

INTRODUZIONE

Questo lavoro si colloca sulla scia di altri studi che hanno messo in relazione i temi dell'integrazione europea con la gestione delle differenze nazionali; e, certamente, già per assonanza nel titolo, almeno per certi versi si pone in astratta continuità con il lavoro di Luisa Torchia dedicato al *Governo delle differenze*.

Le ragioni per tornare su un tema così dibattuto sono di diverso tipo. La prima è data dalla fecondità dell'ordinamento europeo. La sua originalità è tale che, studiando e analizzando specifici istituti di origine europea o di origine nazionale, si scoprono continuamente connessioni inesplorate, complessità da ordinare e relazioni da approfondire. Si finisce così per ricevere stimoli continui che suscitano la curiosità di verificare se sono sostenuti da un qualche fondamento. Questo lavoro parte da alcuni studi iniziati alcuni anni fa sul principio di sussidiarietà orizzontale in ambito europeo e ha seguito poi imprevedibili percorsi fino ad arrivare alle tesi qui sostenute, neppure immaginabili quando quegli approfondimenti furono abbozzati. La seconda ragione – tornando al proliferare di studi in materia – è data dalla dinamicità dell'ordinamento europeo, dalla sua capacità di innovare e rinnovarsi in una dialettica speciale con gli ordinamenti nazionali. Tale carattere rende sempre possibile scorgere innovazioni istituzionali, regole e principi che sono il frutto sia di nuovi interventi sugli atti costitutivi degli ordinamenti sia di sviluppo di prassi e di sperimentazioni che nel tempo assumono significati diversi. La terza ragione, infine, consiste nella convinzione che esistano ancora – specie nella dialettica integrazione/differenza – delle prospettive non sufficientemente indagate, in grado di svelare nuove relazioni di rilievo giuridico tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali.

La prospettiva scelta è quella di verificare – sul piano dei principi e, soprattutto, delle regole – la possibilità di governare l'esigenza dell'integrazione con l'esistenza delle differenze nazionali, puntando non tanto alla riduzione o alla neutralizzazione di queste ultime, ma alla loro enfattizzazione. In altri termini si vuole capire se l'integrazione può perfino essere il prodotto di scelte, principi e regole che valorizzano le differenziazioni nazionali invece di contenerle, come le tradizionali tecniche di governo fanno normalmente.

Il campo di analisi scelto per questo lavoro si concentra su alcune funzioni che

trovano base di legittimazione nei trattati. Il punto di osservazione si concentra in particolare su quelle funzioni che l'ordinamento attribuisce in modo esclusivo a uno dei due livelli – quello europeo o quello nazionale – occupandosi di studiare le condizioni in cui il loro esercizio finisce per essere condiviso tra i due livelli, pur non essendo questo astrattamente necessario. Il presupposto di indagine è dato dal fatto che una funzione di esclusiva attribuzione non dovrebbe ricevere la concorrenza di regolazione di più livelli; tuttavia, a precise condizioni, tale relazione si sviluppa quando sono in gioco interessi o *standard* difficilmente conseguibili altrimenti. Poiché questa relazione di condivisione della funzione avviene in modo inaspettato, dà luogo inevitabilmente a fenomeni di integrazione prima inesistenti o molto bassi, se la funzione è allocata al livello nazionale, oppure a fenomeni di integrazione diversi da quello previsto, se la funzione è allocata a livello europeo. Dunque si realizza un processo di integrazione innovativa, la cui caratteristica essenziale consiste nel fatto che, essendo la condivisione della funzione un'opportunità e non un obbligo, la realizzazione non avviene per rinuncia – volontaria o imposta – delle differenze tra i due livelli, ma proprio in ragione di quelle. La funzione diventa dunque condivisa proprio a causa del valore positivo che si attribuisce alle differenze ordinamentali. Si tratta così di ipotesi in cui l'integrazione avviene attraverso la valorizzazione delle differenze le quali vengono messe in relazione per sfruttarne le potenzialità.

