ Cfr. tuttavia, con riferimento al principio di non discriminazione, quanto affermato dall'avvocato generale Poiras Maduro, nelle proprie conclusioni del 21 giugno 2007, relative alla causa C-273/04, *Repubblica di Polonia contro Consiglio dell'Unione europea*. Egli, pur escludendo la ricorrenza, nel caso di specie, della discriminazione specificamente invocata dallo Stato ricorrente (tesi poi confermata dalla Corte; cfr. Sentenza della Corte (grande sezione) del 23 ottobre 2007, *Repubblica di Polonia contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-273/04, in *Racc.* 8925), affermava al punto 75 delle proprie conclusioni: «[s]e sussiste violazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità sancito dall'art. 12 del Trattato CE e del principio di non discriminazione tra produttori della Comunità enunciato all'art. 34, n. 2, CE, essa deriva in ogni caso dallo stesso Atto di adesione, vale a dire da una disposizione avente valore di diritto primario che gode, in quanto tale, di immunità contenziosa [...]»; al contempo, tuttavia, come si nota in **OTT A.**, *EU Constitutional Boundaries to Differentiation: How to Reconcile Differentiation with Integration?*, già cit. sub n. 4, p. 158, *sub* nota 99, l'Avvocato Generale specificava a completamento di questa riflessione come «[l]a porta di un certo controllo giurisdizionale delle disposizioni di diritto primario non è ancora del tutto chiusa, ma nel caso in esame non occorre spingerla». In proposito, Poiras Maduro richiamava in nota le opere di **BIEBER R.**, *Les limites matérielles et formelles à la révision des traités établissant la Communauté européenne*, *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1993, p. 343 e ss; e **DA CRUZ VILACA J.L.**, **PICARRA N.**, *Y-a-t-il des limites matérielles à la révision des traits instituant les CE*, *Cahiers du Droit Européen*, 1993, p. 3 ss. Ott intravede in questo inciso una conferma della possibilità di

evidenziato dalla dottrina più accorta che non risultava possibile invocare un parallelismo con la concezione, comune a molte tradizioni costituzionali degli Stati membri, dell'esistenza di un nucleo immutabile di principi costituzionali dell'ordinamento.⁹⁸⁶

4.2.3 L'autonomia della tutela giurisdizionale comunitaria dei diritti individuali quale componente *sovraconstituzionale* (*rectius* essenziale) del sistema nella giurisprudenza della Corte di giustizia

399. L'intangibilità di specifiche disposizioni dei Trattati, financo mediante il procedimento formale di revisione, è stata recentemente riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, resa in materia di elementi *strutturali* del sistema comunitario. La Corte si è focalizzata, in particolare, sul principio di attribuzione delle competenze, tratto caratteristico dell'ordinamento comunitario, ricollegato al dato della persistente sovranità degli Stati membri, e sul sistema giurisdizionale autonomo di tutela comunitaria dei diritti individuali dallo stesso garantiti, la cui "*chiave di volta*", a detta della Corte, sarebbe rappresentata dal procedimento del rinvio pregiudiziale all'art. 267 TFUE. Come si argomenterà più precisamente nel prosieguo del presente paragrafo, nella giurisprudenza della Corte, tali elementi «*essenziali*», che riguardano l'architettura dell'ordinamento giuridico ed attengono al modo d'essere della norma di diritto comunitario (e pertanto vengono indicati come principi *strutturali* del diritto comunitario), ne rappresentano anche i pilastri di carattere autenticamente *costituzionale*.⁹⁸⁷

400. L'elaborazione di questo approccio ha richiesto un periodo di maturazione durato diverse decine di anni, ed ha ricevuto completa

identificare un nucleo essenziale di principi sostanziali di diritto dell'Unione – tra i quali il principio di eguaglianza – che sono assolutamente immutabili, anche attraverso la revisione del diritto primario operata nel rigoroso rispetto delle forme a tal fine previste.

⁹⁸⁶ Cfr. **TESAURO G.**, *Diritto dell'Unione europea*, già cit. sub n. 392, p. 92, ove si afferma: «[c]i si potrebbe porre il quesito [...] se tutte le norme dei trattati possano essere oggetto di revisione o di abrogazione o se, invece, le sue norme fondamentali siano insuscettibili di modificazione. Il quesito, non nuovo alle esperienze costituzionali nazionali, non trova una risposta nei trattati e neppure nella giurisprudenza della Corte».

⁹⁸⁷ Cfr. Parere della Corte in seduta plenaria del 18 dicembre 2014, Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - Compatibilità di detto progetto con i Trattati UE e FUE, Parere 2/13, già cit. sub n. 53, p. 165.

elaborazione nell'ultimo lustro. Così facendo, la Corte di giustizia ha confermato il proprio ruolo di massimo ideologo del processo d'integrazione europea, esprimendo posizioni che si collocano in tutta coerenza con quelle accolte nelle *pronunce fondative* che sono state commentate al Capitolo 2. All'interno di questo percorso viene concordemente collocata la riflessione svolta nel contesto del Parere 1/91,⁹⁸⁸ relativo alla compatibilità con il diritto comunitario del sistema di controllo giurisdizionale previsto nella prima versione dell'accordo sullo Spazio economico europeo.⁹⁸⁹

401. Occorre premettere che, secondo la concezione tradizionale, gli accordi internazionali conclusi dall'UE sono dotati di uno *status* intermedio, nella gerarchia delle fonti, tra il diritto primario dei Trattati e il diritto derivato.⁹⁹⁰ Conformemente a questo assetto, l'art. 218, par. 11, TFUE – la norma del Trattato che detta la disciplina per la conclusione degli accordi internazionali tra l'UE e Stati terzi o altre organizzazioni internazionali – prevede la legittimazione di ciascuno Stato membro, del Parlamento, della Commissione e del Consiglio a domandare alla Corte di giustizia di pronunciare un parere in ordine

⁹⁸⁸ Parere della Corte del 14 dicembre 1991, Progetto di accordo tra la Comunità ed i paesi dell'Associazione europea di libero scambio relativo alla creazione dello Spazio economico europeo, Parere 1/91, già cit. sub n. 368.

⁹⁸⁹ Cfr. **HARMSSEN R.**, *A European Union of Variable Geometry: Problems and Perspectives*, già cit. sub n. 111, il quale afferma come l'autonomia del sistema comunitario sia stata perciò elevata dalla Corte quale valore “primario” o comunque “sovracostituzionale” della Comunità; **WEATHERILL S.**, *subsidiarity, Flexibility and New Forms of Governance*, già cit. sub n. 180; **OTT A.**, *EU Constitutional Boundaries to Differentiation: How to Reconcile Differentiation with Integration?*, già cit. sub n. 4, p. 130; **DA CRUZ VILACA J.L.**, **PICARRA N.**, *Y-a-t-il des limites matérielles a la révision des traits instituant les CE*, già cit. sub n. 977; **TESAURO G.**, *Diritto dell'Unione europea*, già cit. sub n. 392, p. 92; **GAUDISSERT M.-A.**, *La portée des avis 1/91 et 1/92 de la Cour de justice des Communautés européennes relatifs à la création de l'Espace Economique Européen. Entre autonomie et homogénéité: l'ordre juridique communautaire en péril...*, *Revue du marché unique européen*, 1992, p. 121-136; **CONSTANTINESCO V.**, *Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Institutions et ordre juridique communautaire*, *Journal du droit international*, 1992, p. 422-426; **MONAR J.**, *Freedom, Security and Justice*, già cit. sub n. 161; **VALLE GALVEZ A.**, *La especificidad del ordenamiento comunitario*, *Revista de Instituciones Europeas*, 1993, p. 155-193.

⁹⁹⁰ In particolare, si afferma nelle Sintesi della legislazione europea del motore di ricerca comunitario Eurlex (cfr. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=URISERV%3Aai0034>) che: «[g]iuridicamente, gli accordi internazionali sono atti convenzionali di diritto derivato, essi devono quindi essere conformi ai trattati istitutivi dell'UE. Essi hanno tuttavia un valore superiore agli atti di diritto derivato detti «unilaterali», ovvero adottati unilateralmente dalle istituzioni europee (regolamenti, direttive, decisioni ecc.)».

alla compatibilità dei progetti di accordo col diritto comunitario. L'articolo in esame prevede anche che: «[i]n caso di parere negativo della Corte, l'accordo previsto non può entrare in vigore, salvo modifiche dello stesso o revisione dei trattati».

402. Ebbene, nel contesto del Parere 1/91, reso ex art. 218, par 11 TFUE, la Corte ha affermato che: «[l]art. 238 del Trattato CEE [l'attuale art. 218 TUFUE] non fornisce alcuna base per istituire, mediante accordo internazionale, un sistema giurisdizionale che pregiudichi l'art. 164 del detto Trattato [l'attuale art. 267 TFUE] e, più in generale, gli stessi principi fondamentali della Comunità. Per gli stessi motivi, una modifica dell'art. 238 non potrebbe sanare l'incompatibilità del sistema giurisdizionale previsto dall'accordo con il diritto comunitario». ⁹⁹¹ Il Parere, tuttavia, affrontava il tema dei limiti intangibili alla revisione del sistema soltanto in via indiretta. ⁹⁹² Se quindi una parte della dottrina ha esaltato questo primissimo riscontro giurisprudenziale, ⁹⁹³ un'altra parte, più cautamente, ne ha sottolineato il valore tutto sommato relativo e comunque non risolutivo. ⁹⁹⁴ Di conseguenza, non risultava unanimemente condivisa la posizione per cui agli Stati membri fosse esclusa la possibilità di alterare in misura anche profonda, fino a coinvolgere il meccanismo del rinvio pregiudiziale, la disciplina sostanziale dell'ordinamento, con evidenti ripercussioni anche sulla possibilità di abilitare, con modifica del diritto primario, forme nuove e più estese di integrazione differenziata. ⁹⁹⁵ Un ulteriore argomento a supporto di questa visione, si individuava vent'anni più tardi nell'esaltazione del carattere internazionalistico dei Trattati e dell'ordinamento che istituiscono,

⁹⁹¹ Parere della Corte del 14 dicembre 1991, già cit. sub n. 368, p. 6.

⁹⁹² **OTT A.**, *EU Constitutional Boundaries to Differentiation: How to Reconcile Differentiation with Integration?*, già cit. sub n. 4, p. 130.

⁹⁹³ **DA CRUZ VILACA J.L.**, **PICARRA N.**, *Y-a-t-il des limites matérielles a la révision des traits instituant les CE*, già cit. sub n. 977; **BIEBER R.**, *Les limites matérielles et formelles à la révision des traités établissant la Communauté européenne*, già cit. sub n. 985; **CURTIN D.**, *The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces*, già cit. sub n. 15; **WEILER J.H.H.**, **HALTERN U.**, *The Autonomy of the Community Legal Order: Through the Looking Glass* Harvard International Law Journal, 1996, p. 411.

⁹⁹⁴ **DE WITTE**, *The Semi/Permanent Treaty Revision Procedure*, già cit. sub n. 417.

⁹⁹⁵ Sembrano dirigersi in tal senso le notazioni di **WEATHERILL S.**, *Cases and Materials On EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 570-579; già cit. sub n. 180, ove si sostiene che le previsioni introdotte dal Trattato di Amsterdam non sarebbero in alcun modo esaustive modelli flessibilità disponibili; cfr. anche **CRAIG P.**, *The Lisbon Treaty. Law Politics, and Treaty Reform*, già cit. sub n. 174, p. 439-443.

riscontrabile nelle note modifiche apportatevi dal Trattato di Lisbona.⁹⁹⁶

403. Un decisivo passo in avanti è stato compiuto dalla Corte con la famosa pronuncia nel caso *Kadi II*,⁹⁹⁷ di poco precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha trovato ulteriore sviluppo nel contesto del *Parere 1/09*, relativo al progetto di accordo istitutivo di un Tribunale dei brevetti europeo e comunitario,⁹⁹⁸ così come nella sentenza resa sul caso *Miles contro Scuole europee*.⁹⁹⁹ Ultima pronuncia rilevante in proposito è quella resa nel contesto del *Parere 2/13*, concernente la controversa adesione dell'UE alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU),¹⁰⁰⁰ in cui il principio di attribuzione delle

⁹⁹⁶ Sul punto cfr. *supra* il Capitolo 2. Cfr. anche **TESAURO G.**, *Diritto dell'Unione europea* già cit. sub n. 392, p. 93.

⁹⁹⁷ Nelle parole di Rossi, la pronuncia è nota per aver sancito che: «*il principio che conferisce all'ordine giuridico dell'UE uno status autonomo rispetto al diritto internazionale [...] e parallelo a, quello del primato del Diritto dell'UE sul diritto degli Stati Membri: come gli Stati Membri riconoscono il primato del diritto dell'UE, a condizione che questo rispetti le identità costituzionali nazionali, così l'UE rispetterà il diritto internazionale a parte che quest' (sic) ultima non violi i fondamentali – costituzionali – principi dell'UE*» (cfr. **ROSSI L.S.**, *L'Unione europea e il paradosso di Zenone*, già cit. sub n. 427, pag. 759). La dottrina, come si è già accennato *supra* al Capitolo 2, tende infatti a dare una lettura *dualista* della pronuncia in commento. Si è dunque argomentato che i *principi fondamentali* dell'UE costituirebbero un ulteriore nucleo di regole sostanziali intangibili da parte di future revisioni dei Trattati, così come dall'operare dello stesso art. 351 TFUE, il quale perciò «*must be read in context. While it allows Member States to honour obligations under prior international agreements in disregard of 'ordinary' Union law, the same cannot be said for the core essence of the Union's legal order. Today, these so it doesn't work for the essence of the EU legal order 'untouchable' principles are deflected in Article 2 TEU on the Union's values*»; il punto è sostenuto anche in relazione all'obbligo positivo previsto dal Trattato, al par. 2 dell'art. 351 TFUE, di rinegoziare ed eventualmente fuoriuscire dai precedenti accordi ove contrastanti col diritto comunitario vigente, conformemente alle previsioni concernenti la loro denuncia (così **KUJIPER P. J., WOUTERS J., HOFFMEISTER F., DE BAERE G., RAMOPOULOS T.**, *The Law of EU External Relations. Cases, Materials, and Commentary on the EU as an International Legal Actor*, già cit. sub n. 5, p. 1044).

⁹⁹⁸ Parere della Corte in seduta plenaria dell'8 marzo 2011, *Progetto di accordo - Creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti - Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, parere 1/09, già cit. sub n. 52.

⁹⁹⁹ Sentenza della Corte del 14 giugno 2011, *Paul Miles e a. contro Écoles européennes*, causa C-196/09, già cit. sub n. 353.

¹⁰⁰⁰ Parere della Corte in seduta plenaria del 18 dicembre 2014, *Progetto di accordo internazionale - Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, parere 2/13, già cit. sub n. 53.

competenze e l'autonomia del sistema giurisdizionale comunitario di protezione dei diritti individuali sono stati definiti esplicitamente quali espressione delle caratteristiche *essenziali* e così irrinunciabili dell'ordinamento dell'Unione.¹⁰⁰¹

404. Tali elementi si ricollegano alla natura sostanzialmente *costituzionale* dell'ordinamento,¹⁰⁰² quale comunità di diritto presidiata dalla Corte di giustizia.¹⁰⁰³ Quest'ultima, in particolare, ha affermato

¹⁰⁰¹ Cfr. il *Parere* 2/13, già cit. sub n. 53, al punto 165, ove la Corte accosta alle componenti costituzionali del sistema, gli elementi specificamente derivanti dalla natura del diritto dell'Unione, che sono l'autonomia, il primato e l'effetto diretto (cfr. il punto 166); tutte queste componenti (*costituzionali e naturali*) integrano «*caratteristiche essenziali del diritto dell'Unione*», che «*hanno dato vita ad una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano, in modo reciproco, l'Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché, tra di loro, gli Stati membri [...]*» (p. 167). L'affermazione trova ulteriormente spiegazione nei successivi punti 174-175, laddove la Corte opera la saldatura tra l'autonomia del diritto comunitario e l'elemento costituzionale della tutela giurisdizionale (autonoma) dei diritti: «*[p]er garantire la preservazione delle caratteristiche specifiche e dell'autonomia di tale ordinamento giuridico, i Trattati hanno istituito un sistema giurisdizionale destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione. In tale contesto, spetta ai giudici nazionali e alla Corte garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione nell'insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti agli amministrati in forza del diritto dell'Unione (parere 1/09, EU:C:2011:123, punto 68 e la giurisprudenza ivi citata)*». In proposito, il punto 68 del *Parere* 1/09, già cit., recita: «*occorre rilevare che spetta agli Stati membri, in particolare, in forza del principio di leale cooperazione, enunciato dall'art. 4, n. 3, primo comma, TUE, garantire, ciascuno sul proprio territorio, l'applicazione e l'osservanza del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza 16 luglio 1998, causa C-298/96, Oelmühle e Schmidt Söhne, Racc. pag. I-4767, punto 23). Inoltre, in forza del secondo comma di questa stessa disposizione, gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. In tale cornice, spetta agli organi giurisdizionali nazionali e alla Corte garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione nell'insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti che i soggetti dell'ordinamento ricavano dal medesimo (v., in tal senso, sentenza 13 marzo 2007, causa C-432/05, Unibet, Racc. pag. I-2271, punto 38 e giurisprudenza ivi citata)*».

¹⁰⁰² Come affermato in **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...* già cit. sub n. 37, p. 239, sub nota n. 131: «*[j]'utilise ici le terme constitutionnel suivant l'approche de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, aux termes dequel "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution". Mais alors, une société interindividuelle gouvernée, au moins en partie, par l'ordre juridique interindividuel européen, à l'intérieur dequel cette garantie est assurée, et cette séparation déterminée (même si d'une façon encore imparfaite, [...]) a évidemment une constitution, même si cette constitution n'est pas étatique [...]*».

¹⁰⁰³ Cfr. Sentenza della Corte del 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts" contro Parlamento europeo*, già cit. sub n. 368, p. 23-24; Ordinanza della Corte del 13 luglio 1990, *J.J. Zwartveld e altri*, già cit. sub n. 368, p. 16; Sentenza della Corte del 23 marzo 1993, *Beate Weber contro Parlamento europeo*, causa C-314/91, già cit. sub n. 368, p. 8; Sentenza del Tribunale di primo grado (Quinta Sezione) del 26 febbraio 2002, *Willy Rothley e altri contro Parlamento europeo*, causa T-17/00, in *Racc.* II-00579; Sentenza della

che: «la Comunità è una comunità di diritto nel senso che né i suoi Stati membri né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale fondamentale costituita dal Trattato CE e che quest'ultimo ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni [...]».¹⁰⁰⁴ Ma che cosa implica l'affermata *essenzialità* del sistema giurisdizionale *autonomo* comunitario rispetto all'integrazione differenziata ed alla libertà degli Stati membri di farvi ricorso? Nei paragrafi che seguono si darà conto di questi elementi, così come precisati dalla Corte di giustizia in questi ultimi anni.

(a) Il rinvio pregiudiziale quale pilastro del sistema giurisdizionale comunitario ed il ruolo dei giudici nazionali: la sentenza *Miles c. Scuole europee* ed il *Parere sull'accordo istitutivo di un Tribunale Unificato dei Brevetti (TUB)*

405. Nella giurisprudenza tradizionale della Corte di giustizia, il sistema giurisdizionale comunitario risulta fondato su due pilastri fondamentali, che sono l'azione di annullamento ex art. 263 TFUE,¹⁰⁰⁵ ed il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.¹⁰⁰⁶ Il secondo, in particolare, risulta di grande rilievo nel contesto della disciplina differenziata, sia nel caso della differenziazione *in senso ampio*, giacché il contenuto degli accordi internazionali tra gli Stati membri è

Corte del 25 luglio 2002, *Unión de Pequeños Agricultores contro Consiglio dell'Unione europea*, già cit. sub n. 368, p. 38; Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, già cit. sub n. 368, p. 81: «la Comunità europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati membri né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale fondamentale costituita dal Trattato e che quest'ultimo ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni [...]».

¹⁰⁰⁴ Cfr. Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, già cit. sub n. 368, p. 281.

¹⁰⁰⁵ Cfr. Sentenza della Corte del 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts" contro Parlamento europeo*, già cit. sub n. 368, in particolare i p. 23 e 24; Sentenza della Corte del 25 luglio 2002, *Unión de Pequeños Agricultores contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-50/00 P, già cit. sub n. 368, in particolare i p. 35-41; Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi* già cit. sub n. 368, p. 81, 281, 316.

¹⁰⁰⁶ Cfr. Sentenza della Corte del 25 luglio 2002, *Unión de Pequeños Agricultores contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-50/00 P, già cit. sub n. 368, in particolare i p. 35-41; *Parere 1/09*, già cit. sub n. 52, in particolare al p. 83; *Parere 2/13*, già cit. sub n. 53, in particolare i p. 176 e 198.

subordinato alla *primauté* del diritto comunitario, sia nel caso della differenziazione *in senso stretto* realizzata all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione, stante la primaria competenza interpretativa della Corte di giustizia in proposito. Nel rimarcare l'insuperabilità di questi elementi, la Corte ha inoltre affermato il ruolo *essenziale* dei giudici nazionali nella protezione dei diritti riconosciuti agli individui dall'ordinamento UE; costoro, infatti, in conseguenza della loro posizione di giudici decentrati di diritto comune, risultano pienamente integrati nel sistema giurisdizionale autonomo comunitario.

406. Si tratta di una ricostruzione, le cui basi possono rintracciarsi già all'interno della sentenza *van Gend en Loos*, laddove si individuava alla base del sistema giurisdizionale comunitario e delle sue caratteristiche, l'esigenza di assicurare tutela diretta ai diritti riconosciuti agli individui dai Trattati.¹⁰⁰⁷ Essa ha trovato compiuta definizione quindici anni più tardi, nella sentenza *Simmenthal*, i cui principi sono ancora pienamente validi. Ivi, la Corte riconosceva che il carattere pienamente autonomo della tutela giurisdizionale offerta dal sistema comunitario, veniva garantito mediante due accorgimenti:¹⁰⁰⁸ il primo era costituito dall'esclusione di qualunque intromissione da parte degli ordinamenti nazionali nel suo esercizio;¹⁰⁰⁹ il secondo, invece, era dato dall'incarico conferito ai giudici nazionali degli Stati membri di garantire la tutela

¹⁰⁰⁷ Sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*, causa 26-62, già cit. sub n. 40, p. 25: «[o]ve le garanzie contro la violazione dell'articolo 12 da parte degli Stati membri venissero limitate a quelle offerte dagli articoli 169 e 179, i diritti individuali degli amministrati rimarrebbero privi di tutela giurisdizionale diretta. Inoltre, il ricorso a detti articoli rischierebbe di essere inefficace qualora dovesse intervenire solo dopo l'esecuzione di un provvedimento interno adottato in violazione delle norme del trattato. La vigilanza dei singoli interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce d'altronde efficace controllo che si aggiunge a quello che gli articoli 169 e 170 affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri».

¹⁰⁰⁸ Cfr. Sentenza della Corte del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpA Simmenthal*, causa 106/77, già cit. sub n. 252. In questo senso, l'aggettivo ed il carattere *comunitario* del sistema finiscono, nella giurisprudenza della Corte, per ricomprendere l'elemento dell'autonomia.

¹⁰⁰⁹ Ma non necessariamente escludendo qualunque coinvolgimento degli organi giurisdizionali supremi interni, cfr. Sentenza della Corte (grande sezione) del 22 giugno 2010, *Aziz Melki e Sélim Abdeli*, Cause riunite C-188/10 e C-189/10, già cit. sub n. 453, p. 52 e 53: «[n]ei limiti in cui il diritto nazionale preveda l'obbligo di avviare un procedimento incidentale di legittimità costituzionale, che impedirebbe al giudice nazionale di disapplicare immediatamente una disposizione legislativa nazionale che ritenga contraria al diritto dell'Unione, il funzionamento del sistema instaurato dall'art. 267 TFUE esige nondimeno che siffatto giudice sia libero, da un lato, di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione e, dall'altro, di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale di cui trattasi se egli la ritenga contraria al diritto dell'Unione».

dei diritti individuali riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione, andando non solo *contro* le scelte legislative - anche costituzionali - del legislatore interno, ma anche *oltre* i poteri conferitigli dall'ordinamento nazionale di appartenenza. La Corte constatava, difatti, che costoro risultavano investiti del potere-dovere di disapplicare direttamente il diritto nazionale incompatibile, e cioè senza doversi preventivamente rivolgere al giudice costituzionale nazionale ovvero alla Corte di giustizia.¹⁰¹⁰ Questi elementi caratterizzanti il ruolo dei giudici nazionali nel sistema comunitario, ne hanno giustificato la qualificazione in termini organo al contempo nazionale ed autenticamente comunitario (secondo l'espressione richiamata più sopra, "*giudice decentrato di diritto comune*").

407. Le pronunce richiamate hanno permesso l'emersione di una delle caratteristiche peculiari del sistema di tutela giurisdizionale comunitario, e cioè della sua autonomia, costruita avvalendosi della struttura istituzionale statale, che in questa veste vede trasformata la propria natura.¹⁰¹¹ Anche questa volta, inoltre, l'assetto prospettato dalla Corte ha ricevuto conferma dall'effettiva prassi degli Stati membri, secondo le note dinamiche dell'*autocostituzione* dell'ordinamento.¹⁰¹² Per quanto riguarda l'ordinamento giuridico

¹⁰¹⁰ Cfr. Sentenza della Corte del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpA Simmenthal*, causa 106/77, già cit. sub n. 252, p. 20-24. Come commenta Cortese: «[i]l acquiert notamment la fonction de garantir la protection des droits individuels trouvant leur source dans l'ordre juridique UE, et cela non seulement contre les choix législatifs et même constitutionnels de l'ordre juridique étatique, mais aussi au delà des pouvoirs juridictionnels qui lui sont dévolus dans son système national. Ce même juge se voit notamment reconnaître par le droit communautaire le pouvoir de laisser inappliquées ces dispositions internes sans interposition ni d'un éventuel juge des lois prévu par le système national (Cour constitutionnelle), ni de la Cour de justice» (CORTESE B., *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution*, già cit. sub n. 37, p. 330).

¹⁰¹¹ *Idem*, p. 333: «ce système n'est pas basé sur la structure institutionnelle communautaire: il est plutôt le fruit d'une symbiose, une combinaison entre structures nationales et fonctions communautaires, qui finit par changer la nature de systèmes juridictionnels nationaux préexistants. La perspective adoptée est crypto-fédérale: c'est la tentative de la Cour de justice d'exclure toute interposition entre elle et «les juges de "droit commun" de l'ordre juridique de l'Union». Si tratta di un disegno ambizioso quello perseguito dalla Corte, difatti, come afferma l'A: «[a]u-delà de la garantie de l'applicabilité directe ed de la primauté du droit communautaire, la jurisprudence de la Cour vise en effet la construction, par la voie prétorienne, d'un système communautaire de protection juridictionnelle directe des droits individuels».

¹⁰¹² Cfr. *supra* il Capitolo 2.

italiano, l'adesione tale disegno ha trovato conferma nella famosa pronuncia della Corte costituzionale nel caso *Granital*.¹⁰¹³

408. I richiamati elementi del sistema giurisdizionale comunitario non sono stati sminuiti con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il quale ha piuttosto rafforzato ulteriormente le garanzie giurisdizionali sancite dai Trattati. In particolare, accanto alla "promozione" a diritto primario dell'UE della Carta dei diritti fondamentali, compreso il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva all'art. 47 (art. 6 TUE), il Trattato ne ha esteso l'ambito di applicazione anche al campo della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.¹⁰¹⁴ In questo scenario, la Corte di giustizia ha avuto occasione di ribadire e sviluppare la propria posizione, secondo la quale la preservazione della *Comunità di diritto* postula la garanzia di un controllo giurisdizionale che copra tutti gli atti comunitari, e che tale controllo sia autenticamente comunitario, ossia consenta la preservazione dell'autonomia del sistema giurisdizionale da qualsiasi interferenza esterna, al punto che la perdita di questo modo d'essere *sostanzialmente costituzionale* modificherebbe irrimediabilmente l'ordinamento interindividuale europeo per come si è finora affermato.

409. Siffatta perdita potrebbe riscontrarsi innanzitutto ove la garanzia della tutela giurisdizionale del diritto comunitario fosse completamente esclusa, come riscontrato dalla Corte nella sentenza *Kadi II*, con parole eloquenti che si riportano di seguito: *«il controllo da parte della Corte della validità di qualsiasi atto comunitario sotto il profilo dei diritti fondamentali deve essere considerato come l'espressione, in una comunità di diritto, di una garanzia costituzionale derivante dal Trattato CE, quale sistema giuridico autonomo, che non può essere compromessa da un accordo*

¹⁰¹³ Cfr. anche **PICCHIO FORLATI L.**, *La partecipazione al dialogo...*, già cit. sub n. 38; **PICCHIO FORLATI L.**, *Il fondamento giuridico dell'Unione europea...*, già cit. sub n. 38. In particolare vanno richiamate le pronunce delle Corti costituzionali degli Stati membri che hanno comportato la sostanziale accettazione di tale assetto di rapporti, su cui cfr. *supra* la Sezione 2.1.

¹⁰¹⁴ In quest'ambito, la giurisdizione della Corte di giustizia risulta esclusa, ai sensi dell'art. 276 TFUE, con riguardo all'esame della *«validità o [del]la proporzionalità di operazioni condotte dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro o l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna»*. Allo stesso modo, risulta esclusa la giurisdizione della Corte nel settore della politica estera e di sicurezza comune, con la vistosa eccezione del *«controllo della legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio in base al titolo V, capo 2 del trattato sull'Unione europea»* (art. 275 TFUE) e del controllo del rispetto di quanto previsto all'art. 40 TUE, che sancisce la reciproca impermeabilità della disciplina della PESC e di quella del "pilastro comunitario".

internazionale». ¹⁰¹⁵ In questo senso, l'esclusione di un autonomo controllo giurisdizionale comunitario, priverebbe irrimediabilmente il sistema delle sue caratteristiche essenziali, anche quando ciò avvenisse in casi limitati e facesse seguito all'imposizione di obblighi di diritto internazionale dotati, nell'ordinamento internazionale, di un carattere cogente e, dunque, di un rango gerarchicamente superiore allo stesso sistema dei Trattati istitutivi.

410. Al contempo, tale elemento essenziale sarebbe contraddetto anche ove il sistema di controllo giurisdizionale fosse privato della propria natura autonomamente comunitaria. Come si detto, la Corte ha affermato nella giurisprudenza *Simmenthal* che il principio di autonomia fa perno innanzitutto sull'esclusione di qualunque interposizione *direttamente* posta in essere dagli Stati membri tra i giudici di Lussemburgo e quelli nazionali. In particolare, la Corte ha chiarito che costituisce interposizione diretta vietata anche l'obbligo previsto dall'ordinamento interno per il giudice nazionale di rinviare necessariamente alla corte costituzionale nazionale prima di poter effettivamente disapplicare il diritto interno incompatibile con quello comunitario. Inoltre, negli ultimissimi anni, la dottrina e la giurisprudenza si sono concentrate sull'analisi dei limiti entro i quali l'autonomia del sistema giurisdizionale comunitario tollera limitazioni poste in essere dagli Stati membri in via indiretta, ossia per il tramite della conclusione di accordi internazionali, compresi gli accordi internazionali *inter se*. La Corte di giustizia ha avuto occasione di esaminare questo punto in modo approfondito nel parere reso nel 2011, relativamente al primo progetto di accordo finalizzato all'istituzione di un tribunale competente sulle controversie in materia di brevetti europei e comunitari, da inserire nel c.d. Pacchetto brevetti. ¹⁰¹⁶ Secondo la struttura ipotizzata all'epoca, l'accordo avrebbe dovuto essere concluso tra l'Unione, gli Stati membri e gli Stati terzi aderenti alla Convenzione sul Brevetto Europeo. ¹⁰¹⁷ Gli argomenti invocati dalla Corte in questo primo parere, hanno trovato successivamente sviluppo nella sentenza resa sul caso *Miles contro Scuole europee*, ¹⁰¹⁸ il cui esame appare così imprescindibile per

¹⁰¹⁵ Cfr. Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, già cit. sub n. 368, p. 281, 285, 290, 316.

¹⁰¹⁶ Parere della Corte in seduta plenaria dell'8 marzo 2011, già cit. sub n. 532.

¹⁰¹⁷ Cfr. Convenzione sul brevetto europeo, siglata a Monaco di Baviera il 5 ottobre 1973.

¹⁰¹⁸ Sentenza della Corte del 14 giugno 2011, *Paul Miles e a. contro Écoles européennes*, già cit. sub n. 353., in particolare ai p. 37-46.

comprendere appieno la pronuncia sul caso brevetti (e valutare il seguito datovi dagli Stati membri).

411. Procedendo con ordine, con riferimento al Parere 1/09, il Consiglio aveva richiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi in base all'art 218, par. 11, TFUE sulla compatibilità con i Trattati comunitari del progetto di accordo relativo all'istituzione di un Tribunale dei Brevetti europeo e comunitario (TB). Il progetto in questione concerneva esclusivamente il sistema giurisdizionale deputato all'applicazione delle nuove regole comunitarie inerenti la creazione e la disciplina materiale del nuovo diritto di brevetto europeo con effetto unitario, regole che al contrario avrebbero dovuto essere adottate con atto di diritto dell'Unione secondo la procedura legislativa ordinaria, espressamente richiamata all'art. 118, par. 1, TFUE.¹⁰¹⁹ Come si è già avuto occasione di esporre, difatti, la norma rappresentava la base giuridica appositamente introdotta dagli Stati membri col Trattato di Lisbona al fine di consentire la creazione di titoli europei di proprietà intellettuale, dotati di una disciplina uniforme nell'Unione e per l'istituzione di regimi di autorizzazione, di coordinamento e di controllo centralizzati al medesimo livello.¹⁰²⁰ Sulla base del progetto di accordo, il sistema giurisdizionale del nuovo brevetto avrebbe dovuto comprendere un tribunale di primo grado, dotato una divisione centrale e divisioni locali e regionali, nonché di una corte d'appello competente a conoscere dei gravami proposti avverso le decisioni adottate dal tribunale di primo grado. Il terzo organo del Tribunale sarebbe invece stato una cancelleria comune. Quanto al diritto applicabile, nel contesto del progetto di accordo, si prevedeva che il TB fosse dotato di competenza esclusiva relativamente alle principali azioni a tutela del nuovo titolo,¹⁰²¹ e che esso avrebbe

¹⁰¹⁹ La norma citata prevede infatti che: «[n]ell'ambito dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure per la creazione di titoli europei al fine di garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione e per l'istituzione di regimi di autorizzazione, di coordinamento e di controllo centralizzati a livello di Unione».

¹⁰²⁰ Sull'analisi dell'articolo in esame e sull'esatto significato del relativo testo si rinvia supra, alla Sezione 1.2.

¹⁰²¹ Si trattava, in particolare delle: «a) azioni per violazioni effettive o rischio di violazioni di brevetti e certificati protettivi complementari e relativi controricorsi, comprese le domande riconvenzionali relative a licenze; a1) azioni di accertamento di non contraffazione; b) azioni per misure provvisorie e cautelari e ingiunzioni; c) azioni o domande riconvenzionali di nullità di brevetti; d) ricorsi per risarcimenti di danni o azioni di indennizzo derivanti dalla protezione provvisoria conferita da una domanda di brevetto pubblicata; e) azioni correlate all'utilizzo dell'invenzione precedente la concessione del brevetto o al diritto basato sull'utilizzo precedente del

dovuto applicare direttamente non solo le norme dell'accordo ma anche quelle contenute negli accordi internazionali applicabili ai brevetti (compresa la Convenzione di Monaco del 1973, relativa al "brevetto europeo"), nei diritti nazionali degli Stati parte, ma anche e soprattutto nel diritto comunitario "direttamente applicabile, in particolare il regolamento [...] del Consiglio relativo al brevetto comunitario, e la legislazione nazionale degli Stati contraenti che attua il diritto comunitario".¹⁰²² A quest'ultimo proposito, l'articolo 48 del progetto di accordo, prevedeva espressamente l'operatività della procedura di rinvio pregiudiziale descritta all'art. 267 TFUE, ossia che: «1) Qualora sia sollevata una questione circa l'interpretazione del Trattato [CE] o la validità e interpretazione di atti delle istituzioni della Comunità europea dinanzi al tribunale di primo grado, quest'ultimo può, se lo ritiene necessario per permettergli di prendere una decisione, chiedere alla Corte di giustizia [...] di pronunciarsi sulla questione. Qualora siffatta questione sia sollevata dinanzi alla corte d'appello, quest'ultima può chiedere alla Corte di giustizia [...] di pronunciarsi sulla questione. 2) La decisione della Corte di giustizia in merito all'interpretazione del Trattato [CE] o alla validità e interpretazione di atti delle istituzioni della Comunità europea è vincolante per il tribunale di primo grado e la corte d'appello».

412.La Corte, dopo aver preliminarmente escluso che le disposizioni agli articoli 262 e 264 TFUE potessero costituire un ostacolo al trasferimento delle competenze giurisdizionali previste dall'accordo in esame,¹⁰²³ con una lettura combinata degli artt. 267 TFUE e 19

brevetto; f) azioni per la concessione o la revoca di licenze obbligatorie correlate a brevetti comunitari; e g) azioni di compensazione per licenze [...] ».

¹⁰²² Più precisamente l'art. 14 bis del progetto prevedeva che, quanto al diritto applicabile, il Tribunale procedesse nella maniera seguente: «1) Nel conoscere una causa ad esso proposta ai sensi del presente accordo, il Tribunale rispetta il diritto comunitario e fonda le proprie decisioni sui seguenti strumenti: a) il presente accordo; b) il diritto comunitario direttamente applicabile, in particolare il regolamento (...) del Consiglio relativo al brevetto comunitario, e la legislazione nazionale degli Stati contraenti che attua il diritto comunitario; (...) c) la convenzione sul brevetto europeo e la legislazione nazionale adottata dagli Stati contraenti in conformità della convenzione sul brevetto europeo; e d) le disposizioni degli accordi internazionali applicabili ai brevetti e vincolanti tutte le parti contraenti. 2) Nella misura in cui il Tribunale fonda le sue decisioni sul diritto nazionale degli Stati contraenti, la legge applicabile è determinata: a) dalle disposizioni direttamente applicabili del diritto comunitario, o b) in assenza di disposizioni direttamente applicabili del diritto comunitario, dagli strumenti internazionali sul diritto internazionale privato di cui tutte le parti contraenti sono parti; ovvero c) in assenza delle disposizioni di cui alle lettere (a) e (b), dalle disposizioni nazionali sul diritto internazionale privato come determinato dal Tribunale. 3) Uno Stato contraente che non è parte dell'accordo sullo Spazio economico europeo mette in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi al diritto comunitario relativo al diritto brevettuale sostanziale».

¹⁰²³ Infatti, la Corte affermava che l'art. 262 TFUE «non può ostare all'istituzione del TB. Benché quest'articolo consenta certamente di affidare alla Corte alcune delle competenze che si

TUE, ha indugiato nell'esaltazione della funzione assegnata dai Trattati istitutivi ai giudici nazionali ed alla Corte di giustizia. Entrambi, infatti, nel parere in commento sono definiti *guardiani* dell'ordinamento giuridico e del sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione; fermo restando che compete soltanto alla Corte il compito di vigilare e proteggere l'*autonomia* dell'ordinamento giuridico dell'Unione.¹⁰²⁴ Più precisamente, in considerazione del principio di leale collaborazione, ai sensi dell'art. 4, par. 3, TFUE, il quale vincola gli Stati membri, la Corte ha affermato che: «*spetta agli organi giurisdizionali nazionali e alla Corte garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione nell'insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti che i soggetti dell'ordinamento ricavano dal medesimo*».¹⁰²⁵ La funzione assegnata dall'art. 19 TUE, di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e applicazione dei Trattati, risulta attribuita perciò *congiuntamente* alla Corte e ai giudici nazionali, attraverso un sistema *completo* di procedure e rimedi a garanzia della legittimità degli atti delle istituzioni.

413. Ciò precisato, la Corte ha ribadito come lo strumento del rinvio pregiudiziale, quale rimedio *autonomo* previsto dall'art. 267 TFUE, sia *essenziale* ai fini della tutela del carattere comunitario del diritto istituito dai Trattati, garantendo che quest'ultimo abbia il medesimo effetto in tutti gli Stati membri;¹⁰²⁶ esso, a questo scopo precipuo, istituisce «una

prevede di attribuire al TB, il percorso indicato da detto articolo non è l'unico concepibile per istituire un organo giurisdizionale unificato in materia di brevetti». Altrettanto valeva per l'art. 344 TFUE, «*considerato che quest'articolo si limita a vietare agli Stati membri di sottoporre una controversia sull'interpretazione o sull'applicazione dei Trattati a una procedura di composizione diversa da quelle previste da questi ultimi*» mentre il progetto di accordo concerneva unicamente le controversie tra privati in materia di brevetti.

¹⁰²⁴ Cfr. Parere 1/09, già cit. sub n. 532, p. 66-67.

¹⁰²⁵ *Ibidem*, p. 68.

¹⁰²⁶ *Ibidem*, p. 83, ove si afferma: «*Occorre anche ricordare che l'art. 267 TFUE, essenziale ai fini della tutela del carattere comunitario del diritto istituito dai Trattati, ha lo scopo di garantire in qualsiasi circostanza a detto diritto il medesimo effetto in tutti gli Stati membri. La procedura pregiudiziale così istituita mira a prevenire divergenze interpretative del diritto dell'Unione che i giudici nazionali devono applicare e tende a garantire quest'applicazione, conferendo al giudice nazionale un mezzo per eliminare le difficoltà che possa generare il dovere di dare al diritto dell'Unione piena esecuzione nella cornice dei sistemi giurisdizionali degli Stati membri. Inoltre, i giudici nazionali hanno la più ampia facoltà, se non l'obbligo, di adire la Corte qualora ritengano che una causa pendente dinanzi ad essi sollevi questioni implicanti un'interpretazione o una valutazione della validità delle norme giuridiche dell'Unione, che impongano una decisione da parte loro (v. in tal senso, sentenze 16 gennaio 1974, causa 166/73, Rheinmühlen-Düsseldorf, Racc. pag. 33, punti 2 e 3, nonché 12 giugno 2008, causa C-458/06, Gourmet Classic, Racc. pag. 4207, punto 20)*».

cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali, nell'ambito della quale questi ultimi partecipano strettamente alla corretta applicazione e all'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, nonché alla tutela dei diritti attribuiti da quest'ordinamento giuridico ai privati»¹⁰²⁷. In definitiva, la Corte ha concluso che le «funzioni attribuite, rispettivamente, ai giudici nazionali e alla Corte sono essenziali alla salvaguardia della natura stessa dell'ordinamento istituito dai Trattati».¹⁰²⁸

414. Relativamente all'istituzione di un giudice internazionale mediante accordo di cui fosse parte anche l'Unione, la Corte osservava che ciò non avrebbe comportato, in linea di principio, una violazione del diritto dell'UE, «[i]nfatti, la competenza dell'Unione in materia di relazioni internazionali e la sua capacità di concludere accordi internazionali implicano necessariamente la facoltà di assoggettarsi alle decisioni di un organo giurisdizionale istituito o designato in forza di tali accordi, per quanto concerne l'interpretazione e l'applicazione delle loro disposizioni».¹⁰²⁹ Inoltre, essa ricordava come, secondo la propria giurisprudenza, fosse ammissibile che un accordo internazionale concluso con Stati terzi attribuisse alla Corte nuove competenze giurisdizionali,¹⁰³⁰ a condizione che questo non ne alterasse la funzione,¹⁰³¹ nel senso che, pur potendo l'accordo incidere sulle relative competenze, esso dovesse in ogni caso rispettare i requisiti essenziali che ne lasciano inalterata la natura, il che coincideva, secondo la Corte con l'esigenza che «non sia violata l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione».¹⁰³²

415. Esplorando più nel dettaglio il concetto appena richiamato e con riferimento al progetto di accordo in esame, la Corte osservava come il nuovo Tribunale si situasse all'esterno della cornice istituzionale e

¹⁰²⁷ *Ibidem*, p. 84.

