



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

Rivista giuridica di classe A

2025, n. 1

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTRICE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet 2017-2020 (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

CONSIGLIO SCIENTIFICO

Giandonato Caggiano, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Professore Emerito, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania - già Componente ANAC
Guido Raimondi, già Presidente della Corte EDU - già Presidente di Sezione della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Professore Emerito, Università di Firenze - Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesaurò, Professore f.r. di Diritto dell'UE, Università di Napoli "Federico II" - Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Professore Emerito, Università di Roma "La Sapienza" - Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bergamo
Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Catedrático Jubilado de Derecho Internacional Privado, Universidad Carlos III de Madrid
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania - Giudice dell'ITLOS
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Lina Panella, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Messina
Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'UE, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Giudice della Corte di giustizia dell'UE



COMITATO DEI REFEREEES

Bruno Barel, Associato f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Francesco Buonomenna, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Raffaele Cadin, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Federico Casolari, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Bari
Giuseppe D'Angelo, Ordinario di Diritto ecclesiastico e canonico, Università di Salerno
Sara De Vido, Ordinario di Diritto Internazionale, Università Ca' Foscari Venezia
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universitat de València
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Ana C. Gallego Hernández, Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla
Pietro Gargiulo, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Teramo
Francesca Graziani, Associato di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Victor Luis Gutiérrez Castillo, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Jaén
Ivan Ingravallo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Ricercatore di Diritto dell'UE, Università dell'Insubria
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Michele Messina, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Stefano Montaldo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Claudia Morviducci, Professore Senior di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Michele Nino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Criseide Novi, Associato di Diritto Internazionale, Università di Foggia
Anna Oriolo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Leonardo Pasquali, Ordinario di Diritto internazionale, Università di Pisa
Piero Pennetta, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Francesca Perrini, Associato di Diritto Internazionale, Università di Messina
Gisella Pignataro, Associato di Diritto privato comparato, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Anna Pitrone, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Concetta Maria Pontecorvo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Santiago Ripol Carulla, Catedrático de Derecho internacional público, Universitat Pompeu Fabra Barcelona
Angela Maria Romito, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bari
Gianpaolo Maria Ruotolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Foggia
Teresa Russo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidad do Minho
Ángel Tinoco Pastrana, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla
Sara Tonolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Padova
Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Valentina Zambrano, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Alessandra Zanobetti, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Angela Festa, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Anna Iermano, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Daniela Marrani, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Rossana Palladino (Coordinatore), Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione linguistica degli abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista quadrimestrale on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies" www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli

CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario **2025, n. 1**

Editoriale

Le transizioni dell'Occidente europeo: dalla *traslatio imperii* alla pace di Westphalia e oltre
Massimo Panebianco p. 1

Saggi e Articoli

Possibili sviluppi in tema di contrasto alle mutilazioni genitali femminili: la recente direttiva UE 2024/1385 e gli obblighi per il legislatore italiano
Silvia Angioi, Annachiara Rotondo p. 10

Il nuovo Regolamento (UE) 2024/3015 tra i più recenti strumenti della comunità internazionale contro il lavoro forzato: vecchie soluzioni per vecchi schemi
Silvia Cantoni p. 45

La mano invisibile dell'intelligenza artificiale e il principio di trasparenza nei rapporti B2C: la tutela del consumatore nel mercato unico digitale
Francesco Deana p. 66

Does the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive protect indigenous peoples' right to food? Assessment and future prospects
Anna Facchinetti p. 86

Cross border private enforcement of EU competition law: in quest of localisation
Silvia Marino p. 111

I valori dell'Unione europea e la loro tutela giurisdizionale
Criseide Novi p. 136

Alcune considerazioni in merito alla base giuridica della nuova direttiva sui lavori resi tramite piattaforme digitali
Alfredo Rizzo p. 189

Commenti e Note

Verein Klimaseniorinnen and others v. Switzerland between human rights protection and human rights justification
Nicolò Paolo Alessi p. 210