L'ordinamento europeo sperimenta queste ulteriori forme di integrazione per vari motivi. Sul piano storico fattuale il ricorso a queste ulteriori forme di integrazione può essere spiegato con la necessità di procedere a una progressiva riduzione dell'asimmetria provocata dall'intensificazione dell'esercizio di alcune competenze, dal momento che, data la loro rilevanza, diviene sempre più pressante procedere a un riequilibrio dell'esercizio di altre funzioni interdipendenti. Ciò è evidente per quanto riguarda la politica economica. La realizzazione della moneta unica e la gestione europea delle politiche monetarie necessitano di un rafforzamento del baricentro europeo anche per quanto riguarda le politiche fiscali, di bilancio e sociali che sono direttamente connesse ma tradizionalmente spettanti agli stati membri. D'altro canto, il cresciuto numero dei paesi membri registrato nel nuovo secolo rende inimmaginabile una gestione totalmente centralizzata delle differenze, al punto che tecniche di governo che sappiano valorizzarle diventano estremamente necessarie per non rischiare di giungere a una sostanziale incapacità istituzionale di governarle.

Sul piano più prettamente giuridico, invece, il ricorso a queste forme innovative di integrazione si spiega con la capacità che queste hanno di conseguire obiettivi incrementali del diritto europeo. Le forme di integrazione che qui s'intendono studiare sono finalizzate al conseguimento degli interessi comuni, che sono

quegli interessi che hanno la peculiare caratteristica di essere al contempo riferibili sia al livello europeo e sia a quello nazionale. La circostanza è molto rilevante perché nelle altre tecniche di integrazione più tradizionali – l’armonizzazione o quelle fondate sulla neutralizzazione delle differenze – ciò che s’impone è la preminenza degli interessi europei su quelli nazionali in virtù soprattutto dei principi di non discriminazione e di libera circolazione di persone, beni, servizi e capitali; in quelle prese in esame in questo contesto, viceversa, si tratta di conseguire obiettivi che l’ordinamento europeo persegue congiuntamente con gli stati membri, o in ragione del fatto che in altro modo questo non sarebbe possibile, o perché il grado di utilità conseguito sarebbe superiore a quello raggiungibile con altre tecniche di integrazione. Si tratta dunque di una tecnica di governo che non si preoccupa solamente di ridurre le differenze, ma che punta a «fare la differenza» in un duplice senso: è – allo stesso tempo – complementare rispetto alle altre tecniche di governo e incrementale in termini di capacità di conseguire obiettivi comuni.

Tale esito è già insito nella considerazione che queste tecniche hanno, come proprio campo di applicazione, quelle funzioni che non sarebbero necessariamente oggetto di gestione condivisa tra i due livelli di governo. Ciò avviene sia quando la funzione è attribuita in modo esclusivo al livello nazionale sia quando è attribuita al livello europeo. Appartiene alla prima fattispecie, per esempio, il caso che concerne le politiche sociali; alla seconda quello riguardante la concorrenza. Tali funzioni, a determinate condizioni, ammettono l’intervento del livello escluso dall’esercizio per condividere la realizzazione di obiettivi comuni. Così, per le politiche sociali, si crea un ambiente di regolazione in cui gli stati membri sono indotti a condividere le proprie scelte con gli altri ordinamenti statuali e vengono orientati al conseguimento di obiettivi e *standard* definiti in sede europea per mezzo degli stessi organi comunitari. Al contrario, attraverso l’esercizio di funzioni preordinate alla tutela della concorrenza, l’UE permette agli stati membri di adottare misure normalmente non consentite purché rientrino in una cornice di compatibilità predefinite. Nel primo caso, dunque, all’UE è permesso di interferire nell’esercizio di funzioni esclusivamente attribuite agli stati membri senza tuttavia che la differenza di e tra questi ultimi sia assorbita: al massimo viene solo orientata; nel secondo, sono gli stati membri a recuperare spazi di libertà di esercizio in funzioni comunitarie entro i limiti predefiniti che abilitano alla realizzazione di obiettivi giudicati positivamente. In tutti e due i casi ciò a cui si assiste è l’aggiunta di un livello di governo nell’esercizio di una funzione che è giustificata per supportare, nel rispetto delle differenze degli ordinamenti, il raggiungimento di obiettivi europei di comune interesse.