¹⁰²⁸ *Ibidem*, p. 85.

¹⁰²⁹ *Ibidem*, p. 74.

¹⁰³⁰ Cfr. Parere della Corte del 14 dicembre 1991, *Progetto di accordo tra la Comunità ed i paesi dell'Associazione europea di libero scambio relativo alla creazione dello Spazio economico europeo*, Parere 1/91, già cit. sub n. 368, p. 40 e 70.

¹⁰³¹ Cfr. Parere della Corte del 10 aprile 1992, *Progetto di accordo tra la Comunità ed i paesi dell'Associazione europea di libero scambio relativo alla creazione dello Spazio economico europeo*, Parere 1/92, in *Racc.* I-02821 p. 32.

¹⁰³² Cfr. Parere 1/09, già cit. sub n. 532, p. 75-76. La Corte citava il Parere della Corte del 18 aprile 2002, *Progetto di accordo sull'istituzione di uno spazio aereo comune europeo tra la Comunità europea e taluni paesi terzi*, Parere 1/00, in *Racc.* I-03493, p. 21, 23, 26.

giurisdizionale dell'Unione, constatando che «*esso non fa parte del sistema giurisdizionale previsto dall'art. 19, n. 1, TUE*» e che lo stesso risultava dotato di personalità giuridica autonoma di diritto internazionale.¹⁰³³ Il Tribunale, inoltre, era dotato di competenze esclusive riferibili al diritto di fonte comunitaria, risultando di conseguenza investito dell'interpretazione e dell'applicazione di quest'ultimo.¹⁰³⁴ A questo proposito, la Corte notava come la sua precedente giurisprudenza sulla creazione di giudici internazionali deputati dell'applicazione degli accordi tra Unione e Stati terzi non ammettesse una tale situazione. Secondo siffatta giurisprudenza, infatti, la compatibilità con il diritto dell'Unione dei sistemi giurisdizionali internazionali di cui l'Unione è parte postulerebbe, diversamente dal caso del nuovo Tribunale contemplato dal progetto di accordo, che essi fossero «*sostanzialmente finalizzati alla soluzione delle controversie vertenti sull'interpretazione o sull'applicazione delle stesse disposizioni degli accordi internazionali in questione. Inoltre, nel prevedere competenze specifiche per organi giurisdizionali di Stati terzi in materia di rinvii pregiudiziali da proporre alla Corte, detti sistemi non alteravano le competenze giurisdizionali degli Stati membri riguardo all'interpretazione e all'applicazione del diritto dell'Unione, né la facoltà, per non dire l'obbligo, di questi ultimi di adire la Corte in via pregiudiziale e la competenza di quest'ultima a decidere su detti rinvii*».¹⁰³⁵ La Corte osservava, pertanto, che, attribuendo al nuovo giudice internazionale la competenza ad interpretare ed applicare il diritto comunitario - benché inerente un contenzioso naturalmente privato (e perciò sottratto all'art. 344 TFUE) - gli Stati membri, avrebbero finito per privare i giudici nazionali «*del loro compito di dare attuazione al diritto dell'Unione, in qualità di giudici di «diritto ordinario» dell'ordinamento giuridico dell'Unione, e, pertanto, della facoltà prevista dall'art. 267 TFUE, per non dire, eventualmente, dell'obbligo di effettuare un rinvio pregiudiziale nella materia in questione*».¹⁰³⁶

¹⁰³³ *Ibidem*, p. 71. Si noti come i due elementi, ossia estraneità all'ordinamento comunitario e personalità giuridica autonoma di diritto internazionale, non sono coincidenti: cfr. Sentenza della Corte del 10 luglio 2003, *Commissione delle Comunità europee contro Banca europea per gli investimenti*, Causa C-15/00, in *Racc. I-07281*, p. 66 *et seq.* Senonché, l'esclusione della personalità giuridica autonoma del Tribunale non basterebbe, in quanto tale a ricondurlo nel novero delle istituzioni comunitarie, ex art. 13 TUE, e tanto meno all'interno dell'istituzione Corte di giustizia ex art. 19 TUE.

¹⁰³⁴ *Ibidem*, p. 72-73.

¹⁰³⁵ *Ibidem*, p. 77.

¹⁰³⁶ *Ibidem*, p. 80. Cfr. anche **ADAM S.**, *Le mécanisme préjudiciel, limite fonctionnelle à la compétence externe de l'Union. Note sur l'avis 1/09 de la Cour de justice*, in *Cahiers de droit européen*, 2011, p. 277-303; **BARATTA R.**, *National Courts as 'Guardians' and*

416. A questo punto, benché l'appartenenza del nuovo Tribunale al sistema della Corte di giustizia fosse già stata scartata, anche alla luce dell'espressa previsione di apposita procedura di rinvio pregiudiziale da parte del progetto di accordo, la Corte di giustizia si domandava se, in fondo, al nuovo giudice internazionale non potesse riconoscersi anche la natura di "organo giurisdizionale comune agli Stati membri". Un precedente rilevante, in proposito, era infatti costituito dalla Corte di giustizia del Benelux, istituita con il trattato, firmato a Bruxelles il 31 marzo 1965, tra il Regno del Belgio, il Granducato di Lussemburgo e il Regno dei Paesi Bassi, il quale stabiliva la legge uniforme del Benelux in materia di marchi d'impresa. La Corte del Benelux, composta da giudici delle Corti supreme di ciascuno dei tre Stati in virtù dell'accordo richiamato costituisce giudice nazionale comune agli Stati partecipanti e risulta pertanto dotata di competenza pregiudiziale in ordine alle questioni vertenti sull'interpretazione della legge uniforme del Benelux. Verso la fine degli anni Novanta, nella pronuncia pregiudiziale resa nel caso *Parfums Christian Dior*,¹⁰³⁷ la Corte di giustizia aveva riconosciuto alla Corte di giustizia del Benelux la natura di organo giurisdizionale comune ai vari Stati membri partecipanti ed in questo modo l'aveva ricondotta all'alveo dell'art. 19 TUE, con la conseguenza che essa non solo risultava legittimata, ma talora addirittura era obbligata ad operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, nei casi previsti dall'art. 267 TFUE.¹⁰³⁸ In relazione al progetto di istituzione di un Tribunale dei brevetti "europeo e comunitario", tuttavia, la Corte finiva per scartare anche l'opzione ricostruttiva che accostava il TB alla Corte di giustizia del Benelux: il primo, infatti, costituiva solamente un giudice internazionale creato dagli Stati membri, ma non anche un organo giurisdizionale comune agli stessi, equiparabile ai relativi organi giurisdizionali nazionali agli effetti dell'art. 267 TFUE.¹⁰³⁹

417. L'applicazione di tali riflessioni ha condotto la Corte di giustizia a concludere nel senso dell'incompatibilità del progetto di accordo sul TB con i Trattati e con il principio di autonomia del diritto dell'Unione, siccome garantito dalla preservazione delle caratteristiche essenziali del sistema giurisdizionale comunitario. Infatti, con il nuovo accordo,

'Ordinary Courts' of EU Law. *Opinion 1/09 of the ECJ*, Legal Issues of Economic Integration, 2011, p. 297-320.

¹⁰³⁷ Cfr. Sentenza della Corte del 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior SA e Parfums Christian Dior BV contro Evora BV*, già cit. sub n. 257.

¹⁰³⁸ *Ibidem*, p. 21 *et seq.*, richiamati al Parere 1/09, già cit. sub n. 532, p. 82

¹⁰³⁹ Questo punto sarà approfondito nel prosieguo del presente paragrafo.

i giudici nazionali degli Stati membri sarebbero stati integralmente privati della propria competenza decisionale da parte del TB, il quale al contempo non risultava assimilabile ad un organo giurisdizionale comune agli Stati membri.¹⁰⁴⁰ La Corte, inoltre, evidenziava che natura internazionale del giudice avrebbe avuto come ulteriore effetto l'inapplicabilità dei principi fissati dalla giurisprudenza *Köbler*,¹⁰⁴¹ nel senso che la violazione del diritto dell'Unione da parte dello stesso non sarebbe risultata soggetta ai principi che regolano la responsabilità extracontrattuale degli Stati membri.¹⁰⁴²

418. Corollario della pronuncia esaminata è pertanto che, ai fini della *liceità comunitaria* degli accordi internazionali dell'UE, risulta necessaria la conservazione delle caratteristiche essenziali dell'istituto del rinvio pregiudiziale, il quale implica l'esercizio di una competenza condivisa tra la Corte di giustizia ed i giudici nazionali degli Stati membri.¹⁰⁴³ Si tratta di caratteristiche imprescindibili ai fini della preservazione in capo alla Corte del suo ruolo di guardiana dell'ordinamento giuridico dell'Unione e della sua autonomia,¹⁰⁴⁴ nei termini in cui la piena

¹⁰⁴⁰ Cfr. Parere 1/09, già cit. sub n. 532p. 89, ove la Corte precisava che: la creazione di un siffatto «*giudice internazionale, situato all'esterno della cornice istituzionale e giurisdizionale dell'Unione, priverebbe i giudici degli Stati membri delle loro competenze in materia di interpretazione e di applicazione del diritto dell'Unione, nonché la Corte della propria competenza a risolvere, in via pregiudiziale, le questioni proposte da detti giudici e, di conseguenza, snaturerebbe le competenze attribuite dai Trattati alle istituzioni dell'Unione e agli Stati membri, le quali sono essenziali alla salvaguardia della natura stessa del diritto dell'Unione*».

¹⁰⁴¹ Cfr. Sentenza della Corte del 30 settembre 2003, *Gerhard Köbler contro Republik Österreich*, già cit. sub n. 225.

¹⁰⁴² Cfr. Parere 1/09, già cit. sub n. 52, p. 88.

¹⁰⁴³ *Ibidem*, p. 74-76.

¹⁰⁴⁴ Cfr. Sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*, già cit. sub n. 40. Cfr. anche il recente Parere della Corte in seduta plenaria del 18 dicembre 2014, Parere 2/13, già cit. sub n. 53, per cui si rinvia a più approfondita dottrina: **SAURON J. L.**, *L'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne: la fin d'une idée anachronique ?*, già cit. sub n. 368, p. 4-6; **JACQUÉ J. P.**, *CJUE - CEDH: 2-0*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2014 p. 823-831; **ACKERMANN T. e.o.**, *Editorial comments: The EU's Accession to ECHR - a "NO" from ECJ?*, già cit. sub n. 368 p. 1-15; **DEPAIGNE V.**, *La Charte des droits fondamentaux: un socle autonome pour la protection des droits dans l'Union européenne*, *Journal de droit européen*, 2015, p. 104-106; **LAMBRECHT S.**, *The Sting is in the Tail: CJEU Opinion 2/13 objects to draft agreement on accession of the EU to the European Convention on Human Rights*, già cit. sub n. 368, p. 185-198; **PETITE M.**, *The battle over Strasbourg: The protection of human rights across Europe has suffered a setback, thanks to the Court of Justice of the European Union*, già cit. sub n. 368; **NANOPOULOS E.**, *Killing two Birds with one Stone? The Court of Justice's Opinion on the EU's Accession to the ECHR*, *The Cambridge Law Journal*, 2015, p. 185-

applicazione del diritto dell'Unione nell'insieme degli Stati membri è essenziale ai fini della piena giustiziabilità dei diritti dell'individuo, all'interno di un vero e proprio ordinamento interindividuale, qual è quello comunitario.¹⁰⁴⁵

419. In estrema sintesi, con il Parere 1/09, la Corte ha colto l'occasione per ribadire il dato, già affermato nella giurisprudenza *Simmethal*, che l'autonomia e l'integrità dell'ordinamento giuridico dell'Unione vanno di pari passo con la protezione giurisdizionale dei diritti individuali dallo stesso riconosciuti. Entrambi, in questa visione, trovano *essenziale* garanzia di tutela, oltre che primaria espressione, nello strumento del rinvio pregiudiziale, quale meccanismo di integrazione del giudice nazionale nel più ampio sistema giurisdizionale comunitario di protezione dei diritti che l'ordinamento comunitario riconosce ai propri soggetti. Ci si chiede, a questo punto, se, alla luce di questa giurisprudenza, tali caratteristiche “*essenziali*” siano superabili mediante modifica dei Trattati, ove seguita da sufficiente prassi effettiva degli Stati membri, o eventualmente in altro modo (benché non si tratti di un'opzione espressamente contemplata dall'art. 218 TFUE). La Corte, difatti, diversamente da quanto affermato nel Parere 1/91, non si è spinta fino al punto di affermare che “nemmeno una modifica dei Trattati istitutivi” avrebbe potuto rendere il sistema giurisdizionale previsto dal progetto di accordo sul TB compatibile col diritto comunitario. Per individuare una risposta a tale questione si sarebbe dovuta attendere la pronuncia della Corte nel Parere 2/13, della quale si tratterà nel prossimo paragrafo.

420. Un ulteriore aspetto poco chiaro del Parere 1/09 riguardava le ragioni specifiche per le quali la Corte aveva ritenuto di negare al TB la natura di “organo giurisdizionale comune agli Stati membri”. Tale interrogativo trovava presto una risposta nella giurisprudenza comunitaria: pochi mesi più tardi, infatti, i giudici di Lussemburgo, pronunciandosi sul caso *Miles c. Scuole Europee*, affermavano la non riconducibilità alla nozione di “organo giurisdizionale comune agli Stati membri”, rilevante ai sensi dell'art. 267 TFUE, della giurisdizione internazionale fondata sull'accordo *inter se* che fosse priva di un collegamento sufficiente con i sistemi giurisdizionali nazionali degli Stati membri che ne sono parte.¹⁰⁴⁶ Questo, in *Miles*,

188; SPAVENTA E., *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2015, p. 35-56.

¹⁰⁴⁵ Cfr. *supra* il Capitolo 2.

¹⁰⁴⁶ Cfr. Sentenza della Corte del 14 giugno 2011, *Paul Miles e a. contro Écoles européennes*, già cit. sub n. 353, in particolare ai p. 37-46. Sul caso *Miles*, si rinvia a più ampia

era il caso della Camera di ricorso istituita dalla Convenzione sulle scuole europee del 1994,¹⁰⁴⁷ accordo c.d. misto al quale partecipano tutti Stati membri e l'UE, e relativo all'istruzione in comune dei figli dei dipendenti delle istituzioni comunitarie.¹⁰⁴⁸ La Camera di ricorso si era infatti rivolta alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE, per conoscere se fosse legittimata o addirittura obbligata, ove giudicasse in ultima istanza, ad operare il rinvio alla Corte di giustizia in ordine alle questioni pregiudiziali di diritto comunitario.

421. Anche nel caso *Miles*, il punto cruciale ai fini dell'operatività dell'art. 267 TFUE era rappresentato dalla questione se la Camera di ricorso, cui indubbiamente doveva riconoscersi natura di organo giurisdizionale, appartenesse al sistema giurisdizionale degli Stati membri, eventualmente quale organo giurisdizionale internazionale ad essi comune, secondo il modello della Corte del Benelux.¹⁰⁴⁹ Diversamente da quanto era accaduto nel caso del TB, nella sentenza *Miles* la Corte argomentava più accuratamente l'impossibilità di tracciare un parallelismo con la Corte del Benelux e di qualificare in senso analogo la Camera di ricorso delle Scuole Europee. Essa, infatti, chiariva che la «*Corte di giustizia del Benelux [...] è incaricata di assicurare*

dottrina. Cfr. in particolare, *ex multis*, **PICOD F.**, *Incompétence de la Cour de justice pour répondre aux questions de la Chambre de recours des écoles européennes*, La Semaine Juridique - édition générale 2011, p. 1214; **SIMON D.**, *Notion de juridiction. La Chambre de recours des Écoles européennes n'est pas une juridiction d'un État membre au sens de l'article 267 TFUE*, Europe, 2011, p. 20; **GROZDANOVSKI L.**, **TURMO A.**, *Le juge national, interlocuteur privilégié de la Cour de justice de l'Union européenne*, già cit. sub n. 248; esprime alcuni dubbi in ordine alla conformità del nuovo accordo istitutivo di un Tribunale Unificato dei Brevetti ai principi enunciati dalla Corte nel caso *Miles*, **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution*, già cit. sub n. 37, p. 334 e nota 156.

¹⁰⁴⁷ La creazione delle scuole europee si fondava in origine su due strumenti, vale a dire, da un lato, lo Statuto della scuola europea, firmato a Lussemburgo il 12 aprile 1957 (Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 443, pag. 129), e, dall'altro, il Protocollo relativo alla creazione di scuole europee, stabilito con riferimento allo Statuto della scuola europea, firmato a Lussemburgo il 13 aprile 1962 (Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 752, pag. 267). Tali strumenti sono stati sostituiti dalla Convenzione recante statuto delle scuole europee firmata a Lussemburgo il 21 giugno 1994 (in GU L 212, p. 3), ed entrata in vigore il 1° ottobre 2002.

¹⁰⁴⁸ Difatti, contrariamente agli strumenti originali, dei quali erano parti unicamente gli Stati membri, la Convenzione sulle scuole europee è stata conclusa anche dalle Comunità europee, legittimate a tal fine dalla decisione del Consiglio 17 giugno 1994, 94/557/CE, Euratom, che autorizza la Comunità europea e la Comunità europea dell'energia atomica a firmare e concludere la convenzione recante statuto delle scuole europee (in GU L 212, p. 1).

¹⁰⁴⁹ Sentenza della Corte del 14 giugno 2011, *Paul Miles e a. contro Écoles européennes*, già cit. sub n. 353, p. 37-40.

*l'uniformità nell'applicazione delle norme giuridiche comuni ai tre Stati del Benelux e [...] il procedimento instaurato dinanzi ad essa costituisce un incidente nell'ambito delle cause pendenti dinanzi ai giudici nazionali, in esito al quale viene fissata l'interpretazione definitiva delle norme giuridiche comuni al Benelux».*¹⁰⁵⁰

Al contrario, evidenziava la Corte, benché la Camera di ricorso desse effettivamente applicazione alla disciplina internazionale comune agli Stati membri di cui alla Convenzione, costituiva «*pur sempre un organo di un'organizzazione internazionale la quale, nonostante i legami funzionali [...] con l'Unione, resta formalmente distinta da quest'ultima e dagli Stati membri*», e soprattutto non presentava alcun collegamento simile a quello della Corte del Benelux, rispetto ai sistemi giurisdizionali degli Stati membri.¹⁰⁵¹ Secondo la Corte, il fatto che la Camera di ricorso, in quanto incaricata dell'applicazione delle norme comunitarie all'accordo,¹⁰⁵² dovesse applicare i principi generali del diritto dell'Unione qualora fosse stata investita di una controversia in ogni caso «*non [risultava] sufficiente a ricondurla alla nozione di «giurisdizione di uno degli Stati membri» e dunque all'ambito di applicazione dell'art. 267 TFUE*».¹⁰⁵³

422. Più in particolare, richiamando le condizioni individuate nella sentenza *Parfums Christian Dior* al fine di stabilire la natura di “giurisdizione comune agli Stati membri” della Corte del Benelux, la Corte di giustizia precisava innanzitutto che il ruolo fondamentale della Corte del Benelux era quello di essere la giurisdizione «*incaricata di assicurare l'uniformità nell'applicazione delle norme giuridiche comuni ai tre Stati*» parti della comunità e, in secondo luogo, che «*il procedimento instaurato dinanzi ad essa costituisce un incidente nell'ambito delle cause pendenti dinanzi ai giudici nazionali, in esito al quale viene fissata l'interpretazione definitiva delle norme giuridiche comuni al Benelux*».¹⁰⁵⁴ Nel caso *Miles*, tanto le parti ricorrenti, quanto la Commissione europea ritenevano soddisfatte queste condizioni anche per le Camere di ricorso delle

¹⁰⁵⁰ *Ibidem*, p. 41.

¹⁰⁵¹ *Ibidem*, p. 41 e 42.

¹⁰⁵² Cfr. Sentenza della Corte del 30 aprile 1974, R. & V. *Haegeman contro Stato belga*, Causa 181-73, in *Racc.* 449, p. 3/5 e 6.

¹⁰⁵³ Sentenza della Corte del 14 giugno 2011, *Paul Miles e a. contro Écoles européennes*, già cit. sub n. 353, p. 43.

¹⁰⁵⁴ *Ibidem*, p. 40-41. Cfr. Sentenza della Corte del 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior SA e Parfums Christian Dior BV contro Evora BV*, già cit. sub n. 257, in particolare al p. 22.

Scuole europee.¹⁰⁵⁵ In aggiunta la Commissione affermava che «[...] certamente, non tutti i giudici internazionali possono adire la Corte con un rinvio pregiudiziale per il solo motivo che applicano norme giuridiche dell'Unione. Nel caso di specie, tuttavia, si tratterebbe del caso particolare di una giurisdizione comune al complesso degli Stati membri, la quale si sostituisce ai giudici nazionali, che sarebbero stati altrimenti competenti».¹⁰⁵⁶ Dello stesso avviso era stato l'Avvocato Generale Sharpston, che nelle proprie conclusioni del dicembre 2010, suggeriva alla Corte di adottare un'interpretazione “teleologica” della norma del TFUE che disciplina il rinvio pregiudiziale, in linea con lo scopo dell'istituto di garantire in ogni caso l'applicazione uniforme del diritto comunitario in tutti gli Stati membri.¹⁰⁵⁷ Si tratta proprio della tesi che era stata rigettata dalla Corte nel *Parere 1/09*, e che verrà rigettata successivamente anche in *Miles*, sul presupposto dell'insussistenza tra le Camere di ricorso ed i giudici nazionali del collegamento che invece si era evidenziato sussistere nella pronuncia *Parfums Christian Dior*.¹⁰⁵⁸ La Corte, di conseguenza, ha assunto in entrambe le cause una posizione intermedia tra l'interpretazione letterale del concetto di “giurisdizione di uno degli Stati membri” all'art. 267 TFUE – argomentata dalle Scuole europee – e l'interpretazione teleologica sostenuta dalla Commissione e dalle ricorrenti, e condivisa dall'Avvocato Generale Sharpston: secondo tale visione, il riferimento alle giurisdizioni nazionali, contenuto nella norma primaria dedicata al rinvio, non deve interpretarsi così rigidamente da escludere dal proprio ambito di applicazione le giurisdizioni costituite in comune dagli Stati membri, se esse presentano dei collegamenti sufficienti con i sistemi giurisdizionali interni; il solo fine di assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione tra gli Stati membri, tuttavia, non basta a rendere “organo giurisdizionale comune agli Stati membri” il giudice internazionale che non presenti sufficienti collegamenti con i sistemi giudiziari domestici.

423. Una lettura combinata del *Parere 1/09* e della sentenza *Miles*, permette di concludere che, ove gli Stati membri decidano di affidare l'applicazione del diritto comunitario ad un sistema giurisdizionale internazionale, affinché l'autonomia del diritto dell'Unione sia rispettata è necessario che il sistema giurisdizionale in questione possa ricondursi nell'alveo dell'art. 19 TUE, ed in particolare assicuri il

¹⁰⁵⁵ *Ibidem*, p. 32. Essi, infatti, richiamavano espressamente i punti da 20 a 26 della sentenza in *Parfums Christian Dior*.

¹⁰⁵⁶ *Ibidem*, p. 33.

¹⁰⁵⁷ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston, p. 56 *et seq.*

¹⁰⁵⁸ Cfr *Miles*, già cit. sub n. 353, p. 41.

rispetto delle competenze pregiudiziali riconosciute alla Corte di giustizia dall'art. 267 TFUE. A tal fine, tuttavia, la Corte ritiene necessario un coinvolgimento minimo dei giudici nazionali, espressione del potere giurisdizionale individuale di ciascuno Stato membro. Al contrario, lo strumento del rinvio pregiudiziale non appare utilizzabile nel caso in cui questi ultimi – ancorché nei rapporti con una giurisdizione comune ai vari Stati membri di cui fanno parte - risultino totalmente privati delle proprie competenze, perché il giudice internazionale è dotato di competenze esclusive (*Parere 1/09*), oppure mancano delle procedure *minime* che ne consentano il coinvolgimento (*Miles*).¹⁰⁵⁹

424. Diversamente, nella sentenza *Miles* non trovava risposta il primo degli interrogativi lasciati aperti dal Parere 1/09, ovvero se fosse possibile per gli Stati membri derogare al principio di autonomia del diritto dell'UE, così come garantito per il tramite del sistema comunitario autonomo di tutela giurisdizionale (od eventualmente del solo pilastro costituito dal rinvio pregiudiziale), mediante modifica dei Trattati istitutivi. Al contrario, la sentenza *Miles* sembrava introdurre ulteriori elementi di ambiguità a riguardo: difatti, dopo aver riconosciuto che l'applicazione dei principi del diritto dell'Unione da parte di una corte internazionale, quale la Camera di ricorso, non costituisce elemento di per sé sufficiente a renderla giurisdizione comune agli Stati membri legittimata al rinvio pregiudiziale ex art. 2676 TFUE, i giudici di Lussemburgo affermavano, tuttavia, che: « [i] ricorrenti nella causa principale e la Commissione ritengono tuttavia che la facoltà, o persino l'obbligo, in capo alla Camera di ricorso di adire la Corte [...] è indispensabile al fine di assicurare l'interpretazione uniforme dei citati principi nonché il rispetto effettivo dei diritti che gli insegnanti comandati ne traggono. A tale proposito si deve rilevare che, anche se è certamente ipotizzabile un'evoluzione, nel senso illustrato nel punto precedente, del sistema di tutela giurisdizionale stabilito dalla Convenzione sulle scuole europee, spetta comunque agli Stati

¹⁰⁵⁹ Una questione che potrebbe porsi è quale sia il *minimo* collegamento con il sistema giurisdizionale nazionale che può ritenersi tollerabile ai fini del rispetto dei Trattati e della fruibilità dell'istituto del rinvio. Nella sentenza in commento la Corte si è limitata a fare riferimento al caso della Corte di giustizia del Benelux, giudice internazionale comune agli Stati membri del Benelux, cui è stato consentito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia dell'Unione, alla stessa stregua degli organi giurisdizionali propri a ciascuno di tali Stati membri, dal momento che «il procedimento instaurato dinanzi ad essa costituisce un incidente nell'ambito delle cause pendenti dinanzi ai giudici nazionali, in esito al quale viene fissata l'interpretazione definitiva delle norme giuridiche comuni al Benelux» (cfr. *Miles*, già cit. sub n. 353, p. 40-41). Resta da chiedersi se anche un collegamento di tipo diverso possa ritenersi sufficiente a fare salva la natura di giurisdizione nazionale comune del tribunale internazionale, e quali siano i parametri di “intensità” del collegamento tra gli organi giurisdizionali applicati dalla Corte.

membri riformare il sistema attualmente in vigore.¹⁰⁶⁰ Con questa affermazione, che si pone potenzialmente in contrasto con l'affermata *essenzialità* dell'autonomia del sistema giurisdizionale comunitario, così come con la espressa esclusione di ogni modifica in tal senso dei Trattati originari affermata nel Parere 1/91, la Corte di giustizia richiamava «*per analogia*» i punti 44 e 45 della sentenza *UPA*, nella parte in cui sollecitavano gli Stati membri all'ampliamento del novero dei soggetti legittimati all'azione di annullamento ex art. 263 TFUE, mediante procedura ordinaria di revisione dei Trattati.¹⁰⁶¹

425. È pertanto dubbio se questo ambiguo inciso possa interpretarsi come un segno di apertura verso la legittimità di una modifica dei meccanismi di funzionamento dell'istituto del rinvio, così come finora sviluppati dalla giurisprudenza comunitaria, alla sola condizione che ciò avvenga nel rigoroso rispetto del procedimento di revisione dei Trattati. Innanzitutto, occorre ricordare che la norma all'art. 267 TFUE nulla dice o definisce rispetto alla nozione di “*giurisdizione di uno degli Stati membri*”; al contrario, è stata la giurisprudenza della Corte di giustizia ad essersi lungamente dedicata alla puntualizzazione del concetto.¹⁰⁶² Sicché non è agevole comprendere fino in fondo se la modifica ipotizzata dalla Corte riguardasse tale nozione od altri elementi più esplicitamente considerati dalla disposizione. In secondo luogo, anche ove la modifica ipotizzata concernesse la nozione di “*giurisdizione di uno degli Stati membri*”, il richiamo del precedente rappresentato dalla sentenza *UPA* potrebbe portare a ritenere che prima di modificare l'art. 267 TFUE gli Stati membri debbano attendere una “benedizione” della Corte, avente ad oggetto la legittimità attuale - individuata in base ad una lettura sistematica, e comunque, complessiva del sistema - della modifica da introdurre. In terzo ed ultimo luogo, si ritiene di evidenziare che il rigore da sempre manifestato dalla Corte nell'interpretazione dei propri precedenti in ordine alla nozione di *giurisdizione nazionale* – e la sentenza *Miles* non fa certo eccezione alla regola - rende difficile ipotizzare che essa voglia

¹⁰⁶⁰ Così *Miles*, già cit. sub n. 353, p. 45 (sottolineatura aggiunta).

¹⁰⁶¹ Cfr. Sentenza della Corte del 25 luglio 2002, *Unión de Pequeños Agricultores contro Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-50/00, già cit. sub n. 368.

¹⁰⁶² Cfr. Ordinanza della Corte (Prima Sezione) del 14 maggio 2008, *Jonathan Pilato contro Jean-Claude Bourgault*, Causa C-109/07, in *Racc.* 3503, p. 22 e giurisprudenza ivi citata; Sentenza della Corte (Quarta Sezione) del 18 ottobre 2007, *Kommunikationsbehörde Austria (Komm.Austria) contro Österreichischer Rundfunk (ORF)*, Causa C-195/06, in *Racc.* I-8817, p. 19; Sentenza della Corte (grande sezione) del 19 settembre 2006, *Graham J. Wilson contro Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, Causa C-506/04, in *Racc.* 8613, p. 49-53; Sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 14 giugno 2001, *Doris Salzmann*, Causa C-178/99, in *Racc.* 4421, p. 14).

suggerire agli Stati membri di “aggirare” la propria consolidata giurisprudenza, avvalendosi banalmente del procedimento di revisione. Una tale modifica, di sicuro impatto *costituzionale*, nel senso più sopra chiarito, inoltre, si scontrerebbe con altra parte consistente della giurisprudenza della Corte, relativa agli istituti che in altro modo si ricollegano con il ruolo dei giudici nazionali nell’ordinamento dell’Unione. Sicuramente, infatti, l’estensione della nozione di giurisdizione nazionale comune agli Stati membri a prescindere dall’esistenza di specifici legami con gli organi giurisdizionali nazionali interni renderebbe problematica l’applicazione dei principi sulla responsabilità extracontrattuale per gli atti posti in essere degli organi giurisdizionali sancita dalla Corte in *Kobler*.¹⁰⁶³

426. Al fine di comprendere più compiutamente il significato da assegnare all’ambiguo passaggio della pronuncia *Miles* che si è appena commentato, si ritiene di dare uno sguardo alla giurisprudenza successiva della Corte, ed in particolare al Parere 2/13, del dicembre 2014, sull’adesione dell’Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), nel contesto della quale i giudici comunitari ha affrontato più apertamente la questione.

(b) Il rinvio pregiudiziale quale componente costituzionale dell’ordinamento europeo. Dalla sentenza Kadi II al Parere 2/13 sull’adesione dell’Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)

427. L’affermazione che il rinvio pregiudiziale riveste il ruolo di “pilastro” del sistema giurisdizionale comunitario, così come strutturatosi nelle relazioni tra Corte di giustizia e giudici interni dalla sentenza *Simmenthal* in poi, non era accompagnata, né in *Miles*, né nel Parere 1/09, dalla sua esplicita qualificazione in termini di elemento *costituzionale* dell’ordinamento dell’Unione.¹⁰⁶⁴ Al contrario, in *Kadi II*, la Corte aveva espressamente qualificato l’azione di annullamento in termini di «*garanzia costituzionale derivante dal Trattato CE, quale sistema giuridico autonomo*», ricollegando a tale carattere l’intollerabilità di qualunque modifica del modo d’essere dell’istituto, neppure se

¹⁰⁶³ Cfr. Sentenza della Corte del 30 settembre 2003, *Gerhard Köbler contro Republik Österreich*, già cit. sub n. 225, p. 31, 33-36, richiamata dalla Corte nel Parere 1/09, già cit. sub n. 532, al p. 86.

¹⁰⁶⁴ Cfr. Parere 1/09, già cit. sub n. 53, p. 39, ove in generale si ricollegava il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, ma non a una supposta *costituzione* europea.

conseguenza dell'impatto sull'ordinamento giuridico comunitario dello *ius cogens* incorporato in una risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (art. 49 della Carta ONU).¹⁰⁶⁵ Tali affermazioni portano a concludere che l'azione di annullamento, in quanto garanzia *costituzionale*, non possa escludersi nemmeno mediante formale processo di revisione dei Trattati senza stravolgere la fisionomia del sistema.¹⁰⁶⁶

428. Come si è richiamato più sopra, la Corte di giustizia non si è mai addentrata nell'esame delle caratteristiche che determinano l'eventuale natura costituzionale di un elemento del sistema giuridico comunitario, né nell'esame del regime giuridico che a tale natura si accompagna. Per quanto tale aggettivo sia stato talora impiegato nelle sue pronunce, il significato da attribuirvi è rimasto piuttosto oscuro, tanto che la dottrina risulta profondamente divisa sul punto.

¹⁰⁶⁵ Cfr. Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, già cit. sub n. 368, p. 281, 285, 290, 316. Si ricorda infatti che il Tribunale, nella sentenza poi riformata dalla Corte, aveva riconosciuto che: «*le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza controverse sono state adottate in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. In tale contesto, la determinazione di ciò che costituisce una minaccia contro la pace e la sicurezza internazionale, nonché dei provvedimenti necessari a mantenerle o a ristabilirle, rientra nell'esclusiva responsabilità del Consiglio di Sicurezza e sfugge, in quanto tale, alla competenza delle autorità e dei giudici nazionali comunitari, fatto salvo unicamente il diritto naturale di legittima difesa, individuale o collettiva, di cui all'art. 51 della detta Carta. [...] l'affermazione di una competenza del Tribunale a controllare in via incidentale la legittimità di una decisione del genere in base allo standard di tutela dei diritti fondamentali riconosciuti nell'ordinamento giuridico comunitario non può quindi giustificarsi né sulla base del diritto internazionale né sulla base del diritto comunitario*» (cfr. Sentenza del Tribunale di primo grado (Seconda Sezione ampliata) del 21 settembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, Causa T-315/01, già cit. sub n. 386, p. 119-121). La Corte, in sede d'impugnazione, pur riconducendo gli strumenti in questione al diritto cogente, affermava che tale natura non valeva ad alterare il sistema giurisdizionale comunitario. Al contrario, con soluzione formalista coerente con l'approccio monista che sembra informarne l'intera pronuncia, il Tribunale affermava che, costituendo le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza ONU fonti di rango sovraordinato ai Trattati comunitari, «*[i]l sindacato giurisdizionale incidentale esercitato dal Tribunale nell'ambito di un ricorso di annullamento di un atto comunitario adottato, senza esercizio di alcun margine discrezionale, allo scopo di attuare una risoluzione del Consiglio di Sicurezza può dunque, in via del tutto eccezionale, estendersi alla verifica del rispetto delle norme superiori del diritto internazionale appartenenti allo ius cogens e, in particolare, delle norme imperative che riguardano la tutela universale dei diritti dell'uomo, cui né gli Stati membri né le organizzazioni dell'ONU possono derogare, poiché esse costituiscono "principi inderogabili del diritto internazionale consuetudinario" [...]*» (p. 231).

¹⁰⁶⁶ Risulta pertanto accettabile, in linea con quanto appena affermato, l'esclusione del controllo giurisdizionale di legittimità che risulta accordata agli atti adottati nel settore della PESC ai sensi dell'art. 275 TFUE.

429. Una parte della letteratura, cui si ritiene di aderire, è dell'opinione che l'impiego delle categorie proprie del diritto costituzionale nel contesto dell'ordinamento UE sia discutibile e foriera di malintesi, e che pertanto debba evitarsi.¹⁰⁶⁷ Tanto considerato, l'uso dell'aggettivo *costituzionale* fatto dalla Corte nella sentenza *Kadi II*, sembra gettare maggiore chiarezza sul suo significato, nel senso di indicare l'irrinunciabilità, e dunque l'*essenzialità* al sistema, di un certo elemento. Nel caso di specie, tale essenzialità riguardava la tutela giurisdizionale dei diritti individuali, o almeno quella realizzata per il tramite dell'azione di annullamento. Secondo l'opinione di chi scrive, tuttavia, non sembra errato estendere tale conclusione anche allo strumento del rinvio pregiudiziale. Ciò può argomentarsi sulla base della prospettiva adottata dalla Corte in *Simmenthal*, così come sviluppata nella più recente giurisprudenza. Non si deve sottovalutare, infatti, come già nel *Parere 1/09* la Corte abbia riconosciuto che: «*le funzioni attribuite, rispettivamente, ai giudici nazionali e alla Corte sono essenziali alla salvaguardia della natura stessa dell'ordinamento istituito dai Trattati*».¹⁰⁶⁸ Inoltre, l'accostamento della irrinunciabilità (*rectius essenzialità*) dell'azione di annullamento alla sua valenza costituzionale, sicuramente legittima l'impiego di una nozione *sostanziale* di costituzione, che si è già ritenuta di accogliere in questo scritto.¹⁰⁶⁹ In questo senso, essa deve intendersi in termini di riflesso della garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti e così dell'operare del principio della separazione dei poteri nell'ordinamento comunitario, in cui i diritti riconosciuti agli individui, una volta *accettati* mediante il volontario arretramento delle sovranità nazionali degli Stati membri (secondo il processo di c.d. *autocostituzione*), ricevono tutela autonoma, sottratta cioè ad alcuna interposizione di questi ultimi.¹⁰⁷⁰ L'affermazione del carattere *sostanzialmente costituzionale* del rinvio deve così rinvenirsi già all'interno del *Parere 1/09*, in quanto elemento essenziale alla preservazione del carattere interindividuale

¹⁰⁶⁷ Cfr. *supra*, la Sezione 0.

¹⁰⁶⁸ Cfr. p. 85 del *Parere 1/09*, già cit. sub n. 532 (sottolineatura aggiunta).

¹⁰⁶⁹ Cfr. *supra* la Sezione 2.4.

¹⁰⁷⁰ Cfr., in particolare, la definizione dell'aggettivo "*sostanzialmente costituzionale*" data in **CORTESE B.**, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit. sub n. 37, a p. 329, *sub* nota 131: «[j]'utilise ici le terme constitutionnel suivant l'approche de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, aux termes duquel "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution". Mais alors, une société interindividuelle gouvernée, au moins en partie, par l'ordre juridique interindividuel européen, à l'intérieur duquel cette garantie est assurée, et cette séparation déterminée (même si d'une façon encore imparfaite [...]) a évidemment une constitution, même si cette constitution n'est pas étatique».

dell'ordinamento.¹⁰⁷¹ In questa prospettiva, una modifica dei Trattati istitutivi che determinasse il venir meno dell'autonomia della tutela giurisdizionale comunitaria, integrerebbe un processo inverso all'*autocostituzione*, privando l'ordinamento comune del suo carattere interindividuale e trasformandolo in qualcosa di diverso, molto più vicino al modello classico delle organizzazioni internazionali.

430. Sulla base di queste considerazioni, si ritiene pertanto in linea con la giurisprudenza precedente quanto affermato dalla Corte nel *Parere* 2/13.¹⁰⁷² Si tratta del parere, reso ex art. 218, par. 11, TFUE, nel dicembre 2014, con riferimento al progetto di accordo di adesione dell'Unione europea Convenzione Europea per la Salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, adesione oggi prescritta dall'art. 6, par. 2, TFUE.¹⁰⁷³ I giudici di Lussemburgo hanno espressamente confermato il carattere *costituzionale* e così l'intangibilità del rinvio pregiudiziale, quale ulteriore *pilastr*o del sistema giurisdizionale comunitario, ricollegandolo al carattere interindividuale dell'ordinamento.¹⁰⁷⁴ Nella visione della Corte,

¹⁰⁷¹ Sulla nozione di istituto sostanzialmente costituzionale cfr. *supra* la Sezione 2.3.

¹⁰⁷² Parere della Corte in seduta plenaria del 18 dicembre 2014, *Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - Compatibilità di detto progetto con i Trattati UE e FUE*, Parere 2/13, già cit. sub n. 53.

¹⁰⁷³ A seguito del Trattato di Lisbona, l'art. 6, par. 2, TUE prevede infatti che: «[I]l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati» (cfr. anche l'art. 218, paragrafo 6, secondo comma, lettera a), punto 2, TFUE). Il parere della Corte è stato dunque reso ex art. 218 TFUE, in sede di controllo di compatibilità con i Trattati di un atto ad essi gerarchicamente subordinato, come confermato ai punti 160-164 della pronuncia.

¹⁰⁷⁴ Cfr. in particolare, i p. 164-167 del Parere, che così recitano: «[...] le condizioni alle quali i Trattati subordinano l'adesione mirano, in modo particolare, a garantire che quest'ultima non incida sulle caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione. A questo proposito occorre ricordare che tra queste caratteristiche figurano quelle relative alla struttura costituzionale dell'Unione, che si riflette nel principio di attribuzione delle competenze contemplato agli articoli 4, paragrafo 1, e 5, paragrafi 1 e 2, TUE, nonché nel quadro istituzionale definito agli articoli da 13 TUE a 19 TUE. A ciò si aggiungono le caratteristiche specifiche attinenti alla natura stessa del diritto dell'Unione. In particolare, come rilevato più volte dalla Corte, il diritto dell'Unione si caratterizza per il fatto di derivare da una fonte autonoma, costituita dai Trattati, per il suo primato sul diritto dei singoli Stati membri [...] nonché per l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini di detti Stati membri nonché agli Stati stessi (sentenza *van Gend & Loos*, EU:C:1963:1, pag.23, e parere 1/09, EU:C:2011:123, punto 65). Tali caratteristiche essenziali del diritto dell'Unione hanno dato vita ad una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano, in modo reciproco, l'Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché, tra di loro, gli Stati membri, ormai impegnati –

pertanto, la preservazione delle caratteristiche specifiche e dell'autonomia dell'ordinamento, invocate in *Kadi II*, trovano garanzia non solo nell'intangibilità della competenza giurisdizionale dei giudici dell'UE, ma anche nella conservazione del carattere pienamente *comunitario* dei meccanismi attraverso i quali tale competenza giurisdizionale viene esercitata.¹⁰⁷⁵ Invero, secondo la posizione espressa dalla Corte, l'attuazione dei diritti fondamentali, compresi quelli riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che a partire dal Trattato di Lisbona ex art. 6 TUE ha lo stesso valore giuridico dei Trattati, risulta subordinata al rispetto del «quadro costituzionale» comunitario, all'interno del quale il rinvio pregiudiziale costituisce la «chiave di volta del sistema giurisdizionale».¹⁰⁷⁶ Ne consegue che le caratteristiche peculiari del rinvio debbono essere necessariamente conservate al fine di tutelare l'autonomia dell'ordinamento. Nell'affermare ciò, inoltr, la Corte richiamava espressamente la propria giurisprudenza nel Parere 1/09, inerente la istituzione di un Tribunale Unificato dei Brevetti.¹⁰⁷⁷

come ricordato all'articolo 1, secondo comma, TUE – in un «processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa».