- La libertà di stampa e il contenuto dell'ordine pubblico quale limite alla circolazione delle sentenze nello spazio giudiziario europeo p. 237
Roberto Dante Cogliandro
- Contrasto alla povertà e cooperazione internazionale nell'area euro-mediterranea p. 255
Giuseppe Emanuele Corsaro
- Illeciti commessi dall'intelligenza artificiale: aspetti di giurisdizione e legge applicabile nel quadro normativo dell'Unione europea p. 281
Curzio Fossati
- L'integrazione differenziata nello spazio Schengen: profili "costituzionali" di legittimità democratica p. 304
Maria Patrin



L'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA NELLO SPAZIO SCHENGEN: PROFILI “COSTITUZIONALI” DI LEGITTIMITÀ DEMOCRATICA

Maria Patrin *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'integrazione differenziata nell'ordinamento giuridico dell'Unione. – 3. Profili “costituzionali” di legittimità democratica nell'integrazione differenziata. – 4. L'integrazione differenziata nell'area Schengen: un esempio di differenziazione mista. – 5. Integrazione differenziata interna: il caso di Irlanda e Danimarca. – 6. Integrazione differenziata esterna: il caso di Norvegia e Svizzera. – 7. L'impatto dei regimi di integrazione differenziata sulla legittimità democratica. – 8. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione

A fronte delle prospettive di allargamento dell'Unione europea (UE), riavviate dalla crisi ucraina e dalla possibile futura adesione di numerosi paesi dell'area balcanica, occorre riflettere nuovamente sul concetto di appartenenza all'Unione e sulle possibili traiettorie di integrazione differenziata che potrebbero prefigurarsi in un'Unione sempre più ampia ed eterogenea. L'integrazione differenziata viene definita come una situazione in cui “l'estensione territoriale della membership dell'Unione europea e la validità delle norme dell'Unione sono incongruenti”¹, ovvero l'applicazione geografica delle norme giuridiche non coincide con l'appartenenza all'Unione. Nell'integrazione differenziata interna, almeno uno Stato membro è escluso dalle norme o dalle politiche dell'Unione². Al contrario, l'integrazione differenziata esterna si verifica quando Stati non membri dell'UE partecipano alle norme e alle politiche dell'Unione³.

Double-blind peer reviewed article.

* Marie Curie Fellow, Jacques Delors Centre, Hertie School. Indirizzo e-mail: m.patrin@delorscentre.eu. Finanziato dall'Unione europea (Marie Skłodowska-Curie – Project 101152144 – REXPO).

¹ K. HOLZINGER, F. SCHIMMELFENNIG, *Differentiated Integration in the European Union: Many Concepts, Sparse Theory, Few Data*, in *Journal of European Public Policy*, 2012, n. 19, p. 292. Traduzione dell'autore.

² Per studi recenti sull'integrazione differenziata interna si vedano i risultati del progetto Horizon 2020 Integrating Diversity in the European Union, consultabili al seguente link: <https://indiveu.eui.eu/publications/>.

³ Per studi recenti sull'integrazione differenziata esterna si veda la *special issue* a cura di S. TELLE, P. CHIOCCHIETTI, B. LAFFAN, *External differentiated integration: between stability and change*, in *West European Politics*, 2025.

L'integrazione differenziata può consentire un approfondimento dell'integrazione anche laddove non tutti gli Stati membri sono d'accordo, ed è perciò considerata da molti in dottrina una via promettente per il futuro dell'UE⁴. Tuttavia, la partecipazione di solo alcuni Stati membri, congiunta con la partecipazione di Stati terzi, ad un processo uniforme di integrazione europea solleva una serie di interrogativi riguardo alla legittimità democratica di questo tipo di integrazione. In che misura i regimi di differenziazione garantiscono l'eguaglianza tra gli Stati membri, e quindi tra i cittadini europei? Seguono essi gli stessi canali di *accountability* dell'integrazione uniforme o ne prevedono altri che siano altrettanto efficaci? Quali problemi pone l'integrazione differenziata esterna rispetto a quella interna? Queste sono solo alcune delle criticità che emergono in relazione all'integrazione differenziata nell'ordinamento giuridico dell'Unione. La decisione di intraprendere un percorso di integrazione differenziata – e il tipo di differenziazione scelto – ha d'altronde un impatto significativo sui fondamenti democratici dell'Unione e sui suoi profili “costituzionali”. Ed infatti, l'integrazione differenziata è stata al centro del lavoro di numerosi studiosi, i quali talvolta ne hanno sottolineato i rischi, talvolta le opportunità per la legittimità democratica dell'Unione⁵. Al cuore di questo dibattito si pone la questione fondamentale del rapporto tra i Paesi partecipanti e quelli non partecipanti. In questo senso, le questioni relative alla legittimità democratica dell'integrazione differenziata sono spesso inquadrare in termini di “congruenza”, vale a dire la corrispondenza tra coloro che fanno le leggi e coloro che ad esse sottostanno. L'integrazione differenziata è, invece, spesso una fonte di incongruenza, che “si verifica quando i cittadini sono influenzati da decisioni che sfuggono al loro controllo e per le quali non possono chiamare i decisori a rendere conto”⁶. L'incongruenza si manifesta sia nell'integrazione differenziata interna, in relazione ai diritti degli Stati