Quello che si realizza è un collegamento tra governi e amministrazioni che assu-

me la configurazione di un vero e proprio coordinamento. Il coordinamento è in effetti la figura organizzativa che ordina interessi diversi al fine di conseguire interessi comuni ai soggetti protagonisti dell'azione coordinata. Realizza pertanto l'integrazione tra soggetti cui l'ordinamento riconosce pari dignità per la tutela di un interesse comune a tutti. Proprio la funzionalizzazione delle azioni dei due livelli alla soddisfazione dell'interesse comune origina il coordinamento, mentre nelle ipotesi classiche di integrazione non è riconoscibile un interesse comune ma solo un interesse sovranazionale che comporta una serie di adattamenti subiti da parte degli interessi nazionali. Inoltre, diversamente dalle altre forme di integrazione, il coordinamento attribuisce agli esecutivi maggiore importanza rispetto al ruolo della giurisprudenza, dal momento che presuppone una difficile opera di composizione degli interessi. Questo spiega anche perché nell'integrazione per coordinamento la Corte di giustizia svolge un ruolo meno rilevante rispetto ad altre tecniche di governo delle differenze. D'altra parte, quand'anche si ammettesse che non è estraneo neppure alla giurisprudenza il bilanciamento degli interessi, si deve riconoscere che non è auspicabile che questo delicato ruolo sia delegato agli organi giudiziari.

Emerge così il coordinamento mediante la valorizzazione delle differenze come strumento governativo di integrazione. Si tratta di una tecnica di governo condizionata dall'incapacità delle altre di assicurare un pari livello di soddisfazione degli obiettivi europei comuni. Tale carattere di residualità condizionata del coordinamento mediante differenziazione implica la definizione di un complesso sistema di valutazione per delineare con precisione gli ambiti in cui il coordinamento prevale rispetto alle altre tecniche di governo. L'esame delle fattispecie prese in esame mostra con evidenza che la valutazione costituisce un elemento essenziale per la validità e la legittimità del ricorso al coordinamento mediante differenziazione. Sia che questo avvenga attraverso il raffronto di esperienze con sistemi di *benchmarking*, sia che avvenga per verifica delle compatibilità predefinite, la valutazione costituisce il fulcro indispensabile di passaggio per il coordinamento. Nell'integrazione per coordinamento l'UE è chiamata a operare un vero e proprio bilanciamento degli obiettivi in cui la valutazione è essenziale. Sicché, l'interferenza nelle politiche sociali è giustificata dalla necessità di consolidare gli obiettivi che l'UE realizza autonomamente sulle politiche di cui è pienamente responsabile; mentre nella tutela della concorrenza l'ordinamento europeo opera una vera e propria ponderazione degli interessi raffrontando, talvolta, perfino obiettivi economici con quelli extraeconomici che entrano in gioco quando gli stati nazionali sono ammessi a intervenire nella funzione di concorrenza.

Come è nella tradizione di questa figura organizzativa, il coordinamento si ottiene secondo modalità diverse. Il metodo aperto di coordinamento, elaborato

in sede comunitaria, è fondato prevalentemente su pratiche concordate, patti e accordi che intercorrono tra stati membri, Consiglio e Commissione. Negli accordi intergovernativi sono definiti gli obiettivi e un sistema iterativo di confronto in cui vengono specificati obiettivi di breve e medio termine, strumenti di raffronto e verifica, condivisione delle informazioni e nuove linee guida per orientare le successive fasi di azione. Il coordinamento che si realizza sulla materia della concorrenza, invece, utilizza la tecnica dell'indirizzo definito dagli organi comunitari in termini di autolimitazione del proprio potere inibitorio nei confronti degli stati membri. Attraverso l'autolimitazione del potere di inibizione, dunque, gli organi comunitari definiscono gli ambiti entro cui è concesso agli stati membri di intervenire nella convinzione che l'alterazione delle regole ordinarie di concorrenza sia compatibile con il conseguimento di finalità che l'ordinamento europeo tutela. In questo modo, si è in presenza di ipotesi di coordinamento che hanno origine da una condizione paritaria espressa sottoforma di accordi, ma anche di ipotesi in cui il coordinamento è espresso in termini di indirizzo unilaterale, presupponendo una relazione tra i soggetti non equiordinata.