¹⁰⁷⁵ *Ibidem*, p. 201-214. In particolare, al punto 201, la Corte ha affermato quanto segue: «[s]econdo una costante giurisprudenza della Corte, un accordo internazionale non può pregiudicare l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati e, di conseguenza, l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione, di cui la Corte garantisce il rispetto. Tale principio trova riconoscimento in particolare nell'articolo 344TFUE, a norma del quale gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei Trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti da questi ultimi [...]», sicché ai p. 205-205, essa concludeva che: «contrariamente alla convenzione internazionale in questione nella causa decisa dalla sentenza Commissione/Irlanda (EU:C:2006:345, punti 124 e 125), la quale prevedeva espressamente che la disciplina per la soluzione delle controversie stabilita dal diritto dell'Unione prevalesse, in linea di principio, su quella istituita da detta convenzione, la procedura di composizione delle controversie prevista dall'articolo 33 della CEDU è suscettibile di trovare applicazione a qualsiasi Parte contraente, e dunque anche alle controversie tra gli Stati membri o tra questi e l'Unione allorché viene in discussione il diritto dell'Unione. A questo proposito, contrariamente a quanto sostenuto in alcune delle osservazioni presentate alla Corte nell'ambito del presente procedimento, il fatto che l'articolo 5 del Progetto di accordo preveda che le procedure dinanzi alla Corte non debbano essere considerate come modalità di risoluzione delle controversie alle quali le Parti contraenti hanno rinunciato ai sensi dell'articolo 55 della CEDU non può essere sufficiente per preservare la competenza esclusiva della Corte».

¹⁰⁷⁶ *Ibidem*, p. 176 e 198.

¹⁰⁷⁷ *Ibidem*, p. 183-184: sul presupposto che «un accordo internazionale può incidere sulle sue competenze soltanto a condizione che siano soddisfatte le condizioni essenziali per la preservazione della natura di tali competenze e che dunque non venga pregiudicata l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione (v. parere 1/00, EU:C:2002:231, punti 21, 23 e 26, nonché parere 1/09, EU:C:2011:123, punto 76; v. anche, in tal senso, sentenza *Kadi* e *Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*, EU:C:2008:461, punto 282). In particolare, l'intervento degli organi investiti dalla CEDU di competenze decisionali, quale

431. Posta così la questione, si potrebbe dire che le medesime condizioni s'impongono alla revisione formale dei Trattati. Difatti, per quanto nessuna delle sentenze esaminate concernesse modifiche introdotte mediante il processo di revisione dei Trattati, la Corte di giustizia ha nondimeno operato un esplicito collegamento tra gli elementi *costituzionali* del sistema giuridico dell'UE e quelli che attengono al modo d'essere necessario del diritto dell'Unione. Nel primo gruppo rientrano gli elementi riconducibili alla struttura costituzionale dell'Unione, la quale ricomprende le specifiche ed effettive caratteristiche del sistema giurisdizionale comunitario, rinvio pregiudiziale compreso. Nel secondo la Corte ha ricompreso le «*caratteristiche specifiche attinenti alla natura stessa del diritto dell'Unione*» quali il primato e l'autonomia del diritto dell'Unione.¹⁰⁷⁸ Gli uni e gli altri perciò integrano elementi *essenziali*, ineliminabili, del sistema.¹⁰⁷⁹

4.2.4 Effettività e adeguamento degli Stati membri alle pronunce della Corte di giustizia. Alcune questioni aperte

432. Esaminati i più recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia in punto di autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario e di istituzione di tribunali internazionali, appare di grande interesse analizzare come gli Stati membri vi abbiano dato attuazione. Con riferimento all'adesione alla CEDU, dato il grande valore simbolico che essa riveste, gli Stati membri dovranno prestare

contemplato dall'accordo previsto, non deve avere come effetto di imporre all'Unione e alle sue istituzioni, nell'esercizio delle loro competenze interne, un'interpretazione determinata delle norme del diritto dell'Unione (v. parere 1/91, EU:C:1991:490, punti da 30 a 35, nonché parere 1/00, EU:C:2002:231, punto 13)» la Corte ha affermato, tra l'altro che «*non contenendo alcuna disposizione in merito all'articolazione del meccanismo istituito dal Protocollo n.16 con la procedura di rinvio pregiudiziale contemplata dall'articolo 267 TFUE, l'accordo previsto è idoneo a pregiudicare l'autonomia e l'efficacia di tale procedura*» (p. 199) con la conseguenza che «*constatare che l'adesione dell'Unione alla CEDU quale prevista dal Progetto di accordo è suscettibile di pregiudicare le caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione e l'autonomia di quest'ultimo*» (p. 200).

¹⁰⁷⁸ *Ibidem* p.164-167. Sia pure seguendo presupposti metodologici diversi, la stessa conclusione viene raggiunta in **PASSCHIER R., STREMLER M.**, *Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of substantive Constraints on Treaty Revision*, già cit. sub n. 51, p. 11-12.

¹⁰⁷⁹ In senso analogo, è stato affermato che, con il Parere 2/13, la Corte di giustizia ha provveduto a collocare «*alcuni elementi della struttura "costituzionale" del sistema prima di altri*». Così **FORLATI S.**, *The European Convention on Human Rights and EU judicial cooperation in civil matters – Some Reflections in the Wake of Opinion 2/13*, Conferenza «The External Dimension of EU Private International Law after Opinion 1/13», Università di Ferrara, 13 febbraio 2015 e, allo stesso evento, **CREMONA M.**, *The Implications of Opinion 1/13 and 2/13 for EU External Relations Law*.

particolare attenzione nello strutturare l'accordo di adesione in conformità alle più esplicite prese di posizione della Corte. Ciò a maggior ragione se si considera che, diversamente da quanto accaduto nel caso dell'Accordo TUB, non è data loro la possibilità di svincolarsi dal controllo della Corte mediante la conclusione di un accordo internazionale esclusivamente *inter se*. Tale notazione verrà immediatamente giustificata, e si ricollega all'importante questione, menzionata *supra* al Capitolo 2, dell'effettivo adeguamento degli ordinamenti nazionali al diritto comunitario.

433. Con l'adozione dell'Accordo che istituisce un Tribunale Unificato dei Brevetti, infatti, i 25 Stati membri che vi partecipano si sono adeguati solo parzialmente ai rilievi operati dalla Corte nel Parere 1/09. Ciò emerge, in particolare, ove si legga il Parere 1/09 alla luce della più approfondita analisi dei caratteri costituzionali del sistema di tutela giurisdizionale *cripto-federale* UE, ribadita nella sentenza *Miles* ed ulteriormente sviluppata nel Parere 2/13.¹⁰⁸⁰ Al nuovo accordo non partecipano più né l'Unione, né gli Stati terzi parte della Convenzione di Monaco; esso, tuttavia, continua a prevedere che l'interpretazione e l'applicazione delle nuove norme comunitarie sul brevetto europeo con effetto unitario siano affidate ad un giudice che presenta natura (esclusivamente) internazionale.¹⁰⁸¹

434. A sostegno di questa notazione devono infatti richiamarsi due principali ordini di argomenti. Il primo è che, per quanto ad un'analisi appena più che superficiale del c.d. Pacchetto brevetti emerge che la parte più consistente della disciplina sostanziale del nuovo titolo di proprietà intellettuale sia contenuta all'interno dell'Accordo TUB, e solo una parte minimale sia stata adottata mediante il diritto derivato,¹⁰⁸² non è possibile escludere che il nuovo titolo presenti natura comunitaria o che comunque esso sia disciplinato almeno in parte dalle norme di diritto comunitario sul mercato interno.¹⁰⁸³

¹⁰⁸⁰ Cfr. *supra* il Paragrafo 4.2.3.

¹⁰⁸¹ In aderenza alla giurisprudenza della Corte di giustizia in ordine all'art. 267 TFUE, della quale si è dato conto più sopra, difatti, la natura del Tribunale deve stabilirsi al di là dell'affermazione all'art. 1 dell'Accordo TUB, secondo la quale: «[t]he Unified Patent Court shall be a court common to the Contracting Member States and thus subject to the same obligations under Union law as any national court of the Contracting Member States».

¹⁰⁸² Cfr. *supra* la Sezione 1.2.

¹⁰⁸³ Si può estendere al quadro attuale l'argomento sviluppato dalla Corte di giustizia ai punti da 74 a 76 del Parere 1/09, già cit. sub n. 532, giacché il diritto di brevetto europeo con effetto unitario trova origine e definizione essenziale nei già richiamati

435. Il nuovo titolo di proprietà intellettuale, di conseguenza, quantomeno per ciò che concerne le componenti essenziali del rapporto giuridico che trovano disciplina nel diritto dell'Unione, dovrà trovare tutela all'interno del sistema giurisdizionale *autonomo* UE. Rispetto a questo sistema, si è già detto, vige il principio di ripartizione delle competenze giurisdizionali tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia, la quale decide in con posizione di supremazia in sede di interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche comunitarie. In questo senso, solo la Corte di giustizia è *guardiana* dell'autonomia dell'ordinamento.¹⁰⁸⁴ Secondo la giurisprudenza poc'anzi richiamata, infatti, ai meccanismi di controllo giurisdizionale rappresentati dall'azione di annullamento e dal rinvio pregiudiziale, deve essere riconosciuto un ruolo *costituzionale*, o comunque essenziale – nel senso di *necessario* – alla preservazione dell'autonomia dell'ordinamento. Ciò implica non solo che tali strumenti devono continuare ad esistere e non possono essere esclusi,¹⁰⁸⁵ ma anche che essi devono preservare le caratteristiche fondamentali riconosciute nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia nel corso del processo di integrazione, al fine di garantire il carattere autenticamente comunitario, e cioè autonomo, del sistema di tutela giurisdizionale a cui appartengono.¹⁰⁸⁶ Per quanto riguarda il rinvio pregiudiziale, in particolare, la Corte ha chiarito che la sua struttura implica il coinvolgimento essenziale sia della Corte che dei giudici nazionali.¹⁰⁸⁷

Regolamenti 1257/12 e 1260/12. Cfr. *supra* la Sezione 3.4, relativa alla natura comunitaria del diritto creato mediante l'impiego dello strumento della cooperazione rafforzata.

¹⁰⁸⁴ Cfr. Parere della Corte in seduta plenaria dell'8 marzo 2011, *Creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti - Tribunale dei brevetti europeo e comunitario - Compatibilità di tale progetto con i Trattati*, Parere 1/09, già cit. sub n. 532., p. 66-67.

¹⁰⁸⁵ Cfr. Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, già cit. sub n. 368, p. 281, 285, 290, 316.

¹⁰⁸⁶ Parere della Corte in seduta plenaria del 18 dicembre 2014, *Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - Compatibilità di detto progetto con i Trattati UE e FUE*, Parere 2/13, già cit. sub n. 53. Cfr. già la Sentenza della Corte del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpA Simmenthal*, causa 106/77, già cit. sub n. 252.

¹⁰⁸⁷ Cfr. Parere della Corte in seduta plenaria dell'8 marzo 2011, *Creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti - Tribunale dei brevetti europeo e comunitario - Compatibilità di tale progetto con i Trattati*, Parere 1/09, già cit. sub n. 532; Sentenza della Corte del 14 giugno 2011, *Paul Miles e a. contro Écoles européennes*, già cit. sub n. 353, in particolare ai p. 37-46; Parere della Corte in seduta plenaria del 18

436. Il nodo centrale che deve sciogliersi per appurare se i correttivi apportati dagli Stati membri all'Accordo TUB siano sufficienti a colmare le lacune evidenziate dalla Corte nel Parere 1/09, una volta esclusi Unione e Stati terzi dalla sua conclusione, è pertanto se il nuovo giudice internazionale dei brevetti possa qualificarsi come organo giurisdizionale comune agli Stati membri, secondo il modello della Corte del Benelux. Tale natura del Tribunale Unificato dei Brevetti risulta positivamente affermata nel Regolamento 542 del 2014, il quale provvede espressamente ad accostarlo alla Corte del Benelux.¹⁰⁸⁸ Non è difficile, tuttavia, argomentare che la disciplina appena richiamata, costituendo fonte di rango secondario dell'ordinamento, non è in grado di superare l'interpretazione della nozione di giudice nazionale offerta dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza; nemmeno, si ritiene, gli Stati membri potrebbero per tale via importarvi surrettiziamente delle modifiche. Inoltre, stando alla lettura sopra proposta della giurisprudenza della Corte, alla luce degli ultimissimi sviluppi apportati dal Parere 2/13, tali modifiche sarebbero inammissibili financo se introdotte attraverso il procedimento formale di revisione dei Trattati.¹⁰⁸⁹ Di conseguenza, la verifica del rispetto dei parametri posti dalla Corte di giustizia s'impone anche nel caso di specie.

437. L'Accordo TUB, pur continuando a prevedere la possibilità di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice specializzato, continua anche ad escludere ogni possibile collegamento con gli organi giurisdizionali degli Stati membri, nel senso chiarito dalla giurisprudenza *Parfums Christian Dior*, e recentemente ripreso nella pronuncia *Miles*. Il rispetto degli equilibri fondamentali del rinvio pregiudiziale risulta ulteriormente indebolito se si considera il fatto che gli Stati membri hanno scelto di "svuotare" il Regolamento 1257/2012 della parte più considerevole della disciplina sostanziale del brevetto, per spostarla all'interno dell'Accordo TUB. Questa operazione – se non mette in crisi la

dicembre 2014, *Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - Compatibilità di detto progetto con i Trattati UE e FUE*, Parere 2/13, già cit. sub n. 53.

¹⁰⁸⁸ Cfr. l'art. 1 del Regolamento (UE) n. 542/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante modifica del regolamento (UE) n.1215/2012 per quanto riguarda le norme da applicare con riferimento al Tribunale unificato dei brevetti e alla Corte di giustizia del Benelux, in GU, L 163, 29.5.2014, p. 1–4. Le medesime questioni sembrano porsi, invero, per il Protocollo di modifica del c.d. «trattato della Corte di giustizia del Benelux», intervenuto il 15 ottobre 2012.

¹⁰⁸⁹ L'argomento è sostenuto da **CORTESE B.**, *The Relationship with the ECJ*, già cit. sub n. 358.

natura comunitaria del nuovo titolo – rischia, tuttavia, di restringere significativamente l'ambito dell'interpretazione pregiudiziale della Corte di giustizia, ed in particolare di limitare, se non azzerare, margine di manovra di cui essa potrà disporre al fine di operare un bilanciamento tra la tutela offerta dalle nuove norme e, ad esempio, le limitazioni poste alle prerogative di privativa industriale dai diritti fondamentali dell'individuo, protetti dall'ordinamento comunitario.

438. Ritornando brevemente all'accessione alla CEDU, si precisa per completezza come sia stato condivisibilmente evidenziato che il Parere 2/13 l'abbia resa estremamente difficile. Se, infatti, il parere appare coerente con la giurisprudenza precedente in punto di autonomia del sistema giurisdizionale comunitario, al contempo esso non si preoccupa di risolvere la rilevante questione della gestione delle relazioni tra l'ordinamento comunitario ed il sistema CEDU. In particolare, gli Stati membri dell'Unione, essendo al contempo anche membri della Convenzione, potrebbero trovarsi in una non agevole condizione di “conflitto di fedeltà” tra i due sistemi, con ripercussioni pericolose anche in termini di rallentamento del processo di integrazione europea.¹⁰⁹⁰ Ad ogni modo, si evidenzia, l'accordo di adesione difficilmente sfuggirà ad un ulteriore vaglio dei giudici di Lussemburgo (art. 218, par. 11, TFUE), sicché gli Stati membri non saranno certo lasciati da soli nell'affrontare questo rilevante problema.¹⁰⁹¹ Al contrario, nel caso del Pacchetto brevetti,

¹⁰⁹⁰ Così si esprime sul punto **FORLATI S.**, *The European Convention on Human Rights and EU judicial cooperation in civil matters*, già cit sub n. 1079. Naturalmente, dal punto di vista della Corte di giustizia il problema del conflitto di fedeltà non sembra nemmeno configurabile, costituendo l'*autonomia* del sistema giurisdizionale comunitario elemento insuperabile, alla luce del quale interpretare eventualmente anche l'art. 351 TFUE (cfr., per le ripercussioni sul piano sostanziale, quanto affermato *supra* con la sentenza *Kadi II*). Fintanto che ciò corrisponderà alla prassi effettivamente accolta dagli Stati membri – sovrani dei Trattati –, si ritiene, il ragionamento della Corte di giustizia rimarrà condivisibile, ponendosi il primato del diritto dell'Unione e l'essenzialità di alcuni dei suoi elementi quale manifestazione di una delle facce della sovranità nazionale (cfr. *supra*, il Capitolo 2). Se per il primo aspetto la prassi degli Stati membri può dirsi sufficientemente consolidata, maggiori dubbi si pongono per il secondo (cfr. *infra* il prosieguo del presente paragrafo).

¹⁰⁹¹ E questo a differenza di quanto accaduto per l'accordo istitutivo di un Tribunale Unificato dei Brevetti che, a seguito del Parere 1/09, è stato strutturato in termini di *partial agreement* tra 25 Stati membri, e pertanto non ha potuto costituire oggetto di esame ulteriore da parte della Corte di giustizia ex art. 218, par. 11, TFUE. A questo punto, lo scrutinio della Corte potrà intervenire solamente in sede di azione di infrazione, laddove emergesse una volontà politica in questo senso da parte di taluno degli Stati membri o della Commissione europea, ovvero, più realisticamente, in via completamente incidentale, in virtù del rinvio pregiudiziale del giudice nazionale di uno degli Stati membri, laddove l'intervento di costui fosse invocato dal titolare di brevetto o (più verosimilmente) dal terzo controinteressato, il quale

l'esclusione dell'Unione tra le parti contraenti dell'Accordo TUB ha consentito agli Stati membri di evitare una seconda valutazione di compatibilità ad opera della Corte.

439. La complessità della giurisprudenza della Corte in punto di creazione ovvero di accessione, da parte dell'Unione o dei suoi membri, a sistemi giurisdizionali internazionali, combinata con il carattere assoluto della rivendicazione di autonomia dell'ordinamento per il tramite del suo sistema giurisdizionale,¹⁰⁹² ha portato una parte della dottrina ad evidenziare come l'interpretazione avallata dalla Corte di giustizia rischi di porsi in contrasto con l'ulteriore obiettivo dell'UE «*alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale [...]»*, fissato dall'art. 3, par. 5, TUE.¹⁰⁹³ Per questa via, difatti, risulta estremamente irrigidita la possibile gestione delle relazioni tra giurisdizioni internazionali e Corte di giustizia, nel senso di una insindacabile superiorità di quest'ultima con riferimento all'interpretazione ed applicazione di ogni accordo internazionale di cui l'Unione è parte.¹⁰⁹⁴

non riconosca per i motivi strutturali qui esaminati, la giurisdizione del Tribunale Unificato dei Brevetti.

¹⁰⁹² Scrive con estrema chiarezza Cremona, con espresso riferimento alla c.d. *dottrina Haegeman* della Corte di giustizia (cfr. Sentenza della Corte del 30 aprile 1974, R. *Haegeman contro Stato belga*, causa 181-73, già cit.): «[a]ccording to a now-hallowed expression of the Court of Justice, such agreements [l'espressione è usata con riferimento agli accordi internazionali di cui l'UE è parte] form an integral part of Union law. The act of conclusion (now always a decision of the Council under Article 218(6) TFEU, subject to varying degrees of involvement of the European Parliament) itself incorporates the agreement into Union law. As such the agreement may be the subject of preliminary ruling requests from national courts and interpreted by the Court of Justice. The decision concluding the agreement is subject to the possibility of judicial review and even annulment, although this will not affect the binding quality of the agreement in international law. Such judicial review may be based on breach of a procedural requirement in concluding the agreement, on incorrect legal basis or lack of competence. The Court may also review the compatibility of the substantive provisions of the international agreement with primary EU law (the Treaties, the Charter and general principles of law including fundamental rights), and this possibility makes it clear that as far as the Union legal order is concerned, international agreements do not prevail over primary law» (cfr. **CREMONA M.**, *A Triple Braid – interactions between international law, EU law and private law*, già cit. sub n. 386, in particolare le note 31 e 32). La stessa prospettiva trova applicazione ogni qualvolta il giudice istituito da un accordo internazionale di cui almeno uno Stato membro sia parte si trovi ad interpretare ed applicare in modo vincolante il diritto comunitario di qualunque fonte.

¹⁰⁹³ Così **DE WITTE**, *A Selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement beyond the European Union*, già cit. sub n. 366, in particolare a p. 35.

¹⁰⁹⁴ Cfr. **CANNIZZARO E.**, *The Neo-Monism of the European Legal Order*, in **CANNIZZARO E.**, **PALCHETTI P.**, **WESSEL R.** (eds.), *International Law as Law*

440. La questione si complica ulteriormente ove si prenda in considerazione il fatto che la *primauté* del diritto comunitario deve garantirsi, secondo la giurisprudenza della Corte e la prassi consolidata della Commissione, in ogni istanza di conflitto anche solo *astrattamente* possibile tra le norme di diritto dell'Unione e quelle di fonte internazionale.¹⁰⁹⁵ Come evidenzia la vicenda dei trattati bilaterali di investimento conclusi tra gli Stati membri (i c.d. *intra-EU*

of the European Union Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2011, p. 35-58.

¹⁰⁹⁵ Non deve cioè trattarsi di un contrasto necessariamente *attuale*, in termini imposizione, da parte delle norme in conflitto, di obblighi di carattere mutualmente esclusivo, come dimostra la giurisprudenza della Corte di giustizia riguardante il rilevante fenomeno della compatibilità con il diritto del mercato interno degli accordi bilaterali di investimento conclusi tra gli Stati membri dell'Unione (i c.d. *intra-EU BITs*, cfr. in proposito la Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 marzo 2009, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica d'Austria*, causa C-205/06; Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 marzo 2009, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Svezia*, causa C-249/06; Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 19 novembre 2009, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica di Finlandia*, tutte già cit. sub n. 252). Si vedano in proposito i commenti di **LAVRANOS N.**, *European Court of Justice- Infringement of Article 307 - Failure of Member States to Adopt Appropriate Measures to Eliminate Incompatibilities Between the Treaty Establishing the European Community and Bilateral Investment Treaties Entered into with Third Countries Prior to Accession to the European Union*, *The American Journal of International Law*, 2009, p. 716-722; **DISMOPOULOS A.**, *The Validity and Applicability of International Investment Agreements Between EU Member States Under EU and International Law*, già cit. sub n. 5, p. 63-93.

Un'altra ipotesi in cui, su questa stessa linea, potrebbe imporsi la necessaria competenza pregiudiziale della Corte di giustizia rispetto all'interpretazione ed applicazione degli accordi internazionali di cui gli Stati membri sono parte, riguarda i casi in cui si debba riconoscere una competenza esclusiva dell'Unione alla conclusione di accordi internazionali, ex art. 3, par. 2, TFUE, nei casi in cui tale conclusione *«può incidere su norme comuni o modificarne la portata»*. Difatti, nel contesto del Parere 1/13, la Corte ha concluso che: «[...] se gli Stati membri – e non l'Unione – fossero competenti ad accettare o no l'adesione di un *nuovo Stato terzo alla Convenzione dell'Aia del 1980*, vi sarebbe un rischio di pregiudizio per l'applicazione uniforme e coerente del regolamento n. 2201/2003 e, in particolare, per le norme sulla cooperazione tra le autorità degli Stati membri, ogni volta che una situazione di sottrazione internazionale di minore riguardasse uno Stato terzo e due Stati membri, uno dei quali avesse accettato l'adesione di questo Stato terzo alla convenzione, e l'altro no» (cfr. Parere della Corte (Grande Sezione) del 14 ottobre 2014, *Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori - Adesione di Stati terzi - Regolamento (CE) n. 2201/2003*, già cit. sub n. 344, p. 89). Relativamente a questa pronuncia, di poco precedente al Parere 2/13, già cit. sub n. 53, Gaja ha recentemente espresso il dubbio se (anche la sola) determinazione per tale via della sopravvenuta competenza esclusiva dell'UE non implichi anche che le stesse norme della convenzione internazionale siano attratte nella competenza interpretativa di ultima istanza della Corte di giustizia, analogamente a quanto accaduto con riferimento al GATT negli anni Settanta. Cfr. *The European Convention on Human Rights and EU judicial cooperation in civil matters*, già cit sub n.1079.

BITs), l'approccio seguito dalle istituzioni comunitarie è quello per cui anche la mera eventualità di frizioni rispetto alla vigente disciplina comunitaria nell'applicazione del diritto nazionale (ivi compreso il diritto internazionale appartenente all'ordinamento degli Stati membri), a prescindere cioè una più patologica situazione di contrasto attuale o di incompetenza, segnalerebbe la necessità di garantire il controllo della Corte di giustizia in ordine alla conformità dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto nazionale (di adattamento all'accordo internazionale in questione) rispetto al diritto comunitario rilevante e prevalente.¹⁰⁹⁶ Gli accordi bilaterali in questione hanno avuto molto successo nel corso degli anni Novanta, nella loro dimensione intracomunitaria essi hanno avuto notevole sviluppo tra gli Stati europei già parte dell'UE e quelli candidati all'adesione (si pensi, in particolare, all'allargamento "a est" dei primi anni Duemila). I BITs infatti si preoccupavano di regolare le condizioni di investimento tra gli Stati contraenti: in questo senso, essi intendevano promuovere gli investimenti, offrendo garanzie reciproche rispetto ai rischi politici che avrebbero potuto influire negativamente su tali investimenti. Questi trattati, tuttavia, intervenuta l'accessione degli Stati parte all'UE, sono stati fatti valere nel contesto di alcuni procedimenti arbitrari e hanno sollevato una serie di questioni di compatibilità con il diritto del mercato interno.¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹⁶ Più in generale, si sottolinea, l'ambito di potenziale conflitto tra le previsioni comunitarie e quelle nazionali risulta per definizione più esteso di quello eventualmente coperto dalla regola di *pre-emption*, giacché, nel caso contrario non sarebbe dato di distinguere tra principio di *pre-emption* e *primauté* del diritto comunitario. Le due nozioni sembrano arrivare, tuttavia, ad una sovrapposizione laddove sia coinvolta l'area delle competenze esterne dell'Unione ex art. 3, par. 2, TFUE. Si veda in proposito **TIMMERMANS C.**, *ECJ Doctrines on Competences*, già cit. sub n. 505, p. 155-167 e **KLABBERS**, *The European Union in International Law*, già cit. sub n. 505. Afferma Cremona, discorrendo del primato del diritto comunitario rispetto agli accordi internazionali conclusi dagli Stati membri con Stati terzi, che «[t]he primacy of EU law with respect to the Member States' international commitments towards third countries was initially more uncertain, but is now established as a matter of EU law. In one of the best-known examples, the Court of Justice found that several Member States had infringed EU rules on rights of establishment and non-discrimination between EU nationals by concluding noncompliant bilateral 'Open Skies' agreements. This application of primacy, it should be stressed, does not depend on a finding of exclusive competence or pre-emption. The Member States are operating in fields in which they retain competence, such as double tax treaties. They are nevertheless required to ensure that in so doing they comply with EU law, including the principle of non-discrimination. That being the case, it will sometimes be necessary to determine the extent to which EU law coincides with, or overlaps, the provisions of a treaty concluded by the Member States». (cfr. **CREMONA M.**, *A Triple Braid – interactions between international law, EU law and private law*, già cit. sub n. 386).

¹⁰⁹⁷ Un caso molto recente e noto è stato quello dell'incompatibilità tra il diritto UE degli aiuti di Stato e le previsioni del trattato bilaterale di investimento in vigore tra Svezia e Romania dal 2003. Con riferimento al lodo pronunciato da un tribunale arbitrale ICSID a favore di alcuni investitori svedesi in territorio romeno che a

Di conseguenza, è stato argomentato che, per garantire il rispetto della disciplina del mercato interno, gli Stati membri dovrebbero esercitare il recesso dagli *intra-EU BITs* di cui siano ancora eventualmente parte, a pena di subire un'azione di infrazione.¹⁰⁹⁸ Per quanto vi sia stato chi ha argomentato in senso contrario,¹⁰⁹⁹ occorre anche ammettere che nel caso degli *intra-EU BITs* l'impossibilità di dare applicazione all'art. 267 TFUE nei rapporti tra Corte di giustizia e arbitri dipende in primo luogo dal fatto che questi non possono qualificarsi come *giurisdizioni* (prima ancora che *giurisdizioni nazionali*) ai sensi della giurisprudenza consolidata della Corte.¹¹⁰⁰

seguito dell'accessione della Romania all'Unione si erano visti negare le esenzioni fiscali accordate dal trattato in quanto aiuti di Stato incompatibili con l'art. 107 TUE, la Commissione ha adottato una decisione negativa di recupero "ex art." 108 TFUE, volta a sanzionare l'incompatibilità del provvedimento arbitrale con il mercato interno, nella misura in cui la condanna della Romania al risarcimento dei danni per la mancata concessione del trattamento di favore è suscettibile di integrare essa stessa un aiuto di Stato illegale e incompatibile, in base ad una lettura combinata della giurisprudenza *Asteris* e *Lucchini* della Corte di giustizia. Cfr. in proposito la Decisione (UE) 2015/1470 della Commissione del 30 marzo 2015 relativa all'aiuto di Stato SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) cui la Romania ha dato esecuzione — Lodo arbitrale Micula/Romania dell'11 dicembre 2013, in GU L 232, 4.9.2015, p. 43–70.

¹⁰⁹⁸ Da qualche anno, infatti, la Commissione ha assunto la posizione che tutti gli Stati membri debbano porre fine agli *intra-EU BITs* di cui sono parte. Nel giugno del 2015, la Commissione ha attivato la procedura d'infrazione rispetto a cinque Stati membri (Austria, Paesi Bassi, Romania, Slovacchia e Svezia) a cui in passato aveva già chiesto la terminazione degli accordi, attraverso l'invio di lettere di costituzione in mora. Cfr. in proposito la Press Release IP51-5198 del 18 giugno 2015, consultabile presso: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_it.htm; ed il Memorandum sul pacchetto infrazioni di giugno 2015, consultabile presso http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5162_en.htm.

¹⁰⁹⁹ Cfr. **VON PAPP K.**, *Clash of 'Autonomous Legal Orders': Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide between Investment Tribunals and the ECJ? - A Plea for Direct Referral from Investment Tribunals to the ECJ*, *Common Market Law Review*, 2013, p. 1039-1081.

¹¹⁰⁰ Cfr. Ordinanza della Corte (Prima Sezione) del 14 maggio 2008, Jonathan Pilato contro Jean-Claude Bourgault, già cit., p. 22 «secondo costante giurisprudenza, per valutare se l'organo del rinvio possiede le caratteristiche di una «giurisdizione» ai sensi dell'art. 234 CE, questione unicamente di diritto comunitario, la Corte tiene conto di un insieme di elementi, quali il fondamento legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (v., in particolare, sentenze 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, *Racc. pag. 4961*, punto 23; 31 maggio 2005, causa C-53/03, *Syfait e a.*, *Racc. pag. I-4609*, punto 29, nonché 14 giugno 2007, causa C-246/05, *Häupl*, *Racc. pag. I-4673*, punto 16)».

441. Posto lo stretto collegamento tra primato ed autonomia ribadito nella giurisprudenza più recente, collegamento da cui è stata argomentata l'essenzialità dello strumento del rinvio pregiudiziale ai fini della preservazione del primato del diritto comunitario,¹¹⁰¹ sembra possibile affermare che, affinché la *primauté* del diritto dell'Unione rispetto ai vincoli di diritto internazionale con esso incompatibili sia effettiva è necessario escludere ogni competenza giurisdizionale del giudice internazionale nell'applicazione del diritto comunitario prevalente (*rectius* nella disapplicazione del diritto internazionale incompatibile), essendo costui impedito nell'operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.¹¹⁰² Ciò tuttavia pone gli Stati membri di fronte ad una evidente difficoltà, che è quella di conciliare la rigorosa salvaguardia dell'autonomia del diritto dell'Unione rispetto al diritto internazionale con l'impossibilità per le giurisdizioni internazionali da essi create di operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, applichino esse il diritto comunitario (qual è il caso del *Tribunale Unificato dei Brevetti*) o anche solo il diritto internazionale (qual è il caso della CEDU). Inoltre, la frequente previsione convenzionale dell'automatica esecuzione delle pronunce dei tribunali internazionali (siano essi arbitri o giurisdizioni in senso proprio), esclude la possibilità di fare sempre

¹¹⁰¹ Cfr. il *Parere 2/13*, già cit. sub n. 53, p. 166.

¹¹⁰² Di conseguenza, si ritiene, la questione meriterebbe maggiore approfondimento nel contesto della negoziazione dei nuovi trattati di investimento dell'UE (cfr. il nuovo art. 207 TFUE). L'impossibilità di qualificare i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (quale l'arbitrato) quali strumenti *giurisdizionali* in senso proprio ai sensi dell'art. 267 TFUE, letta in coordinato con la soluzione adottata dagli Stati membri nel contesto del c.d. Pacchetto brevetti, ossia la creazione di un organo giurisdizionale comune che sia *internazionale* e anche *nazionale*, ha di recente ispirato la proposta di creare sistema giurisdizionale internazionale comune nel contesto dei negoziati UE-USA, relativi al partenariato transatlantico su commercio e investimenti (TTIP), per l'applicazione del futuro trattato. Cfr. In proposito la Press Release del 16 settembre 2015, consultabile presso: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_it.htm, ed il testo della proposta sulla protezione degli investimenti, sulla risoluzione delle controversie in materia di investimenti e su un sistema giudiziario per la protezione degli investimenti nel TTIP, consultabile presso: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf. Si pensa, tuttavia, che in questo contesto, anche ove si volesse rispettare in modo scrupoloso la giurisprudenza della Corte in punto di riparto delle competenze tra giudici interni e organi giurisdizionali comuni agli Stati membri, la qualificazione del nuovo tribunale internazionale degli investimenti in termini di giudice comune agli Stati membri sarebbe frustrata dalla presenza degli Stati terzi nell'accordo. Inoltre, la soluzione "Benelux" postula che la competenza dell'organo giurisdizionale comune agli Stati membri abbia ad oggetto l'interpretazione e l'applicazione del diritto internazionale all'accordo, e non già il direttamente il diritto comunitario. Il punto trova piena conferma nella giurisprudenza sugli *intra-EU BITs* più sopra richiamata.

affidamento al «*freno di emergenza*» rappresentato dal procedimento di *exequatur* dinanzi al giudice nazionale.¹¹⁰³

442. Tornando per un momento alla considerazione del *case study* di questo lavoro, alla luce delle riflessioni sinora svolte, una valutazione attenta della prassi effettiva degli Stati membri, ed in particolare dei giudici nazionali, nel momento in cui (e se) il nuovo accordo istitutivo di un Tribunale Unificato dei Brevetti entrerà in vigore, sarà estremamente interessante.¹¹⁰⁴ Per il momento, infatti, gli Stati membri hanno cercato di adeguarsi al *Parere 1/09*, mediante un *restyling* strategico dell'accordo censurato dalla Corte, il quale lascia molti dubbi in ordine alla effettiva corrispondenza del giudice internazionale da essi creato alla definizione di organo giurisdizionale comune agli Stati membri adottata dalla giurisprudenza nel caso della Corte dei Benelux.¹¹⁰⁵ L'esclusione dell'Unione tra le parti contraenti ha inoltre impedito che la Corte di giustizia potesse pronunciarsi nuovamente ex art. 218, par. 11, TFUE sull'accordo *ristrutturato*.¹¹⁰⁶

¹¹⁰³ Non potrà trovare applicazione, pertanto, la soluzione recentemente prospettata dalla Corte con riferimento agli arbitrati internazionali, secondo la quale ogni errore o difetto nell'applicazione del diritto UE da parte degli arbitri possono essere superati grazie al coinvolgimento, nella fase di esecuzione del lodo, degli organi giurisdizionali degli Stati membri, i quali potranno eventualmente operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (Sentenza della Corte del 1 giugno 1999, *Eco Swiss China Time Ltd contro Benetton International NV*, Causa C-126/97, in Racc. 3055).

¹¹⁰⁴ Il Preambolo al Trattato prevede infatti che: «[...] *this Agreement should enter into force on 1 January 2014 or on the first day of the fourth month after the 13th deposit, provided that the Contracting Member States that will have deposited their instruments of ratification or accession include the three States in which the highest number of European patents was in force in the year preceding the year in which the signature of the Agreement takes place, or on the first day of the fourth month after the date of entry into force of the amendments to Regulation (EU) No 1215/2012 1 concerning its relationship with this Agreement*». Per il momento soltanto dieci degli Stati firmatari hanno proceduto alla ratifica. Fra i tre Stati membri per cui la ratifica è necessaria per l'entrata in vigore, per il momento solo la Francia ha proceduto a ratificare il Trattato TUB.

¹¹⁰⁵ Cfr. *supra* il Paragrafo 1.2.2(c).

¹¹⁰⁶ Si aggiunge che la Corte non ha ritenuto condivisibilmente di spendere qualche parola sulla compatibilità del nuovo accordo in occasione della più recente sentenza in cui si è pronunciata sulla legittimità dei regolamenti attuativi della cooperazione rafforzata per l'istituzione del brevetto europeo con effetto unitario (cfr. Sentenza della Corte (grande sezione) del 5 maggio 2015, *Regno di Spagna contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-146/13; cfr. anche Sentenza della Corte (grande sezione) del 5 maggio 2015, *Regno di Spagna contro Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-147/13, entrambe già cit. sub n. 22. Ad ogni modo, occorre sottolineare che l'oggetto dell'azione di annullamento era circoscritto ai soli regolamenti comunitari. Invero, come si è già menzionato, la competenza di annullamento della Corte di giustizia ex art. 263 TFUE non si estende agli accordi internazionali di cui

Nondimeno, non si può escludere che, una volta entrato in vigore l'Accordo TUB, i giudici di Lussemburgo si trovino ad analizzarne la legittimità in via pregiudiziale, su rinvio del giudice nazionale eventualmente investito della questione, ipotesi ben più probabile rispetto al lancio di una procedura di infrazione.¹¹⁰⁷ Come si è già affermato nel capitolo introduttivo, infatti, l'opera di costante dialogo tra le giurisdizioni nazionali degli Stati membri e la Corte di giustizia dell'Unione ha rappresentato, in questi primi Sessant'anni dal Trattato di Roma, lo strumento privilegiato attraverso il quale hanno trovato espressione le dinamiche di *autocostituzione* dell'ordinamento.¹¹⁰⁸

443. Ulteriore elemento in grado di incidere sulla (futura) compatibilità dell'Accordo TUB con il diritto UE è costituito dalla già richiamata “*crisi partecipativa*” del Regno Unito al progetto comunitario, sfociata nella vittoria del “*leave*” al referendum del 23 giugno 2016, inerente la permanenza di tale Stato membro nell'Unione europea, noto anche come referendum sulla “*Brexit*” (neologismo formato dai termini inglesi *British* ed *Exit*). A valle di tale esito referendario, il 29 marzo 2017, il Regno Unito ha notificato al Consiglio Europeo la decisione di fuoriuscire dall'Unione e dal Trattato Euratom, avvalendosi per la prima volta nella storia comunitaria della previsione all'art. 50 TUE. Il successivo 29 aprile, il Consiglio europeo ha reso note le linee guida nel quadro delle quali verranno svolte le negoziazioni previste dalla norma, e che, sulla base della risoluzione del Parlamento europeo del 4 aprile 2017, individuano le posizioni ed i principi che l'UE si prefigge di seguire in quel contesto.¹¹⁰⁹ La messa in atto della procedura di fuoriuscita risulta, nel caso di specie, notevolmente complessa, dal momento che essa richiederà necessariamente l'approvazione del Parlamento inglese, come chiarito dalla High Court of Justice inglese con pronuncia successivamente confermata dalla

l'UE non sia parte. Questo punto è stato precisato dalla stessa Corte ai p. 100-103 della sentenza.

¹¹⁰⁷ Cfr. **GATTINARA G.**, *La responsabilità dello Stato nei confronti dell'Unione europea per le violazioni commesse dai giudici di ultima istanza: la procedura di infrazione come possibile alternativa alla responsabilità extracontrattuale dello Stato*, già cit. sub n.549; cfr. anche **ZAMPETTI G.**, *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell'obbligo ex art. 267, par. 3, Tfe e conseguenze della sua mancata osservanza (riflessioni a partire da Cons. Stato, sez. VI, n. 1244 del 5 marzo 2012 e Corte giust., C-136/12, del 18 luglio 2013)*, già cit. sub n. 549.

¹¹⁰⁸ Cfr. *supra* il Capitolo 2, e la dottrina ivi citata, cui si rinvia integralmente.

¹¹⁰⁹ Cfr. European Council (Art. 50) guidelines for Brexit negotiations, 29 April 2017, consultabile presso <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/04/29-euco-brexit-guidelines/>.

UK Supreme Court.¹¹¹⁰ Nondimeno, laddove nel prossimo futuro il Regno Unito procedesse effettivamente ad uscire dall'Unione europea, tale evento sarebbe suscettibile di incidere significativamente sulla liceità comunitaria del nuovo Accordo TUB. Difatti, ammessa e non concessa la riconducibilità, allo stato attuale, del giudice internazionale da quest'ultimo creato alla nozione di "organo giurisdizionale comune agli Stati membri" (il che, sulla base dell'analisi che si è svolta più sopra deve probabilmente escludersi), laddove a seguito dell'uscita dall'UE il Regno Unito continuasse a partecipare all'accordo in veste di Stato terzo, il TUB non potrebbe sicuramente qualificarsi in termini di giurisdizione comune agli Stati membri, ai sensi dell'art. 267 TFUE. Ciò porrebbe l'accordo parola, il quale deliberatamente segue il modello della Corte del Benelux, in verosimile contrasto con il principio di autonomia del diritto comunitario.¹¹¹¹ Del resto, nello scenario della fuoriuscita, la perdurante partecipazione all'Accordo TUB da parte del Regno Unito, varrebbe a ricollocarlo nell'area dell'azione esterna, sollevando nuovamente la questione dell'esistenza di una competenza esclusiva a concluderlo in capo all'UE, ai sensi dell'art. 3, par 2, TUE, questione che in passato ha portato al naufragio del progetto EPLA.¹¹¹² Come si è già avuto modo di esporre, peraltro, il Regno Unito è ricompreso tra gli Stati membri che, ai sensi dell'art. 89 dell'Accordo TUB, devono necessariamente

¹¹¹⁰ Cfr. Sentenza della High Court of Justice - Queen's Bench Division - 3.11.2016, R (Miller) v Secretary of State for Exiting the EU, poi sostanzialmente confermata dalla sentenza della Supreme Court, 24.1.2017, R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant). Sulla questione, si rinvia alla lettura di EDITORIAL COMMENT, *Withdrawing from the "ever closer union"*; **HESTERMEYER H.**, *How Brexit Will Happen: A Brief Primer on European Union Law and Constitutional Law Questions Raised by Brexit*, e **BARNARD C.**, *Law and Brexit*, tutti già cit. sub n. 394.

¹¹¹¹ Cfr. sulla questione **HONORATI C.**, *L'accordo per il Tribunale Unificato dei Brevetti: quali prospettive dopo la ratifica italiana e la Brexit?*, European Papers, 2016, p. 1127-1136; **JAEGGER T.**, *Reset and Go: The Unitary Patent System Post-Brexit*, ssrn Discussion Paper, 13 December 2016, consultabile presso: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2884671> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2884671>; contra **TILMANN W.**, *The UPC Agreement and the Unitary Patent Regulation – construction and application*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, p. 545-558; cfr. anche **ALBERTIJ.**, *New developments in the EU system of judicial protection: the creation of the Unified Patent Court and its future relations with the CJEU*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2017, p. 6-24.