⁴ Si veda, tra gli altri, B. DE WITTE, *An Undivided Union? Differentiated Integration in Post-Brexit Times* in *Common Market Law Review*, 2018, n. 55, p. 248; B. F. SCHIMMELFENNIG, D. LEUFFEN, B. RITTBERGER, *The European Union as a system of differentiated integration: interdependence, politicization and differentiation*, in *Journal of European Public Policy*, 2015, n. 22(6), pp. 764-782.

⁵ La letteratura sull'integrazione differenziata è davvero ampia e spazia trasversalmente tra diverse discipline. Per una ricognizione esaustiva sulla dottrina esistente si veda: S. TELLE, P. CHIOCCHIETTI, B. LAFFAN, *External differentiated integration*, cit. Alcuni dei maggiori contributi nel campo comprendono: B. DE WITTE, *The law as tool and constraint of differentiated integration*, EUI Working Paper 2019/47; A. MIGLIO, *Integrazione differenziata e principi strutturali dell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2020; R. BÖTTNER, *The Constitutional Framework for Enhanced Cooperation in EU Law*, Leiden, 2021; D. THYM, *Supranational Differentiation and Enhanced Cooperation*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford principles of European Union law*, 2018, vol. 1, p. 879; B. DE WITTE, A. OTT, E. VOS (eds.), *Between Flexibility and Disintegration: The Trajectory of Differentiation in EU Law*, Northampton, 2017; E. PISTOIA, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione Europea*, Bari, 2018; D. FROMAGE (ed.), *Redefining EU membership: differentiation in and outside the European Union*, Oxford, 2024; ma anche da menzionare nel settore delle scienze politiche: F. SCHIMMELFENNIG, T. WINZEN, *Ever Looser Union? Differentiated European Integration*, Oxford, 2020; D. LEUFFEN, B. RITTBERGER, F. SCHIMMELFENNIG, *Differentiated Integration: Explaining Variation in the European Union*, Basingstoke, 2012; C.M. SIELMANN, *Governing Difference. Internal and External Differentiation in European Union Law*, Baden-Baden, 2020; J.E. FOSSUM, *Democracy and Differentiation in Europe*, in *Journal of European Public Policy*, 2015, n. 22(6), pp. 799-815; R. BELLAMY, S. KRÖGER, *Differentiated Integration as a Fair Scheme of Cooperation*, EUI-RSC Working Paper 2019/27.

⁶ J.E. FOSSUM, *Democracy and Differentiation in Europe*, cit., p. 801. Traduzione dell'autore.

membri non partecipanti, sia nell'integrazione differenziata esterna, in relazione ai diritti dei Paesi terzi partecipanti. I primi subiscono le esternalità di politiche a cui non desiderano prendere parte, mentre i secondi sono vincolati da decisioni alle quali, nella maggior parte dei casi, non possono contribuire⁷.