Il coordinamento mediante differenziazione incide anche sui rapporti amministrativi dei due livelli. Infatti, tutti i modelli elaborati, in particolare dalla dottrina, alternativi a quello che a lungo è sembrato l'unico modello amministrativo predisposto dall'UE, ovvero quello dell'amministrazione indiretta, sono fondati su una ricerca di connessione tra il livello europeo e quello nazionale preordinati alla collaborazione. Ciascuno, per il proprio ambito di competenza, agisce in modo coordinato per il conseguimento di interessi comuni. Gli studi effettuati dimostrano che le amministrazioni, in fase di esecuzione del diritto europeo, sono predisposte per dare coerente applicazione alle regole stabilite in sede europea. In questo modo, a livello amministrativo, sembrerebbe rintracciarsi questo connubio tra il rafforzamento dell'integrazione e la valorizzazione delle differenze nazionali rappresentate dalla pluralità degli uffici, dalla preservazione degli ambiti d'azione delle pubbliche amministrazioni e dalla presenza di procedimenti nazionali che si affiancano a quelli europei. Tutto ciò risulta ancora più evidente se si considerano in particolare i modelli di coamministrazione o quelli dell'integrazione decentrata in cui le amministrazioni nazionali entrano in collegamento con i livelli europei senza venir meno al rispetto delle regole e dei principi nazionali, con l'obbligo tuttavia di perseguire gli obiettivi definiti dal livello comunitario e scambiare informazioni con le altre amministrazioni.

Sembrerebbe così che la connessione tra integrazione e valorizzazione delle differenze venga realizzata proprio sul lato amministrativo in sede di esecuzione del diritto europeo, in ossequio anche al principio di leale collaborazione. Tale fenomeno, però, presenta anche peculiarità nel coordinamento mediante differenzia-

zione che danno vita a forme originali di integrazione amministrativa. Sicché il fenomeno amministrativo è interessante ma rivela anche una complessità degli esiti che difficilmente si prestano a un'interpretazione univoca. La stessa esecuzione amministrativa pare divenire oggetto di coordinamento amministrativo.

Il coordinamento realizzato sulla funzione di concorrenza presenta, peraltro, ulteriori specifiche peculiarità. La prima di queste è che – stabilendo una possibile contrazione delle ordinarie regole di concorrenza – il coordinamento prospetta forme di regolazione economica fondate sulla cooperazione tra autorità pubbliche e imprese. Questa apertura non è tale da sovvertire il ruolo di preminenza della concorrenza ma – nella misura in cui questa non sia in grado di conseguire gli obiettivi europei – forme di cooperazione e sostegno delle imprese private sono consentite in ambito europeo. Tali sostegni non devono contrastare comunque il principio di non discriminazione e trasparenza, i quali sono applicati soprattutto per avversare privilegi pregiudiziali alle imprese in base alla nazionalità. L'altra peculiarità che si realizza nel coordinamento nel campo della concorrenza attiene all'impatto che produce. Diversamente dal coordinamento che si produce su funzioni allocate essenzialmente agli stati nazionali, quello originato sulla funzione di concorrenza determina effetti diretti anche su soggetti privati, i quali, pertanto, diventano uno strumento indiretto per garantire la sua effettività. Si sviluppano così relazioni in cui si strutturano posizioni differenziate tra le imprese: talune interessate al rispetto dell'applicazione degli indirizzi definiti per coordinamento, altre in contrapposizione reclamanti l'applicazione delle regole ordinarie di concorrenza. Quest'ultima condizione produce un effetto rilevante di antinomia tra regole definite direttamente dal livello europeo invece che tra regole europee e regole nazionali come avviene in altre tecniche di governo.

Gli approfondimenti delle implicazioni derivanti dal coordinamento mediante differenziazione come tecnica di governo per l'integrazione europea danno forma a un sistema di governo che qui si definisce "per differenza". Tale espressione sta ad indicare che, da un lato, questa tecnica può essere utilizzata solo ove le altre non sono parimenti utili e, dall'altra, impiega le differenze disciplinari e le scelte amministrative per realizzare obiettivi di interesse comune. Si potrebbe sostenere in sintesi che il coordinamento che emerge da questo studio utilizza le differenze per "fare la differenza" in termini di capacità di conseguire approfonditi gradi di qualità degli obiettivi europei.

Di seguito, dunque, il libro si divide in tre parti. La prima ripercorre in modo sintetico le classiche forme di regolazione del rapporto tra unità e differenza che la dottrina oramai conosce ampiamente per mettere in evidenza in particolare la distinzione con il coordinamento mediante differenziazione. Si specifica meglio, inoltre, il campo d'indagine anche per distinguerlo da quello che specie la dottri-

na straniera considera come esempi di valorizzazione delle differenze entro cui riconduce istituti che sono tuttavia estranei all'oggetto di questo studio.