¹¹¹² Si rinvia *supra* al Paragrafo 1.2.3(c). Si veda anche il Comunicato stampa della Commissione europea del 24 marzo 2009, IP/09/460 ed il parere del Servizio giuridico del Parlamento europeo del 21/2/2007, SJ-0844/06, consultabile presso http://www.ipeg.com/_UPLOAD%20BLOG/Interim%20Legal%20Opinions%20Legal%20Service%20EP%20Feb%201%202007.pdf.

ratificarlo per consentirne l'entrata in vigore.¹¹¹³ Alla luce di quanto esposto, ove la *Brexit* divenisse realtà, gli Stati membri si troverebbero inevitabilmente di fronte ad un sistema non ancora pronto ad entrare in funzione, e verosimilmente bisognoso di ulteriori e numerose modifiche, per risultare pienamente conforme al diritto comunitario.

¹¹¹³ In proposito, si rileva anche che nella riunione del Consiglio del 28 novembre 2016, il Ministro britannico per la Proprietà Intellettuale ha dichiarato l'intenzione di ratificare l'accordo.

CAPITOLO 5: CONCLUSIONI. SUI LIMITI DI LEGITTIMO IMPIEGO DEGLI STRUMENTI DI INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA NEL CASO DEL BREVETTO EUROPEO CON EFFETTO UNITARIO

SOMMARIO: 5.1 *La differenziazione come elemento essenziale dell'ordinamento giuridico comunitario e la definitiva confutazione del c.d. dogma dell'unità dell'ordinamento giuridico comunitario* - 5.2 *La pratica della cooperazione rafforzata: verso la definizione dei limiti giuridici della differenziazione politica, tra metodo comunitario e principi generali dell'ordinamento giuridico* - 5.3 *I principi generali dell'ordinamento giuridico dell'Unione: fondamento/garanzia e limite degli accordi inter se tra gli Stati membri* - (a) *In particolare sul principio di leale collaborazione* - (b) *Sul rilievo essenziale del principio di autonomia del diritto dell'Unione per il tramite del sistema comunitario di tutela giurisdizionale dei diritti e, per tale via, dell'istituto del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.*

444. Sulla base delle considerazioni svolte nei precedenti capitoli, si ritiene possibile esporre alcune riflessioni più approfondite relativamente ai dubbi sollevati dalla dottrina in ordine alla compatibilità con il diritto comunitario dell'esercizio delle tecniche di integrazione differenziata nel contesto del Pacchetto brevetti e di delineare alcune conclusioni in ordine alle *research questions* che sulla loro base sono state individuate.¹¹¹⁴

445. Richiamando brevemente le critiche elaborate dalla dottrina avverso le soluzioni praticamente accolte dal Pacchetto brevetti, esse si sono concentrate principalmente su tre aspetti della nuova disciplina: in primo luogo, da alcuni è stata sostenuta l'insussistenza, nel caso di specie, di tutti i presupposti necessari per l'instaurazione di una cooperazione rafforzata; in secondo luogo, è stata criticata la frammentazione della nuova disciplina sostanziale di brevetto (tra regolamenti attuativi e Accordo TUB), ritenuta incompatibile con il principio di autonomia del diritto dell'Unione; infine, alcuni autori hanno contestato la liceità, dal punto di vista comunitario, dell'Accordo TUB, evidenziando l'inadeguata messa in atto dei correttivi indicati dalla Corte di giustizia nel Parere 1/09 e l'incompatibilità del neo-introdotta sistema giurisdizionale internazionale del TUB con il principio di autonomia della tutela giurisdizionale comunitaria.¹¹¹⁵

¹¹¹⁴ Si rinvia alla Premessa all'indagine per la più estesa articolazione delle *research questions* appena richiamate e per la delimitazione dell'oggetto di indagine della presente tesi.

¹¹¹⁵ Per l'esposizione approfondita di tali critiche si rinvia *supra* al Paragrafo 1.2.3, dedicato alla presentazione dei dubbi espressi dalla dottrina in ordine al Pacchetto

446. Al fine di esaminare tali critiche dottrinali si è dovuto affrontare il più generale tema dei limiti giuridici che l'ordinamento dell'Unione europea impone al fenomeno dell'integrazione differenziata nelle sue varie forme di manifestazione. Ciò ha comportato la necessità di analizzare sia le condizioni di compatibilità della differenziazione esplicitamente imposte dai Trattati istitutivi, sia i limiti di legittimo ricorso alla differenziazione derivanti dall'applicazione dei principi generali del diritto dell'Unione. In ordine al primo aspetto, sono risultate di grande rilievo le prime sentenze della Corte di giustizia che hanno interpretato le condizioni di ricorso alla cooperazione rafforzata stabilite dai Trattati, nei casi dell'introduzione di un brevetto europeo con effetto unitario e di un'imposta sulle transazioni finanziarie.¹¹¹⁶ In ordine al secondo aspetto, si sono esaminati in modo particolare i limiti imposti al fenomeno della differenziazione da parte dei principi di non discriminazione, di leale collaborazione, di *pre-emption*, di sussidiarietà e infine, con rilievo cruciale, da parte del principio di autonomia del diritto comunitario. In proposito è stato anche analizzato il modo di operare dei principi generali di leale collaborazione, di *pre-emption* e di sussidiarietà con riferimento ai rapporti tra i diversi strumenti giuridici in cui può trovare veste in fenomeno dell'integrazione differenziata, nei casi in cui gli Stati membri procedono ad un loro impiego combinato.¹¹¹⁷

447. Prima di approfondire l'esame delle *research questions* richiamate, tuttavia, si è ritenuto necessario dedicarsi all'individuazione di una definizione giuridica rigorosa della nozione di *differenziazione* (o *integrazione differenziata*) e ad illustrarne le principali categorie e forme di manifestazione. Preliminare, a tal fine, è stata l'introduzione e l'analisi della nozione di *integrazione* all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione, sulla base dei presupposti teorici accolti dalla dottrina *pluralista*.¹¹¹⁸ Questa, si è detto, giunge alla conclusione che il

brevetti e alla esposizione del contenzioso svoltosi dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

¹¹¹⁶ Trattasi delle già richiamate Sentenza della Corte (grande sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, cause riunite C-274/11 e C-295/11 e Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 30 aprile 2014, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-209/13, già cit. sub n. 22.

¹¹¹⁷ Cfr. in particolare il Paragrafo 3.2.3, dedicato ai limiti che il diritto comunitario impone al ricorso agli accordi *inter se* tra Stati membri, e la Sezione 3.4, dedicata all'istituto della cooperazione rafforzata ed ai limiti imposti dall'ordinamento UE al suo impiego.

¹¹¹⁸ Cfr. in proposito il Capitolo 2, dedicato all'analisi degli elementi costitutivi del processo di integrazione europea e, in quel contesto, ad alcuni primi cenni in ordine

processo d'integrazione europea si caratterizza per il fatto di essere un processo di *autocostituzione*, intervenuto a valle dell'effettiva accettazione, da parte degli Stati membri, di forme di esercizio delle funzioni di governo diretto sugli individui da parte delle istituzioni comunitarie, nelle materie attribuite alla competenza dell'UE.¹¹¹⁹ In proposito, la dottrina pluralista ha infatti dimostrato che gli Stati membri hanno effettivamente accettato, nelle materie rispetto alle quali essi hanno attribuito alle istituzioni comunitarie competenze pubblicistiche di carattere normativo, amministrativo e giurisdizionale, che le situazioni giuridiche degli individui, soggetti primari del nuovo ordinamento, trovassero regolamentazione diretta ed in via di primato al suo interno.

448. La ricostruzione del processo di integrazione europea in termini di *autocostituzione*, si è riscontrato, ha il pregio di evidenziare sia la natura *innanzitutto* internazionalistica dello stesso, mai smentita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia,¹¹²⁰ sia il carattere necessariamente *reversibile* della autolimitazione di sovranità cui gli ordinamenti nazionali sovrani si sono prestati, in effettiva aderenza al disegno delineato dalla Corte nelle c.c.d.d. pronunce fondative.¹¹²¹ Lo

al ruolo dell'integrazione differenziata. Per l'esposizione della nozione giuridica della differenziazione, l'individuazione delle sue categorie e l'analisi del legame *essenziale* che essa presenta con il dato della persistente sovranità degli Stati membri, si rinvia invece al Capitolo 3.

¹¹¹⁹ Secondo la nozione di sovranità accolta da Arangio-Ruiz, e qui condivisa, «[d]iversamente dalle persone giuridiche e dagli altri enti artificiali del diritto interno, i quali nascono come strutture giuridiche mediante atti giuridici pubblici o privati, e diversamente dallo stesso Stato nel senso del diritto interno, la cui istituzione coincide con la formazione dell'ordinamento giuridico della comunità, gli Stati quali persone di diritto internazionale nascono *de facto*, permangono in esistenza *de facto*, e vengono eventualmente modificati o estinti *de facto* dal punto di vista del diritto internazionale [...] le persone internazionali degli Stati sono invece caratterizzate dall'indipendenza; e l'indipendenza è condizione fattuale, sinonimo, in quanto tale, di sovranità (esterna)» (ARANGIO-RUIZ G., *La Persona Internazionale dello Stato*, già cit. sub n. 38, in particolare alle p. 35 e ss.). Conseguenze logicamente dalle premesse adottate nel definire il concetto di sovranità che: «[c]'est l'utilisation effective des compétences prévues per un traité qui importe, pour l'appréciation de l'effectivité d'un ordre juridique prévu par ce traité». Così CORTESE B., *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution...*, già cit. sub n. 37, p. 305, *sub* nota 17, rinviando, sulla necessità di adottare codesto approccio teorico a PICCHIO FORLATI L., *La partecipazione al dialogo...*, già cit. sub n. 38, p. 801 ed a PICCHIO FORLATI L., *Il fondamento giuridico...*, già cit. sub n. 38, p. 1378.

¹¹²⁰ Cfr. PICCHIO FORLATI L., *Il diritto dell'Unione europea fra...* già cit, sub n. 39, p. 461-473; PICCHIO FORLATI L., *Il fondamento giuridico dell'Unione europea...*, già cit. sub n. 38, p. 1377-1386.

¹¹²¹ Il riferimento è evidentemente alla Sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione*

studio della dottrina *pluralista* ha pertanto costituito un importante passaggio al fine di ricollegare il fenomeno della differenziazione, avvenga essa *all'interno* o *all'esterno* dell'ordinamento comunitario, al dato della persistente sovranità degli Stati membri e così di argomentarne la natura di elemento *essenziale*, ossia connaturato all'ordinamento giuridico dell'Unione europea così come sinora effettivamente affermatosi (*i.e. autocostituitosi*).¹¹²²

449. Ricapitolati brevemente i passaggi fondamentali dell'analisi svolta, si procederà ad esporre le conclusioni della presente tesi nel modo che segue: (i) dapprima si illustreranno le inferenze tratte dall'applicazione della teoria del pluralismo giuridico al fenomeno della differenziazione, ed in particolare l'affermazione della sua essenzialità al processo di integrazione europea e la confutazione del c.d. dogma dell'unità dell'ordinamento comunitario; (ii) in secondo luogo, si esporranno le conclusioni raggiunte in ordine ai limiti giuridici imposti dall'ordinamento comunitario alla cooperazione rafforzata, quale espressione del più ampio fenomeno della differenziazione politica, considerando l'evoluzione normativa dell'istituto, le prime istanze di applicazione, anche in sede giurisdizionale, delle norme di diritto primario che lo disciplinano e il modo di operare rispetto ad esso dei principi generali dell'ordinamento giuridico dell'Unione; infine, (iii) si illustreranno le conclusioni raggiunte con riferimento al modo di operare dei principi generali dell'ordinamento quali garanzia della liceità comunitaria degli accordi internazionali *inter se* tra gli Stati membri, ed in particolare dei principi di leale collaborazione e di autonomia della tutela giurisdizionale.

5.1 La differenziazione come elemento essenziale dell'ordinamento giuridico comunitario e la definitiva confutazione del c.d. dogma dell'unità dell'ordinamento giuridico comunitario

450. Come anticipato, anteriormente all'analisi puntuale delle questioni oggetto d'indagine, nel Capitolo 3 si è proceduto ad elaborare una definizione giuridica del concetto di integrazione differenziata e delle sue categorie, contestualizzandone il ruolo all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario, sulla base dei presupposti metodologici della dottrina pluralista. In particolare, si è argomentato che la *differenziazione*, sia *in senso ampio* che *in senso stretto*, costituisce una componente essenziale, ossia intrinseca, al processo di integrazione

olandese delle imposte, causa 26-62, ed alla Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, *Flaminio Costa contro E.N.E.L.*, Causa 6-64, entrambe già cit. sub n. 40).

¹¹²² Sul punto, si veda in particolare il Capitolo 3.

europeo. In questo senso, la legittimazione a livello primario delle diverse istanze di differenziazione non costituisce che la trasposizione formale del dato sostanziale, intrinseco alla natura dell'ordinamento comunitario, della conservazione della sovranità internazionale degli Stati membri. In tutta coerenza con tale tesi, si è evidenziato che il fenomeno della differenziazione risulta presente in tutte le sue forme sin dagli esordi dell'ordinamento comunitario.

451. Con specifico riferimento alla differenziazione *in senso ampio*, realizzata dagli Stati membri avvalendosi degli strumenti tradizionali di diritto internazionale, si è dimostrato che essa risulta indefettibilmente legata alla conservazione dello *ius contrabendi* degli Stati membri.¹¹²³ Essa, pertanto, diversamente dagli accordi tra Stati che possono risultare ammessi nel contesto degli ordinamenti federali, risulta compatibile con l'ordinamento comunitario a prescindere dall'esistenza di una specifica previsione autorizzativa di diritto primario, purché sia posta in essere nel rispetto del principio delle competenze di attribuzione e del primato del diritto comunitario, che astringono in generale il diritto nazionale degli Stati membri.¹¹²⁴

452. In particolare, si è escluso che il fenomeno degli accordi *inter se* tra gli Stati membri possa trovare ostacolo in un generale principio di c.d. priorità giuridica degli strumenti comunitari, cooperazione rafforzata inclusa, rispetto agli strumenti di diritto internazionale, nell'esercizio delle competenze concorrenti previste dai Trattati. L'approccio dottrinale che sostiene il contrario si pone in contrasto con il principio di sussidiarietà sancito per l'esercizio delle competenze comunitarie non esclusive ex art. 5 TUE e non trova alcuna conferma nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Diversamente, la positiva dimostrazione della *necessità* dell'azione comunitaria costituisce un requisito di legittimità degli atti di diritto derivato anche laddove, in presenza di divergenze di carattere politico in ordine all'azione da intraprendere, essi assumano la forma della cooperazione rafforzata. La posizione che si è sostenuta, inoltre, trova una conferma anche nella più chiara dimensione conferita al principio di sussidiarietà dal nuovo art. 5 TUE e dal Protocollo n. 12 allegato ai Trattati, entrambi introdotti dal Trattato di Lisbona. Infatti, il rafforzamento delle garanzie del principio si pone in linea con un'interpretazione *negativa*

¹¹²³ Cfr. i Paragrafi 3.2.1 e 3.2.2.

¹¹²⁴ Cfr. il Paragrafo 3.2.3.

dello stesso, in termini di “*primato dell’azione statale su quella comunitaria*”.¹¹²⁵

453. Allo stesso modo, valorizzando tale interpretazione del principio di sussidiarietà ed esaminando approfonditamente la giurisprudenza comunitaria più recente, concernente la gestione della c.d. crisi dell’Eurozona per il tramite di accordi *inter se* tra gli Stati membri, si è argomentato che nessun aprioristico limite al ricorso alla differenziazione *in senso ampio* sembra potersi individuare nel principio di leale collaborazione ex art. 4, par. 3, TUE. Si badi bene che ciò non esclude che il ricorso agli accordi *inter se* da parte degli Stati membri possa in concreto configurarsi quale contrario al principio, laddove il loro impiego sia preordinato all’elusione delle procedure comunitarie e costituisca una minaccia all’autonomo sviluppo del diritto UE nel settore in cui essi vengono adottati. Allo stesso modo, il tendenziale *favor* per l’azione autonoma degli Stati membri ravvisabile nel principio di sussidiarietà, non pone fuori campo la necessità di assicurare il rispetto del principio del primato del diritto comunitario, così come di tutte le altre caratteristiche, quali l’autonomia e l’effetto diretto, che ne costituiscono la garanzia e l’espressione.¹¹²⁶

454. Con riferimento all’integrazione differenziata *in senso stretto*, si è illustrato che gli Stati membri vi hanno fatto ricorso in modo sempre più intenso nel corso del processo di integrazione:¹¹²⁷ il culmine di questa tendenza viene comunemente individuato nell’introduzione della clausola di cooperazione rafforzata da parte del Trattato di Amsterdam, che ha generalizzato la facoltà degli Stati membri di procedere ad una *integrazione differenziata c.d. politica* in tutti i settori di competenza non esclusiva dell’Unione, e nella formalizzazione della facoltà di fuoriuscita dal consorzio comunitario da parte dell’art. 50 TUE *post* Lisbona, definita «*the most extensive form of differentiation*».¹¹²⁸ Sebbene tali relevantissime evoluzioni del sistema siano state introdotte mediante la revisione del diritto primario, si è anche evidenziato che tale circostanza non dipende dall’esistenza di un principio di c.d. *unità* dell’ordinamento giuridico dell’Unione. Come si evidenzierà meglio nel prosieguo delle conclusioni, l’analisi svolta

¹¹²⁵ *Idem*.

¹¹²⁶ Cfr. il Paragrafo 4.2.3.

¹¹²⁷ All’evoluzione del fenomeno dell’integrazione differenziata all’interno dell’ordinamento giuridico dell’Unione è stata dedicata la Sezione 3.3.

¹¹²⁸ L’espressione si riscontra in **LAMPING M.**, *Enhanced Cooperation A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?*, già cit. sub n. 170, a p. 3.

ha dimostrato, piuttosto, che la differenziazione in senso stretto, sia che intervenga a livello primario, sia che intervenga a livello derivato, risulta soggetta agli stessi limiti imposti dall'ordinamento comunitario al diritto unitario adottato con fonte di rango corrispondente. La verifica del loro rispetto, tuttavia, non potrà svolgersi che con riferimento alle singole istanze di differenziazione concretamente introdotte, mentre non potrà tradursi nell'individuazione di aprioristici osacoli a nuove iniziative di diritto differenziato.

5.2 La pratica della cooperazione rafforzata: verso la definizione dei limiti giuridici della differenziazione politica, tra metodo comunitario e principi generali dell'ordinamento giuridico

455. Con particolare riferimento all'istituto della cooperazione rafforzata, si è argomentato che, per mezzo delle modifiche di diritto primario che hanno interessato la sua disciplina a seguito del Trattato di Amsterdam, è stata realizzata una pressoché piena estensione a suo vantaggio delle garanzie del metodo comunitario. Alla luce di tale analisi, si è argomentato che la progressiva *comunitarizzazione* dello strumento della cooperazione rafforzata costituisce un ulteriore elemento a riprova della tesi che esclude la sussistenza di una corrispondenza biunivoca tra il complesso degli strumenti giuridici in cui trova espressione il c.d. *metodo comunitario* e quello degli strumenti in cui si manifesta l'azione *unitaria* degli Stati membri.¹¹²⁹

456. L'insussistenza di un principio generale di unità dell'ordinamento giuridico comunitario, assieme all'impossibilità di rintracciare all'interno di quest'ultimo ulteriori *aprioristiche* limitazioni allo sviluppo ed al concreto impiego delle tecniche di integrazione differenziata appaiono confermati dalle recenti pronunce della Corte di giustizia in punto di cooperazione rafforzata per l'istituzione di un brevetto europeo con effetto unitario. Come infatti si è avuto modo di esporre, sul presupposto implicito dell'insussistenza di qualsivoglia principio di unità dell'ordinamento comunitario, la Corte di giustizia ha per ben due volte rigettato la tesi secondo la quale sarebbe *ex se* contrastante con la funzione *costituzionale* dell'istituto l'ammissibilità del ricorso ad una integrazione differenziata *politica*, nei casi in cui il disaccordo tra gli Stati membri investe il merito della nuova disciplina da adottare (il *modo* in cui procedere a maggiore integrazione) e non semplicemente la scelta di procedere ad una maggiore integrazione in un certo settore

¹¹²⁹ Si veda in particolare la Sezione 3.4.

(l'an dello step integrativo).¹¹³⁰ In sintonia con tale approccio, la Corte ha escluso di poter riscontrare nella medesima fattispecie una violazione del principio di necessaria apertura della cooperazione ex art. 21, par. 1, TUE, e non ha ravvisato una necessaria violazione delle prerogative degli Stati esclusi ex art. 327 TFUE. In ciò, si è aggiunto, le pronunce dei giudici comunitari che si sono analizzate confermano il carattere poliedrico dell'istituto della cooperazione rafforzata, il quale non segue unicamente e necessariamente una logica *multispeed*, prima o poi implicante il necessario recupero dell'unità dell'ordinamento comunitario, ma può essere impiegato anche secondo una logica più squisitamente *à la carte*, senza che questo contrasti con la funzione assegnatagli dai Trattati, che è esplicitamente quella di promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, di proteggere i suoi interessi e di rafforzare il suo processo di integrazione (art. 20 TUE).¹¹³¹

457. In secondo luogo, nel caso del Pacchetto brevetti, la Corte di giustizia ha rigettato le censure di incompatibilità del ricorso alla cooperazione rafforzata con il rispetto del diritto della concorrenza e del mercato interno ed ha confermato l'insussistenza di settori *hard core* del processo di integrazione, nei quali agli Stati membri sarebbe precluso in generale il ricorso alla differenziazione *politica*. Difatti, i giudici di Lussemburgo hanno ammesso che il ricorso allo strumento all'interno del settore del mercato interno è possibile anche con riferimento a quelle basi giuridiche, quali l'art. 118 TFUE, che sono volte all'introduzione delle discipline «*essenziali per il mantenimento di una concorrenza non falsata nel mercato interno*»,¹¹³² trattandosi pur sempre dell'esercizio di basi giuridiche ricadenti tra le competenze non

¹¹³⁰ Al contrario, si è detto che tale tesi è stata sostenuta in dottrina da **LAMPING M.**, *Enhanced Cooperation A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?*, già cit. sub n. 170, **FABBRINI F.**, *Enhanced Cooperation under Scrutiny: Revisiting the Law and Practice of Multi-Speed Integration in Light of the First Involvement of the EU Judiciary* già cit. sub n. 152; **FABBRINI F.**, *The Enhanced Cooperation Procedure: a Study in Multispeed Integration*, Centro Studi sul Federalismo, Research Paper, 2012; cfr. nello stesso senso anche **ULLRICH H.**, *Le futur système de protection des inventions par brevets dans l'Union européenne: un exemple d'intégration (re-) poussée?*, già cit. sub n. 30, e **JAEGGER T.**, *What's in the Unitary Patent Package?*, già cit. sub n. 263

¹¹³¹ Per la definizione dei concetti di integrazione differenziata *multispeed* e *à la carte* e per l'esposizione dei diversi modelli teorici dell'integrazione differenziata sviluppati nel dibattito politico si rinvia alla Sezione 1.1.

¹¹³² Sentenza della Corte (grande sezione) del 16 aprile 2013, Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea, cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 22, p. 22.

esclusive, pienamente suscettibili di essere esercitate in via differenziata ai sensi dell'art. 20 TUE. Il solo ambito in cui non risulta ammesso il ricorso alla cooperazione rafforzata è pertanto rappresentato da quelle basi giuridiche che gli Stati membri, padroni dei Trattati, hanno assegnato alla competenza esclusiva all'UE (art. 3 TFUE). Ciò che l'art. 326, comma 2, del TFUE vale a sanzionare quando afferma che le cooperazioni rafforzate «[n]on possono costituire un ostacolo né una discriminazione per gli scambi tra gli Stati membri, né possono provocare distorsioni di concorrenza tra questi ultimi» è pertanto che esse, anche ove instaurate esercitando le basi giuridiche riconducibili al settore del mercato interno, non devono comportare alcun pregiudizio per il livello d'integrazione comunitaria anteriormente realizzata, mediante l'introduzione di qualsiasi disciplina con esso incompatibile e che possa segnare un ritorno al passato per alcuno degli Stati membri.¹¹³³ In caso contrario, la differenziazione operata si tradurrebbe inevitabilmente in una forma di discriminazione, che, ove non giustificata in base al principio di eguaglianza (integrando così un'ipotesi di *differenziazione tradizionale*), determinerebbe l'invalidità della norma.¹¹³⁴ A riguardo, tuttavia, si è anche evidenziato che non è agevole la valutazione di compatibilità della differenziazione introdotta con il livello di integrazione anteriormente realizzato, stante l'ampia nozione di *mercato interno* accolta dai Trattati e, ancor più, dalla giurisprudenza.¹¹³⁵ In aggiunta, i Trattati comunitari non hanno mai chiarito i parametri in base ai quali stabilire il limite oltre il quale la discriminazione insita nell'istituto della cooperazione diventerebbe *pregiudizievole* per il mercato interno o tale da *distorcere* il suo assetto concorrenziale. Sul punto, nel silenzio del diritto primario, la Corte di giustizia sembra aver aderito alla tesi che a riguardo valorizza l'esistenza di una discrezionalità politica degli Stati membri in Consiglio, perdendo così un'occasione per gettare maggiore

¹¹³³ In linea con tali notazioni sembra sostanzialmente la posizione di Weatherill, in **WEATHERILL S.**, *If I'd Wanted You to Understand I Would Have Explained it Better: What is the Purpose of the Provisions on Closer Co-operation Introduced by the Treaty of Amsterdam?*, già cit. sub n. 129.

¹¹³⁴ Cfr. in proposito più ampiamente i Paragrafi 265 (a) e (b) *supra*.

¹¹³⁵ **WEATHERILL S.**, *If I'd Wanted You to Understand I Would Have Explained it Better: What is the Purpose of the Provisions on Closer Co-operation Introduced by the Treaty of Amsterdam?*, già cit. sub n. 129. Giacché appare fortemente difficile che la disciplina differenziata non vi si ricollegli in qualche modo; il che, si sostiene, vale anche a dimostrare che sarebbe una contraddizione in termini affermare la piena esclusione del mercato interno dalla possibile operatività della cooperazione rafforzata. Cfr., in modo simile, anche **DE BÚRCA G.**, *Differentiation Within the Core: The Case of the Common Market*, già cit. sub n. 119.

chiarezza in ordine alla discriminazione ammissibile ai sensi dell'art. 326 TFUE.¹¹³⁶

458. In terzo luogo, nella pronuncia in commento, i giudici comunitari hanno esplicitamente definito la natura del controllo giurisdizionale da essi esercitabile in sede di impugnazione delle decisioni autorizzative di cooperazione rafforzata, evidenziando come il Consiglio goda di un certo margine di discrezionalità nell'accertare la sussistenza della condizione di “*ultima istanza*” prevista dall'art. 329 TFUE. Essi in tal senso hanno affermato che: «[...] *al procedimento che conduce all'adozione di una decisione che autorizza una cooperazione rafforzata partecipano la Commissione che presenta una proposta in tal senso, il Parlamento europeo che l'approva ed il Consiglio che prende la decisione definitiva di autorizzazione della cooperazione rafforzata. Prendendo tale decisione definitiva, il Consiglio è 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. Occorre dunque che la Corte, esercitando il suo controllo del rispetto della condizione relativa all'adozione in ultima istanza di una decisione che autorizza una cooperazione rafforzata, verifichi se il Consiglio abbia esaminato con cura ed imparzialità gli elementi rilevanti a tale riguardo e se la conclusione alla quale quest'ultimo è pervenuto sia sufficientemente motivata*»,¹¹³⁷ aderendo in questo modo alla posizione assunta dall'Avvocato Generale Bot nelle sue conclusioni.¹¹³⁸ Tale *standard*, secondo la tradizionale giurisprudenza comunitaria, trova applicazione in tutti i casi in cui oggetto di revisione sia un atto giuridico adottato da un'istituzione dotata di un peculiare margine di discrezionalità tecnica o politica. Ciò vale, in particolare, con riferimento alla discrezionalità politica del legislatore comunitario, la quale può investire sia la natura che la portata delle misure da adottare nei settori di azione dell'Unione. In ragione di tale discrezionalità, come precisato dall'Avvocato Generale Bot, il controllo giurisdizionale di legittimità della Corte di giustizia deve limitarsi a verificare che il Consiglio, nell'esercizio della discrezionalità accordata dall'art. 329 TFUE, non sia incorso in errore manifesto di valutazione o in uno sviamento di potere e che non abbia

¹¹³⁶ Cfr. Sentenza della Corte del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, Cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 22, p. 75-78.

¹¹³⁷ Cfr. Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, Cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 22, p. 52-54.

¹¹³⁸ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot dell'11 dicembre 2012, nelle Cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 179, p. 27 e 28.

manifestamente ecceduto i limiti del proprio potere discrezionale. Ulteriori elementi suscettibili di controllo giurisdizionale, in tali casi, sono rappresentati dalla verifica dell'esattezza materiale dei fatti posti alla base della valutazione del legislatore, dal rispetto della procedura di adozione prevista dal diritto comunitario per l'atto impugnato, la quale include il rispetto delle formalità sostanziali come, ad esempio, l'obbligo di motivazione.¹¹³⁹

459. Tanto esaminato, e in un'ottica più ampia, si è anche evidenziato che il legittimo l'esercizio delle competenze concorrenti mediante cooperazione rafforzata deve sempre avvenire nel rispetto del principio di sussidiarietà previsto dall'art. 5 TUE.¹¹⁴⁰ In questo senso, si è innanzitutto argomentato che il principio di sussidiarietà dovrebbe costituire oggetto di specifica considerazione in seno alla richiesta che gli Stati membri interessati all'instaurazione della cooperazione rafforzata inoltrano alla Commissione. Tale richiesta, infatti, come precisa l'art. 329, par. 1, TFUE, deve avvenire «*precisando il campo d'applicazione e gli obiettivi perseguiti dalla cooperazione rafforzata prevista*». La Commissione, inoltre, ai sensi dell'art. 329, par. 1, TFUE, dovrebbe esaminare specificamente il rispetto del principio nel corso del generale vaglio di legittimità della richiesta ad essa affidato e dovrebbe, anche su tale base, valutare la proposta da presentare al Consiglio. In quanto riguardanti la legittimità dell'atto, si è argomentato, siffatte valutazioni, una volta incorporate nella decisione definitiva di autorizzazione del Consiglio, risultano suscettibili di controllo giurisdizionale da parte della Corte di giustizia. Il rispetto del

¹¹³⁹ Cfr. *ibid.*, p. 29, nel quale viene richiamata la seguente giurisprudenza della Corte di giustizia: Sentenza della Corte del 18 marzo 1975, *Deuka, Deutsche Kraftfutter GmbH, B. J. Stolp contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Causa 78-74, , p. 9; Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 17 maggio 1988, *Marcel Erpelding contro Secrétaire d'État à l'agriculture et à la viticulture*, Causa 84/87, p. 27; Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 12 settembre 1996, *Fattoria autonoma tabacchi, Lino Bason e a. e Associazione Professionale Trasformatori Tabacchi Italiani (APTII) e a. contro Ministero dell'Agricoltura e delle Foreste, Azienda di Stato per gli interventi sul mercato agricolo (AIMA), Consorzio Nazionale Tabacchicoltori (CNT), Unione Nazionale Tabacchicoltori (Unata) e Ditta Mario Pittari*, Cause riunite C-254/94, C-255/94 e C-269/94, p. 56; Sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 17 luglio 1997, *The Queen contro Minister for Agriculture, Fisheries and Food, ex parte, National Farmers' Union e altri*, Causa C-354/95, p. 50; Sentenza della Corte (grande sezione) del 14 dicembre 2004, *The Queen, su richiesta di Swedish Match AB e Swedish Match UK Ltd contro Secretary of State for Health*, Causa C-210/03, p. 48 e giurisprudenza ivi citata; Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 15 ottobre 2009, *Enviro Tech (Europe) Ltd contro Stato belga*, Causa C-425/08, p. 47 e giurisprudenza ivi citata, tutte già cit. sub n. 754.

¹¹⁴⁰ Ulteriore questione è se e in quali termini la valutazione di sussidiarietà operata in sede di autorizzazione della cooperazione sia vincolante durante la fase della sua attuazione. Anche per l'analisi di questa questione si rinvia al Paragrafo 3.4.2.

principio di sussidiarietà, al contrario, non rientrerà nella valutazione discrezionale di ultima istanza del Consiglio. A sostegno di tale argomento si è infatti evidenziato che la disciplina degli artt. 20 TUE e 329 TFUE richiede che la determinazione dei contenuti dell'instauranda cooperazione, o quantomeno degli obiettivi che essa persegue, avvenga nella fase precedente all'approvazione in Consiglio. Si è inoltre aggiunto che il controllo giurisdizionale *ex post* della sussidiarietà è di sicuro rilievo rispetto alla decisione di autorizzazione della cooperazione rafforzata anche per ragioni di tipo procedurale: trattandosi di atto non legislativo,¹¹⁴¹ infatti, la decisione autorizzativa non risulta soggetta al controllo politico dei parlamenti nazionali previsto dal Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità.¹¹⁴²

460. Al contrario, secondo una soluzione accolta anche dalla Corte di giustizia nella sua prima pronuncia in materia, può ammettersi che non integrino elemento costitutivo della decisione autorizzativa tutti gli aspetti inerenti le concrete modalità di esercizio della base giuridica attivata ex art. 20 TUE da parte dell'Unione, i quali attengono al momento successivo dell'attuazione della cooperazione mediante atti di implementazione di diritto derivato.¹¹⁴³ A riguardo, ove l'azione

¹¹⁴¹ In ordine alla definizione della nuova categoria degli atti legislativi sulla base della procedura applicabile ai sensi dell'art. 294 TFUE, cfr. **CURTIN D., MANUCHARYAN T.**, *Legal Acts and Hierarchy of Norms in EU Law*, in CHALMERS D., ARNULL A.(eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, p. 103 ss.; **HOFMANN H.**, *Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality*, già cit. sub n. 443.

¹¹⁴² Lo saranno al contrario gli atti di diritto derivato adottati in attuazione della decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata, come dimostra proprio il caso del brevetto europeo con effetto unitario. Cfr. Il parere motivato della XIV Commissione della Camera dei Deputati italiana, del 15 dicembre 2010, in ordine alla Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relative all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria (COM(2011)215 def.) e della Proposta di regolamento del Consiglio relativa all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria in relazione al regime di traduzione applicabile (COM(2011)216 def.), su cui cfr. **FASONE C.**, *La cooperazione rafforzata in materia di brevetto europeo: un difficile test per il coinvolgimento dei Parlamenti nel processo decisionale europeo*, già cit. sub n. 408, consultabile presso: http://www.google.be/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiStJyF7tFOAhUqD8AKHe59DPAQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.osservatoriosullefonti.it%2Fcomponent%2Fdocman%2Fdoc_download%2F533-osf32011fasone&usq=AFQjCNGhntvJj7na0gKG9mr8NZUetO24cA.

¹¹⁴³ Cfr. la Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, Cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 22, p. 77 e 92. Cfr. in proposito anche Editorial Comments, *Enhanced cooperation: A Union a taille reduite or a porte tournante?*, *Common Market Law*

differenziata in concreto realizzata dagli Stati partecipanti sia *diversa* da quella autorizzata, perché la base giuridica esercitata in via differenziata è diversa da quella attivata ex art. 20 TUE, ovvero *eccessiva*, nel senso che in sede di attuazione si introduca una regolamentazione di interessi avente portata più ampia rispetto a quella realizzabile avvalendosi della base giuridica indicata nella decisione autorizzativa, appare evidente il vizio dell'atto di implementazione adottato, per violazione della procedura stabilita dall'art. 329 TFUE, che sola permette ad un novero soggettivamente limitato di Stati membri di avvalersi delle basi giuridiche comunitarie per la regolamentazione dei rapporti tra loro.¹¹⁴⁴ Esso sarà dunque affetto dal vizio di violazione del Trattato, suscettibile di essere censurato con azione ex art. 263 TFUE.

461. Laddove, invece, l'azione realizzata dagli Stati membri assuma una portata più ridotta rispetto a quella originariamente programmata, si potrebbero avanzare dei dubbi in ordine al rispetto della valutazione di sussidiarietà incorporata nella decisione autorizzativa, da parte dell'atto attuativo. Ci si riferisce, in particolare, a quei casi in cui l'atto di attuazione finisca per assumere una portata abnormemente più ridotta (*minimalistica*, rinviando per la più parte della regolamentazione alla normativa nazionale degli Stati membri) rispetto a quanto programmato, così da rendere la messa in atto della cooperazione rafforzata palesemente non conforme al programma inizialmente approvato dalle istituzioni comunitarie e in questo modo alla valutazione di sussidiarietà in quella sede operata. Si tratta di un aspetto sottile, benché di rilievo non limitato, dal momento che un atto siffatto, per quanto in sé non necessariamente viziato da sviamento di potere, rischia di trasformarsi *ex post* in una facile scorciatoia per gli Stati membri partecipanti al fine di *riappropriarsi* delle competenze che i Trattati attribuiscono all'Unione, al di fuori dello specifico caso e delle procedure sottese all'art. 2, par. 2, TFUE, il quale richiede un'apposita decisione comunitaria per la restituzione

Review, 2011, p. 317–327, in particolare a p. 321, ove si afferma che: «[o]f course, one cannot rule out that the first nine or more Member States and the EU institutions are willing to accept additional conditions, but in that case their respective original positions need to be formally adjusted in accordance with the Treaty rules or, alternatively, must have been drafted in such wide terms that one can reasonably argue that they encompass the changes as requested».

¹¹⁴⁴ Solo ove la base giuridica esercitata sia la stessa, ma il contenuto e forma dell'azione adottata limitino oltre quanto necessario le libertà degli Stati membri, potrà parlarsi di violazione del principio di proporzionalità ex art. 5, par. 3, TUE. Qualora, invece, ci si trovi di fronte ad un eccesso di disciplina talmente abnorme da ricadere all'interno di una base giuridica più ampia o da comportare l'esercizio di una pluralità di basi giuridiche, il vizio finirà per avere carattere formale.

delle competenze attribuite dagli Stati membri con i Trattati istitutivi.¹¹⁴⁵ Tale vizio potrà senz'altro farsi valere censurando l'erroneo esercizio della base giuridica attivata ex art. 20 TUE con l'atto di attuazione o lo sviamento di potere, ove tale sia l'entità del vizio e ricorrano gli elementi che consentono di dimostrarlo, ma potrà anche più semplicemente contestarsi invocando l'inosservanza del principio di sussidiarietà. Difatti, si è evidenziato che l'invocazione del vizio dell'errata individuazione della base giuridica rischia di rivelarsi misura spuntata ove l'atto attuativo trovi effettivamente base giuridica nella norma dei Trattati indicata nella decisione ex art. 20 TUE, ma costituisca esercizio soltanto *minimale* della corrispondente competenza comunitaria. Per altro verso, la positiva dimostrazione del vizio dello sviamento di potere esige l'allegazione e la dimostrazione di indizi oggettivi, pertinenti e concordanti, in base ai quali sia possibile concludere che *«l'atto è stato adottato esclusivamente, o quanto meno in maniera determinante, per fini diversi da quelli per i quali il potere di cui trattasi è stato conferito o allo scopo di eludere una procedura appositamente prevista dal Trattato FUE per far fronte alle circostanze del caso di specie»*.¹¹⁴⁶

462. Qualora, infine, la valutazione di sussidiarietà originariamente operata nel contesto della decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata risulti, in attesa dell'adozione degli atti di attuazione, oppure anche a seguito della loro adozione, contraddetta dalla condotta degli Stati membri, tramite l'adozione di atti di diritto nazionale o mediante la conclusione di accordi di diritto internazionale, sarà ipotizzabile una violazione del principio di leale collaborazione ai sensi dell'art. 4, par. 3, TUE.¹¹⁴⁷ Sarà pertanto in sede di azione di infrazione avverso l'illecita condotta assunta dagli Stati membri, in via individuale o collettiva, od eventualmente in sede pregiudiziale, che tale vizio potrà essere invocato. Questa soluzione appare a maggior ragione praticabile ove l'adozione della normativa nazionale (accordi internazionali compresi) si ponga potenzialmente in contrasto con il

¹¹⁴⁵ Cfr la Sezione 2.4.

¹¹⁴⁶ Cfr. in questo senso la Sentenza della Corte del 5 maggio 2015, *Regno di Spagna Contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-146/13, già cit. sub n. 22, p. 56.

¹¹⁴⁷ Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al principio, si è già detto supra al Paragrafo 3.2.3. La situazione che si sta esaminando, difatti, presenta dei profili di analogia rispetto a quella già analizzata dalla Corte nel contesto dell'azione esterna dell'Unione. Come si è già detto, la Corte tende ad individuare il momento a partire dal quale il dovere di leale cooperazione preclude l'azione unilaterale degli Stati membri nell'adozione del mandato alla Commissione a negoziare un accordo in nome dell'Unione.

possibile sviluppo autonomo del diritto comunitario da esercitarsi o già esercitato in via differenziata.¹¹⁴⁸ La lesione del principio, difatti, può ritenersi realizzata soltanto con l'adozione dell'atto nazionale lesivo, il quale fuoriesce dall'oggetto del giudizio di annullamento ex art. 263 TFUE, e la relativa censura non potrà che esprimersi nelle diverse procedure appena menzionate.¹¹⁴⁹

463. Come anticipato nella Sezione 1.2, secondo una parte significativa della dottrina, la normativa adottata dagli Stati membri in sede di attuazione della decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata in materia di brevetto europeo con effetto unitario, mediante i Regolamenti n. 1257/12 e 1260/12, avrebbe instaurato un complesso sistema di elusione di diversi principi generali del diritto comunitario, tra i quali quello di autonomia del diritto e della sua tutela giurisdizionale e quello di leale collaborazione.¹¹⁵⁰ In quel contesto, difatti, gli Stati membri avrebbero esercitato solo in minima parte la base giuridica all'art. 118 TFUE, attivata con la decisione autorizzativa adottata ex art. 20 TUFUE, per il resto rinviando ad un accordo internazionale tra essi appositamente concluso in un momento successivo, ossia l'Accordo TUB. A riguardo, è stato infatti notato che il Regolamento n. 1257/12 si limita a definire l'estensione territoriale del nuovo titolo di proprietà intellettuale e poco più, rinviando all'Accordo TUB per tutti gli ulteriori aspetti della disciplina sostanziale del nuovo brevetto, compresa la delimitazione dell'ambito obiettivo di tutela assicurato dal nuovo titolo di proprietà intellettuale (*i.e.* le ipotesi di violazione avverso le quali esso assicura protezione).¹¹⁵¹ Come si è spiegato, tale soluzione costituisce il frutto di un compromesso politico, raggiunto in sede normativa al fine di conciliare l'aspirazione degli Stati membri di creare un regime di protezione brevettuale uniforme di diritto comunitario con il desiderio dei *patent users* e di una parte degli stessi Stati membri di

¹¹⁴⁸ Sul rispetto del principio di leale collaborazione da parte degli accordi *inter se* cfr. *supra* il Paragrafo 3.2.3.

¹¹⁴⁹ Cfr. in questo senso la Sentenza della Corte del 5 maggio 2015, *Regno di Spagna Contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-146/13, già cit. sub n. 22, p. 101-103.

¹¹⁵⁰ Cfr. il Paragrafo 1.2.3. Si veda anche la Sezione 3.4.