Il presente contributo si pone l'obiettivo di analizzare i profili "costituzionali" di legittimità democratica nei regimi di integrazione differenziata all'interno dell'area Schengen, settore chiave dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG), caratterizzato da un'alta densità di differenziazione interna ed esterna. Schengen presenta infatti un panorama di differenziazione molto ampio ed in continua evoluzione, il quale combina esempi di differenziazione interna ed esterna, diluendo in tal modo la nozione di *membership* dell'Unione, e creando uno spazio fluido in cui convivono molteplici modelli di partecipazione⁸. Dopo aver brevemente illustrato gli strumenti di integrazione differenziata nell'Unione e i fondamenti "costituzionali" su cui l'analisi della legittimità democratica nei regimi differenziati si basa, si passerà ad esaminare come tali fondamenti operano nel contesto della differenziazione esterna e interna dell'area Schengen. L'analisi si soffermerà sui casi di Danimarca ed Irlanda per quanto riguarda l'integrazione differenziata interna, e di Norvegia e Svizzera per quella esterna.

2. L'integrazione differenziata nell'ordinamento giuridico dell'Unione

L'integrazione europea si è fondata fin dalle sue origini su un postulato di inclusione e non di esclusione, sulla prospettiva, vale a dire, di un approfondimento e allargamento progressivo delle competenze e delle frontiere comunitarie, al fine di realizzare quell'Unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa sancita all'art. 1 del TUE. L'uniformità della partecipazione costituisce, d'altronde, una delle peculiarità dell'ordinamento giuridico dell'Unione, il quale, come notoriamente affermato dalla Corte di giustizia, pur nascendo da un accordo internazionale, rappresenta un «ordinamento giuridico di nuovo genere», a favore del quale gli Stati membri hanno trasferito, in settori sempre più ampi, parte della loro sovranità⁹. L'adesione all'Unione comporta così l'attribuzione di obblighi e diritti che sono custoditi e difesi non solo dagli Stati membri ma anche dall'ordinamento dell'Unione. Poiché tutti i cittadini dell'Unione sono uguali, tutti devono (o dovrebbero) godere di tali diritti e delle relative tutele giurisdizionali. Per questo motivo la nozione di integrazione differenziata è stata a lungo

⁷ La relazione tra congruenza e incongruenza è stata approfondita in M. PATRIN, *Democratic Standards in External Differentiation: The Area of Freedom, Security and Justice*, in *West European Politics*, 2024, *advance online publication*.

⁸ D. CURTIN, M. PATRIN, *Playing Fast and Loose: Unravelling Membership in the AFSJ*, in D. FROMAGE (ed.), *(Re-)defining Membership*, cit., pp. 80-104.

⁹ Corte di giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, causa C-26/62.

considerata con sospetto, soprattutto a causa della minaccia che essa faceva gravare sull'uniformità del diritto dell'Unione e sulle future prospettive di integrazione¹⁰.

Tuttavia, proprio l'espansione delle frontiere dell'Unione e l'approfondimento della cooperazione sovranazionale hanno rivelato come l'uniformità sia un postulato poco solido in presenza di divergenze sempre maggiori circa gli obiettivi da perseguire ed il livello di integrazione auspicato. Da questo punto di vista l'integrazione europea è stata vittima di sé stessa, o meglio ha dovuto modificare i suoi stessi presupposti per evolversi ulteriormente¹¹. A dire il vero, la diversità è da sempre insita nell'ordinamento giuridico dell'Unione e ne costituisce uno dei capisaldi. Si tratta infatti di un ordinamento giuridico che necessariamente collabora con gli ordinamenti giuridici dei suoi paesi membri. Innanzitutto, l'Unione si basa sul principio di attribuzione per cui essa è competente per adottare atti giuridici vincolanti solo in alcuni settori, all'interno dei quali si produrrà un livello più o meno avanzato di uniformità, o meglio di armonizzazione. Inoltre, anche all'interno delle competenze concorrenti il diritto dell'Unione prevede un margine di flessibilità nell'applicazione del diritto, regolato dal principio della *preemption*, in base al quale gli Stati membri possono legiferare solo nelle aree che non siano già state regolamentate dall'Unione, e attraverso l'uso delle direttive, che lasciano agli Stati membri discrezionalità nella scelta delle modalità di applicazione del diritto UE.

Invero, ciò che appare problematico nell'integrazione differenziata non è tanto la diversità quale ingranaggio del sistema politico-giuridico dell'Unione, quanto più la possibilità di una non-partecipazione permanente in alcune politiche o disposizioni di diritto. Così, progressivamente, sono emerse forme di partecipazione differenziata che hanno offerto strumenti giuridici per ancorare la differenziazione all'interno del quadro giuridico dell'Unione, evitando che una pressione subitanea e troppo forte verso regimi regolatori e giuridici differenziati facesse implodere il sistema.