La seconda parte, suddivisa in tre ulteriori capitoli, analizza i casi di studio che sono alla base delle tesi sostenute. Nel primo di questi tre capitoli si analizza la tecnica del metodo aperto di coordinamento lanciata in modo enfatico nel Consiglio di Lisbona del 2000 e poi ripresa, con alcuni accorgimenti e correzioni, nel 2010 con la strategia Europa 2020. Rispetto a queste forme di coordinamento si mostrerà il loro funzionamento, le relazioni tra stati membri e UE e il valore in termini di effettività.

Gli altri due capitoli sono dedicati alla funzione di concorrenza su cui s'innesta la tecnica di coordinamento. Il primo di questi è dedicato agli aiuti di stato, dove si prende in considerazione la loro evoluzione, la loro varietà e i più recenti sviluppi collegati in particolar modo alla crisi finanziaria e ai servizi di interesse generale, mettendo in evidenza il carattere di coordinamento che essi producono. È interessante osservare che proprio la disciplina degli aiuti di stato presenta compiutamente i tratti essenziali del coordinamento mediante differenziazione comprensivi degli strumenti necessari affinché si realizzi il «governo per differenza». L'altro capitolo è invece dedicato ai mercati pubblici, ovvero a quelle situazioni in cui le pubbliche amministrazioni si rivolgono a soggetti terzi per l'acquisto di beni e di servizi. Nei mercati pubblici sono comprese sia le soluzioni di coordinamento che si verificano nei casi della disciplina degli appalti sia quelle che si realizzano nei partenariati pubblico-privati. Le prime si registrano in quelle aperture consentite dall'ordinamento europeo per inserire criteri da parte degli stati membri volti a salvaguardare obiettivi di natura extraeconomica nei procedimenti standardizzati di acquisto, come possono essere quelli etici, sociali o ambientali. Le seconde, viceversa, presentano caratteristiche diverse dovute alla circostanza che i partenariati pubblico-privati per natura sono differenti dalle procedure di appalto, in ragione del loro campo di applicazione, e di una relazione maggiormente contigua e continua tra autorità pubbliche e operatori privati. Sebbene ciò dovrebbe favorire la realizzazione di modelli di coordinamento, qui si realizzano le maggiori incertezze nell'ordinamento comunitario poiché tale propensione per gli strumenti di coordinamento confligge con la preoccupazione di limitare in modo eccessivo la concorrenza e il libero scambio tra i paesi membri.

L'ultimo capitolo, infine, trarrà alcune conclusioni con riguardo al coordinamento mediante differenziazione e al "governo per differenza". Nella prima parte si analizzeranno soprattutto i profili del coordinamento così come emergono dai casi studiati tentando di ricavare alcune categorie differenziate di tecniche di coordinamento. In particolare, saranno messi in evidenza le diverse varianti di coordinamento e le implicazioni istituzionali che essi determinano. Sarà posto in

luce il valore del “governo per differenza” che il coordinamento mediante differenziazione esprime, evidenziando i profili di distinzione dalle altre tecniche di integrazione e la giustificazione della sua tutela da parte dell’UE. Nella seconda parte, invece, l’analisi sarà dedicata ai modelli amministrativi di integrazione che il coordinamento determina. L’ultima parte, infine, valuterà i riflessi che queste tecniche di governo producono sulla regolazione dei rapporti economici, mostrando come relazioni di cooperazione economica tra autorità pubbliche e imprese, a specifiche condizioni, possono essere supportate dall’UE. Diviene così interessante verificare anche il rapporto tra queste relazioni economiche basate sulla cooperazione e quelle fondate sulla concorrenza, il che dà luogo a risultati molto variegati.

Per alcuni versi il coordinamento mediante differenziazione costituisce una forma di integrazione che in potenza riflette perfettamente la stessa origine dell’UE: realizzare la connessione con un nuovo livello di governo cui gli stati nazionali cedono quota della loro sovranità per realizzare obiettivi che i singoli stati da soli non riescono a garantire. Il “governo per differenza” mostra una medesima esigenza rovesciando però la relazione tra i livelli di governo: in questo caso è il livello europeo che si avvale delle differenze nazionali per conseguire obiettivi altrimenti non possibili. È un rovesciamento dei fattori che simboleggia con evidenza quanto è oramai profonda la relazione che lega gli ordinamenti nazionali a quello dell’UE.