¹¹⁵¹ Cfr. in particolare l'art. 5, par. 2 e 3, del Regolamento 1257/2012, rubricato «Tutela Uniforme», il quale recita: «[l]a portata di tale diritto e le sue limitazioni sono uniformi in tutti gli Stati membri partecipanti in cui il brevetto ha effetto unitario. Gli atti avverso cui il brevetto fornisce la tutela di cui al paragrafo 1 e le limitazioni applicabili sono definiti dalla normativa applicata ai brevetti europei con effetto unitario negli Stati membri partecipanti il cui diritto nazionale si applica al brevetto europeo con effetto unitario in quanto oggetto di proprietà a norma dell'articolo 7».

poter usufruire di una giurisdizione fortemente specializzata, che fosse al contempo il più possibile estranea all'influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia.¹¹⁵² Dal punto di vista giuridico, tuttavia, tale assetto solleva rilevanti perplessità. In primo luogo, l'insufficiente esercizio della base giuridica all'art. 118 TFUE nel contesto del Regolamento n. 1257/2012 sembra scontrarsi con la valutazione di sussidiarietà operata in sede di decisione autorizzativa. Strettamente collegata a tale vizio risulta anche l'incompatibilità della normativa sostanziale introdotta dal regolamento in parola con il principio di autonomia del diritto dell'Unione, la quale è stata ampiamente evidenziata in dottrina.¹¹⁵³ Infatti, in modo particolarmente allarmante si è sottolineato come, adottando una disciplina attuativa che non si pone in linea con il mandato conferito dalle istituzioni comunitarie attraverso la decisione autorizzativa della cooperazione rafforzata, il legislatore comunitario avrebbe consentito agli Stati membri di "portare fuori" le competenze comunitarie, esercitandole mediante un accordo internazionale capace di limitare l'autonomo sviluppo del diritto UE. Per tali ragioni, pertanto, l'esercizio tramite l'Accordo TUB delle competenze nazionali residue agli Stati membri partecipanti alla cooperazione, conseguente alla loro minimalistica attuazione in sede comunitaria, appare porsi in ulteriore contrasto con il mandato ad esercitare in via differenziata l'art. 118 TFUE conferito dal legislatore UE in sede di decisione autorizzativa. Di conseguenza, l'Accordo TUB è stato ritenuto potenzialmente in contrasto con il principio di leale collaborazione ex art. 4, par. 3, TUE.

464. Nell'aderire a tali critiche, si è anche argomentato che, almeno dal punto di vista teorico, non appare insuperabile la posizione assunta dalla Corte di giustizia nella sua nota sentenza del 5 maggio 2015, con la quale ha rigettato il ricorso di annullamento presentato dalla Spagna avverso il Regolamento n. 1257/2012.¹¹⁵⁴ Come emerge dal testo

¹¹⁵² Si noti come trattasi di una posizione nient'affatto condivisa dalla dottrina del diritto della proprietà intellettuale. Ad esempio, afferma Pila che: «*generalist courts such as the CJEU are more likely and better equipped to take account of the EU Treaties and requirements of general EU law when interpreting patent legislation than their specialist counterparts*» (PILA J., *An Historical Perspective I*, già cit. sub n. 316, p. 21).

¹¹⁵³ Cfr. *supra* il Paragrafo 1.1.1(b).

¹¹⁵⁴ In proposito, si ritiene condivisibile la presa di posizione assunta dalla Corte nel contesto della sentenza del 16 aprile 2013, *Italia e Spagna contro Consiglio*, cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 22, p. 62 e 63, secondo la quale: «[...] i brevetti europei rilasciati conformemente alle norme della CBE non conferiscono una protezione uniforme negli Stati aderenti a tale convenzione, ma garantiscono, in ciascuno di tali Stati, una tutela la cui portata è definita dal diritto nazionale. Il brevetto unitario delineato dalla decisione impugnata conferirebbe invece una tutela uniforme sul territorio di tutti gli Stati membri partecipanti alla

della sentenza, infatti, la ricorrente aveva lamentato l'attuazione *minimalistica* della decisione autorizzativa, richiamando i soli vizi dell'erroneo esercizio della base giuridica all'art. 118 TFUE e dello sviamento di potere. Al contrario, nulla era stato allegato da parte dello Stato ricorrente in ordine al rispetto del principio di sussidiarietà. Con riferimento alla prima censura, la Corte ha argomentato che l'art. 118 TFUE costituiva la base giuridica corretta per l'adozione del Regolamento impugnato e che mediante lo stesso gli Stati membri avevano proceduto effettivamente ad esercitarla. Questa posizione è stata sostenuta dalla Corte nonostante il regolamento si fosse limitato alla creazione del nuovo titolo di brevetto, senza disciplinarne il contenuto, argomentando che l'art. 118 TFUE «*nel menzionare l'istituzione di «misure per la creazione di titoli europei al fine di garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione» non esige necessariamente che il legislatore dell'Unione proceda a un'armonizzazione completa ed esaustiva di tutti gli aspetti del diritto di proprietà intellettuale.*»¹¹⁵⁵ Con riferimento alla censura dello sviamento di potere, invece, la Corte sembra aver giustificato il proprio rigetto soltanto in ragione della non adeguata articolazione del motivo di ricorso da parte dello Stato ricorrente. Il tenore della lapidaria motivazione riportata nella pronuncia è infatti il seguente: «[...] *nell'ambito del suo motivo vertente su*

cooperazione rafforzata. Di conseguenza, l'argomentazione dei ricorrenti secondo cui la tutela conferita da tale brevetto unitario non apporterebbe benefici in termini di uniformità, e dunque di integrazione, rispetto alla situazione derivante dall'attuazione delle norme previste dalla CBE dev'essere respinta in quanto infondata.» Difatti, come già precisato, il sindacato in ordine al corretto esercizio della base giuridica attivata con la decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata avrebbe potuto intervenire soltanto in sede di controllo giurisdizionale degli atti di attuazione della stessa cooperazione, il quale tuttavia non è stato invocato dal Regno di Spagna nelle cause C-246/12 e C-247/12.

¹¹⁵⁵ Cfr. la Sentenza della Corte del 5 maggio 2015, *Regno di Spagna Contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-146/13, già cit. sub n. 22, p. 48. In modo altrettanto formalistico, nel contesto della primissima pronuncia inerente la legittimità della decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata, la Corte aveva concluso che il carattere non integrale per tutto il territorio comunitario della protezione uniforme assicurata dai titoli creati ex art. 118 TFUE, nel caso di specie costituiva precipitato inevitabile del ricorso alla cooperazione rafforzata. In particolare, essa aveva affermato che: «[p]er quanto riguarda, invece, i termini «nell'Unione» e «a livello di Unione» impiegati all'articolo 118 TFUE, si deve rilevare che è insito nel fatto che la competenza attribuita da detto articolo sia, nella fattispecie, esercitata a titolo di cooperazione rafforzata che il titolo europeo di proprietà in tal modo creato, la protezione uniforme da esso conferita ed i regimi che lo integrano saranno in vigore unicamente sul territorio degli Stati membri partecipanti, e non in tutta l'Unione. Tale conseguenza, lungi dal costituire una violazione dell'articolo 118 TFUE, deriva necessariamente dall'articolo 20 TUE, il quale, al paragrafo 4, dispone che «[g]li atti adottati nel quadro di una cooperazione rafforzata vincolano solo gli Stati membri partecipanti»». (cfr. Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea*, Cause riunite C-274/11 e C-295/11, già cit. sub n. 22, in particolare al p. 68).

*uno sviamento di potere, il Regno di Spagna si limita a ribadire il suo argomento secondo cui il regolamento impugnato non delinea alcun regime giuridico idoneo a garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione. Orbene, siffatto argomento è stato respinto nell'analisi del secondo motivo».*¹¹⁵⁶ Nel caso di specie, pertanto, il rigetto è dipeso dalla manchevole o inadeguata formulazione del motivo di ricorso, e di conseguenza non si può escludere che, ove esso fosse stato adeguatamente formulato, la Corte sarebbe stata pronta ad accoglierlo.¹¹⁵⁷ Di conseguenza, non appare esclusa una sua efficace riproposizione in sede di rinvio pregiudiziale di validità o in via di eccezione dell'invalidità del regolamento ex art. 277 TFUE.

5.3 I principi generali dell'ordinamento giuridico dell'Unione: fondamento/garanzia e limite degli accordi *inter se* tra gli Stati membri

(a) *In particolare sul principio di leale collaborazione*

465. Più sopra si è richiamato come, alla luce delle riflessioni operate, si sia giunti alla conclusione che la valutazione di sussidiarietà operata nel contesto della decisione autorizzativa di cooperazione rafforzata, così come quella elaborata nel contesto dell'adozione di un qualsiasi atto comunitario di esercizio delle competenze non concorrenti, assume un rilievo fondamentale anche ai fini della valutazione della compatibilità con l'ordinamento comunitario delle iniziative assunte dagli Stati membri nel più generale contesto del diritto internazionale. In applicazione dei principi enunciati dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza relativa al principio di leale collaborazione, si è infatti argomentato che, ove in attesa dell'adozione degli atti di attuazione della decisione autorizzativa ex art. 20 TUE, oppure anche a seguito della loro adozione, la valutazione di sussidiarietà risulti contraddetta dalla condotta degli Stati membri, tramite l'adozione di atti di diritto nazionale o la conclusione di accordi di diritto internazionale, sarà ipotizzabile una violazione del principio di leale collaborazione suscettibile di essere censurata dinanzi alla Corte di giustizia ex art. 267 TFUE o ex art. 258 TFUE.¹¹⁵⁸

¹¹⁵⁶ Cfr. la Sentenza della Corte del 5 maggio 2015, *Regno di Spagna Contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-146/13, già cit. sub n. 22, p. 58.

¹¹⁵⁷ Evidentemente ciò ormai potrebbe avvenire solamente in sede di rinvio pregiudiziale di validità, essendo irrimediabilmente spirato il termine per l'impugnazione diretta ai sensi dell'art. 263 TFUE.

¹¹⁵⁸ Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al principio, si rinvia al Paragrafo 3.2.3. La situazione che si sta esaminando, difatti, presenta dei profili di

466. Difatti, tra le ipotesi di sostanziale incompatibilità degli accordi *inter se* con il diritto comunitario risulta senz'altro ricompresa la violazione dei principi generali che governano la partecipazione degli Stati membri al consorzio europeo, tra i quali spicca il principio di leale cooperazione, espresso dall'art. 4, par. 3, TUE (ex art. 5 CEE). Esso assume un significato particolare con riferimento agli atti di diritto internazionale posti in essere dagli Stati membri, dal momento che riveste un ruolo importante anche ai fini della preservazione dell'unità della rappresentanza esterna dell'Unione. In particolare, nel contesto della giurisprudenza *AETS*, la Corte di giustizia ha interpretato tale principio come opponentesi all'eventualità che gli Stati membri potessero esercitare le proprie competenze esterne quando ciò comportasse il rischio di incidere sulle norme comuni o di alterarne l'efficacia.¹¹⁵⁹ Tale obbligo è stato successivamente esteso fino a ricomprendere anche la presentazione della posizione nazionale di uno Stato membro all'interno di un'organizzazione internazionale, ove ciò comportasse l'assunzione di impegni atti ad incidere su norme comunitarie adottate per raggiungere gli scopi del Trattato, e a prescindere dal fatto che l'Unione partecipasse o meno all'organizzazione internazionale in questione.¹¹⁶⁰ Al fine di verificare la violazione del principio, nel contesto dell'azione esterna, la giurisprudenza della Corte tende ad individuare il momento a partire dal quale il dovere di leale cooperazione preclude l'azione unilaterale degli Stati membri nell'adozione del mandato alla Commissione a negoziare un accordo in nome dell'Unione.¹¹⁶¹

analogia rispetto a quella già analizzata dalla Corte nel contesto dell'azione esterna dell'Unione. Come si è già detto, la Corte tende ad individuare il momento a partire dal quale il dovere di leale cooperazione preclude l'azione unilaterale degli Stati membri nell'adozione del mandato alla Commissione a negoziare un accordo in nome dell'Unione.

¹¹⁵⁹ Cfr. la già richiamata Sentenza della Corte del 31 marzo 1971, *Commissione delle Comunità europee contro Consiglio delle Comunità europee*, già cit. sub n. 343, p. 22.

¹¹⁶⁰ Cfr. Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 12 febbraio 2009, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica ellenica*, Causa C-45/07, già cit. sub n. 599, p. 29. Ove invece l'Unione sia parte a sua volta dell'organizzazione internazionale o dell'accordo oggetto di scrutinio, gli Stati membri dovranno astenersi dall'adozione di proposte incompatibili con la strategia comune concordata a livello comunitario. Cfr. sul punto la Sentenza della Corte (grande sezione) del 20 aprile 2010, *Commissione europea contro Regno di Svezia*, Causa C-246/07, già cit. sub n. 599, p. 104.

¹¹⁶¹ Cfr. Sentenza della Corte del 2 giugno 2005, *Commissione delle Comunità Europee contro Lussemburgo*, Causa C-266/03, già cit. sub n. 600. In proposito, Van Elsuwege conclude che: «[h]ence, despite the conceptual differences between the application of the duty of cooperation in areas of shared or exclusive competence, a comparison of the IMO and PFOS cases seems to indicate that the practical effects are the same. Unilateral external action by the

467. Al contrario, la Corte di giustizia non ha ancora affrontato compiutamente la questione del rispetto del principio di leale collaborazione da parte degli accordi *inter se*. In passato, essa ha perso l'occasione di farlo nell'ambito delle note sentenze riguardanti i casi *Bangladesh* e *Lomé*, relative a due ipotesi di accordi *paralleli* tra Stati membri.¹¹⁶² Essa ha invece assunto una significativa presa di posizione nella sentenza *Pringle* del 2012, relativa ad un caso di *accordo parziale*, e cioè al Trattato che istituisce un Meccanismo di Stabilità Europeo (MES), concluso nel 2011 da tutti e 17 gli Stati membri dell'Eurozona, nel contesto delle misure di emergenza per la gestione della crisi dei relativi debiti pubblici.¹¹⁶³ Nella pronuncia in commento, la Corte non si è limitata a verificare la sussistenza della competenza degli Stati membri, ma ha anche dichiarato la necessità di valutare l'incidenza che l'accordo presentava sul futuro esercizio delle competenze non esclusive dell'Unione, quali il potere di concedere assistenza finanziaria e di adottare misure di coordinamento economico (artt. 121, 122, par. 2; e 126 TFUE).¹¹⁶⁴ La Corte, tuttavia, ha omesso di offrire un'interpretazione maggiormente specifica in ordine alle linee direttrici che informano il controllo giurisdizionale del rispetto del principio nei casi di accordi *inter se*. Si è pertanto ipotizzato che, quantomeno per il momento, sia possibile estendere analogicamente agli accordi *inter se* il *test* di compatibilità sviluppato dalla giurisprudenza della Corte relativa all'azione esterna, verificando se essi possano limitare il futuro ed autonomo sviluppo del diritto UE

Member States is precluded in order to preserve the unity of the EU's external representation in both cases. [...] Accordingly, the decisive criterion to decide on the concrete implications of the loyalty principle for the scope of autonomous Member States action is not so much the nature of the EU competence at stake but, rather, the impact of Member State action on the consistency and coherence of the EU's external action» (cfr. **VAN ELSUWEGE P.**, *The duty of sincere cooperation (Art. 4 (3) TEU) and its implications for the national interest of EU Member States in the field of external relations*, già cit. sub n. 597, p. 8.

¹¹⁶² La questione è esaminata in modo approfondito al Paragrafo 3.2.3.

¹¹⁶³ Cfr. Sentenza della Corte in seduta plenaria del 27 novembre 2012, *Thomas Pringle contro Government of Ireland, Ireland e The Attorney General*, già cit. sub n. 248.

¹¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 108-123; la notazione è di **DE GREGORIO MERINO A.**, *Institutional Aspects of Variable Geometry. Special Consideration of the Intergovernmental Method*, già cit. sub n. 16. In questo senso, l'Autore afferma che in *Pringle* la Corte di giustizia avrebbe affermato il principio per cui «*ancillary intergovernmental arrangements cannot be destructive for the competences of the Union: they must instead reinforce the Union's action in a particular field*»; ciò significa, nelle sue parole, che: «*the relationship between the intergovernmental world and the Union's legal order must be instrumental or mutually supportive*».

nel settore in cui sono adottati.¹¹⁶⁵ Stante l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 263 TFUE, sarà comunque soltanto in sede di azione di infrazione avverso l'illecita condotta assunta dagli Stati membri, in via individuale o collettiva, o di rinvio pregiudiziale che tale vizio potrà essere invocato.

468. In proposito, si è già illustrato come il rigetto della Corte avverso l'impugnazione del Regolamento n. 1257/12 non sembra precludere in via definitiva l'esame della compatibilità dell'Accordo TUB con il principio di leale collaborazione, essendo esso dipeso fondamentalmente dall'inadeguata formulazione della censura da parte dello Stato ricorrente. La pronuncia di inammissibilità lascia pertanto impregiudicata l'eventualità che la Corte si determini a sanzionare la violazione del principio di leale collaborazione da parte degli Stati membri partecipanti all'Accordo TUB nella sede adeguata.

(b) Sul rilievo essenziale del principio di autonomia del diritto dell'Unione per il tramite del sistema comunitario di tutela giurisdizionale dei diritti e, per tale via, dell'istituto del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE

469. Come si è esaminato in modo approfondito nel Capitolo 4, ed in particolare alla Sezione 4.3, un altro principio generale dell'ordinamento giuridico dell'Unione che deve essere necessariamente rispettato ai fini della liceità, dal punto di vista comunitario, degli accordi *inter se*, è il principio dell'autonomia del sistema giurisdizionale UE. Tale principio è stato recentemente riconosciuto come avente rilevanza costituzionale (*rectius* essenziale), ossia intangibile financo mediante il procedimento formale di revisione dei Trattati, da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia in punto di creazione o di adesione a tribunali internazionali comuni agli Stati membri. Così facendo, la Corte di giustizia ha confermato il proprio ruolo di *massimo ideologo* del processo d'integrazione europea, esprimendo posizioni che si collocano in tutta coerenza con quelle accolte nelle *pronunce fondative* che sono state commentate al Capitolo 2.

470. L'affermazione del principio in parola, infatti, affonda le sue radici nella sentenza *van Gend en Loos*, laddove si individuava alla base del sistema giurisdizionale comunitario e delle sue caratteristiche, l'esigenza di assicurare tutela diretta ai diritti riconosciuti agli individui

¹¹⁶⁵ La suggestione deve ricondursi a **SMULDERS B.**, *Treaties between Member States and EU law*, Academy of European Union Law, EUI, Firenze, 7-9 luglio 2014.

dai Trattati.¹¹⁶⁶ Essa ha trovato compiuta definizione quindici anni più tardi, nella sentenza *Simmmenthal*, i cui principi sono ancora pienamente validi. In quel contesto, la Corte ha riconosciuto che il carattere pienamente autonomo della tutela giurisdizionale offerta dal sistema comunitario, trova garanzia in due fondamentali elementi:¹¹⁶⁷ il primo consiste nell'esclusione di qualunque intromissione nel suo esercizio da parte degli ordinamenti nazionali;¹¹⁶⁸ il secondo, invece, è dato dall'incarico conferito ai giudici nazionali degli Stati membri di garantire la tutela dei diritti individuali riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione, andando non solo *contro* le scelte legislative - anche costituzionali - del legislatore interno, ma anche *oltre* i poteri loro conferiti dall'ordinamento nazionale di appartenenza. Costoro, difatti, risultano investiti del potere-dovere di disapplicare direttamente il diritto nazionale incompatibile, e cioè senza doversi rivolgere preventivamente al giudice costituzionale nazionale ovvero alla Corte di giustizia.¹¹⁶⁹ Questi elementi caratterizzanti il ruolo dei giudici

¹¹⁶⁶ Sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*, causa 26-62, già cit. sub n. 40, p. 25: «[o]ve le garanzie contro la violazione dell'articolo 12 da parte degli Stati membri venissero limitate a quelle offerte dagli articoli 169 e 179, i diritti individuali degli amministrati rimarrebbero privi di tutela giurisdizionale diretta. Inoltre, il ricorso a detti articoli rischierebbe di essere inefficace qualora dovesse intervenire solo dopo l'esecuzione di un provvedimento interno adottato in violazione delle norme del trattato. La vigilanza dei singoli interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce d'altronde efficace controllo che si aggiunge a quello che gli articoli 169 e 170 affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri».

¹¹⁶⁷ Cfr. Sentenza della Corte del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpA Simmenthal*, causa 106/77, già cit. sub n. 252. In questo senso, l'aggettivo ed il carattere *comunitario* del sistema finiscono, nella giurisprudenza della Corte, per ricomprendere l'elemento dell'autonomia.

¹¹⁶⁸ Ma non necessariamente escludendo qualunque coinvolgimento degli organi giurisdizionali supremi interni, cfr. Sentenza della Corte (grande sezione) del 22 giugno 2010, *Aziz Melki e Sélim Abdeli*, Cause riunite C-188/10 e C-189/10, già cit. sub n. 453, p. 52 e 53: «[n]ei limiti in cui il diritto nazionale preveda l'obbligo di avviare un procedimento incidentale di legittimità costituzionale, che impedirebbe al giudice nazionale di disapplicare immediatamente una disposizione legislativa nazionale che ritenga contraria al diritto dell'Unione, il funzionamento del sistema instaurato dall'art. 267 TFUE esige nondimeno che siffatto giudice sia libero, da un lato, di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione e, dall'altro, di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale di cui trattasi se egli la ritenga contraria al diritto dell'Unione».

¹¹⁶⁹ Cfr. Sentenza della Corte del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpA Simmenthal*, causa 106/77, già cit. sub n. 252, p. 20-24. Come commenta Cortese: «[i]l acquiert notamment la fonction de garantir la protection des droits individuels trouvant leur source dans l'ordre juridique UE, et cela non seulement contre les choix législatifs et même constitutionnels de l'ordre juridique étatique, mais aussi au-delà des pouvoirs juridictionnels qui lui sont dévolus dans son système national. Ce même juge se voit notamment reconnaître par le droit communautaire le pouvoir de laisser inappliquées ces dispositions internes sans interposition

nazionali nel sistema comunitario, ne giustificano la qualificazione in termini di organi al contempo nazionali ed autenticamente comunitari (secondo l'espressione utilizzata dalla Corte, "*giudici decentrati di diritto comune*"). Le pronunce richiamate hanno inoltre permesso l'emersione di una delle caratteristiche peculiari del sistema di tutela giurisdizionale comunitario, e cioè della sua autonomia, costruita avvalendosi della struttura istituzionale statale, che in questa veste vede trasformata la propria natura.¹¹⁷⁰ Anche questa volta, inoltre, l'assetto prospettato dalla Corte ha ricevuto conferma dall'effettiva prassi degli Stati membri, secondo le note dinamiche dell'*autocostituzione* dell'ordinamento.¹¹⁷¹ Per quanto riguarda l'ordinamento giuridico italiano, l'adesione tale disegno ha trovato conferma nella famosa pronuncia della Corte costituzionale nel caso *Granital*.¹¹⁷²

471. Nel corso del Capitolo 4, si è argomentato come i richiamati elementi del sistema giurisdizionale comunitario non sono stati sminuiti con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Esso, in particolare, accanto alla "promozione" a diritto primario dell'UE della Carta dei diritti fondamentali, compreso il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva all'art. 47 (art. 6 TUE), ne ha esteso l'ambito di applicazione anche al campo della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. In questo scenario, la Corte di giustizia, ha avuto occasione di ribadire e sviluppare la propria posizione, arrivando ad affermare che la preservazione della *Comunità di diritto* postula *essenzialmente* la garanzia di un controllo giurisdizionale che copra tutti gli atti comunitari, e che tale controllo sia autenticamente comunitario, ossia

ni d'un éventuel juge des lois prévu par le système national (Cour constitutionnelle), ni de la Cour de justice» (CORTESE B., A la recherche d'un parcours d'autoconstitution, già cit. sub n. 37, p. 330).

¹¹⁷⁰ Idem, p. 333: «*ce système n'est pas basé sur la structure institutionnelle communautaire: il est plutôt le fruit d'une symbiose, une combinaison entre structures nationales et fonctions communautaires, qui finit par changer la nature de systèmes juridictionnels nationaux préexistants. La perspective adoptée est crypto-fédérale: c'est la tentative de la Cour de justice d'exclure toute interposition entre elle et «les juges de "droit commun" de l'ordre juridique de l'Union».* Si tratta di un disegno *ambizioso* quello perseguito dalla Corte, difatti, come afferma l'A: «[a]u-delà de la garantie de l'applicabilité directe ed de la primauté du droit communautaire, la jurisprudence de la Cour vise en effet la construction, par la voie prétorienne, d'un système communautaire de protection juridictionnelle directe des droits individuels».

¹¹⁷¹ Cfr. *supra* il Capitolo 2.

¹¹⁷² Cfr. anche **PICCHIO FORLATI L.**, *La partecipazione al dialogo...*, già cit. sub n. 38; **PICCHIO FORLATI L.**, *Il fondamento giuridico dell'Unione europea...*, già cit. sub n. 38. In particolare vanno richiamate le pronunce delle Corti costituzionali degli Stati membri che hanno comportato la sostanziale accettazione di tale assetto di rapporti, su cui cfr. *supra* la Sezione 2.1.

consenta la preservazione dell'autonomia del sistema da qualsiasi interferenza esterna, al punto che la perdita di questo modo d'essere *sostanzialmente costituzionale* modificherebbe irrimediabilmente l'ordinamento interindividuale europeo per come si è finora affermato.

472. Più precisamente, tale approdo costituisce il frutto di un'evoluzione che ha avuto inizio con l'adozione del Parere 1/91, reso ex art. 218, par 11 TFUE, con il quale la Corte di giustizia ha affermato che: «[l]'art. 238 del Trattato CEE [l'attuale art. 218 TUFUE] non fornisce alcuna base per istituire, mediante accordo internazionale, un sistema giurisdizionale che pregiudichi l'art. 164 del detto Trattato [l'attuale art. 267 TFUE] e, più in generale, gli stessi principi fondamentali della Comunità. Per gli stessi motivi, una modifica dell'art. 238 non potrebbe sanare l'incompatibilità del sistema giurisdizionale previsto dall'accordo con il diritto comunitario».¹¹⁷³ Un ulteriore passo in avanti, in questo senso, è stato compiuto dalla Corte con la famosa pronuncia sul caso *Kadi II*,¹¹⁷⁴ di poco precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nel contesto della quale essa ha affermato, con parole eloquenti che si riportano di seguito, che: «il controllo da parte della Corte della validità di qualsiasi atto comunitario sotto il profilo dei diritti fondamentali deve essere considerato come l'espressione, in una comunità di diritto, di una garanzia costituzionale derivante dal Trattato CE, quale sistema giuridico autonomo, che non può essere compromessa da un accordo internazionale».¹¹⁷⁵ In questo senso, l'esclusione di un autonomo controllo giurisdizionale comunitario, priverebbe il sistema delle sue caratteristiche essenziali anche quando ciò avvenisse in casi limitati e facesse seguito all'imposizione di obblighi di diritto internazionale dotati, in quell'ordinamento, di un carattere cogente e, dunque, di un rango gerarchicamente superiore allo stesso sistema dei Trattati istitutivi.

473. Tale approccio ha trovato ulteriore sviluppo nel contesto del *Parere 1/09*, relativo al progetto di accordo istitutivo di un Tribunale dei brevetti europeo e comunitario (TB), in occasione del quale la Corte di giustizia ha riconosciuto che l'elemento essenziale dell'autonomia del diritto comunitario sarebbe contraddetto anche ove il sistema di controllo giurisdizionale fosse privato della propria natura

¹¹⁷³ Parere della Corte del 14 dicembre 1991, già cit. sub n. 368, p. 6.

¹¹⁷⁴ Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, già cit. sub n. 368

¹¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 281, 285, 290, 316.

autonomamente comunitaria.¹¹⁷⁶ In considerazione del principio di leale collaborazione, ai sensi dell'art. 4, par. 3, TFUE, letto in combinato disposto con l'art. 19 TUE, la Corte ha affermato che spetta congiuntamente «agli organi giurisdizionali nazionali e alla Corte garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione nell'insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti che i soggetti dell'ordinamento ricavano dal medesimo».¹¹⁷⁷ Ciò precisato, la Corte ha ribadito come lo strumento del rinvio pregiudiziale, quale rimedio *autonomo* previsto dall'art. 267 TFUE, sia *essenziale* ai fini della tutela del carattere comunitario del diritto istituito dai Trattati, giacché esso istituisce «una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali, nell'ambito della quale questi ultimi partecipano strettamente alla corretta applicazione e all'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, nonché alla tutela dei diritti attribuiti da quest'ordinamento giuridico ai privati»,¹¹⁷⁸ garantendo che il diritto UE abbia il medesimo effetto in tutti gli Stati membri.¹¹⁷⁹ Di tutta conseguenza, la Corte ha concluso che «le funzioni attribuite, rispettivamente, ai giudici nazionali e alla Corte sono essenziali alla salvaguardia della natura stessa dell'ordinamento istituito dai Trattati».¹¹⁸⁰ Tanto premesso, con riferimento al progetto di accordo sottoposto al suo scrutinio nel caso di specie, la Corte ha osservato che esso, attribuendo al nuovo giudice internazionale la competenza esclusiva ad interpretare ed applicare il diritto comunitario - benché inerente un contenzioso naturalmente privato (e perciò sottratto all'art. 344 TFUE) - si risolveva nella creazione di un «giudice internazionale, situato all'esterno della cornice istituzionale e giurisdizionale dell'Unione, [che] priverebbe i giudici degli Stati membri delle loro competenze in materia di

¹¹⁷⁶ Parere della Corte in seduta plenaria dell'8 marzo 2011, già cit. sub n. 53.

¹¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 68.

¹¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 84.

¹¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 83, ove si afferma: «[o]ccorre anche ricordare che l'art. 267 TFUE, essenziale ai fini della tutela del carattere comunitario del diritto istituito dai Trattati, ha lo scopo di garantire in qualsiasi circostanza a detto diritto il medesimo effetto in tutti gli Stati membri. La procedura pregiudiziale così istituita mira a prevenire divergenze interpretative del diritto dell'Unione che i giudici nazionali devono applicare e tende a garantire quest'applicazione, conferendo al giudice nazionale un mezzo per eliminare le difficoltà che possa generare il dovere di dare al diritto dell'Unione piena esecuzione nella cornice dei sistemi giurisdizionali degli Stati membri. Inoltre, i giudici nazionali hanno la più ampia facoltà, se non l'obbligo, di adire la Corte qualora ritengano che una causa pendente dinanzi ad essi sollevi questioni implicanti un'interpretazione o una valutazione della validità delle norme giuridiche dell'Unione, che impongano una decisione da parte loro (v., in tal senso, sentenze 16 gennaio 1974, causa 166/73, Rheinmühlen-Düsseldorf, Racc. pag. 33, punti 2 e 3, nonché 12 giugno 2008, causa C-458/06, Gourmet Classic, Racc. pag. I-4207, punto 20)».

¹¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 85.

*interpretazione e di applicazione del diritto dell'Unione, nonché la Corte della propria competenza a risolvere, in via pregiudiziale, le questioni proposte da detti giudici e, di conseguenza, snaturerebbe le competenze attribuite dai Trattati alle istituzioni dell'Unione e agli Stati membri, le quali sono essenziali alla salvaguardia della natura stessa del diritto dell'Unione».*¹¹⁸¹

474. L'ultimo sviluppo del percorso giurisprudenziale in esame è rappresentato dal *Parere 2/13* della Corte, reso nel dicembre 2014, con riferimento al progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU),¹¹⁸² adesione oggi prescritta dall'art. 6, par. 2, TFUE.¹¹⁸³ In quel contesto, giudici di Lussemburgo hanno espressamente confermato il carattere *costituzionale* ed intangibile del rinvio pregiudiziale, quale ulteriore *pilastro* del sistema giurisdizionale comunitario, ricollegandolo esplicitamente al carattere interindividuale dell'ordinamento.¹¹⁸⁴ In questo senso, la Corte ha

¹¹⁸¹ Parere 1/09, già cit. sub n. 53, p. 89. La natura internazionale del giudice avrebbe come ulteriore effetto l'inapplicabilità dei principi fissati dalla giurisprudenza *Köbler* (Sentenza della Corte del 30 settembre 2003, *Gerhard Köbler contro Republik Österreich*, Causa C-224/01, già cit. sub n. 225), nel senso che la violazione del diritto dell'Unione da parte dello stesso si opporrebbe all'operatività dei principi della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri (cfr. p. 88).

¹¹⁸² Parere della Corte in seduta plenaria del 18 dicembre 2014, *Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - Compatibilità di detto progetto con i Trattati UE e FUE*, già cit. sub n. 53.

¹¹⁸³ A seguito del Trattato di Lisbona, l'art. 6, par. 2, TUE prevede infatti che: «[I]l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati» (cfr. anche l'art. 218, paragrafo 6, secondo comma, lettera a), punto ii, TFUE). Il parere della Corte è stato dunque reso ex art. 218 TFUE, in sede di controllo di compatibilità con i Trattati di un atto ad essi gerarchicamente subordinato, come confermato ai punti 160-164 della pronuncia.

¹¹⁸⁴ Cfr. in particolare, i p. 164-167 del Parere, che così recitano: «[...] le condizioni alle quali i Trattati subordinano l'adesione mirano, in modo particolare, a garantire che quest'ultima non incida sulle caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione. A questo proposito occorre ricordare che tra queste caratteristiche figurano quelle relative alla struttura costituzionale dell'Unione, che si riflette nel principio di attribuzione delle competenze contemplato agli articoli 4, paragrafo 1, e 5, paragrafi 1 e 2, TUE, nonché nel quadro istituzionale definito agli articoli da 13 TUE a 19 TUE. A ciò si aggiungono le caratteristiche specifiche attinenti alla natura stessa del diritto dell'Unione. In particolare, come rilevato più volte dalla Corte, il diritto dell'Unione si caratterizza per il fatto di derivare da una fonte autonoma, costituita dai Trattati, per il suo primato sul diritto dei singoli Stati membri [...] nonché per l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini di detti Stati membri nonché agli Stati stessi (sentenza *van Gend & Loos*, EU:C:1963:1, pag.23, e parere 1/09, EU:C:2011:123, punto 65). Tali caratteristiche essenziali del diritto dell'Unione hanno dato vita ad una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano, in modo reciproco, l'Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché, tra di loro, gli Stati membri, ormai impegnati –

precisato che la preservazione dell'autonomia della tutela giurisdizionale invocata in *Kadi II*, trova garanzia, non solo attraverso l'attribuzione della competenza giurisdizionale ai giudici dell'UE, ma anche mediante la conservazione del carattere pienamente *comunitario* dei meccanismi attraverso i quali tale competenza giurisdizionale viene esercitata, tanto che ad essi appare subordinata la stessa attuazione dei diritti fondamentali.¹¹⁸⁵ In questo quadro la Corte ha definito il rinvio pregiudiziale come la «*chiave di volta del sistema giurisdizionale*»,¹¹⁸⁶ con la conseguenza che le caratteristiche peculiari del rinvio debbono essere necessariamente conservate al fine di tutelare l'autonomia dell'ordinamento. Nell'affermare ciò la Corte richiamava espressamente la propria giurisprudenza resa nel Parere 1/09.¹¹⁸⁷

come ricordato all'articolo 1, secondo comma, TUE – in un «processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa».

¹¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 201-214. In particolare, al punto 201, la Corte ha affermato quanto segue: «[s]econdo una costante giurisprudenza della Corte, un accordo internazionale non può pregiudicare l'ordinamento delle competenze stabilito dai Trattati e, di conseguenza, l'autonomia del sistema giuridico dell'Unione, di cui la Corte garantisce il rispetto. Tale principio trova riconoscimento in particolare nell'articolo 344 TFUE, a norma del quale gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei Trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti da questi ultimi [...]», sicché ai p. 205-205, si concludeva che: «contrariamente alla convenzione internazionale in questione nella causa decisa dalla sentenza Commissione/Irlanda (EU:C:2006:345, punti 124 e 125), la quale prevedeva espressamente che la disciplina per la soluzione delle controversie stabilita dal diritto dell'Unione prevalesse, in linea di principio, su quella istituita da detta convenzione, la procedura di composizione delle controversie prevista dall'articolo 33 della CEDU è suscettibile di trovare applicazione a qualsiasi Parte contraente, e dunque anche alle controversie tra gli Stati membri o tra questi e l'Unione allorché viene in discussione il diritto dell'Unione. A questo proposito, contrariamente a quanto sostenuto in alcune delle osservazioni presentate alla Corte nell'ambito del presente procedimento, il fatto che l'articolo 5 del Progetto di accordo preveda che le procedure dinanzi alla Corte non debbano essere considerate come modalità di risoluzione delle controversie alle quali le Parti contraenti hanno rinunciato ai sensi dell'articolo 55 della CEDU non può essere sufficiente per preservare la competenza esclusiva della Corte».

¹¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 176 e 198.

¹¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 183-184: sul presupposto che «un accordo internazionale può incidere sulle sue competenze soltanto a condizione che siano soddisfatte le condizioni essenziali per la preservazione della natura di tali competenze e che dunque non venga pregiudicata l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione (v. parere 1/00, EU:C:2002:231, punti 21, 23 e 26, nonché parere 1/09, EU:C:2011:123, punto 76; v. anche, in tal senso, sentenza *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*, EU:C:2008:461, punto 282). In particolare, l'intervento degli organi investiti dalla CEDU di competenze decisionali, quale contemplato dall'accordo previsto, non deve avere come effetto di imporre all'Unione e alle sue istituzioni, nell'esercizio delle loro competenze interne, un'interpretazione determinata delle norme del diritto dell'Unione (v. parere 1/91, EU:C:1991:490, punti da 30 a 35, nonché parere 1/00, EU:C:2002:231, punto 13)» la Corte ha affermato, tra l'altro che «non contenendo alcuna

475. Quanto alle caratteristiche del rinvio pregiudiziale, si è anche evidenziato che gli elementi delineati dalla Corte nella sentenza *Simmenthal*, e richiamati nel Parere 1/09, hanno trovato ulteriore sviluppo nella pronuncia *Miles contro Scuole europee*,¹¹⁸⁸ nel contesto della quale i giudici comunitari hanno affermato la non riconducibilità alla nozione di “organo giurisdizionale comune agli Stati membri” di una giurisdizione internazionale creata con accordo *inter se*, dal momento che essa non presentava un collegamento sufficiente con i sistemi giurisdizionali nazionali degli Stati membri ad esso partecipanti. Nel caso di specie si trattava della Camera di ricorso istituita dalla Convenzione sulle Scuole Europee del 1994, accordo c.d. *misto* cui partecipano tutti gli Stati membri e anche l’UE, e relativo all’istruzione in comune dei figli dei dipendenti delle istituzioni comunitarie. La Camera di ricorso si era rivolta alla Corte di giustizia per conoscere se fosse legittimata o addirittura obbligata, ove giudicasse in ultima istanza, ad operare il rinvio di cui all’art. 267 TFUE in ordine alle questioni pregiudiziali di diritto comunitario. La Corte replicava affermando l’impossibilità di tracciare un parallelismo tra la Camera di Ricorso e la Corte del Benelux, dal momento che il ruolo fondamentale di quest’ultima, secondo la giurisprudenza *Parfums Christian Dior* sarebbe quello «di assicurare l’uniformità nell’applicazione delle norme giuridiche comuni ai tre Stati» parti della comunità, e che «il procedimento instaurato dinanzi ad essa costituisce un incidente nell’ambito delle cause pendenti dinanzi ai giudici nazionali, in esito al quale viene fissata l’interpretazione definitiva delle norme giuridiche comuni al Benelux».¹¹⁸⁹ Al contrario, la Corte evidenziava come, benché la Camera di ricorso desse effettivamente applicazione alla disciplina internazionale comune agli Stati membri alla Convenzione, essa costituisse «pur sempre un organo di un’organizzazione internazionale la quale, nonostante i legami funzionali che essa intrattiene con l’Unione, resta formalmente distinta da quest’ultima e dagli Stati membri», e soprattutto come essa non

disposizione in merito all’articolazione del meccanismo istituito dal Protocollo n. 16 con la procedura di rinvio pregiudiziale contemplata dall’articolo 267 TFUE, l’accordo previsto è idoneo a pregiudicare l’autonomia e l’efficacia di tale procedura» (p. 199) con la conseguenza che «constatare che l’adesione dell’Unione alla CEDU quale prevista dal Progetto di accordo è suscettibile di pregiudicare le caratteristiche specifiche del diritto dell’Unione e l’autonomia di quest’ultimo» (p. 200).

¹¹⁸⁸ Sentenza della Corte del 14 giugno 2011, *Paul Miles e a. contro Écoles européennes*, già cit. sub n. 353, in particolare ai p. 37-46.

¹¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 40-41. Cfr. Sentenza della Corte del 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior SA e Parfums Christian Dior* già cit. sub n. 257, in particolare al p. 22.

presentasse alcun collegamento simile a quello caratterizzante la Corte del Benelux con i sistemi giurisdizionali degli Stati membri.¹¹⁹⁰

476. In base all'analisi svolta, si è pertanto argomentato che il riferimento alle giurisdizioni nazionali, contenuto nella norma primaria dedicata al rinvio, non deve interpretarsi nel senso di escludere dal proprio ambito di applicazione le giurisdizioni costituite in comune dagli Stati membri se e soltanto se, come nel caso della Corte del Benelux, esse presentano dei collegamenti sufficienti con i sistemi giurisdizionali interni degli Stati partecipanti all'accordo che vi dato vita; al contrario, in difetto di tale essenziale collegamento con i giudici nazionali, il fatto che il giudice internazionale persegua il fine di assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione tra gli Stati membri partecipanti all'accordo non basta a renderlo "*organo giurisdizionale comune agli Stati membri*".

477. Tanto considerato, si è concluso che con l'adozione dell'Accordo che istituisce un Tribunale Unificato dei Brevetti, gli Stati membri si sono adeguati solo parzialmente ai rilievi operati dalla Corte di giustizia nel Parere 1/09, nel significato che esso assume alla luce della più approfondita analisi dei caratteri costituzionali del sistema di tutela giurisdizionale *cripto-federale* UE, operata nella sentenza *Miles* e nel Parere 2/13.¹¹⁹¹ Al nuovo accordo non partecipano più né l'Unione, né gli Stati terzi parte della Convenzione di Monaco; esso, tuttavia, continua a prevedere che l'interpretazione e l'applicazione delle nuove norme comunitarie sul brevetto europeo con effetto unitario siano poste in essere in via esclusiva da parte di un giudice che presenta natura internazionale e non appare riconducibile alla nozione di organo giurisdizionale comune agli Stati membri, secondo il modello della Corte del Benelux.¹¹⁹² Questo dal momento che il TUB, pur continuando a prevedere la possibilità di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, continua anche ad escludere ogni possibile collegamento con gli organi giurisdizionali degli Stati membri, nel senso chiarito dalla giurisprudenza *Parfums Christian Dior*, e recentemente ripreso nella pronuncia *Miles*. Ciò è vero nonostante la natura di organo giurisdizionale comune agli Stati membri del TUB sia positivamente

¹¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 41 e 42.

¹¹⁹¹ Cfr. *supra* il Paragrafo 4.2.3.