Di pari passo il postulato dell'inclusività ha anche agito da motore per l'avvicinamento all'ordinamento giuridico dell'Unione di Paesi terzi, i quali, pur non volendo aderire all'integrazione sovranazionale, nutrivano un interesse per alcuni aspetti della cooperazione europea, quali notoriamente l'accesso al mercato unico. L'Unione ha così utilizzato l'attrattiva del mercato interno e le sue politiche economiche neo-liberiste per associare paesi terzi ad alcuni settori e per esportare le sue norme al di là dei suoi confini¹². Tuttavia, anche in questo caso il postulato dell'integrazione uniforme ha sempre agito da linea di demarcazione, vale a dire che la partecipazione esterna alle politiche dell'Unione trovava il suo limite naturale nella non compromissione delle prerogative degli Stati membri. La differenziazione esterna si è quindi sempre sviluppata nel rispetto della coerenza ed uniformità del sistema di diritto dell'Unione come "ordinamento giuridico di nuovo genere".

¹⁰ B. DE WITTE, D. HANF, E. VOS (eds.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerpen, 2001.

¹¹ A. MIGLIO, *op. cit.*

¹² Si pensi al ben noto fenomeno del "*Brussels effect*", attraverso cui l'Unione esporta norme e valori, facendo leva sul suo potere unilaterale di regolare i mercati globali ed imponendo standards a cui chiunque volesse operare sul suo mercato interno è chiamato ad adeguarsi. A. BRADFORD, *The Brussels effect: how the European Union rules the world*, Oxford, 2020.

Le forme di integrazione differenziata interna che si sono così sviluppate nel panorama regolatorio/giuridico dell'Unione agiscono a livello di diritto primario, nella forma di speciali deroghe (*opt-out*), a livello di diritto secondario, con la cooperazione rafforzata, e a livello di diritto internazionale, attraverso accordi internazionali che operano come strumenti giuridici paralleli ma collegati al diritto dell'Unione¹³. Mentre i primi due strumenti sono esclusivi all'integrazione differenziata interna, il terzo si applica come strumento di differenziazione interna ed esterna. È utile allo scopo della trattazione seguente analizzarne brevemente i profili.

Le deroghe di *opt-out* si qualificano come esenzioni da alcune aree del diritto dell'Unione, negoziate dagli Stati membri in occasione delle revisioni dei Trattati e operano quindi come regimi eccezionali sanciti a livello di diritto primario. Gli esempi di *opt-out* all'interno dei Trattati sono notoriamente quelli negoziati da Danimarca e Regno Unito dall'Unione Economica e Monetaria (UEM) e quelli di Gran Bretagna, Irlanda e Danimarca dallo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia (SLSG). Il campo di applicazione di tali esenzioni e le modalità di interazione con il diritto dell'Unione sono di volta in volta contenuti in una serie di protocolli, i quali definiscono non solo i diversi regimi di cooperazione, ma anche le possibilità per gli Stati membri esenti di partecipare o meno all'adozione di atti relativi alle aree in cui esercitano il loro *opt-out*¹⁴. Gli *opt-out* possono infatti essere totali o prevedere forme di partecipazione selezionata (*opt-in*)¹⁵. Come si mostrerà più avanti in questo lavoro, gli *opt-out* creano asimmetrie e possono pertanto perturbare il principio di uguaglianza tra Stati membri, con implicazioni significative per il sistema di legittimità democratica dell'Unione.

La cooperazione rafforzata è una forma di integrazione differenziata che si applica al diritto secondario e figura all'interno dei Trattati all'art. 20 TUE e agli art. 326-334 TFUE. Essa permette ad un numero minimo di nove Stati membri di procedere all'adozione di atti legislativi nel campo delle competenze concorrenti o parallele dell'Unione. Ai sensi dell'art. 20 TUE, le cooperazioni rafforzate devono promuovere gli obiettivi dell'Unione e rafforzare il processo di integrazione; devono, cioè, venire utilizzate per avanzare il livello di integrazione e non per ridurlo. Inoltre, sono aperte a tutti gli altri Stati membri, i quali possono in ogni momento richiedere l'adesione. Essi partecipano alle riunioni del Consiglio sulle misure relative alla cooperazione rafforzata ma senza diritto di voto. Infine, la cooperazione rafforzata può essere avviata solo in ultima istanza, ovvero nel caso in cui un accordo di tutti gli Stati membri in seno al Consiglio risulti impossibile. Su queste ultime disposizioni la Corte di giustizia ha fatto

¹³ Si veda una simile categorizzazione in B. DE WITTE, *Legal Feasibility Study of the Differentiation Options*, RSC Working Paper, 2022/15.