¹¹⁹² In aderenza alla giurisprudenza della Corte di giustizia in ordine all'art. 267 TFUE, della quale si è dato conto più sopra, difatti, la natura del Tribunale deve stabilirsi al di là dell'affermazione all'art. 1 dell'Accordo TUB, secondo la quale: «*The Unified Patent Court shall be a court common to the Contracting Member States and thus subject to the same obligations under Union law as any national court of the Contracting Member States*»

affermata dal Regolamento 542 del 2014, che lo accosta espressamente alla Corte del Benelux.¹¹⁹³ Tale normativa, infatti, costituisce fonte di rango derivato e pertanto non appare evidentemente in grado di superare l'interpretazione della nozione di giurisdizione nazionale accolta dalla Corte di giustizia nella sua interpretazione dell'art. 267 TFUE. Invero, stando alla lettura del Parere 2/13, tale interpretazione non sembrerebbe superabile nemmeno avvalendosi del procedimento formale revisione dei Trattati.¹¹⁹⁴

478. Si è inoltre aggiunto che, nel contesto del Pacchetto brevetti, il rispetto degli equilibri fondamentali caratterizzanti l'istituto del rinvio pregiudiziale risulta ulteriormente indebolito in ragione del fatto che gli Stati membri hanno scelto di “svuotare” il Regolamento 1257/2012 della parte più considerevole della disciplina sostanziale del brevetto, per spostarla all'interno dell'Accordo TUB. Questa operazione – se non mette in crisi la natura comunitaria del nuovo titolo – rischia, tuttavia, di restringere significativamente l'ambito dell'interpretazione pregiudiziale della Corte di giustizia, ed in particolare di limitare, se non di azzerare, il margine di manovra di cui essa dispone ai fini del bilanciamento tra la tutela offerta dalle nuove norme e, ad esempio, le limitazioni poste alle prerogative di privativa industriale dai diritti fondamentali dell'individuo protetti dall'ordinamento comunitario.

479. In definitiva, può affermarsi

480. che gli Stati membri hanno proceduto ad un *restyling* strategico dell'accordo censurato dalla Corte, che tuttavia lascia molti dubbi in ordine alla sua effettiva rispondenza ai principi enucleati dal Parere 1/09 e così alla sua compatibilità con il diritto comunitario. L'esclusione dell'Unione tra le parti contraenti ha impedito che i giudici di Lussemburgo potessero pronunciarsi nuovamente ex art. 218, par. 11, TFUE sulla compatibilità dell'accordo *ristrutturato*. Nondimeno, non si può escludere che, una volta entrato in vigore, essi possano trovarsi ad analizzarne la legittimità in via pregiudiziale,

¹¹⁹³ Cfr. l'art. 1 del Regolamento (UE) n. 542/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante modifica del regolamento (UE) n.1215/2012 per quanto riguarda le norme da applicare con riferimento al Tribunale unificato dei brevetti e alla Corte di giustizia del Benelux, in GU, L 163, 29.5.2014, p. 1–4. Le medesime questioni sembrano porsi, invero, per il Protocollo di modifica del c.d. «trattato della Corte di giustizia del Benelux», intervenuto il 15 ottobre 2012.

¹¹⁹⁴ L'argomento è sostenuto da **CORTESE B.**, *The Relationship with the ECJ*, già cit. sub n. 358.

su rinvio del giudice nazionale eventualmente investito della questione. Come si è infatti affermato nel Capitolo 2, dedicato agli elementi costitutivi del processo di integrazione europea, l'opera di costante dialogo tra le giurisdizioni nazionali degli Stati membri e la Corte di giustizia dell'Unione europea ha rappresentato, in questi primi sessant'anni dalla conclusione del Trattato di Roma, lo strumento privilegiato attraverso il quale hanno trovato espressione le dinamiche di *autocostituzione* dell'ordinamento.¹¹⁹⁵

¹¹⁹⁵ Cfr. *supra* il Capitolo 2, e la dottrina ivi citata, cui si rinvia integralmente.

BIBLIOGRAFIA

OPERE DI DOTTRINA

ACKERMANN T. e.o., Editorial comments: 'The EU's Accession to ECHR - a "NO" from ECJ!', *Common Market Law Review*, 2015, p. 1-15

ADAM S., Le mécanisme préjudiciel, limite fonctionnelle à la compétence externe de l'Union. Note sur l'avis 1/09 de la Cour de justice, in *Cahiers de droit européen*, 2011, p. 277-303

ADAMSKI D., National power games and structural failures in the European macroeconomic governance, *Common Market Law Review*, 2012, p. 1319-1364

ADINOLFI A., La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario, *Il Diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 41-61

ADINOLFI A., L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari, Giuffrè, Milano, 1997

AGO R., Le organizzazioni internazionali e le loro funzioni nel campo dell'attività interna degli Stati, in *Studi in onore di G. M. Francesco*, Milano 1956, p. 1 ss

ALBERTI J., New developments in the EU system of judicial protection: the creation of the Unified Patent Court and its future relations with the CJEU, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 6-24

ALEMANNO A., GARDE A., The Emergence of an EU Lifestyle Policy: the Case of Alcohol, Tobacco and Unhealthy Diets, *Common Market Law Review*, 2013, p. 1745-1786

ALEMANNO A., Out of Sight, out of Mind - Towards a New EU Tobacco Products Directive, *Columbia Journal of European Law*, 2011, p. 197-241

ALFARO C., LORENTI P., Argentina: The Enforcement Process of the ICSID Awards: Procedural Issues and Domestic Public Policy, *Latin American Law and Business Review*, 2005, p. 8 ss

ALLEMAND F. R., MARTUCCI F. L., La nouvelle gouvernance économique européenne (1) e (2), *Cahiers du Droit Européen*, 2012, p. 17-99 e p. 407-456

ALLOT P., The European Community is not the True European Community, *Yale Law Journal*, 1991, p. 2485-2500

AMADEO S., Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 720- 742

AMADEO S., *Unione europea e treaty-making power*, Giuffrè, Milano, 2005

AMALFITANO C., L'acquis comunitario: da esperienza giuridica a fattore di integrazione, *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 789-824

AMTENBRINK F., KOCHENOV D., Towards a More Flexible Approach to Enhanced Cooperation, in OTT A., DE VOS E. (eds.), *Fifty Years of European Integration: Foundations and Perspectives*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2009, p. 181-200

ANDRÉANI J., Noyau dur ou avant-garde européenne ? *Commentaire*, 1997, p. 37-47

ANTPÖHLER C., Emergenz der europäischen Wirtschaftsregierung – Das Six Pack als Zeichen supranationaler Funktionsfähigkeit, *Heidelberg Journal of International Law*, 2012, p. 353-393

ANZILOTTI D., *Corso di diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1955

ANZILOTTI D., *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905, riprodotto in ANZILOTTI D., *Opere di Dionisio Anzilotti. Scritti di diritto internazionale pubblico*, Tomo I, CEDAM, Padova, 1956, p. 281 ss

ARANGIO-RUIZ G., *State Responsibility Revisited. The Factual Nature of the Attribution of Conduct to the State*, *Quaderni della Rivista di diritto Internazionale*, Giuffrè, 2017

ARANGIO-RUIZ G., *La Persona Internazionale dello Stato*, 2014, UTET, Torino

ARANGIO-RUIZ G., Dualism Revisited. *International Law and Interindividual Law*, *Rivista di Diritto Internazionale*, 2003, p. 909-999

ARANGIO-RUIZ G., *Le Domaine réservé, l'Organisation internationale et le Rapport entre Droit international et Droit interne*,

Cours général de droit international public, in *Recueil des Cours*, Académie de droit international de la Haye, 1990

ARMAND L., DRANCOURT M., *Le Pari Européen*, Librerie Artheme Fayard, Paris, 1968

ARMSTRONG K. A., Differentiated Economic Governance and the Reshaping of Dominion Law, in ADAMS M., FABBRINI F., LAROUCHE P. (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Hart, Oxford, 2014, p. 63-83

ARMSTRONG K., The New Governance of EU Fiscal Discipline, *European Law Review*, 2013, p. 601-617

ARNULL A., DASHWOOD A., ROSS M. G., WYATT D. A., SPAVENTA E., DOUGAN M., *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Sweet and Maxwell, 2011

ARNULL A., Introduction: The European Union's Accountability and Legitimacy Deficit, in ARNULL A., WINCOTT D. (eds), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, OUP, Oxford, 2002, p. 7 ss

AUDÉOUD O., L'acquis communautaire, du mythe à la pratique, *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2002, p. 67-77

AUST A., Kadi: Ignoring International Legal Obligations, *International Organizations Law Review*, 2009, p. 293-298

AUVRET-FINCK J., L'avis 2/91 relatif à la convention n° 170 de l'OIT, *Cahiers de droit européen*, 1995, p.443-460

AVBELJ M., Differentiated Integration-Farewell to the EU-27?, *German Law Journal*, 2013, p. 191-211

AVBELJ M., Revisiting Flexible Integration in Times of Post-enlargement and the Lustration of European Constitutionalism, *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, 2008, p. 132-151

AZÉMA J., Le brevet européen à effet unitaire, *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2013, p. 16-18

AZOULAI L., The Complex Weave of Harmonisation, in ARNULL A., CHALMERS D. (eds), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, 2015, p. 589-611

BAILLIE I., Where Goes Europe? The European Patent, *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, 1976, p 153-185

- BALDWIN E., KANTOR M., NOLAN M., Limits to Enforcement of ICSID Awards, *Journal of Int. Arbitration*, 2006, p. 1 ss
- BALLADORE PALLIERI G., *Diritto internazionale pubblico*, Milano, 1956
- BALLADOUR E., Pour un nouveau traité de l'Elysée, *Le Monde*, 30 novembre 1994, n. 2, p. 9
- BALLARINO T., *Diritto dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2010
- BAPTISTA M., *Manuale del rinvio pregiudiziale*, Edizione italiana a cura di Giulio Carpaneto, CEDAM, Padova, 2000
- BAQUERO CRUZ J., What's Left of the Charter? Reflections on Law and Political Mythology, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, p. 65-75
- BARAN M., DONIEC A., EU Courts' Jurisdiction Over and Review of Decisions Imposing Fines in EU Competition Law, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2010, p. 238-245
- BARATTA R., Commento all'art. 2 TFUE, in TIZZANO A. (ed.), *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 369-376
- BARATTA R., La Maggioranza Qualificata Inversa nella Recente Prassi dell'UE, in CORTESE B.(ed.), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati, Giappichelli*, Torino, 2014, p. 267-271
- BARATTA R., The Unified Patent Court – What is the “common” trait about?, in HONORATI C. (ed.), *Luci e Ombre del nuovo Sistema UE di Tutela Brevettuale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 101-118
- BARATTA R., National Courts as ‘Guardians’ and ‘Ordinary Courts’ of EU Law. Opinion 1/09 of the ECJ, *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, p. 297-320
- BARAV A., Une anomalie préjudicielle, *Il Diritto dell'Unione europea*, 2004, p. 235 ss
- BARNARD C., Law and Brexit, *Oxford Review of Economic Policy*, 2017, p. S4–S1
- BARNARD C., PEERS S., *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014
- BARNARD C., *A Social Policy for Europe: Politicians 1:0 Lawyers*,

International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 1992, p. 15-32

BAST J., Don't Act Beyond Your Powers: The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Court's Ultra Vires Review, German Law Journal, Special Issue-OMT, 2014, p. 167-182

BAUMÉ T., Competence of the Community to Conclude the New Lugano Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters: Opinion 1/13 of 7 February 2006, German Law Journal, 2006, p. 681-692.

BEBR G., Acts of Representatives of the Governments of the Member States, SEW, 1966, p. 529-545

BECERRIL B., The regulation of enhanced cooperation and its reform in Lisbon: Towards a model of differentiation that is closer to the community method, in BENEYTO J. M. (dir.), Unity and Flexibility in the future of the European Union: the challenge of enhanced cooperation, CEU Ediciones, Madrid, 2009, p. 11-22

BECK G., The Court of Justice, Legal Reasoning, and the Pringle Case-Law as the Continuation of Politics by Other Means, European Law Review, 2014, p. 234-250.

BECK G., The Court of Justice, the Bundesverfassungsgericht and Legal Reasoning during the Euro Crisis: The Rule of Law as a Fair-Weather Phenomenon, European Public Law, 2014, p. 539-566

BECK G., The Legal Reasoning of the Court of Justice and the Euro Crisis - The Flexibility of the Court's Cumulative Approach and the Pringle Case, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2013, p. 635-648

BECKER, U., Differenzierungen der Rechtseinheit durch "abgestufte Integration", in SHWARZE J., MÜLLER- GRAFF, P.- C. (eds.), Europäische Rechtseinheit durch einheitliche Rechtdurchsetzung, Europarecht, Beiheft 1/1998, 1998, p. 29-58

BENDER T., Die Verstärkte Zusammenarbeit nach Nizza Anwendungsfelder und Bewertung im Spiegel historischer Präzedenzfälle der differenzierten Integration, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2001, p. 729-770

BERMANN G. A., Navigating EU Law and the Law of International Arbitration, Arbitration International, 2012, p. 397-445

BERNARD N., The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity, *Common Market Law Review*, 1996, p. 633 ss

BERTOLI G., Art. 118 TFUE, in CURTI GIALDINO C. (ed.), *Codice dell'Unione Europea Operativo - TUE e TFUE commentati articolo per articolo*, Simone, 2012, p. 1166-1170

BEST E., Legislative Procedures after Lisbon: Fewer, Simpler, Clearer?, *Maastricht Journal*, p. 85-96

BEUKERS T., The Bundesverfassungsgericht Preliminary Reference on the OMT Program; 'In the ECB We Do Not Trust. What About You?', *German Law Journal*, Special Issue-OMT, 2014, p. 343-368

BEUCKERS T., The Eurozone Crisis and the Legitimacy of Differentiated Integration, *EUI Working Papers*, Max Weber Programme 2013/36, Badia Fiesolana, Fiesole, 2013

BIANCO G., EU Financial Stability Mechanisms: Few Certainties, Many Lingering Doubts, *European Business Law Review*, 2015, p. 451–472

BIANCO G., The New Financial Stability Mechanisms and Their (Poor) Consistency with EU Law, *EUI Working Paper*, 2012/44

BINDER J. H., Drohende Zentralbankinsolvenz?, *Juristenzeitung*, 2015, p. 328-336

BIONDI A., Subsidiarity in the Courtroom, in BIONDI A., EECKHOUT P., RIPLEY S. (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 213-227

BISCHOFF J. A., Just a Little Bit of “Mixity”? The EU's Role in the Field of International Investment Protection Law, *Common Market Law Review*, 2011, p. 1527–1570

BLAIR T., Europe's Political Future, Address to the Polish Stock Exchange, Warsaw, 6 Ottobre 2000

BLANKE H.-J., MANGIAMELI S. (eds.), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, Springer, Verlag Berlin Heidelberg, 2013, p. 787-830

BLOKKER N., International Regulation of World Trade in Textiles: Lessons for Practice, a Contribution to Theory, *International & Comparative Law Quarterly*, 1992, p. 492-493

BLUMENRÖDER U., PETO J., The First Decision on the Unitary Patent: the Court Dismissed the Actions of Spain and Italy, *European Law Reporter*, 2013, p. 110-117

BOBEK M., The Effects of EU law in the national legal systems, in BARNARD C., PEERS S. (eds.), *European Union Law*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2014, p. 140-173

BOELE-WOELKI K., New Questions in International Divorce Law within the European Union: Enhanced Cooperation, *Utrecht Journal of International and European Law*, 2009, p. 4-13

BOMBOIS T., L'arrêt Menarini c. Italie de la Cour européenne des droits de l'homme: droit antitrust, champ pénal et contrôle de pleine juridiction, *Cahiers de droit européen* 2011, p. 560-571

BORDIGNON M., BRUSCO S., On enhanced cooperation, *Journal of Public Economics*, 200, p. 2063-2090

BORGER V., The ESM and the Court's predicament in Pringle, *German Law Journal*, 2013, p. 113-140

BORGES R.-M., Le brevet unitaire européen et la juridiction du brevet européen: enfin l'aboutissement?, *Revue de l'Union européenne*, 2013, p. 148-155

BOSCO D., Du Contrôle De Pleine Jurisdiction Exercé Sur Les Décisions Des Autorités De Concurrence, À Propos De Cour EDH, 27 Septembre 2011, Menarini, 2011, consultable presso SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2014062>

BOUTE A., Case C-264/09, Commission v. Slovakia, Judgement of the Court (First Chamber) of 15 September 2011, *Common Market Law Review*, 2012, p. 1179–1196

BRADLEY K., Legislating in the European Union, in BERNARD C., PEERS S. (eds.), *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 98-139

BRADY H., Britain's 2014 justice opt out. Why it bodes ill for Cameron's EU strategy, *Centre for European Reform*, 2013

BRANDT W., Speech to the Organisation Française du Mouvement Européen in Paris on 19 November 1974, extracts reproduced in: *Europa-Archiv* (30) 1975, D 33-38, D 36.

BRIBOSIA H., Les Coopérations renforcées au lendemain du Traité de Nice, *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2001, p. 111-171

BRIBOSIA H., Différenciation et avant-gardes au sein de l'Union Européenne. Bilan et perspectives du Traité d'Amsterdam, Cahiers du Droit de l'Union Européenne, 2000, p. 57-115

BRIBOSIA H., De la subsidiarité à la coopération renforcée, in LEJEUNE Y. (ed.), Le traité d'Amsterdam - Espoirs et déceptions, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 23-92

BROWN L. N., JACOBS F.G., The Court of justice of the European Communities, Sweet and Maxwell, London, 1983

BURGSTALLER M., European Law and Investment Treaties, Journal of International Arbitration, 2002, p. 191-216

CAGGIANO G., La collocazione normativa delle disposizioni di diritto sostanziale e la loro interpretazione pregiudiziale, intervento presso il Convegno “La tutela brevettuale nell'Unione europea. Brevetto europeo a effetto unitario e Tribunale unificato dei brevetti”, 27 settembre 2013, consultabile presso: https://www.youtube.com/watch?v=0pv_KCIJqwk&list=PLBk-_xKLOvTycZ7cnegiuCCv13wG_R2pk&index=8

CAGGIANO G., Il pacchetto normativo sul ‘brevetto europeo unitario’ tra esigenze di un nuovo sistema di tutela, profili di legittimità delle proposte in discussione e impasse istituzionale, Il Diritto dell'Unione europea, 2012, p. 683 ss

CAILLES G., Préparation della ICG 96 ; J.M. Objectif Europe, n. 45/1996, 39ss, p. 41, Droit de l'Union Européenne, 2001, p. 111 ss

CALLENS P., GRANATA S., Introduction to the unitary patent and the Unified Patent Court: the (draft) rules of procedure of the Unified Patent Court, Kluwer law international, 2013

CANNIZZARO E., Diritto dell'Unione europea, Giappichelli, Torino, 2014

CANNIZZARO E., Security Council Resolutions and EC Fundamental Rights. Some Remarks on the ECJ Decision in the Kadi Case, Yearbook of European Law, 2010, p. 593-600

CANNIZZARO E., The Neo-Monism of the European Legal Order, in CANNIZZARO E., PALCHETTI P., WESSEL R. (eds.), International Law as Law of the European Union Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2011, p. 35-58

CANNIZZARO E., On Some Recent Development in the Law of Community External Relations. Towards a Unitary Paradigm?, in , in

Festschrift en l'honneur de Roland Bieber, Nomos Verlag, 2007, p. 474 ss

CANNIZZARO E., Unity and Pluralism in the EU's Foreign Relations Power, in BARNARD C. (eds.), *The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, Oxford University Press, 2007, p. 206 ss

CANNIZZARO E., Sui rapporti fra il sistema della cooperazione rafforzata e il sistema delle relazioni esterne della Comunità, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1998, p. 331-338

CANOR I., My brother's keeper? Horizontal solange: An ever closer distrust among the peoples of Europe, *Common Market Law Review*, 2013, p. 369–382

CANTORE C. M., We're one, but we're not the same: Enhanced Cooperation and the Tension between Unity and Asimmetry in the EU, *Perspectives on Federalism*, 2011

CAPONI R., Salvaguardare l'euro con ogni mezzo? Il primo rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale tedesca, *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2014, p. 469-478

CARIAS-BORJAS S., Recognition and enforcement of ICSID awards: the decision of the French Cour de Cassation in *SOABI v. Senegal*, *The American Review of International Arbitration*, 1991, p. 354 ss

CASOLARI F., *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, Guiffrè, Milano, 2008

CASOLARI F., La sentenza MOX: la Corte di giustizia delle Comunità europee torna ad occuparsi dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento internazionale, *Il Diritto dell'Unione europea*, 2007, 327 ss

CASS D. Z., The Word that Saved Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community, *Common Market Law Review*, 1992, p. 1107-1136

CASTILLO DE LA TORRE F., Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Case, *World Competition*, 2009, p. 505–578

CEYSSENS J., Towards a Common Foreign Investment Policy? – Foreign Investment in the European Constitution, *Legal Issues of Economic Integration*, 2005, p. 259–291

CHALTIEL F., Le Traité d'Amsterdam et la Coopération Renforcée, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1998, p. 289-293

CHALTIEL F., Pour une classification du débat sur l'Europe à plusieurs vitesses, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1995, n. 384, p. 5-10

CHARLEMAGNE, L'Equilibre entre les E'tats Membres, in LUDLOW P. (ed.), *L'Equilibre européen. Etudes rassemblées et publiées en hommage à Neils Erbsull, Secrétaire général du Conseil de l'Union européenne (1980-1994)*, CEPS, Brussels, 1995

CHIRAC J., Our Europe, Address Before the German Bundestag, 27 giugno 2000

CHITI E., TEIXEIRA P.G., The constitutional implications of the European responses to the financial and public debt crisis, *Common Market Law Review*, 2013, p. 683–708

CHRISTIANSEN T., The European Union After the Lisbon Treaty: an Elusive 'Institutional Balance'?, in BIONDI A., EECKHOUT P., RIPLEY S. (eds.), *EU Law After Lisbon*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 228-247

CLAES M., Constitutionalising Europe at Its Source: The “European Clauses” in the National Constitutions: Evolution and Typology, *Yearbook of International Law*, 2005, p. 81-125

CLUB DE FLORENCE, *Europe: l'impossible statu quo*, Stock, 1996, p. 226-230

COLINO S.M., Towards Greater Flexibility or Deadlock, *The Federal Trust Online Paper*, 24/4

CONDINANZI M., MASTROIANNI R., *Il contenzioso dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009

CONFORTI B., Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di primo grado, *il Diritto dell'Unione europea*, 2006, p. 333-345

CONSTANTINESCO V., Les clauses de ‘coopération renforcée’, 1997, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, p. 751 ss.

CONSTANTINESCO V., Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Institutions et ordre juridique communautaire, *Journal du droit international*, 1992, p. 422-426

COOPER I., *The Watchdogs of Subsidiarity: National Parliaments and the Logic of Arguing in the EU*, *Journal of Common Market Studies*, 2006, p. 281-304

CORBETT R., *Two-Tier Europe-really?*, in BLOCKMANS S. (ed.), *Differentiated Integration in the EU. From Inside Looking out*, CEPS, Brussels, 2014

CORTESE B., *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution de l'ordre juridique interindividuel européen: essai d'une lecture pluraliste 50 ans après Van Gend en Loos et Costa contre ENEL*, in CORTESE B. (ed.), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 301-339

CORTESE B., *The Relationship with the ECJ, The Unified Patent Court Litigation System at a Crossroad between National, EU and International Jurisdiction* University of Padua Department for Public, International and EU Law, International Study Seminar Padua, 20 December 2013

CORTESE B., *L'incidenza del diritto comunitario sulle sentenze nazionali definitive: esclusività del sistema giurisdizionale comunitario e nuovi limiti al principio di autonomia procedurale degli Stati membri – Il caso Lucchini*, in SPITALERI F. (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Quaderni della Rivista Il Diritto dell'Unione europea, Giuffrè, Milano, 2009, p. 36-60

CORTESE B., *Sui rapporti tra regolamento Bruxelles I, sistemi nazionali e convenzione di Lugano nell'ottica delle relazioni esterne della Comunità*, *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 605-647

CRAIG P., *Pringle and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance*, *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 263-284

CRAIG P., *The Lisbon Treaty, Revised Edition: Law, Politics, and Treaty Reform*, Oxford Scholarship Online, 2013

CRAIG P., *Two-Speed, Multi-Speed and Europe's Future: A Review of Jean-Claude Piris on the Future of Europe*, *European Law Review*, 2012, p. 800-810

CRAIG P., *The ECJ and Ultra Vires Action: A Conceptual Analysis*, *Common Market Law Review*, 2011, p. 395-437

CRAIG P., *The Lisbon Treaty. Law Politics, and Treaty Reform*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 439-334

CREMONA M., A Triple Braid – interactions between international law, EU law and private law, in CREMONA M., MICKLITZ H.-W. (eds.), *Private Law in the External Relations of the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2016

CREMONA M., Guest Editorial, Negotiating the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) Context and scope of TTIP, *Common Market Law Review*, 2015, p. 351–362

CREMONA M., The Implications of Opinion 1/13 and 2/13 for EU External Relations Law, Conferenza “The External Dimension of EU Private International Law after Opinion 1/13”, Università di Ferrara, 13 febbraio 2015

CREMONA M., Allocation of Competences in the field of External Relations, in AZOULAI L. (ed.), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014, p. 65- 84

CREMONA M., The Two (or Three) Treaty Solution: The New Treaty Structure, in BIONDI A., EECKHOUT P., RIPLEY S. (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 40-61

CREMONA M., EC Competence, 'Smart Sanctions', and the Kadi Case, *Netherlands Journal of International Law*, 2010, p. 559-592

CREMONA M., Enhanced Cooperation and the Common Foreign and Security and Defence Policies of the EU, EUI Working Paper, 2009, consultabile presso: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/13002/LAW_2009_21.pdf?sequence=1&isAllowed=y

CREMONA M., Defining Competence in EU External Relations: Lessons from the Treaty Reform Process, in DASHWOOD A., MARESCEAU M. (eds.), *Law and Practice of EU External Relations: Silent Features of a Changing Landscape*, Cambridge University Press, 2008, p. 34-69

CREMONA M., External Relations and external competence: the Emergence of an Integrated Policy, in CRAIG P., DE BÚRCA G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, p. 173 e ss.

CROSS E. D., Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: a Framework for Analysis, *Common Market Law Review*, 1992, p. 447-472

CRUM B., Saving the Euro at the Cost of Democracy?, *Journal of*

- Common Market Studies, 2013, p. 614-630
- CRUM B., Politics and Power in the European Convention, Politics, 2004, p. 1-11
- CURTIN D., MANUCHARYAN T., Legal Acts and Hierarchy of Norms in EU Law, in CHALMERS D., ARNULL A.(eds.), The Oxford Handbook of European Union Law, Oxford University Press, 2015, p. 103 ss
- CURTIN D., European Legal Integration: Paradise Lost?, in CURTIN D., SMITS J., KLIP A., McCAHERY, European Integration and Law. Four Contributions on the Interplay between European Integration and European and National Law to celebrate the 25th Anniversary of Maastricht University's Faculty of Law, Antwerpen-Oxford, 2006, p. 1-46
- CURTI C., Some reflections on the *acquis communautaire*, Common Market Law Review, 1995, p. 1089-1121
- CURTIN D., The Shaping of a European Constitution and the 1996 IGC, *Aussenwirtschaft*, 1995, p. 244-249
- CURTIN D., The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces, Common Market Law Review, 1993, p. 17-69
- DA CRUZ VILACA J. L., PICARRA N., Y-a-t-il des limites matérielles a la révision des traits instiutant les CE?, *Cahiers de Droit Europeén*, 1993, p. 3-37
- DAILLIER P., Contribution au débat entre monisme et dualisme de l'ordre juridique de l'Union européenne, *Revue du Marchè commun et de l'Union européenne*, 2009, p. 394-396
- DANIELE L., Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze, Giuffrè, 2010
- DANIELE L., Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 655- 669
- DANIELE L., Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto interno, *Il Diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 61-78
- DARENDORF R., A Third Europe?, Third Jean Monnet Lecture, EUI, Florence, 26 November 1979
- DASHWOOD A., DOUGAN M., RODGER B., SPAVENTA E.,

WYATT D. (eds.), *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Hart, Oxford, 2011

DASHWOOD A., *Article 308 EC and the Limits to the Community's Legislative Competence*, in BARNARD C., ODUDU O. (eds.), *The Outer limits of European Union Law*, Hart, Oxford, 2009, p. 35 ss.

DASHWOOD A., *The Relationship between the Member States and the European Union/European Community*, *Common Market Law Review*, 2004, p. 355–381

DASHWOOD A., *The Draft EU Constitution – First Impressions*, *CYELS*, 2002, p. 395-419

DASHWOOD A., *States in the European Union*, *European Law Review*, 1998, p. 201-216

DASHWOOD A. (ed), *Reviewing Maastricht: Issues for the 1996 IGC*, London, Sweet & Maxwell, 1996, p. 42-43

DASHWOOD A., *Position Paper Preparing for the Next Enlargement*, in DASHWOOD A., (ed.), *Reviewing Maastrich, Issues for rhe 1996 ICG*, London, Sweet & Maxwell, 1996, p. 159 ss

D'ASPREMONT J., DOPAGNE F., *Two Constitutionalisms in Europe*, *Zeitschrift für ausländisches Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2008, p. 939

DAVIES G., *Subsidiarity: the Wrong Idea in the Wrong Place, at the Wrong Time*, *Common Market Law Review*, 2006, p. 63-84

DAWSON M., *New Modes of Governance*, in PATERSON D. SÖDERSTEN A. (eds.), *Blackwell Companion to European and International Law*, Blackwell, 2014

DAWSON M., DE WITTE F., *Constitutional Balance in the EU after the Euro Cris*, *The Modern Law Review*, 2013, p. 817-844

DE AREILZA CARVAJAL J. M., *The Reform of Enhanced Co-operation Rules: Towards Less Flexibility?*, in DE WITTE B., HANF D., DE VOS E.(eds.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Intersentia, 2001

DE AREILZA CARVAJAL J. M., *El Principio de Subsidiariedad en la Construcción de la Union Europea*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1995, p. 53-93

DE BÚRCA G., KOCHENOV D., WILLIAMS A. (eds.) *Debating*

Europe's Justice Deficit: The EU, Swabian Housewives, Rawls, and Ryanair, *EUI Law Working Paper* 2013/11, 2013

DE BÚRCA G., *Europe's Raison d'être*, New York University School of Law. Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Working Paper No. 13-09, 2009

DE BÚRCA G., *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, *Jean Monnet Working Paper*, New York University School of Law, n. 1/09, 2009

DE BÚRCA G., *Reflections on the EU's Path from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty*, *Jean Monnet Working Paper* 3/08, 2002

DE BÚRCA G., *Legal Principles as an instrument of differentiation? The principles of proportionality and subsidiarity*, in DE WITTE B., HANF D., DE VOS H. (eds.), *The many faces of differentiation*, Intersentia, Antwerp, 2001, p. 131-144

DE BÚRCA G., *Differentiation Within the Core: The Case of the Common Market*, in DE BÚRCA G., SCOTT J. (ed), *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?*, Oxford, Hart, 2000, p. 133-150

DE BÚRCA G., *Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law*, in BERNITZ U., NERGELIUS J. (eds.), *The General Principles of EC Law*, Kluwer, The Hague, 2000

DE BÚRCA G., *Reapprising Subsidiarity's Significance After Amsterdam*, *Harvard Jean Monnet WP* 7/99, Harvard School of Law, Cambridge, 2000

DE BÚRCA G., SCOTT J., *Introduction*, in DE BURCA G., SCOTT J. (eds.), *Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility?*, Hart, Oxford, 2000, p. 1-7

DE BÚRCA G., *The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor*, *Journal of Common Market Studies*, 1998, p. 217-235

DE GREGORIO MERINO A., *Institutional Aspects of Variable Geometry. Special Consideration of the Intergovernmental Method*, *Studia Diplomatica*, 2013, LXVI-3, p. 101-117

DE GREGORIO MERINO A., *Legal developments in the Economic and Monetary Union during the debt crisis: The mechanisms of financial assistance*, *Common Market Law Review*, 2012, p. 1613-1645

DE LA MALÉNE C., Les coopérations renforcées dans l'Union européenne, Délégation du Sénat pour l'Union européenne, Rapport d'information n. 351, 1996-07

DE LHONEUX E., VASSILOPOULOS C. (eds.), The European Stability Mechanism before the Court of Justice of the European Union, Comments on the Pringle Case, Springer International Publishing, 2014

DE MICHELIS G., Die EG als Gravitationszentrum: Für ein Europa der vier Kreise, *Integration*, 1990, p. 143-147

DE MIGUEL ASENSIO P.A., The Unified Patent Court Agreement and the Amendment to the Brussels I Regulation (Recast), in HONORATI C. (ed.), *Luci e Ombre del nuovo Sistema UE di Tutela Brevettuale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 153-170

DE MIGUEL ASENSIO P. A., La Propuesta de modificación del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) para su adaptación al Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes, *La Ley Unión Europea*, 2013, p. 3-8

DE PASQUALE, Commento all'art. 5 TUE, in TIZZANO A., *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 46 ss.

DE RUYT J., L'Acte Unique Européenn, *Etudes européennes*, Editions de L'Université del Bruxelles, Brussels, 1989

DE SMIJTER E., The External Relations of a Differentiated European Community, in DE WITTE B., *The Many faces of differentiation*. 2001, p. 269-298

DE SOUSA P. C., Negative and Positive Integration in EU Economic Law: Between Strategic Denial and Cognitive Dissonance, *German Law Journal*, 2013, p. 979-1011

DE WITTE B., Editorial. Five Years After the Lisbon Treaty's Entry into Force. Variable Geometry Running Wild?, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, p. 5-9

DE WITTE B., A Selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement beyond the European Union, in CREMONA M., THIES A. (eds), *The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges*, Oxford, Hart, 2014, p. 33-46

DE WITTE B., EU law: is it international law?, in BARNARD C., PEERS S. (eds.), *European Union Law*, Oxford University Press,

Oxford, 2014, p. 174/195

DE WITTE B., Institutional Variations across Policy Fields in the Evolution of European Union Law, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, p. 4465-471

DE WITTE B., BEUCKERS T., Case Law. The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: Pringle Case C-370/12, *Thomas Pringle v. Government of Ireland, Ireland, The Attorney General*, Judgment of the Court of Justice (Full Court) of 27 November 2012, *Common Market Law Review*, 2013, p. 805–848

DE WITTE B., Using International Law in the Euro Crisis. Causes and Consequences, Centre for European Studies, University of Oslo, ARENA Working Paper, No. 4, June 2013

DE WITTE B., The European Union as an International Legal Experiment, in DE BÚRCA G., WEILER J.H.H. (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 19-56

DE WITTE B., Treaty Revision Procedures after Lisbon, in BIONDI A., EECKHOUT P., RIPLEY S.(eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, 2012, p. 107 ss

DE WITTE B., Direct Effect, Supremacy, and the Nature of Legal Order, in DE BÚRCA G., CRAIG P. (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 2011, p. 323-362,

DE WITTE B., The Continuous Significance of Van Gend en Loos, in POIARES MADURO M., AZULAI L. (eds.), *The Past and the Future of EU Law, The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, 2010, p. 3-9

DE WITTE B., Future Paths of Flexibility: Enhanced Cooperation, Partial Agreements and Pioneer Groups, in DE ZWAAN J. W., JANS J.H., NELISSEN F.A., BLOCKMANS S. (eds.), *The European Union. An Ongoing Process of Integration. Liber Amicorum Alfred E. Kellermann*, T.M.C. Asser Institut, The Hague, 2004 p. 141-153

DE WITTE B., The Semi/Permanent Treaty Revision Process, in BEAUMONT P., LYONS C., WALKER N. (eds.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 2002, p. 39-57

DE WITTE, HANF, DE VOS (eds.), *The many faces of differentiation*, Intersentia, Antwerp, 2001

DE WITTE B., Chamaleontic Member States: Differentiation by Means of Partial and Parallel International Agreements, in DE WITTE B., HANF D., VOS E. (eds.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerpen, Oxford, 2001, p. 231-266.

DE WITTE B., Old-fashioned Flexibility: International Agreements between Member States of the European Union, in DE BURCA G., SCOTT J. (eds.), *Constitutional Change in the EU- From Uniformity to Flexibility?*, Hart, Oxford, 2000, p. 31- 58

DE WITTE B., The Role of Institutional Principles in the Judicial Development of the EU Legal Order , in SNYDER F. (ed.), *The Europeanisation of Law – The Legal Effects of European Integration*, Hart, Oxford, 2000, p. 83-100

DE WITTE B., Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition, in SLAUGHTER A.-M., STONE SWEET A., WEILER J. H. H. (eds.), *The European Cour and National Courts: Doctrine and Juisprudence*, Hart Publishing, Oxford, 1998

DE WITTE B., International Agreement or European Constitution?, in WINTER J. e.a. (eds.), *Reforming the Treaty on European Union – The Legal Debate*, Kluwer Law International, l'Aja, 1995, p. 15-18

DE WITTE B., Rules of Change in International Law: How Special is the European Community?, *Netherlands Yearbook of International Law*, 1994, p. 299-333

DEHOUSSE F., *The Unified Court on Patents: the New Oxymoron of European Law*, Egmont Paper, 2013

DEHOUSSE F., *Les résultats de la conférence intergouvernementale*, CRISP, *Courrier hebdomadaire*, n. 1565-1566

DEHOUSSE R. 'The 'Community Method' at Sixty, in DEHOUSSE R (ed), *The 'Community Method': Obstinate or Obsolete?*, Palgrave Macmillan, 2011

DEHOUSSE R. (ed.), *Europe after Maastricht. An ever closer Union*, Beck, Monaco di Baviera, 1994

DEHOUSSE R., *Does Subsidiarity Really Matter?*, EUI Working Paper n. 92/93

DEHOUSSE R., WEILER J.H.H., *The Legal Dimension*, in WALLACE W. (ed), *The Dynamics of European Integration*, Pinter Publishers, London, 1990, p. 242-260

DELASERRE V. F, WALLACE H., Les coopérations renforcées, une fausse bonne idée?, Notre Europe, Études et recherches 1997

DELCOURT C., The acquis communautaire: Has the concept had its day?, Common Market Law Review, 2001, p. 829-870

DELORS J., Reuniting Europe: our historic mission, Agence Europe Document N. 7625 e N. 7626, gennaio 2000

DEPAIGNE V., La Charte des droits fondamentaux: un socle autonome pour la protection des droits dans l'Union européenne, Journal de droit européen, 2015, p. 104-106

DESANTES REAL M., Le «paquet européen des brevets», paradigme du chemin à rebours: De la logique institutionnelle à la logique intergouvernementale, Cahiers de droit européen, 2014, p. 577-670

DESANTES REAL M., ¿ Hay que modificar el Reglamento Bruselas I bis de 12 diciembre de 2012 para que pueda entrar en vigor el Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes de 19 de febrero de 2012?, consultabile presso <http://conflictuslegum.blogspot.it/2013/03/manuel-desantes-el-acuerdo-tup-no-exige.html>.

DEUBNER C., Europapolitik: von Maastricht nach Kerneuropa?, Nomos, Baden Baden, 1995

DEWATRIPONT M., GIAVAZZI F., VON HAGEN J., HREN I., PERSSON T., ROLAND G., ROSENTHAL H., SAPIR A., TABELLINI G. (eds.), Flexible Integration, Towards a More Effective and Democratic Europe, Centre for Economic Policy Research, London, 1995

DEWOST J. L., Des espaces restreints d'intervention sont-ils compatibles avec l'ordre juridique européen?, Mimeo, 1996

DEWOST J. L., L'application territoriale du droit communautaire, disparition et résurgence de la notion de frontière, La Frontiere, Société Française pour le Droit International, 1980, p. 253-267

DISMOPOULOS A., An Institutional Perspective II: The Role of the CJEU in the Unitary (EU) Patent System, in PILA J., WADLOW C. (eds.), The Unitary EU Patent System, Hart, Oxford, 2014, p. 57-76

DISMOPOULOS A., The Involvement of the EU in Investor-State Dispute Settlement: a Question of Responsibilities, Common Market

Law Review, 2014, p. 1671–1720

DISMOPOULOS A., VANTSIOURI P., Of Trips and Traps: The Interpretative Jurisdiction of the Court of Justice of the EU Over Patent Law, July 16, 2012, TILEC Discussion Paper No. 2012-025, consultabile presso SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2109378> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2109378>

DISMOPOULOS A., The Validity and Applicability of International Investment Agreements Between EU Member States Under EU and International Law, *Common Market Law Review*, 2011, p. 63-93

DOLZER R., SCHREUER C., Principles of International Investment Law, Oxford, 2008

DOMENICUCCI D. P., Preliminary Rulings and Competition Law: Some Reflections for National Judges, in CORTESE B. (a cura di), EU Competition Law. Between Public and Private Enforcement, Wolters Kluwer, 2013, p. 127-221

DONATI F., Stato e territorio, Athenaeum, Roma, 1924

DONNELLY B., DAWES A., The Beginning of the End or the End of the Beginning? Enhanced cooperation in the Constitutional Treaty, The Federal Trust: European Policy Brief, 2004

DONNER A. M., National Law and the Case Law of the Court of Justice of the European Communities, *Common Market Law Review*, 1963, p. 8-16

DOUGAN M., The Unfinished Business of Enhanced Cooperation: Some Institutional Questions and their Constitutional Implications, in OTT A., DE VOS E. (eds.), Fifty Years of European Integration: Foundations and Perspectives, T.M.C.Asser Press, The Hague, 2009, p. 157-179

DOUGAN M., The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts, *Common Market Law Review*, 2008, p. 617–703

DOUGAN M., Minimum Harmonization and the Internal Market, *Common Market Law Review*, 2000, p. 853-885

DREXL J., The European Unitary Patent System: On the ‘Unconstitutional’ Misuse of Conflict-of-Law Rule, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 01/2015

D'SA M., The Legal and Constitutional Nature of the New

International Treaties on Economic and Monetary Union from the Perspective of EU Law, *European Current Law*, 2012, p. xi-xxv

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Quel rôle pour la Cour de Justice, in Kessedjian (ed.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement: European Law and Investment Arbitration*, Paris, 2011, p. 37- 45

DYSON K., SEPOS A. (eds.), *Which Europe? The Politics of Differentiated Integration*, Palgrave Macmillan, 2010

ECKES C., *International Law as Law of the EU: The Role of the Court of Justice*, *CLEER Working Papers* 2010/6

EDITORIAL COMMENTS, *Withdrawing from the "ever closer union"?*, *Common Market Law Review*, 2016, p. 1491-1500

EDITORIAL COMMENTS, An unintended side-effect of Draghi's bazooka: An opportunity to establish a more balanced relationship between the ECJ and Member States' highest courts, *Common Market Law Review*, 2014, p. 375-387

EDITORIAL COMMENTS, Union membership in times of crisis, *Common Market Law Review*, 2014, p. 1–11

EDITORIAL COMMENTS, What do we want? "Flexibility! Sort-of..." When do we want it? "Now! Maybe...", *Common Market Law Review*, 2013, p. 673–681

EDITORIAL COMMENTS. Reflections on the state of the Union 50 years after Van Gend en Loos, *Common Market Law Review*, 2013, p. 351–358

EDITORIAL COMMENTS, Enhanced cooperation: A Union a taille réduite or a porte tournante?, *Common Market Law Review*, 2011, p. 317–327

EDITORIAL COMMENTS, The Treaty of Lisbon: winning minds not hearts, *Common Market Law Review*, 2008, p. 617 e ss

EDITORIAL COMMENTS, Preliminary ruling given at the request of the Tariff Commission (Amsterdam). Article 12 of the E.E.C. Treaty has direct effect and creates rights in favour of those affected by it. Case 26/62. Judgment of 5 February 1963, *Official Gazette* 4 March 1963, p. 421, *Common Market Law Review*, 1963, p. 82-92

EDWARDS G., PHILIPPART E., Flexibility and the Treaty of Amsterdam: Europe's New Byzantium"; 1997, *CELS, Occasional Paper*, n. 3

EHLERMANN C.-D., Differentiation, Flexibility, Closer Co-operation: The New Provisions of the Amsterdam Treaty, *European Law Journal*, September 1998, p. 246-270

EHLERMANN C.-D., Différenciation Accrue ou Uniformité Renforcée?, *Revue du Marché Commun*, 1995, p. 191–218

EHLERMANN C.-D., Increased Differentiation or Stronger Uniformity, *EUI WORKING PAPER No. 95/21*, European University Institute, Badia Fiesolana, 1995

EHLERMANN C.-D., How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of “Two-Speeds”, *The Michigan Law Review*, Vol. 82, No. 5/6, *Festschrift in Honor of Eruc Stein* Apr.- May 1984, p. 1274-1293

EHLERMANN C.-D., The Internal Market Following the Single European Act, *Common Market Law Review*, 1987, p. 361 ss

EILMANSBERGER T, Bilateral Investment Treaties and EU Law, *Common Market Law Review*, 2009, p. 383–429

EISEMANN P. M. (ed.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, Kluwer Law International, The Hague, 1996

ELLYNE E., European Unitary Patent: are we there yet?, *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2014, p. 57-78

European Patent Lawyers Association (EPLAW), *Unitary Patent and Unified Patent Court*, 2011, consultable presso: <http://www.eplawpatentblog.com/2011/November/EPLAW%200Resolution%20on%20Regulation%2029%20Oct%202011%5B1%5D.pdf>

EVANS M., P. KOUTRAKOS, *The International responsibility of the European Union: European and International Perspectives*, Hart, Oxford, 2013

FABBRINI S., The constitutional conundrum of the European Union, *Journal of European Public Policy*, 2016, p. 84-10

FABBRINI F., On Banks, Courts and International Law - The Intergovernmental Agreement on the Single Resolution Fund in Context, *Maastricht Journal*, 2014, p. 444 ss.