¹⁴ Protocollo (N. 15) su talune disposizioni relative al Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord; Protocollo (N. 19) sull'*acquis* di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione Europea; Protocollo (N. 21) sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia; Protocollo (N. 22) sulla posizione della Danimarca.

¹⁵ Si veda *infra* § 5 sul regime di *opt-out/opt-in* di Gran Bretagna e Irlanda nell'area Schengen.

chiarezza nella sentenza *Spagna e Italia c. Consiglio*¹⁶. Nella causa ad oggetto, Spagna ed Italia avevano impugnato la decisione di autorizzazione del Consiglio a procedere con la cooperazione rafforzata nell'ambito della legislazione sul brevetto unitario, contestandone il regime linguistico, il quale prevedeva come lingue ufficiali solo l'inglese, il francese e il tedesco. I due paesi sostenevano altresì che la decisione del Consiglio di avviare una cooperazione rafforzata aveva come obiettivo di escluderli dal processo decisionale e così eludere il requisito dell'unanimità che si applica al regime dei brevetti ai sensi dell'art. 118, par. 3, TFUE¹⁷. La Corte ha invece affermato che la cooperazione rafforzata può venir instaurata anche laddove le competenze dell'Unione debbano essere esercitate all'unanimità e in una situazione in cui non tutti gli Stati membri sono d'accordo. "Nei limiti in cui sia conforme alle condizioni stabilite agli articoli 20 TUE nonché 326 TFUE e seguenti, [...] 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"¹⁸. La Corte ha altresì chiarito che il requisito dell'adozione in ultima istanza risulta soddisfatto qualora il Consiglio dimostri di aver cercato di trovare un compromesso unitario senza successo ed abbia esaminato con cura e imparzialità tutti gli elementi rilevanti¹⁹. Con questa sentenza la Corte ha quindi avallato l'uso della cooperazione rafforzata anche in relazione ad atti controversi che richiedano l'adozione all'unanimità, consentendone così un ricorso più sistematico, anche a scapito degli Stati membri non-partecipanti e della loro capacità di veto²⁰. In tal modo, anche la cooperazione rafforzata, nonostante rappresenti la forma di differenziazione maggiormente compatibile ed integrata all'interno del diritto dell'Unione, è suscettibile di creare asimmetrie tra gli Stati membri, impattando sul regime democratico dell'Unione²¹.

Infine, gli accordi internazionali paralleli possono dar vita a forme di integrazione differenziata interna ed esterna. Per quanto riguarda la prima, la cooperazione internazionale costituisce forse la forma più antica di integrazione differenziata. Come sarà mostrato più avanti, lo spazio Schengen nasce come accordo internazionale ed è stato solo in seguito incorporato all'interno dell'*acquis* comunitario. Forme di cooperazione internazionale tra gli Stati membri dell'Unione sono altresì comuni e nulla vieta ad alcuni Stati di contrarre accordi tra di loro in settori che non siano ricompresi all'interno del diritto dell'Unione o in ambiti nei quali alcuni Stati membri intendano stabilire una cooperazione specifica, senza però interferire con il diritto dell'Unione²². Tuttavia, tali

¹⁶ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 16 aprile 2013, *Regno di Spagna e Italia c. Consiglio*, cause riunite C-274/11 e C-295/11.

¹⁷ Corte di giustizia, cause riunite C-274/11 e C-295/11, cit., punto 29.

¹⁸ Corte di giustizia, cause riunite C-274/11 e C-295/11, cit., punto 37.

¹⁹ Corte di giustizia, cause riunite C-274/11 e C-295/11, cit., punti 53-54.