FABBRINI F., Enhanced Cooperation under Scrutiny: Revisiting the Law and Practice of Multi-Speed Integration in Light of the First

Involvement of the EU Judiciary, Legal Issues of Economic Integration, 2013, p. 197–224

FABBRINI F., GRANAT K., Yellow card, but no foul: The role of the national parliaments under the subsidiarity protocol and the Commission proposal for an EU regulation on the right to strike, *Common Market Law Review*, 2013, p. 115-143

FABBRINI F., The enhanced Cooperation Procedure: a Study in Multispeed Integration, *Centro Studi sul Federalismo*, ottobre 2012, consultabile presso <http://www.csfederalismo.it/index.php/en/publications/research-papers/2433-the-enhanced-cooperation-procedure-a-study-in-multispeed-integration->

FARAGUNA P., La Sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler, *Diritti comparati. Working paper* [Online], 2016, consultabile presso: http://diritto.typepad.com/files/diritticomparati_workingpapers1-2016.pdf

FASONE C., European Economic Governance and Parliamentary Representation. What Place for the European Parliament?, *European Law Journal*, 2014, p. 164-185

FASONE C., La cooperazione rafforzata in materia di brevetto europeo: un difficile test per il coinvolgimento dei Parlamenti nel processo decisionale europeo, in *Osservatorio sulle fonti online*, n. 3, novembre 2011

FEDERICO P. J., The European Patent Concept, 1974, *The PCT Research Foundation – New Location, New Programs, New IDEAs*, First Session, p. 33-43

FENNELLY N., The European Court of Justice and the Doctrine of Supremacy: Van Gend en Loos; Costa v ENEL; Simmenthal, in POIARES MADURO M., AZULAIL. (eds), *The Past and the Future of EU Law, The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, 2010, p. 39-46

FIORINI A., Harmonizing the Law Applicable to Divorce and Legal Separation – Enhanced Cooperation as the Way Forward, *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 1143-1158

FISCHER J., Quo vadis Europa?, Address at Humboldt University, 12 Maggio 2000

FLYNN B., The Legal Enforceability of Reformed Subsidiarity,

IEAP WP 2005/W/07

FOCARELLI C., *Diritto Internazionale*, Vol. 1, *Il Sistema degli Stati e i Valori Comuni dell'Umanità*, CEDAM, Padova, 2012

FOLLESDAL A., *EU's Raison D'Être: Leadership, Democracy - Or Both? Reflections on G. De Burca and J. Weiler*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2012, p. 7-8

FORLATI S., *The European Convention on Human Rights and EU judicial cooperation in civil matters – Some Reflections in the Wake of Opinion 2/13*, Conferenza “The External Dimension of EU Private International Law after Opinion 1/13”, Università di Ferrara, 13 febbraio 2015

FORRESTER I. S., *A Challenge for Europe's Judges: The Review of Fines in Competition Cases*, *European Law Review*, 2011, p. 191-199

FRANZINA P., *The Law Applicable to Divorce and Legal Separation Under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, p. 85-129

FRITZSCHE A., *Discretion, scope of judicial review and institutional balance in European Law*, *Common Market Law Review*, 2010, p. 361–403

FUMAGALLI L., *Commento all'art. 1 TUE*, in TIZZANO A. (ed.), *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 9 ss

FURER A., *The Principle of Pre-emption in European Union Law*, in WINTER G. (eds.), *Sources and Categories of European Union Law*, Nomos, Baden Baden, 1996, p. 521 ss

GAJA G., *Recent developments in the law of EU external relations inside and outside judicial cooperation in civil matters*, Conferenza “The External Dimension of EU Private International Law after Opinion 1/13”, Università di Ferrara, 13 febbraio 2015

GAJA G., *How Does the European Community's International Responsibility Relate to Its Exclusive Competence?*, in GAJA G. (cura di), *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Vol. 2, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 747-755.

GAJA G., *How Flexible is Flexibility Under the Amsterdam Treaty?*, *Common Market Law Review*, 1998, p. 855-870

GALLOUX J.-C., *Le brevet européen à effet unitaire: greffe et chimère*, *Propriétés Intellectuelles*, 2012, p. 193-199

GÁLVEZ A., *La especificidad del ordenamiento comunitario*, Revista de Instituciones Europeas, 1993, p. 155-193

GÄRDITZ K. F., *Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court*, German Law Journal, Special Issue-OMT, 2014, p. 183-202

GÁSPÁR-SZILÁGYI S., *EU Member State Enforcement of 'Mixed' Agreements and Access to Justice: Rethinking Direct Effect, Legal Issues of Economic Integration* 2013, p. 163–190

GATHEM G., *Protéger ses inventions dans l'Union européenne: le brevet européen à effet unitaire et la juridiction unifiée du brevet*, Journal de droit européen, 2014, p. 274-283

GATTINARA G., *La responsabilità dello Stato nei confronti dell'Unione europea per le violazioni commesse dai giudici di ultima istanza: la procedura di infrazione come possibile alternativa alla responsabilità extracontrattuale dello Stato*, in SPITALERI F. (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Quaderni della Rivista Il Diritto dell'Unione europea, Giuffrè, Milano, 2009, p. 84-111

GAUDISSERT M.-A., *La portée des avis 1/91 et 1/92 de la Cour de justice des Communautés européennes relatifs à la création de l'Espace Economique Européen. Entre autonomie et homogénéité: l'ordre juridique communautaire en péril...*, Revue du marché unique européen, 1992, p. 121-136

GELATO P., LALA F., *Brevetto unitario per l'Europa o brevetto europeo (con effetto) unitario? Nodi giuridici e linguistici nella prospettiva italiana*, Contratto e Impresa/Europa, 2012, p. 516-541

GERARD D. M. B., *EU Antitrust Enforcement in 2025: 'Why Wait? Full Appellate Jurisdiction, Now*, (December 9, 2010), CPI Antitrust Journal, 2010, consultabile presso SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1762047>

GERIN G., *La Corte di giustizia delle Comunità europee. Procedure per il ricorso*, CEDAM, Padova, 2000

GIANELLI A., *After the Accession: The Relationship between the EU Legal System and the ECHR*, in CORTESE B. (ed.), *Studi in Onore di Laura Picchio Forlati*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 341-353

GIANELLI A., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 678-

GILLESPIE P., *The Promise and Practice of Flexibility*, TONDRA (ed.), Amsterdam, *What the Treaty Means*, Institute for European Affairs, Dublin, 1997

GIOIA A., *Manuale Breve di Diritto Internazionale*, Giuffrè, Milano, 2013

GLINAVOS I., *Crisis beyond Law, or Crisis of Law: Reflections on the European Economic Crisis*, A. *European Journal of Law Reform*, 2015, p. 679-691

GRABITZ E., LANGEHEINE B., *Legal Problems Related to a Proposed "Two-Tier System" of Integration within the European Community*, *Common Market Law Review*, 1981

GREMENTIERI V., *Il processo comunitario, principi e garanzia fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1973

GRILLER S., DROUTSAS D.P., FLAKNER G., FORGO K., NENTWICH M., *The Treaty of Amsterdam. Facts, Analysis, Prospects*, Springer, Wien, 2000

GRIMM D., *Does Europe Need a Constitution?*, *European Law Journal*, 1995, p. 282 ss.

GROZDANOVSKI L., TURMO A., *Le juge national, interlocuteur privilégié de la Cour de justice de l'Union européenne*, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 2012, p. 487-503

GUARINO G., *Personalità giuridica di diritto internazionale: il caso dell'OLP*, in ARANGIO-RUIZ G., *Studi di Diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 85-130

GUILLARD C., *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 8-33

GUILLOT J.-F., DE HAAS C., *La malediction s'acharne sur le projet de brevet européen à effet unitaire*, *Contratto e Impresa. Europa*, 2012, p. 543-556

HALBERSTAM D., STEIN E., *The United Nations, the European Union, and the King of Sweden. Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order*, *Common Market Law Review*, 2009, p. 13 ss

- HANF D., Flexibility Clauses in the Founding Treaties, from Rome to Nice, in DE WITTE B., HANF D., DE VOS E.(eds.), *The Many Facs of Differentiation in EU Law*, Intersentia, 2001, p. 3-26
- HARMSSEN R., A European Union of Variable Geometry: Problems and Perspectives, *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1994, p. 129-131
- HARROP J., *The Political Economy of Integration in the EC*, Edward Elgar Publishing, Aldershot, 1992, p. 262-267
- HART H. L. A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1972
- HARTLEY T.C., International Law and the Law of the European Union, *British Yearbook of International Law*, 2001, p. 1-35
- HARTLEY T.C., Federalism, Courts and Legal Systems: The Emerging Constitution of the European Community, *American Journal of Comparative Law*, 1986, p. 229–247
- HATJE A., Grenzen der Flexibilität einer erweiterten Europäischen Union, *Europarecht*, 2005, p. 148-161
- HERLIN-KARNELL E., KONSTADINIDES T., EU Constitutional Principles as Housekeeping Rules in EU External Variable Geometry, in BLOCKMANS S. (ed.), *Differentiated integration in the EU. From inside looking out*, CEPS, 2014, p. 26-36
- HESTERMEYER H., How Brexit Will Happen: A Brief Primer on European Union Law and Constitutional Law Questions Raised by Brexit, *Journal of International Arbitration*, 2016, p. 429–450
- HILLION C., Mixity and coherence in EU external relations: the significance of the duty of cooperation, Centre for the Law of EU External Relations (CLEER), 2009, consultabile presso: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/224390/evidence-christophe-hillion-duty-of-cooperation.pdf
- HILLION C., Tous pour un, un pur tous! Coherence in the External Relations of the European Union, in CREMONA M. (ed.), *Developments in EU External Relations Law*, Collected Courses of the Academy of European Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 10-36
- HILPOLD P., EU Law and UN Law in Conflict. The Kadi Case, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2009, p. 141-181
- HILTY R., JAEGER T., LAMPING M., *The Unitary Patent Package:*

Twelve Reasons For Concern, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Research Paper No. 12-12

HINAREJOS P., *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2015

HINDELANG S., *Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, p. 179–206

HODSON D., *Governing the Euro Area in Good Times and Bad*, Oxford University Press, Oxford, 2011

HOFMANN H. C., *Conflicts and Integration: Revisiting Costa v ENEL and Simmenthal II*, in POIARES MADURO M., AZULAI L. (eds), *The Past and the Future of EU Law, The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, 2010, p. 60-69

HOFMANN H., *Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality*, *European Law Journal*, 2009, p. 483-505

HOLZINGER K., SCHIMMELFENNING F., *Differentiated Integration in the European Union. Many Concepts, Sparse Theory, Few Data*, *Journal of European Public Policy*, 2012, p. 292-305

HONORATI C., *L'accordo per il Tribunale Unificato dei Brevetti: quali prospettive dopo la ratifica italiana e la Brexit?*, *European Papers*, 2016, p. 1127-1136

HONORATI C., *Il diritto applicabile dal Tribunale unificato: il coordinamento tra fonti e i rapporti tra Accordo TUB e regolamento (UE) n. 1257/2012*, in HONORATI C. (ed.), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale. The EU Patent Protection. Lights and Shades of the New System*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 119-151

HUILLET S., *L'Europe a geometrie variable, Experiences et perspectives*, *memoire de DEA*, Paris 2, 1997, p. 7-28

ILIOPOULOUS C., *Typologie der Differenzierungen und Ausnahmen in Gemeinschaftsrecht*, in GRABITZ E., *Abgestufte Integration: Eine Alternative zum herkömmlichen Integrationskonzept?*, N.P. Engel Verlag, Kehl am Rhein/Strasbourg, 1984, p. 31-46

IPSEN H.P., *Europaisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972

ISAAC G., *Droit communautaire général*, Armand Colin, Paris, 1999

JACCHIA R.A., FRIGO M., Responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, effettività e rimedi giurisdizionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2008, p. 643-680

JACOB R., Opinion on the proposal to create a Unified Patent Court and Unitary Patent, 2011, consultabile presso: <http://www.eplawpatentblog.com/eplaw/2011/11/07/>

JACQUÉ J. P., CJUE - CEDH : 2-0, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2014, p. 823-831

JACQUÈ J. P., *L'intégration différenciée de lege ferenda*, Presses Universitaires de Bruxelles, Bruxelles, 1986

JACQUET J. P., L'Acte unique européen, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1986, p. 575-612

JAEGER T., Reset and Go: The Unitary Patent System Post-Brexit, *ssrn Discussion Paper*, 13 December 2016, consultabile presso: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2884671> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2884671>

JAEGER T., What's in the Unitary Patent Package?, *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 14-08*, 2014

JAEGER T., Einheitspatent – Zulässigkeit der Verstärkten Zusammenarbeit ohne Spanien und Italien, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, p. 1998-2001

JAEGER T., Shielding the Unitary Patent from the ECJ: A Rash and Futile Exercise, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2013, p. 389

JAEGER T., All Back to Square One? - An Assessment of the Latest Proposals for a Patent and Court for the Internal Market and Possible Alternatives, *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper Paper No. 01/2012*

JAEGER T., The EU Patent: cui bono et quo vadit?, *Common Market Law Review*, 2010, p. 63-115

JANČIĆ D., The game of cards: National parliaments in the EU and

the future of the early warning mechanism and the political dialogue, *Common Market Law Review*, 2015, p. 939-975

JOHNSTON A., *Frozen in Time? The ECJ Finally Rules on the Kadi Appeal*, *Cambridge Law Journal*, 2009, p. 1-4

JOHNSTON K., *The Draft European Patent Convention - A Commentary*, *Common Market Law Review*, 1963, p. 17-29

KAISI A., *Finally a Single European Right for the EU? An Analysis of the Substantive Provisions of the European Patent with Unitary Effect*, *European Intellectual Property Review*, 2014, p. 170-180

KALIMO H., *Reflections on the scope and pre-emptive effects of Community legislation - A case study on Directive 2002/95/EC Restrictions on Hazardous Substances (RoHS)*, *Jean Monnet Working Paper 6/03*, New York University School of Law, 2003

KAZI I., *Will We Ever See a Single Patent System Covering the European Union, Let Alone Spanning the Atlantic or Pacific?*, *European Intellectual Property Review*, 2011, p. 538-542

KERBER W., *Interjurisdictional Competition within the European Union*, *Fordham International Law Journal NL*, 2000, p. 217 ss

KESSEDJIAN C. (ed.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement: European Law and Investment Arbitration*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2011

KESSEDJIAN C., LEBEN C. (eds.), *Le droit européen et l'investissement*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2009

KILPATRICK C., *On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, p. 325-353

KITCHIN D., *Introductory Remarks: A Judicial Perspective*, in PILA J., WADLOW C. (eds.), *The Unitary EU Patent System*, Hart, Oxford, 2014, p.

KLABBERS J., *The European Union in International Law, Cours er Travaux Université Pantheon-Assas (Paris II)*, Editions A. Pedone, Paris, 2012

KLABBERS J., *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009

KLEINHEISTERKAMP J., *The Future of the BITs of European*

Member States after Lisbon, *Asa Bulletin*, 2011, p. 212-223

KOCHENOV D., *EU Law of the Overseas: Outermost Regions, Associated Overseas Countries and Territories, Territories Sui Generis*, Kluwer Law International, 2011

KOEDOODER C., *The Pringle Judgment: Economic and/or Monetary Union?*, *Fordham International Law Journal*, 2013, p. 111-146.

KÖHLER M., *Unitary Patent: complexity and simplification – how preventing territorial peculiarities of patent Enforcement in a harmonized judicial system? Observations from Germany*, *Contratto e Impresa/Europa*, 2012, p. 557-576

KÖLLIKER A., *Flexibility and European Unification. The Logic of Differentiated Integration*, Rowman & Littlefield, 2005

KONSTADINIDES T., *Now and Then Fischer's Core Europe in the Aftermath of the Collapse of the December 2003 Constitutional Talks*, *Irish Journal of European Law*, 2004, p. 117-140

KORTENBERG H., *Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam*, *Common Market Law Review*, 1998, p. 833-854

KOUTRAKOS P., *Eu International Relations Law*, Hart, Oxford, 2006

KRAßER R., *Effects of an inclusion of regulations concerning the content and limits of the patent holder's rights to prohibit in an EU regulation for the creation of Unitary European patent protection*, 2011, consultabile presso: <http://www.eplawpatentblog.com/2011/October/Opinion%20Prof%20Krasser%20EN.pdf>

KRISLOV S., EHLERMANN C.-D., WEILER J. H. H., *The political organs and the decision-making process in the United States and the European Community*, in CAPPELLETTI M., SECCOMBE M., WEILER J.H.H., (eds.), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, de Gruyter, 1986, p. 3–112

KUIJPER P. J., *From the board. International Law in the Case Law of the Court of Justice: Recent Trends, Legal Issues of Economic Integration*, 2014, p. 1-8

KUIJPER P. J., WOUTERS J., HOFFMEISTER F., BE BAERE G., RAMOPOULOS T. (eds.), *The Law of EU External Relations: Cases, Materials, and Commentary on the EU as an International Legal*

Actor, Oxford University Press, Oxford, 2013

KUIPERS J. J., The Law Applicable to Divorce as Test Ground for Enhanced Cooperation, *European Law Journal*, 2012, p. 201–229

KUMM M., Rebel Without a Good Cause: Karlsruhe’s Misguided Attempt to Draw the CJEU into a Game of “Chicken” and What the CJEU Might do About It, *German Law Journal*, Special Issue-OMT, 2014, p. 203-216

KUPZOK A., Law and Economics of Unitary Patent Protection in the European Union: the Rebels’ Viewpoint, *European Intellectual Property Law Review*, 2014, p. 418-427

KUR A., DIETER T., *European Intellectual Property Law. Text, Cases and Materials*, Edward Elgar, 2013, p. 86-148

LA PERGOLA A., L'Unione europea fra il mercato comune ed un moderno tipo di confederazione. Osservazioni di un costituzionalista, *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1993, p. 1 ss

LABAYLE F., *Amsterdam ou l'Europe des coopérations renforcées*, Europe, 1998, p. 4-7

LAMBRECHT S., The Sting is in the Tail: CJEU Opinion 2/13 objects to draft agreement on accession of the EU to the European Convention on Human Rights, *European Human Rights Law Review*, 2015, p. 185-198

LAMERS K., SCHÄUBLE W., Überlegungen zur europäischen Politik, 1994, consultabile presso: <https://www.cducsu.de/upload/schaeublelamers94.pdf>.

LAMOREAUX F., La Constitution “Pénélope”: une refondation pour en finir avec les replâtrages, *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2003, p. 13-37

LAMPING M., Enhanced Cooperation A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Issue No. 8/2011, p. 879-925

LAMPING M., Enhanced Cooperation in the Area of the Unitary Patent Protection: Testing the Boundaries of the Rule of Law, *Maastricht journal of European and comparative law*, 2013, p. 589-600

LANGHEINE B., WINSTOCK. U., *Graduated Integration: A*

Modest Path Towards Progress: A contribution to the debate about the future development of the European Community, *Journal of Common Market Studies*, 1985, p. 185–197

LANGHEINE B., Rechtliche und institutionelle Probleme einer abgestuften Integration in der Europäischen Gemeinschaft, in GRABITZ E., *Abgestufte Integration: Eine Alternative zum herkömmlichen Integrationskonzept?*, N.P. Engel Verlag, Kehl am Rhein/Strasbourg, 1984, p. 70 ss

LANGHEINE B., *Abgestufte Integration*, *European Review*, 1983, p. 227 ss.

LANGHEINE B., Legal Problems Related to a Proposed “Two-Tier System” of Integration within the European Community, *Common Market Law Review*, 1981, p. 33 ss

LAVRANOS N., European Court of Justice- Infringement of Article 307 - Failure of Member States to Adopt Appropriate Measures to Eliminate Incompatibilities Between the Treaty Establishing the European Community and Bilateral Investment Treaties Entered into with Third Countries Prior to Accession to the European Union, *The American Journal of International Law*, 2009, p. 716-722

LEJEUNE M. A., *Un droit des temps de crise; les clauses de sauvegarde de la CEE*, Bruylant, Bruxelles, 1975

LENAERTS K., *De Rome à Lisbonne, la Constitution Européenne en marche*, *Cahiers de droit européen*, 2008, p. 229 ss

LENAERTS K., DESORMER M., *Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures*, *European Law Journal*, 2005, p. 744–765

LENAERTS K., VAN NUFFEL P., BRAY R., *Constitutional Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, London, 2005

LENAERTS K., DESOMER M., *New models of constitution-making in Europe: the quest for legitimacy*, *Common Market Law Review*, 2002, p. 1217–1253

LENAERTS K., *The Legal Protection of Private Parties under the EEC Treaty*, in *Scritti in onore di G. Federico Mancini*, II, Milano, 1998, p. 591 ss

LENAERTS K., *The Principle of Subsidiarity and the Environment in the European Union: Keeping the Balance of Federalism*, *Fordham International Law Journal*, 1993, p. 846-895

- LENAERTS K., Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community, *Common Market Law Review*, 1991, p. 11 ss
- LENAERTS K., Constitutionalism and the Many Faces of Federalism, *American Journal of Comparative Law*, 1990, p. 205–263
- LENAERTS K., *Le juge et la constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen* Bruylant, 1988, p. 257–263
- LEUFFEN D., RITTBERGER B., SCHIMMELFENNING F., *Differentiated Integration, Explaining Variation in the European Union*, Palgrave Macmillan, 2013
- LINDAHL H., Acquiring a Community: The Acquis and the Institution of European Legal Order, *European Law Journal*, 2003, p. 433–450
- LIPSIUS J., La conférence intergouvernementale de 1996, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1995, p. 183-184
- L'Irlande espère débloquer les travaux sur la Constitution”, *Le Monde*, 4 marzo 2004
- LOQUIN, MANCIAUX, *L'ordre public et l'arbitrage*, Collection du Credimi, LexisNexis, 2014
- LOUIS J.-V., La difficile naissance du mécanisme européen de résolution des banques, *Cahiers de droit européen*, 2014, p. 7 ss
- LOUIS J.-V., *La Pratique de la Coopération Renforcée*, *Cahiers de Droit Européen*, 2013, p. 277-291
- LOUIS J.-V., Guest Editorial: The no-bailout clause and rescue packages, *Common Market Law Review*, 2010, p. 971-986
- LUGINBUEHL S., *European Patent Law Towards a Uniform Interpretation*, Edward Elgar, 2011, p. 18-36
- LYONS C., Closer Co-operation and the Court of Justice, in DE BURCA G., SCOTT J. (eds.), *Constitutional Change in The EU. From Uniformity to Flexibility?*, Hart, 2000, p. 95 -112
- MAGANZA G., *The Lisbon Treaty: A Brief Outline*, *Fordham International Law Journal*, 2008, p. 1603-1613
- MAILLET P., VELO D.(eds.), *Europe a geometrie variable. Transition vers l'integration*, L'Harmattan, Parigi, 1994

MAINGUY M., Financial Transaction Tax: Unsuccessful First Round before the ECJ, *European Law Reporter*, 2014, p. 138-143

MAJOR J., Europe: A Future that works, William and Mary Lecture, Europe, 10 settembre 1994

MAJOR J., Speech at the University of Leiden on 7 September 1994, Agence Europe, 10 September 1994

MANCINI F., The Making of a Constitution for Europe, *Common Market Law Review*, 1989, p. 595–614

MANCINI F., Il contributo della Corte di giustizia allo sviluppo della democrazia nella Comunità, *Rivista di Diritto Europeo*, 1992, p. 713 e ss

MANGAS MARTÍN A., La cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam, *Comunidad Europea Aranzadi*, October 1998

MANIN P., Le problème de la «géométrie variable», in MANIN P. (dir.), *La révision du traité sur l'Union européenne perspectives et réalités*, Rapport du groupe français d'Etudes de droit des Communautés européennes, Pédone, p. 27 ss

MARCELLI F., Gli accordi tra Israele e l'OLP nel diritto internazionale, *Rivista di Diritto Internazionale*, 1994

MARTENCZUK B., Die differenzierte Integration nach dem Vertrag von Amsterdam, *Zeitschrift für europerechtliche Studien*, 1998, p. 447-474

MARTINICO G., EU Crisis and Constitutional Mutations: A Review Article, 2014, *Revista de Estudios Políticos*, 2014, p. 247-280, consultabile presso: SSRN:<http://ssrn.com/abstract=2439614>

MAYER F., Die EZB vor Gericht – nächste Runde, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2015, p. 121-122

MAYER F., Van Gend en Loos: The Foundation of a Community of Law, in POIARES MADURO M., AZULAI L. (eds), *The Past and the Future of EU Law, The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, 2010, p. 9-16

MENGOZZI P., The Innovations brought about by the Lisbon Treaty to the European Union Treaty-Making Power Regime Resulting from the Case Law of the Court of Justice, in BAUMÉ T., MEIJ A.W. H. (eds), *Today's multi-layered legal order: current issues and perspectives. Liber amicorum in honour of Arjen W. H. Meij*,

Zutphen, Paris, 2011, p. 93 ss

MICHEA P., Licenza di Brevetto. Il Parlamento Europeo e il Consiglio raggiungono uno storico accord sul brevetto europeo unitario, *I Contratti*, 2013, p. 316- 320

MIDDLETON T., Not bailing out. Legal aspects of the 2010 sovereign debt crisis, in *A Man for All Treaties– Liber Amicorum en l'honneur de Jean-Claude Piris*, Bruylant, 2012, p. 421-439

MIELE A., I soggetti, in ARANGIO-RUIZ G., *Studi di Diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 92-105

MIGLIO A., Dialogo, ma con fermezza: la Corte di giustizia “salva” il programma OMT, 24/07/2015, consultabile presso <http://www.eurojus.it/dialogo-ma-con-fermezza-la-corte-di-justizia-salva-il-programma-omt/>

MIGNOLLI A., Commento all'art. 216 TFUE, in TIZZANO A. (ed.), *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 1174 ss

MIGNOLLI A., *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, Jovene, Napoli, 2009

MILLER V., Repatriating EU powers to Member States, *Commons Briefing papers SN06153*, consultabile presso <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06153>

MONACO V. R., Le comunità sopranazionali nell'ordinamento internazionale, in *La Comunità internazionale*, 1953

MONAR J., Freedom, Security and Justice, in VON BOGDANDY A., BAST J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, II ed., Hart, Oxford, 2009, p. 551-586

MONGILLO R., Esperienze straniere e comparate. Riflessioni sul mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale, *Rassegna di Diritto Civile*, 2011, p. 1227 -1245

MORELLI G., *Nozioni di Diritto Internazionale*, CEDAM, Padova, 1967

MOUGUET-POULLENEC G., DOMENICUCCI D. P., Amende infligée par une autorité de concurrence et droit à une protection juridictionnelle effective: les enseignements de l'arrêt Menarini de la CEDH, *Revue Lamy de la Concurrence: Droit, Économie, Régulation*

2012, p. 49-59

MÜLLER-HEIDELBERG T., Schutzklausen in Europäischen Gemeinschaftsrecht, Fundament, Stiftung Europa-Kolleg, Hamburg, 1970

MUNARI F., Da Pringle a Gauweiler: i tormentati anni dell'Unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo, *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 723-755

MUNARI F., Crisi dell'euro e crisi delle regole: rule of law o ragion politica? Il diritto dell'Unione europea dinanzi a nuove sfide, in PORCHIA O. (a cura di), *Governance economica europea. Strumenti dell'Unione, rapporti con l'ordinamento internazionale e ricadute nell'ordinamento interno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 33-56

MUNARI F., Il ruolo della Corte di giustizia e il suo rapporto con gli altri organi dell'Unione, *Il Diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 163-187

MURRAY F., *The European Union and Member State Territories: A New Legal Framework Under the EU Treaties*, Springer, 2012

MURSWIEK D., ECB, ECJ, democracy, and the Federal Constitutional Court: Notes on the Federal Constitutional Court's referral order from 14 January 2014, *German Law Journal*, 2014, p. 147-167

MYLLY T., A Constitutional Perspective, in PILA J., WADLOW C. (eds.), *The Unitary EU Patent System*, Hart, Oxford, 2014, p. 77-110

NANOPOULOS E., Killing two Birds with one Stone? The Court of Justice's Opinion on the EU's Accession to the ECHR, *The Cambridge Law Journal*, 2015, p. 185-188

NASCIMBENE B., Rispetto dei diritti dell'uomo, sanzioni e competenza della Corte di giustizia, in NASCIMBENE B. (a cura di), *Il processo comunitario dopo Nizza*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 9-20

NAURIN D., LINDAHL R., Out in the Cold? Flexible Integration and the Political Status of Euro-Outsiders, *European Policy Analysis*. Swedish Institute for European Policy Studies, December 2009

NECATI PEHLIVAN C., The Creation of a Single European Patent System: From Dream to (Almost) Reality, *European Intellectual Property Review*, 2012, p. 453-460

NEUWAHL N. A., Opinion delivered pursuant to the second subparagraph of Article 228(1) of the EEC Treaty; Opinion 2/91 of 19 March 1993 (Convention No. 170 of the International Labour Organization Concerning Safety in the Use of Chemicals at Work), not yet reported., *Common Market Law Review*, 1993, p. 1185-1195

NEUWAHL N. A., Joint Participation in International Treaties and the Exercise of Power by the EEC and its Member States: Mixed Agreements, *Common Market Law Review*, 1991, p. 717-740

OBRADOVIC D., Repatriation of powers in the European Community, *Common Market Law Review*, 1997, p. 59–88

OLIVITO E., Atto primo: Il Bundesverfassungsgericht rinvia alla Corte di giustizia su OMT e poteri della BCE. Un'occasione per il futuro dell'Unione europea?, 2014, *Costituzionalismo.it*, consultabile presso: <http://www.costituzionalismo.it/articoli/467/>

OST N., Flexibilität des Gemeinschaftsrechts – Von Notantrieb zum Vertragsprinzip? *Die Öffentliche Verwaltung*, 1997, p. 495-503

OTT A., EU Constitutional Boundaries to Differentiation: How to Reconcile Differentiation with Integration?, In OTT A., DE VOS E. (eds.), *Fifty Years of European Integration: Foundations and Perspectives*, T.M.C.Asser Press, The Hague, 2009, p. 113- 138

OTT A., A Flexible Future for the European Union: The Way Forward or the Way Out?, in BLOCKMANS S., PRECHAL S. (eds.), *Reconciling the Deepening and Widening of the European Union*, T.M.C. Asser Press, L'Aia, 2007, p. 133-156

OTTAVIANO I., La tutela brevettuale unitaria nell'Unione europea: alcuni spunti su questioni istituzionali tuttora aperte, *Osservatorio costituzionale*, 2014

OTTAVIANO I., La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 113-144

PARLAMENTO EUROPEO, *Two Speed Europe*, research and documentation papers, 1985

PARTAN D. G., The justiciability of subsidiarity, in RODHES C., MAZEY S. (eds.), *The State of European Union*, Vol. 3, *Building a European Polity?*, Rienner, Lynne, 1995

PASSCHIER R., STREMLER M., *Unconstitutional Constitutional*

Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision, consultabile presso: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2561209

PASSIVIRTA E., KUIJPER P.J., Does One Size Fit All? The European Community and the Responsibility of International Organizations, *Netherlands Yearbook of International Law*, 2005, Law, p. 160-226

PECHSTEIN M., KOENING C., *Die Europäische Union*, Mohr & Siebeck, Tübinga, 1998

PEERS S., The UK's planned 'block opt-out' from EU justice and policing measures in 2014, *Statewatch Analysis*, University of Essex, consultabile presso <http://www.statewatch.org/analyses/no-199-uk-opt-out.pdf>

PEERS S., Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework, *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 37-72

PEERS S., The future of EU Treaty amendments, *Yearbook of European Law*, 2012, p. 17-111

PEERS S., The Constitutional Implications of the EU Patent, *European Constitutional Law Review*, 2011, p. 229-266

PEERS S., Divorce, European Style: The First Authorization of Enhanced Cooperation, *European Constitutional Law Review*, 2010, p. 339-358

PERNICE I., Karlsruhe wagt den Schritt nach Luxemburg, febbraio 2014, consultabile presso, www.verfassungsblog.de

PERNICE I., *Costa v ENEL and Simmenthal: Primacy of European Law*, in POIARES MADURO M., AZULAI L. (eds), *The Past and the Future of EU Law, The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, 2010, p. 47-60

PERROT D., Les régions ultrapériphériques françaises selon le traité de Lisbonne, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2009, p. 639-642

PESCATORE P., *Van Gend en Loos, 3 February 1963 – A view from Within*, in POIARES MADURO M., AZULAI L. (eds), *The Past and the Future of EU Law, The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, 2010, p. 1-3

PESCATORE P., *Le droit de l'intégration: Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés Européennes*, Bruylant, Bruxelles, 2005

PESCATORE P., *La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux*, *Revue du Marché commun et de L'Union Européenne*, 2003, p. 151 e ss

PESCATORE P., *Aspects judiciaires de l'acquis communautaire*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1981, p. 617-651

PESCATORE P., *L'ordre juridique des Communautés Européennes*, Presse universitaire de Liege, Liege, 1975

PESCATORE P., *The Law of Integration. Emergence of a new phenomenon in international relations, based on the experience of the European Communities*, Sijthoff, Leiden, 1974

PESCATORE P., *International Law and Community Law: A Comparative Analysis*, *Common Market Law Review*, 1970, p. 167-183

PESCATORE P., *Remarques sur la nature juridique des 'décisions des représentants des Etats membres réunis au sein du Conseil*, *SEW*, 1966, p. 579 ss

PETERSEN N., *Karlsruhe Not Only Barks, But Finally Bites – Some Remarks on the OMT Decision of the German Constitutional Court*, *German Law Journal, Special Issue-OMT*, 2014, p. 321-327

PETITE M., *The battle over Strasbourg: The protection of human rights across Europe has suffered a setback, thanks to the Court of Justice of the European Union*, *Competition Law Insight*, 2015, p. 10-11

PHILIPPART E., SIE DHIAN HO M., *From Uniformity to Flexibility*, in DE BURCA G., SCOTT J. (eds.), *Constitutional Change in the EU*, Hart, Oxford, 2000, p. 299-336

PHILIPPART E., EDWARDS G., *The Provisions on Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam: The Politics of Flexibility in the European Union*, *Journal of Common Market Studies*, 1999, p. 96-97

PICCHIO FORLATI L., *Il fondamento giuridico dell'Unione europea: Trattato o Costituzione?*, in *Studi in onore di G. Arangio-*

Ruiz, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 1377-1386

PICCHIO FORLATI L., Il diritto dell'Unione europea fra dimensione internazionale e transnazionalità, *Jus*, 1999, p. 461-473

PICCHIO FORLATI L., La partecipazione al dialogo del diritto internazionale, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 1992, p. 799-811

PICCHIO FORLATI L., La neutralizzazione degli effetti di atti amministrativi contrari al diritto comunitario, *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 1978, p. 200-231

PICOD F., Incompétence de la Cour de justice pour répondre aux questions de la Chambre de recours des écoles européennes, *La Semaine Juridique - édition générale* 2011

PILA J., An Historical Perspective I, in PILA J., WADLOW C. (eds.), *The Unitary EU Patent System*, Hart, Oxford, 2014, p. 9-31

PILA J., The European Patent: An Old and Vexing Problem, *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, p. 917-940

PIRIS J.-C., The Acceleration of differentiated integration and enhanced cooperation, *Foundation Robert Schuman, European Issues* n. 328, 13th October 2014, consultabile presso http://www.egmontinstitute.be/wp-content/uploads/2014/07/PIRIS_speech_Egmont-30102014.pdf

PIRIS J.-C., *The Future of Europe: Towards a Two-speed EU?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012

PIRIS J.-C., *Does the European Union Have a Constitution? Does it Need One?*, Harvard Jean Monnet Working Paper 5/00, 2000

PIRRONE P., Attuazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza contro il terrorismo e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario. La sentenza della Corte di giustizia relativa ai casi Kadi e Al-Barakaat, *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2009, p. 55-84

PISTOIA E., Enhanced cooperation as a tool to...enhance integration? *Spain and Italy v. Council Joined Cases C-274 & 295/11, Kingdom of Spain and Italian Republic v. Council of the European Union, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 16 April 2013, Common Market Law Review*, 2014, p. 247-260

PISTOIA E., Rimettere in discussione la cooperazione rafforzata?

Spunti dalla sentenza della Corte di giustizia contro Spagna e Italia, 2013, consultabile presso: <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=328>

POCAR F., BARUFFI M. C. (a cura di), Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea, CEDAM, Padova, 2014

POCAR F., Brevi Note sulle Cooperazioni Rafforzate e il Diritto Internazionale Privato Europeo, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2011, p. 297- 305

POCAR F., SECCHI C., Il Trattato di Maastricht sull'Unione europea, Giuffrè, Milano, 1992

PONS RAFOLS X., Las potencialidades de las cooperaciones reforzadas en la Unión, in MARTÍN Y., PÉREZ DE NANCLARES J. (eds.), *El Tratado de Lisboa, la salida de la crisis constitucional*, Iustel, AEPDIRI, 2008

PONZANO P., Méthode intergouvernementale ou méthode communautaire : une querelle sans intérêt, *Les Brefs, Notre Europe*, 2011, consultabile presso: <http://www.notre-europe.eu/fr/axes/visions-deurope/travaux/publication/methode-intergouvernementale-ou-methode-communautaire-une-querelle-sans-interet/>

PRINSSSEN J. M., SCHRAUWEN A., *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, Groningen, 2002

PUETTER U., Consolidating Europe's New Intergovernmentalism – European Council and Council Leadership in Economic Governance and the CFSP under the Lisbon Treaty, articolo presentato alla conferenza UACES, “The Lisbon Treaty Evaluated”, Londra, 2011

PUISSOCHET P., Aux confins de la Communauté européenne: les régions ultrapériphériques, in RODRIGUEZ IGLESIAS G., e.a. (eds.), *Melanges en Hommage à Fernand Schockweiler*, 1999, p. 491-510

QUADRI R., *Diritto internazionale pubblico*, Palermo, 1968

QUERMONNE J.-L., *L'Europe à géométrie variable*, RPP, 1998, p. 11-18

QUESADA J.L., The revision procedures of the treaty, in BLANKE H.-J., MANGIAMELI S. (eds), *The European Union after Lisbon: constitutional basis, economic order and external action*, Springer, Heidelberg, Dordrecht, London, New York, 2012, p. 323–342

RAITI G., *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Giuffrè, Milano, 2003

RANDALL M., *Case C-209/13 UK v. Council: Enhanced Cooperation and the FTT*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2014, p. 407-418

RASMUSSEN M., *From Costa v ENEL to the Treaties of Rome: A Brief History of a Legal Revolution*, in POIARES MADURO M., AZULAI L. (eds), *The Past and the Future of EU Law, The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, 2010, p. 69-85

REINISCH A., *Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Action: The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitrations*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, p. 157-178

Review of the Balance of Competences between the United Kingdom and the European Union presented to Parliament by the Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs by Command of Her Majesty, Luglio 2012, consultabile presso www.fco.gov.uk

ROBBINS L. J., *The European Patent Convention - Some Present Viewpoints of the European Patent Profession*, *Journal of the Patent Office Society*, 1963, p. 295-307

ROBINSON W., *The Court of Justice after Maastricht*, in O'KEEFFE D., TWOMEY P. (eds.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Chancery Law Publishing, Chichester, 1994, p. 187-189

ROSAS A., ARMATI L., *EU Constitutional Law: An Introduction*, Hart Publishing, Oxford, 2012

ROSAS A., *The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States*, *Fordham International Law Journal*, 2011, p. 1304-1345

ROSSI L.S., *A New Revision of the EU Treaties After Lisbon?*, in ROSSI L.S., CASOLARI F. (ed.), *The EU after Lisbon. Amending or coping with the existing treaties?*, Springer, 2014, p. 3-12

ROSSI L.S., *Commento art. 20 TUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, 2014, p. 217-222

ROSSI L.S., *L'Unione Europea e il paradosso di Zenone. Riflessioni sulla necessità di revisione del Trattato di Lisbona*, *Il Diritto*

dell'Unione europea, 2013, p. 749- 770

ROSSI L. S., “Fiscal Compact” e Trattato sul Meccanismo di Stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE, *Il Diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 293 ss

ROSSI L.S., Does the Lisbon Treaty Provide a Clear Separation of Competences between EU and Member States?, in BIONDI A., EECKHOUT P., RIPLEY S. (eds.), *EU Law after Lisbon*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, Oxford, 2012, p. 85-106

ROSSI L.S., Conclusione di accordi internazionale e coerenza del sistema. L'esclusività della competenza comunitaria, *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 1008 ss.

ROSSI L.S., Cooperazione Rafforzata e Trattato di Nizza: quali geometrie per l'Europa allargata?, in TIZZANO A. (ed.), *Il Trattato di Nizza*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 41 ss.

ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 244 ss

ROUSSOT X., BOGOJEVIĆ S., Subsidiarity as a Procedural Safeguard of Federalism, AZULAI L., *The Question of Competence in the European Union*, Oxford University Press, 2014, p. 234-252

SALERNO F., Il neo-dualismo della Corte Costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno, *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 340-383

SAMPEDRO CALLE R., The European Patent with unitary effect. Gateway to a European Union Patent? Perspectives from non-participating Member States (Spain), in GEIGER C. (ed.), *Quel droit des brevets pour l'Union Européenne? / What Patent Law for the European Union?*, p. 88-89

SANDRINI L., La convenzione di Monaco sul brevetto europeo e i suoi rapporti con il 'pacchetto brevetti', in HONORATI C., *Luci e Ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, Giappichelli, 2014, p. 49-72

SANTOS VARA J., FAHEY E., Transatlantic Relations and the Operation of AFSJ Flexibility, in BLOCKMANS S. (ed.), *Differentiated integration in the EU. From inside looking out*, CEPS, 2014, p. 103-124

SAURON J.-L., l'Avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne: la fin d'une idée anachronique?, *Gazette du Palais*, 2014,

p. 4-6

SCHARRER H. E., Differenzierte Integration im Zeichen der Schlange. Utopie und Dogma in Tindemans Vorschlägen zur Wirtschafts- und Währungsunion, in SCHNEIDER H., WESSELS W. (eds.), *Auf dem Weg zur Europäischen Union? Diskussionsbeiträge zum Tindemans Bericht*, Bonn: Institut für Europäischen Politik, 1977, p. 143-165

SCHAUER M., *Schengen-Maastricht-Amsterdam. Auf dem Weg zu einer flexiblen Union*, Verlag Österreich, Vienna, 2000

SCHEPISI C., *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, EUT Edizioni Università di Trieste, 2003

SCHICHO L., Member State BITs after the Treaty of Lisbon: Solid Foundation or First Victims of EU Investment Policy?, *College of Europe - Bruges, Research Paper in Law 02/2012*

SCHIEK D., The German Federal Constitutional Court's Ruling on Outright Monetary Transactions (OMT) - Another Step towards National Closure?, *German Law Journal, Special Issue-OMT*, 2014, p. 329-342

SCHILL S. W., Arbitration Procedure: the Role of the European Union and the Member States in Investor-State Arbitration, in KESSEDJIAN C. (ed.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement: European Law and Investment Arbitration*, 2011, p. 129 ss.