²⁰ E. PISTOIA, *Enhanced Cooperation as a Tool to...Enhance Integration? Spain and Italy v. Council*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 247.

²¹ R. BÖTTNER, *op. cit.*

²² Di questo tipo sono ad esempio il Trattato franco-tedesco di Aquisgrana del 2019 o il Trattato franco-italiano del Quirinale del 2021, i quali stabiliscono una cooperazione rafforzata bilaterale in alcuni settori chiave, quali la difesa, la cooperazione economica e sociale o la cultura. Si veda a tal proposito G. ALLEGRI,

accordi possono divenire problematici nel momento in cui si sovrappongono alle competenze dell'Unione ed agiscono quindi parallelamente al diritto comunitario²³. Questa eventualità è emersa in particolare nel caso del Trattato sul Meccanismo di Stabilità (MES) della zona euro, perché suscettibile di incidere su una delle competenze esclusive dell'Unione, vale a dire la politica monetaria. Il MES rappresenta infatti un'istituzione internazionale autonoma creata dagli Stati membri della zona euro a cui sono affidate funzioni di assistenza finanziaria. Nella ben nota pronuncia *Pringle*, la Corte ha avallato l'istituzione del MES, sostenendo che l'assistenza finanziaria non rientra all'interno della politica monetaria dell'Unione, bensì in quella economica, per la quale l'Unione ha competenze di coordinamento²⁴. Tuttavia, la Corte ha anche precisato che gli Stati membri non possono esimersi dal rispetto del diritto dell'Unione nell'esercizio delle proprie competenze in tale settore²⁵. Gli accordi paralleli devono quindi rispettare il diritto dell'Unione e non possono venir usati per sostituirsi a, o evadere, disposizioni di diritto comunitario²⁶. Gli accordi internazionali sono anche l'unico strumento giuridico di differenziazione esterna, e vengono quindi utilizzati come mezzo per associare i paesi terzi ad alcuni settori e politiche dell'Unione (si veda *infra* § 6 relativo a Schengen). Si tratta di trattati internazionali – bilaterali o multilaterali – tra l'Unione europea e paesi terzi che definiscono la partecipazione di questi ultimi alle politiche dell'Unione. Gli accordi internazionali paralleli interni ed esterni creano regimi giuridici complessi e frammentari, dove diritto comunitario ed internazionale si sovrappongono e confondono ed in cui le giurisdizioni non sono ben definite. Laddove essi operano, il sistema giuridico dell'Unione ne risente, soprattutto in termini di controllo democratico e certezza giuridica.

Come verrà illustrato in questo contributo, lo spazio Schengen presenta un panorama di differenziazione mista che mobilita tutti e tre questi strumenti in modo combinato. L'analisi di Schengen porterà quindi ad individuare in modo più dettagliato il loro impatto sulla legittimità democratica dell'Unione e del suo ordinamento giuridico. Prima, però, di esaminare i regimi di differenziazione nell'ambito di Schengen, verranno brevemente esposti i profili “costituzionali” di legittimità e responsabilità democratica all'interno dell'Unione.

A. DE PETRIS, *Il Trattato franco-tedesco di Aquisgrana: pericolo o opportunità per il futuro dell'integrazione europea?* in *federalismi.it*, 2019, n. 3, pp. 1-13.

²³ Si tratta dei cosiddetti “accordi satellite”, accordi internazionali che gravitano intorno al diritto dell'Unione e ad esso si sovrappongono. B. DE WITTE, *Legal Feasibility Study*, cit., p. 7.

²⁴ Corte di giustizia, Seduta plenaria, sentenza del 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c. Government of Ireland*, causa C-370/12, punto 57.

²⁵ *Ibid.*, punto 69.

²⁶ B. DE WITTE, *Legal Feasibility Study*, cit., p. 11.

3. Profili “costituzionali” di legittimità democratica nell’integrazione differenziata

Quella dei fondamenti democratici dell’Unione europea è certamente una delle questioni più discusse tra gli studiosi dell’Unione. Il ben noto *deficit* democratico ha sollevato un ampio dibattito che, nonostante i molti contributi in dottrina, rimane tuttora di grande attualità, soprattutto a fronte dell’emersione di movimenti e partiti euro-scettici ovunque in Europa e di una crescente contestazione della *finalité* dell’integrazione europea e dei suoi risultati²⁷. Non è possibile in questa sede ripercorrere tale dibattito in modo esaustivo²⁸; tuttavia, al fine di analizzare la legittimità democratica nei modelli di integrazione differenziata nell’area Schengen, è opportuno identificare preliminarmente quali siano i suoi tratti “costituzionali” rilevanti.