SCHILLING T., A New Dimension of Subsidiarity; Subsidiarity as a Rule and a Principle, *Yearbook of European Law*, 1994, p. 203-255

SCHIMMELFENNING F., LEUFFEN D., RITTERBERG B., *Ever looser Union? Towards a theory of differentiated integration in the EU*, EUSA Conference 2011, Boston

SCHMIDT R., Die entfesselte EZB, *Juristenzeitung*, 2015, p. 317-327

SCHRAUWEN A., From the Board. Review of the Balance of Competences, *Legal Issues of Economic Integration*, 2014, p. 127-132

SCHRAUWEN A., From the Board, The Ongoing Business of Treaty Reform, *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, p. 1-4

SCHREUER C. H., *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001

SCHÜTZE R., *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012

SCHÜTZE R., *EC Law and International Agreements of the Member States-An Ambivalent Relationship?*, *Cambridge Yearbook of European Legal Study*, 2006-2007, p. 387- 440

SCHÜTZE R., *Subsidiarity after Lisbon: reinforcing the safeguards of federalism ?*, *Cambridge Law Journal*, 2009, p. 525-536

SCHÜTZE R., *Supremacy without Pre-emption? The slowly emergent doctrine of Community Pre-emption*, *Common Market Law Review*, 2006, p. 1023-1048

SCHÜTZE R., *Parallel External Powers in the European Community: from “Cubist” Perspectives towards “Naturalist” Constitutional Principles?*, *Yearbook of European Law*, 2004, p. 225 ss

SCHÜTZE R., *Organized Change Towards an “Ever Closer Union”:* Article 308 EC, and the Limits to the Community's Legislative Competence, *Yearbook of European Law*, 2003, p. 79-115

SCHWARTZ I.E., Artikel 220, in VON DER GROEBEN H., THIESING J., EHLERMANN C.-D., *zum EWG-Vertrag*, Nomos, Baden-Baden, 1991, p. 25 e ss

SCHWARZE J., *Il Controllo Giurisdizionale sul Procedimento Amministrativo Europeo*, in BIGNAMI F., CASSESE S., *Il Procedimento Amministrativo nel Diritto Europeo*, Milano, 2004, p. 125-158

SCHWEITZER H., *Judicial Review in EU Competition Law*, in GERADIN D., LIANOS I. (eds.), *Research Handbook on EU Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 491-538

SCORDAMAGLIA-TOUSIS A., *EU Cartel Enforcement: Reconciling Effective Public Enforcement with Fundamental Rights*, Wolters Kluwer, 2013

SCOTT J., TRUBEK D. M., *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, *European Law Journal*, 2002, p. 1-18

SCUFFI M., *L'evoluzione del diritto europeo dei brevetti: verso la nuova corte europea dei brevetti e l'unified patent litigation system*, *Diritto Industriale*, 2010, p. 169-175

SCUFFI M., *Il brevetto comunitario: osservazioni a margine della*

legge n. 302/1993, in Quaderni del CSM, consultabile presso il sito:
http://www.csm.it/quaderni/quad_94/qua_94_16.pdf

SÉDRATI-DINET G., Academics Confirm Flaws in the Unitary Patent, 2012

SEPOS A., Differentiated Integration in the EU: The Position of Small Member States, EUI Working Papers, RCAS N. 2005/17, Badia Fiesolana, Fiesole, 2007

SHARRER H.-E., Differenzierte Integration im Zeichen der Schlange. Utopie und Dogma in Tindemans Vorschlägen zur Wirtschafts- und Währungsunion, in SCHNEIDER H., WESSELS W. (eds.), Auf dem Weg zur Europäischen Union? Diskussionsbeiträge zum Tindemans Bericht. Institut für Europäischen Politik. Adopted from Kadlecová, Bonn, 2004

SHAW J., Enhancing Cooperation After Niece: Will the Treaty Do the Trick?, in ANDENAS M., USHER J.A. (eds.), The Treaty of Niece and Beyond: Enlargement and Constitutional Reform, Hart, Oxford, 2003, p. 207 ss.

SHAW J., Flexibility in “reorganized” and “simplified” Treaty, in Common Market Law Review, 2003, p. 279-311

SHAW J., Relating Constitutionalism and Flexibility in the European Union, in DE BURCA G., SCOTT J. (eds.), Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?, Hart, Oxford, 2000, p. 337-358

SHAW J., European Union Legal Studies in Crisis?, Towards a New Dynamic, Oxford Journal of Legal Studies, 1996, p. 231-253

SHEPPARD A., Public Policy and the Enforcement of Arbitral awards: Should there be a Global Standard?, Transnational Dispute Management, 2004 p. 1 ss.

SICHERT M., Grenzen der Revision des Primärrechts der Europäischen Union, Duncker & Humblot, Berlin, 2005

SIMON D., Notion de juridiction. La Chambre de recours des Écoles européennes n'est pas une juridiction d'un État membre au sens de l'article 267 TFUE, Europe, 2011, p. 20

SIMON D., Le système juridique communautaire, Presses universitaires de France, Paris, 1997

SIMON D., Art. A, in CONSTANTINESCO V., KOVAR R.,

SIMON D.(eds.), *Traité sur l'Union Européenne. Commentaire article par article*, Paris Economica, Parigi, 1995

SLATER D., THOMAS S., WAELBROEK D., *Competition Law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?*, GCLC Working Paper 04/08

SLOT P.J., *Harmonisation*, *European Law Review*, 1996, p. 378-387

SNELL J., *Gauweiler: some institutional aspects*, *European Law Review*, 2015, p. 133-134

SNYDER F., *General Course on Constitutional Law of the European Union*, Academy of European Law, Badia Fiesolana, Fiesole, 1998

SPAVENTA E., *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, p. 35-56

Speech by Federal Chancellor Angela Merkel at the opening ceremony of the 61st academic year of the College of Europe in Bruges on 2 November 2010, consultabile presso <https://www.coleurope.eu/content/news/Speeches/Europakolleg%20Brugge%20Mitschrift%20englisch.pdf>.

STEIN E., *Lawyers, judges and the making of a Transnational Constitution*, *American Journal of International Law*, 1981, p. 1-27

STEINER J., *Subsidiarity Under the Maastricht Treaty*, in O'KEEFFE, TOWNEY P. (eds.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Wiley, 1994, p. 49 e ss

STEUNENBERG B., *Enlargement and Institutional Reform in the European Union: Separate or Connected Issues?*, *Constitutional Political Economy*, 2001, p. 351-370

STROZZI A., *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, *Il Diritto dell'Unione Europea*, p. 837 e ss.

STROWEL A., DE VISSCHER F., CASSIERS V., *L'Unione non può essere privata dei suoi poteri da parte degli Stati membri: il pericoloso precedente del pacchetto brevetti*, *Il diritto industriale*, 2015, p. 221-222

STUBB A., *A Categorization of Differentiated Integration*, *Journal of Common Market Studies*, June 1996, p. 283-295

- SZUDOCZKY R., UK v Council. Authorisation of enhanced cooperation in the area of FTT. Action for annulment dismissed. Court of Justice, Highlights & Insights on European Taxation, 2014, p. 23-24
- TAMBOU O., Le brevet européen à effet unitaire: un brevet tant attendu, Europe, 2013, p. 7-13
- TESAURO G., Diritto dell'Unione europea, CEDAM, Padova, 2012
- TESAURO G., The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation Between the Court of Justice and National Courts, in Yearbook European Law, 1993, p. 1 ss
- THEBEN A., Unitary Patent Protection under Enhanced Cooperation: Is an EU patent feasible in the future?, Master Thesis University of Twente, 2014, consultabile presso: http://essay.utwente.nl/64408/1/Theben_MA_Faculty%20of%20Management%20and%20Governance.pdf, p. 45-46
- THYM D., WENDEL M., Préserver le respect du droit dans la crise; la Cour de justice, le MES et le mythe du déclin de la Communauté de droit (arrêt Pringle), Cahiers de droit européen, 2012, p. 733-757
- THYM D., The Evolution of Supranational Differentiation, WHI Paper 3/2009
- THYM D., Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht, Nomos, Baden Baden 2004, p. 305-8
- TIETJE C., Die Meistbegünstigungsverpflichtung im Gemeinschaftsrecht, Europarecht, 1995, p. 398 ss
- TILAKAPALA V., POWELL A., The UK's premature legal challenge on the EU FTT, Tax Journal, 2014, p. 11-12
- TILMANN W., The UPC Agreement and the Unitary Patent Regulation – construction and application, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, p. 545-558
- TILMANN W., PLASSMAN C., Unified Patent Protection in Europe: A Commentary, Oxford University Press, 2016
- TILMANN W., Spain's Action against the EU Patent Package: Arguments and Counter-Arguments in Case C-146/13, European Intellectual Property Review, 2014, p. 4-8
- TILMANN W., The Compromise on the Uniform Protection of EU

Patents, *Journal of Intellectual Law and Practice*, 2013, p. 78 ss.

TILMANN M., *Community Patent and European Patent Litigation*, *European Intellectual Property Review*, 2005, p. 65-67

TIMMERMANS C., *ECJ Doctrines on Competences*, in AZULAI L. (eds.), *The Question of Competence in The European Union*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, Oxford, 2014, p. 155-167

TINDEMANS L., "Report on European Union", reproduced in *EC Bulletin*, Suppl. 1/1976

TITI C., *The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead*, January 5, 2016, consultabile presso SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2711943>f

TIZZANO A., *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: la Corte di giustizia dell'UE, Il Diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 811-849

TIZZANO A., *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali. Relazione presentata al seminario di studi tenuto presso la Corte costituzionale 'Diritto comunitario e diritto interno'*, Roma, 20 aprile 2007, *Il Diritto dell'Unione europea*, 2007, p. 734-744

TIZZANO A., *La protection des droits fondamentaux en Europe: la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales*, *Revue du Droit de l'Unione Européenne*, 2006, p. 9- 21

TIZZANO A., *Commento all'art. 293 TCE*, in TIZZANO A., *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1309-1310

TIZZANO A., *La Tutela dei Privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, *Foro Italiano*, 1995, p. 13-32

TIZZANO A., *The Powers of the Community*, in *Commission of the European Communities (ed.), Thirty years of Community Law*, Office of Official Publications of the EC, 1981, p. 43 ss.

TOMKIN J., *Contradiction, circumvention and conceptual gymnastics: The impact of the adoption of the ESM Treaty on the state of European democracy*, *German Law Journal*, 2013, p. 169-190

TOTH A., *Is Subsidiarity Justiciable?*, 1994, *European Law Review*, p. 268 ss

TOULEMON R., Kerneuropa- Deutsch-französische Aktionsgemeinschaft in Sicht?, *Integration*, 1995, p. 61-68

TRIEPEL H., *Diritto internazionale e diritto interno. Traduzione italiana con note a cura del Prof. G.C. Buzzatti*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1912

TRONCOSO S., A European Union Patents: A Mission Impossible? An Assessment of the Historical and Current Approaches, *Marquette Intellectual Property Law Review*, 2013, p. 257-259

TSCHÄPE P., *Die Übergangsbestimmungen zur Arbeitnehmersfreizügigkeit und zum Grundstücksverkehr in Rahmen der Osterweiterung*, Nomos, Baden-Baden, 2004

TUGENDHAT C., How to get Europe moving again, *International Affairs*, 1985

TUYTSCHAEVER F., *Differentiation in European Union Law*, Hart, Oxford, 1999

ULLRICH H., The European Patent and Its Courts: An Uncertain Prospect and an Unfinished Agenda, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2015, p. 1-9

ULLRICH H., Le futur système de protection des inventions par brevets dans l'Union européenne: un exemple d'intégration (re-) poussée?, *Max Planck Institute for Innovation and Competition Discussion Paper No. 2/2014*

ULLRICH H., *Harmonizing Patent Law: the Untameable Union Patent*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 03/2012

ULLRICH H., *Select from Within the System: The European Patent with Unitary Effect*, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 12-11

VAN AAKEN A., Fragmentation of international law: The case of International investment protection, *Finnish Yearbook of International Law*, 2008, p. 91-130

VAN ELSUWEGE P., The duty of sincere cooperation (Art. 4 (3) TEU) and its implications for the national interest of EU Member States in the field of external relations, *relazione presentata alla UACES 45th Annual Conference, Bilbao 7-9 settembre 2015*, consultabile presso: <http://www.uaces.org/events/conferences/bilbao/papers/abstract>.

php?paper_id=364#.WHcmSVPhDIV.

VAN MALLEGHEM P.A. Pringle: A paradigm shift in the European Union's monetary constitution, *German Law Journal*, 2013, p. 141-168

VAN MIDDELAAR L., *The Passage to Europe. How a Continent became a Union*, Kindle Edition, 2014

VAN ROSSEM W., Interaction between EU Law and International Law in the Light of Intertanko and Kadi: The Dilemma of Norms Binding the Member States but Not the Community, *Netherlands Yearbook of International Law*, 2009, p. 183 ss

VANDAMME J., Die abgestufte Integration im Tindemans-Bericht, *Integration*, 1978, p. 83-89

VANISTENDAEL F., Letter from Europe, Winners and Losers at the European Court of Justice, *Tax Notes International*, 2014, p.1033-1037

VENETSANOPOULOS D., Trillion-Dollar Question: Can Greece Be Saved, *The ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2012-2013, p. 69-90

VIGNE D., *Construction européenne et différenciation: la flexibilité*, in *Amicorum Liber Hector Gros Espiel Personne humaine et droit international*, Bruylant, Bruxelles, 1997

VIOLA F., Stato vincoli di natura, *Relazione al XIX Congresso della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*, Trento, 29-30 settembre 1994, consultabile presso http://www1.unipa.it/viola/Stato_vincoli_natura.pdf

VITERBO A., CISOTTA R., La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal Compact, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 323-366;

VITERBO A., CISOTTA R., La crisi della Grecia, l'attacco speculativo all'euro e le risposte dell'Unione Europea, *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 961- 994

VOERMANS V. J. M., Constitutional Reserves and Covert Constitutions, *Indian Journal of Constitutional Law*, p. 84-104

VON BOGDANDY A., BAST J. (eds.), *Principles of EU Constitutional Law*, Hart, 2010

VON BOGDANDY A., BAST J., The Federal Order of Competences, in VON BOGDANDY A., BAST J. (eds.), Principles of EU Constitutional Law, Hart, 2010, p. 275- 309

VON BOGDANDY A., Founding Principles, in VON BOGDANDY A., BAST J., Principles of EU Constitutional Law, Hart, 2010, p. 11-54

VON PAPP K., Clash of “Autonomous Legal Orders”: Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide Between Investment Tribunals and the ECJ? A Plea for Direct Referral from Investment Tribunals to the ECJ, *Common Market Law Review*, 2013, p. 1039–1082

VON WEIZSÄCKER R., DEHAENE J.-L., SIMON D., The Institutional Implications of Enlargement, Report to the European Commission, 18 Ottobre 1999, available at <http://www.esi2.us.es/~mbilbao/pdf/repigc99.pdf>

WADLOW C., Strasburg, the Forgotten Patent Convention, and the Origins of the European Patents Jurisdiction, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2010, p. 123-148

WALKER N., The Place of European Law, *Europa Working Papers*, 2010/01, University of Edinburgh School of Law, 2010

WALKER N., European Constitutionalism in the State Constitutional Tradition, *Current Legal problems*, 2006, p. 51 ss

WALKER N., Constitutionalising Enlargement. Enlarging Constitutionalism, *European Law Journal*, 2003, p. 365-385

WALKER N., Late Sovereignty in the European Union, in WALKER N. (eds.), *Sovereignty in Translation*, Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 3-32

WALKER N., Flexibility within a Metaconstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe, in DE BURCA G., SCOTT J. (eds.), *Constitutional Change in the EU*, Hart, Oxford, 2000, p. 9-29

WALKER N., Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union, *European Law Journal*, 1998, p. 355–388

WALLACE H., Flexibility: A Tool for Integration or a Restraint on Disintegration?, in NEUNREITHER K., WIENER A. (eds.), *European Integration after Amsterdam: Institutional Dynamics and Prospects for Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p.

175 e ss.

WALLACE H., WALLACE W., Flying together in a larger and more diverse European Union, Netherlands Scientific Council for Government Policy, Gravenhage W 87/1988

WATSON P., Social Policy After Maastricht, Common Market Law Review, 1992, p. 481-513

WEATHERILL S., Law and Values in the European Union, Oxford University Press, 2016

WEATHERILL S. (ed.), Cases and Materials On EU Law, Oxford University Press, Oxford, 2012

WEATHERILL S., The limits of legislative harmonisation ten years after Tobacco Advertising: how the Court's case law has become a "drafting guide", German Law Journal, 2011, p. 827-864

WEATHERILL S., If I'd Wanted You to Understand I Would Have Explained it Better: What is the Purpose of the Provisions on Closer Co-operation Introduced by the Treaty of Amsterdam?; in O'KEEFFE D., TWOMEY P. (eds.), Legal Issues of the Amsterdam Treaty, Hart, Oxford, 1999, p. 21-40

WEATHERILL S., Safeguarding the Acquis Communautaire, in HEUKELS T., BLOKKER N., BRUS M. (eds.), The European Union after Amsterdam, Europa Institute Leiden, The Hague, 1998, p. 153-178

WEATHERILL S., Beyond preemption? Shared competence and constitutional change in the European Community, in O'KEEFFE D., TWOMEY P. (eds.), Legal Issues of the Maastricht Treaty, Wiley Chancery Law, 1994, p. 13-33

WEATHERILL S., Subsidiarity, Flexibility and New Forms of Governance, in WEATHERILL S. Cases and Materials On EU Law, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 558-570

WEBER A., Schutznormen und Wirtschaftsintegration. Zur völkerrechtlichen, europarechtlichen und innestaatlichen Problematik von Schutzklauseln und ordre-public-Vorbehalten, Nomos, Baden-Baden, 1992

WEBER M., Economia e società, trad. di F. Casablanca e G. Giordano, Edizioni di Comunità, Milano, 1980

WEILER J. H. H., Revisiting Van Gend en Loos: subjectifying and

objectifying the individual, in TIZZANO A., KOKOTT J., PRECHAL A. (eds.), 50th anniversary of the judgment in Van Gend en Loos 1963-2013: conference proceedings. Luxembourg, 13 May 2013, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2013, p. 11-22

WEILER J. H. H., 60 Years since the First European Community: Reflections on Messianism, *European Journal of International Law*, 2011, p. 303-311

WEILER J. H. H., *The Constitution of Europe "Do the New Clothes have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999

WEILER J. H. H., HALTERN U. R., Constitutional or International? The Foundations of The Community Legal Order and the Question of Judicial Kompetenz.Kompetenz, in SLAUGHTER A.-M., STONE SWEET A., WEILER J.H.H. (eds.), *The European Court and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, Hart, Oxford, 1998, p. 342 ss.

WEILER J. H. H., *Ámsterdam, vuelva usted mañana*, *El País newspaper*, 2 ottobre 1997

WEILER J. H. H., Editorial: Amsterdam, Amsterdam!, *European Law Journal*, 1997, p. 309-312

WEILER J. H. H., *The Reformation of European Constitutionalism*, *Journal of Common Market Studies*, 1997, p. 97-131

WEILER J. H. H., *Europe after Maastricht: Do the new clothes have an Emperor?* Jean Monnet Working Paper, 1995

WEILER J. H. H., *The Transformation of Europe*, *The Yale Law Journal*, Symposium: International Law, 1991, p. 2403-2483

WEILER J. H. H., *Community, Member States and European Integration: Is the Law Relevant?*, *Journal of Common Market Studies*, 1982, p. 39-56

WEILER J. H. H., *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, *Yearbook of European Law*, 1981, p. 267-306

WENDEL M., *Exceeding judicial competence in the name of democracy: The German Federal Constitutional Court's OMT reference*, *European Constitutional Law Review*, 2014, p. 263–307

WESSEL W., *Flexibility, Differentiation and Closer Co-operation:*

The Amsterdam Provisions in the Light of the Treaty Report, in WESTLAKE M. (ed.), *The European Union Beyond Amsterdam: New Concepts of European Integration*, Routledge, London, 1998

WESSELS W., Die Integrationsstrategie des Tindemans-Berichts, in SCHNEIDER H., WESSELS W. (eds.), *Auf dem Weg zur Europäischen Union?*, 1977, p. 217-238

WILKINSON M., Euro Is Irreversible Or Is It: On OMT, Austerity and the Threat of Grexit, *The German Law Journal*, 2015, p. 1049-1072

WILS W. P. J., The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights, *World Competition: Law and Economics Review*, 2010, p. 5-29

WIMMER P. T., *Vers une Europe a la Carte Apres Maastricht?: Analyse des derogations a l'acquis communautaire*, Working Paper no. 6, Presses Interuniversitaires Europeennes, Brussels, 1995

WOUTERS J., The tormented relationship between international law and EU law, IN BEKKER P., DOLZER R., WAIBEL M. (eds.), *Making Transnational Law Work in the Global Economy. Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 198-221

WOUTERS J., VERHEY L., KLIVER P. (eds.), *European Constitutionalism beyond Lisbon*, Intersentia, Antwerpen, 2009

WOUTERS J., Constitutional Limits of Differentiation: the Principle of Equality, in DE WITTE B., HANF D., DE VOS E., *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Intersentia, Antwerp, 2001, p. 301-345

WOUTERS J., National Constitutions and European Union, *Legal Issues of Economic Integration*, 2000, p. 25-91

WYATT D., New Legal Order, or Old?, *European Law Review*, 1982, p. 147-166

ZAMPETTI G., Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell'obbligo ex art. 267, par. 3, Tfu e conseguenze della sua mancata osservanza (riflessioni a partire da Cons. Stato, sez. VI, n. 1244 del 5 marzo 2012 e Corte giust., C-136/12, del 18 luglio 2013), in *Osservatorio Costituzionale*, Associazione Italiana Costituzionalisti, 01/2014, consultabile presso: <http://www.osservatorioaic.it/rinvio-pregiudiziale.html>

ZAWADZKA A., The Unitary Patent Protection – A Voice in the Discussion from the Polish Perspective, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2014, p. 384-399

ZIBRAL R., Restoring tasks from the European Union to Member States: a bumpy road to an unclear destination?, *Common Market Law Review*, 2015, p. 51-84

ZIEGLER K.S., The relationship between EU law and international law, *Univeristy of Leicester School of Law Research Paper*, 2013

ZILLER J., The European Union and the Territorial Scope of European Territories, *Victoria University of Wellington Law Review*, 2007, [consultabile presso <http://www5.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2007/6.html#fn16>](http://www5.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2007/6.html#fn16)

ZILLER, J., Le traité de Prüm. Une vraie-fausse coopération renforcée dans l'Espace de sécuritéde liberté et de justice, *EUI Working Paper 2006/32*, 2006

ZILLER J., Flexibility in the Geographical Scope of EU Law: Diversity and Differentiation in the Application of Substative Law on Member States' Territories, in DE BURCA G., SCOTT J. (eds.), *Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility?*, Hart, Oxford, 2000, p. 113-131

PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI

Giurisprudenza nazionale

(a) *Giurisprudenza italiana*

Corte Costituzionale, sentenza del 5 giugno 1984, n. 170, Granital, Rivista di Diritto Internazionale, 1984, p. 360

Corte Costituzionale, sentenza del 30 ottobre 1975, n. 232, I.C.I.C., Rivista di Diritto Internazionale, 1975, p. 776

Corte Costituzionale, sentenza del 27 dicembre 1973, n. 183, Frontini, Rivista di Diritto Internazionale, 1974, p. 130

(b) *Giurisprudenza straniera*

Sentenza della UK Supreme Court, 24.1.2017, R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)

Sentenza della UK High Court of Justice - Queen's Bench Division - 3.11.2016, R (Miller) v Secretary of State for Exiting the EU

Bundesverfassungsgericht, Honeywell, 2010, 2BvR 2661/06

Bundesverfassungsgericht, Lissabon, 2009, 2BvE 2/08

Bundesverfassungsgericht, 2014, ordinanza 2 BvR 2728/13

Bundesverfassungsgericht, Maastricht, 1993, BVerfGE 89, 155

Bundesverfassungsgericht, Koppenburg, 1987, BverfGE 75, 223

Bundesverfassungsgericht, Solange II, 1986, BVerfGE 73, 339

Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, sentenza del 21 febbraio 1978, United States Steel Corp. v. Multistate Tax Commission, in 434 U.S. 452

Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, sentenza del 14 giugno 1976, New Hampshire v. Maine, in 426 U.S. 363

Bundesverfassungsgericht, Solange I, 1974, BVerfGE 37, 271

Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea

Cfr. anche Sentenza della Corte (grande sezione) del 16 novembre 2011, Bank Mellat Iran contro Consiglio dell'Unione europea, causa C-

548/09 P, in Racc. 11381

Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 15 dicembre 2015, Parlamento europeo e Commissione europea contro Consiglio dell'Unione europea, Cause riunite C-132/14 – C-136/14

Sentenza della Corte (grande sezione) del 16 giugno 2015, Peter Gauweiler e altri contro Deutscher Bundestag, causa C-62/14

Sentenza della Corte (grande sezione) del 5 maggio 2015, Regno di Spagna contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, causa C-146/13

Sentenza della Corte (grande sezione) del 5 maggio 2015, Regno di Spagna contro Consiglio dell'Unione europea, causa C-147/13

Parere della Corte in seduta plenaria del 18 dicembre 2014, Progetto di accordo internazionale - Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, parere 2/13

Parere della Corte (Grande Sezione) del 14 ottobre 2014, Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori - Adesione di Stati terzi - Regolamento (CE) n. 2201/2003, Parere 1/13

Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 30 aprile 2014, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Consiglio dell'Unione europea, Causa C-209/13

Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 13 marzo 2014, Octapharma France SAS contro Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) e Ministère des Affaires sociales et de la Santé, Causa C-512/12

Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 18 luglio 2013, Daiichi Sankyo Co. Ltd e Sanofi-Aventis Deutschland GmbH contro DEMO Anonymos Viomichaniki kai Emporiki Etairia Farmakon, Causa C-414/11

Sentenza della Corte (grande sezione) del 16 aprile 2013, Regno di Spagna e Repubblica italiana contro Consiglio dell'Unione europea, cause riunite C-274/11 e C-295/11

Sentenza della Corte in seduta plenaria del 27 novembre 2012, Thomas Pringle contro Gouvernement of Ireland, Ireland e The Attorney General, causa C-370/12

Sentenza della Corte (grande sezione) del 18 ottobre 2011, Oliver Brüstle contro Greenpeace eV, causa C-34/10, in Racc. 9821

Sentenza della Corte (Quarta Sezione) dell'8 settembre 2011, Monsanto SAS e altri contro Ministre de l'Agriculture et de la Pêche, cause riunite C-58/10 a C-68/10, in Racc. 7763

Sentenza della Corte EFTA del 12 settembre 2011, Philip Morris Norway AS v. Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet, causa E-16/10, in Rep. 330

Sentenza della Corte del 14 giugno 2011, Paul Miles e a. contro Écoles européennes, causa C-196/09, in Racc. 5105

Parere della Corte in seduta plenaria dell'8 marzo 2011, Progetto di accordo - Creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti - Tribunale dei brevetti europeo e comunitario, parere 1/09, in Racc. 1137

Sentenza della Corte (grande sezione) del 6 luglio 2010, Monsanto Technology LLC contro Cefetra BV e altri, causa C-428/08, in Racc. 6765;

Sentenza della Corte (grande sezione) del 22 giugno 2010, Aziz Melki e Sélim Abdeli, cause riunite C-188/10 e C-189/10, in Racc. 5667

Sentenza della Corte (grande sezione) dell'8 giugno 2010, The Queen, su istanza di Vodafone Ltd e altri contro Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, causa C-58/08, in Racc. 4999

Sentenza della Corte (grande sezione) del 4 maggio 2010, TNT Express Nederland BV contro AXA Versicherung AG, Causa C-533/08, in Racc. 4107

Sentenza della Corte (grande sezione) del 20 aprile 2010, Commissione europea contro Regno di Svezia, Causa C-246/07, in Racc. 3317

Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 21 gennaio 2010, Commissione europea contro Repubblica federale di Germania, causa C-546/07, in Racc. 439

Sentenza della Corte (grande sezione) del 19 gennaio 2010, Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co, causa C-555/07, in Racc. 365

Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 19 novembre 2009,

Commissione delle Comunità europee contro Repubblica di Finlandia, causa C-118/07, in Racc. 10889

Sentenza della Corte (Quarta Sezione) del 22 ottobre 2009, Irène Bogiatzi, coniugata Ventouras contro Deutscher Luftpool e altri, Causa C-301/08, in Racc. 10185

Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 15 ottobre 2009, Enviro Tech (Europe) Ltd contro Stato belga, Causa C-425/08, in Racc. 35

Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 18 giugno 2009, L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC e Laboratoire Garnier & Cie contro Bellure NV, Malaika Investments Ltd e Starion International Ltd, Causa C-487/07, in Racc. 5185

Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 marzo 2009, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica d'Austria, causa C-205/06, in Racc. 1301

Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 marzo 2009, Commissione delle Comunità europee contro Regno di Svezia, causa C-249/06, in Racc. 1335

Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 12 febbraio 2009, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica ellenica, Causa C-45/07, in Racc. 701

Sentenza della Corte (grande sezione) del 10 febbraio 2009, Irlanda contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, causa C-301/06, in Racc. 593

Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 settembre 2008, Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, in Racc. 6351

Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 giugno 2008, The Queen, su istanza di International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) e altri contro Secretary of State for Transport, causa C-308/06, in Racc. 4057

Ordinanza della Corte (Prima Sezione) del 14 maggio 2008, Jonathan Pilato contro Jean-Claude Bourgault, Causa C-109/07, in Racc. 3503

Sentenza della Corte (grande sezione) del 23 ottobre 2007, Repubblica di Polonia contro Consiglio dell'Unione europea, causa C-273/04, in Racc. 8925

Sentenza della Corte (grande sezione) del 23 ottobre 2007, *Repubblica di Polonia contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C-273/04, in Racc. 8925

Sentenza della Corte (Quarta Sezione) del 18 ottobre 2007, *Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) contro Österreichischer Rundfunk (ORF)*, Causa C-195/06, in Racc. I 8817, p. 19

Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 13 settembre 2007, *Land Oberösterreich e Repubblica d'Austria contro Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite C-439/05 P e C-454/05 P, in Racc. 7141

Sentenza della Corte (grande sezione) del 12 dicembre 2006, *Repubblica federale di Germania contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-380/03, in Racc. I-11573

Sentenza della Corte (grande sezione) del 12 dicembre 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation contro Commissioners of Inland Revenue*, causa C-374/04, in Racc. I-11673

Sentenza della Corte (grande sezione) del 19 settembre 2006, *Graham J. Wilson contro Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, Causa C 506/04, in Racc. 8613

Sentenza della Corte (grande sezione) del 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA contro Repubblica italiana*, causa C-173/03, in Racc. 5177

Parere 1/03 del 7 febbraio 2006, *Competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, Parere 1/03, in Racc. 1145

Sentenza della Corte (grande sezione) del 31 gennaio 2006, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna*, causa C-503/03, in Racc. 1097

Sentenza del Tribunale di primo grado (Seconda Sezione ampliata) del 21 settembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, causa T-315/01, in Racc. 3649

Sentenza del 14 luglio 2005, *Commissione contro Germania*, Causa and Case C-433/03, in Racc. 6985

Sentenza della Corte (grande sezione) del 12 luglio 2005, *The Queen*,

ex parte Alliance for Natural Health e Nutri-Link Ltd contro Secretary of State for Health (C-154/04) e The Queen, ex parte National Association of Health Stores e Health Food Manufacturers Ltd contro Secretary of State for Health e National Assembly for Wales (C-155/04), cause riunite C-154/04 e C-155/04, in Racc. 6451

Sentenza della Corte del 2 giugno 2005, Commissione delle Comunità Europee contro Lussemburgo, Causa C-266/03, in Racc. 4805

Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 26 maggio 2005, A. H. Kuipers contro Productschap Zuivel, Causa C-283/03, in Racc. 4255

Sentenza della Corte (grande sezione) del 14 dicembre 2004, The Queen, su richiesta di Swedish Match AB e Swedish Match UK Ltd contro Secretary of State for Health, Causa C-210/03, in Racc. 11893

Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 25 marzo 2004, Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH contro Troostwijk GmbH, Causa C-71/02, in Racc. 3025

Sentenza della Corte del 30 settembre 2003, Gerhard Köbler contro Republik Österreich, Causa C-224/01, in Racc. 10239

Sentenza della Corte del 20 marzo 2003, Regno di Danimarca contro Commissione delle Comunità europee, Causa C-3/00, in Racc. 2643

Sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 6 marzo 2003, Molkerei Wagenfeld Karl Niemann GmbH & Co. KG contro Bezirksregierung Hannover, causa C-14/01, in Racc. I-02279

Sentenza della Corte del 21 gennaio 2003, Repubblica federale di Germania contro Commissione delle Comunità europee, Causa C-512/99, in Racc. 845

Sentenza della Corte del 10 dicembre 2002, The Queen contro Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd, causa C-491/01, in Racc. 1453

Sentenza della Corte del 5 novembre 2002, Commissione delle Comunità europee contro Regno di Danimarca, Causa C-467/98, in Racc. 9519

Sentenza della Corte del 25 luglio 2002, Unión de Pequeños Agricultores contro Consiglio dell'Unione europea, causa C-50/00 P, in Racc. 6677

Sentenza del Tribunale di primo grado (Quinta Sezione) del 26

febbraio 2002, Willy Rothley e altri contro Parlamento europeo, causa T-17/00, in Racc. II-00579

Sentenza della Corte del 9 ottobre 2001, Regno dei Paesi Bassi contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, Causa C-377/98, in Racc. I-07079

Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 4 ottobre 2001, Athinaiki Zythopoiia AE contro Elliniko Dimosio, Causa C-294/99, in Racc. 6797

Sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 14 giugno 2001, Doris Salzmänn, Causa C 178/99, in Racc. 4421,

Sentenza della Corte del 5 ottobre 2000, Repubblica federale di Germania contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, causa C-376/98, in Racc. 8419

Sentenza della Corte del 1 giugno 1999, Eco Swiss China Time Ltd contro Benetton International NV, Causa C-126/97, in Racc. 3055

Sentenza della Corte (Sesta Sezione) dell'11 febbraio 1999, Antillean Rice Mills NV, European Rice Brokers AVV e Guyana Investments AVV contro Commissione delle Comunità europee, Causa C-390/95 P, in Racc. 769

Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 27 novembre 1997, Danisco Sugar AB contro Allmänna ombudet, Causa C-27/96, in Racc. 6653

Sentenza della Corte del 4 novembre 1997, Parfums Christian Dior SA e Parfums Christian Dior BV contro Evora BV, causa C-337/95, in Racc. I-06013

Sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 17 luglio 1997, The Queen contro Minister for Agriculture, Fisheries and Food, ex parte, National Farmers' Union e altri, Causa C-354/95, in Racc. 4559

Sentenza della Corte del 12 novembre 1996, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Consiglio dell'Unione europea, Causa C-84/94, in Racc. 5755

Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 12 settembre 1996, Fattoria autonoma tabacchi, Lino Bason e a. e Associazione Professionale Trasformatori Tabacchi Italiani (APTII) e a. contro Ministero dell'Agricoltura e delle Foreste, Azienda di Stato per gli interventi sul

mercato agricolo (AIMA), Consorzio Nazionale Tabacchicoltori (CNT), Unione Nazionale Tabacchicoltori (Unata) e Ditta Mario Pittari, Cause riunite C-254/94, C-255/94 e C-269/94, in Racc. 4235

Sentenza della Corte del 13 febbraio 1996, Joan Gillespie e altri contro Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board e Southern Health and Social Services Board, causa C-342/93, in Racc. I-00475

Sentenza della Corte del 9 novembre 1995, Jean-Louis Thévenon e Città di Spira - Sozialamt contro Landesversicherungsanstalt Rheinland-Pfalz, causa C-475/93, in Racc. I-3813

Sentenza del Tribunale di primo grado (Quarta Sezione ampliata) del 14 settembre 1995, Antillean Rice Mills NV e altri contro Commissione delle Comunità europee, Cause riunite T-480/93 e T-483/93, in Racc. 2305
Sentenza della Corte del 13 luglio 1995, Regno di Spagna contro Consiglio dell'Unione europea, Causa C-350/92, in Racc. 1985

Parere della Corte del 15 novembre 1994, Parere 1/94, in Racc. 5267
Sentenza della Corte del 2 marzo 1994, Parlamento europeo contro Consiglio dell'Unione europea, causa C-316/91, in Racc. 625

Sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 10 febbraio 1994, Impresa Mund & Fester contro Impresa Hatrex Internationaal Transport, causa C-398/92, in Racc. 467

Sentenza della Corte del 24 novembre 1993, Procedimenti penali contro Bernard Keck e Daniel Mithouard, cause riunite C-267/91 e C-268/91, in Racc. 6097

Sentenza della Corte del 30 giugno 1993, Parlamento europeo contro Consiglio delle Comunità europee e Commissione delle Comunità europee, cause riunite C-181/91 e C-248/91, in Racc. 3685

Sentenza della Corte del 23 marzo 1993, Beate Weber contro Parlamento europeo, causa C-314/91, in Racc. 1093

Parere della Corte del 19 marzo 1993, Convenzione n. 170 dell'Organizzazione internazionale del lavoro in materia di sicurezza durante l'impiego delle sostanze chimiche sul lavoro, Parere 2/91, in Racc. 1061

Parere della Corte del 14 dicembre 1991, Progetto di accordo tra la Comunità ed i paesi dell'Associazione europea di libero scambio relativo alla creazione dello Spazio economico europeo, parere 1/91,

in Racc. 6079

Sentenza della Corte del 12 dicembre 1990, Peter Kaefer e Andrea Procacci contro Stato francese, Cause riunite C-100/89 e C-101/89, in Racc. 4647

Ordinanza della Corte del 13 luglio 1990, J.J. Zwartveld e altri, causa C-2/88 Imm., in Racc. 3365

Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 16 maggio 1989, R. Buet e Educational Business Services (EBS) SARL contro Pubblico ministero, Causa 382/87, in Racc. 1235

Sentenza della Corte del 27 settembre 1988, Annunziata Matteucci contro Communauté française de Belgique e Commissariat général aux relations internationales de la communauté française de Belgique, causa 235/87, in Racc. 5589

Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 20 settembre 1988, Oberkreisdirektor des Kreises Borken e Vertreter des öffentlichen Interesses beim Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen contro Handelsonderneming Moormann BV, Causa 190/87, in Racc. 4689

Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 17 maggio 1988, Marcel Erpelding contro Secrétaire d'État à l'agriculture et à la viticulture, Causa 84/87, in Racc. 2647, p. 27;

Sentenza della Corte del 25 febbraio 1988, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica ellenica, cause riunite 194/85 e 241/85, in Racc. 1037

Sentenza della Corte del 4 febbraio 1988, Commissione delle Comunità europee contro Regno del Belgio, in Racc. 693

Sentenza della Corte del 23 aprile 1986, Parti écologiste "Les Verts" contro Parlamento europeo, causa 294/83, in Racc. 1339

Sentenza della Corte del 28 gennaio 1986, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese, Causa 270/83, in Racc. 273

Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 13 novembre 1984, Firma A. Racke contro Hauptzollamt Mainz, causa 283/83, in Racc. 3791

Sentenza della Corte del 13 dicembre 1983, Apple and Pear Development Council contro K.J. Lewis Ltd e altri, Causa 222/82, in Racc. 4083

Sentenza della Corte (Prima Sezione) del 28 ottobre 1982, Offene Handelsgesellschaft in Firma Werner Faust contro Commissione delle Comunità europee, causa 52/81, in Racc. 3745

Sentenza della Corte del 15 settembre 1982, Julius Kind KG contro Comunità economica europea, causa 106/81, in Racc. 2885

Sentenza della Corte del 27 settembre 1979, SpA Eridania - Zuccherifici nazionali e SpA Società italiana per l'industria degli zuccheri contro Ministro per l'agricoltura e le foreste, Ministro per l'industria, il commercio e l'artigianato e la SpA Zuccherifici meridionali, causa 230/78, in Racc. 2749

Sentenza della Corte del 10 ottobre 1978, H. Hansen jun. & O. C. Balle GmbH & Co. contro Hauptzollamt Flensburg, Causa 148/77, in Racc. 1787

Sentenza del 17 luglio 1997, SAM Schiffahrt e Stapf, C-248/95 e C-249/95, in Racc. p. I-4475
Sentenza della Corte del 13 luglio 1978, Milac GmbH, Groß- und Außenhandel contro Hauptzollamt Freiburg, causa 8/78, in Racc. 1721

Sentenza della Corte del 9 marzo 1978, Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpA Simmenthal, causa 106/77, in Racc. 629

Parere della Corte del 26 aprile 1977, Accordo relativo all'istituzione di un Fondo europeo d'immobilizzazione della navigazione interna, Parere 1/76, in Racc. 741

Sentenza della Corte del 16 dicembre 1976, Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG contro Landwirtschaftskammer für das Saarland, causa 33-76, in Racc. 1989

Sentenza della Corte del 6 ottobre 1976, Industrie Tessili Italiana Como contro Dunlop AG, causa 12-76, in Racc. 1473

Sentenza della Corte del 14 luglio 1976, Cornelis Kramer ed altri, Cause riunite 3, 4 e 6-76, in Racc. 1279

Sentenza della Corte dell'8 aprile 1976, Gabrielle Defrenne contro Société anonyme belge de navigation aérienne Saben, causa 43-75, in Racc. 455

Sentenza della Corte del 18 marzo 1975, Deuka, Deutsche Kraftfutter GmbH, B. J. Stolp contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Causa 78-74, in Racc. 421

Sentenza della Corte del 10 dicembre 1974, Charmasson contro Ministre de l'économie et des finances, causa 48-74, in Racc. 1383

Sentenza della Corte del 3 dicembre 1974, Johannes Henricus Maria van Binsbergen contro Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, causa 33-74, in Racc. 1299

Sentenza della Corte del 2 luglio 1974, Holtz & Willemsen GmbH contro Consiglio e Commissione delle Comunità europee, causa 153-73, in Racc. 675

Sentenza della Corte del 21 giugno 1974, Jean Reyners contro Stato belga, causa 2-74, in Racc. 631

Sentenza della Corte del 30 aprile 1974, R. & V. Haegeman contro Stato belga, causa 181-73, in Racc. 449

Sentenza della Corte del 1° febbraio 1972, Hagen OHG contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, causa 49-71, in Racc. 23

Sentenza della Corte del 31 marzo 1971, Commissione delle Comunità europee contro Consiglio delle Comunità europee. Accordo europeo trasporti su strada, causa 22-70, in Racc. 263
Sentenza della Corte del 16 aprile 1970, La Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit, SA contro Commissione delle Comunità europee, causa 65-69, in Racc. 229

Sentenza della Corte del 13 luglio 1966, Consten et Grundig, cause riunite 56 e 58-64, in Racc. 429

Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, Flaminio Costa contro E.N.E.L, causa 6-64, in Racc. 1141

Sentenza della Corte del 14 dicembre 1962, Commissione contro Lussemburgo e Belgio, cause riunite 2 e 3-62, in Racc. 813

Sentenza della Corte del 27 febbraio 1962, Commissione della Comunità economica europea contro Repubblica italiana, causa 10-61, in Racc. 1

Sentenza della Corte del 15 luglio 1960, Repubblica italiana contro l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio, causa 20-59, in Racc. 645