In relazione al *deficit* democratico nell’Unione, Weiler identifica i principi di *accountability* e rappresentanza democratica come “le due caratteristiche primordiali di qualsiasi democrazia funzionante” ed osserva come essi siano problematici a livello dell’Unione, dove “*even the basic condition of representative democracy that at election time the citizens can ‘throw the scoundrels out’ – that is replace the government – does not operate in Europe*”²⁹. Questa asimmetria si riflette nella doppia struttura di legittimità dell’Unione, composta dai cittadini europei, i quali sono allo stesso tempo cittadini degli Stati membri. Si riflette anche a livello “costituzionale” nel modo in cui i Trattati delineano le disposizioni atte a promuovere e salvaguardare la democrazia dell’Unione. L’articolo 2 del Trattato sull’Unione Europea (TUE) include la democrazia tra i valori fondamentali su cui si basa l’Unione. L’articolo 9 TUE consacra poi il principio di uguaglianza dei cittadini dell’UE, stabilendo che “l’Unione rispetta, in tutte le sue attività, il principio dell’uguaglianza dei cittadini, che beneficiano di uguale attenzione da parte delle sue istituzioni, organi e organismi”.

Da questo principio derivano ulteriori disposizioni che stabiliscono:

- che l’Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa (art. 10, par. 1, TUE);
- che i cittadini sono direttamente rappresentati a livello dell’Unione nel Parlamento Europeo e che i governi degli Stati membri nel Consiglio e nel Consiglio Europeo rispondono ai loro parlamenti nazionali o ai loro cittadini (art. 10, par. 2, TUE);

²⁷ J. HOPKIN, *Anti-System Politics: The Crisis of Market Liberalism in Rich Democracies*, Oxford, 2020.

²⁸ Per una panoramica del dibattito sul *deficit* democratico dell’Unione si veda, tra gli altri: G. MAJONE, *Europe’s ‘Democratic Deficit’: The Question of Standards*, in *European Law Journal*, 1998, n. 4(1), pp. 5-28; F. W. SCHARPF, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford, 1999; J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe: “Do the New Clothes Have an Emperor?” And Other Essays on European Integration*, Cambridge, 1999; A. MORAVCSIK, *In Defence of the ‘Democratic Deficit’: Reassessing Legitimacy in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 2002, n. 40(4), pp. 603-624; A. FOLLESDAL, S. HIX, *Why There is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik*, in *Journal of Common Market Studies*, 2006, n. 44(3), pp. 533-562; J. HABERMAS, *The Crisis of the European Union: A Response*, Cambridge, 2012; D. GRIMM, *The Constitution of European Democracy*. Oxford, 2017.

²⁹ J.H.H. WEILER, *In the Face of Crisis: Input Legitimacy, Output Legitimacy and the Political Messianism of European Integration*, in *Journal of European Integration*, 2012, n. 34, p. 825 e p. 829.

- che ogni cittadino deve avere la possibilità di partecipare alla vita democratica dell'Unione e che le decisioni devono essere prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini (art. 10, par. 3, TUE).

Proprio a causa del doppio canale di legittimazione, il sistema democratico dell'Unione si fonda quindi sulla rappresentanza diretta ed indiretta dei cittadini in seno alle istituzioni europee e sulla responsabilità di fronte ai parlamenti europeo e nazionali. Per questo motivo, il Parlamento ed il Consiglio sono co-legislatori: nessuna legge dell'UE può essere adottata senza una fonte di legittimità democratica derivante dagli elettori. A questa responsabilità politica si aggiunge anche un tipo di controllo di natura giuridica. L'ordinamento giurisdizionale dell'Unione è infatti anch'esso un vettore di controllo democratico ed assicura una tutela giurisdizionale effettiva ed il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati (art. 19 TUE). Infine, la responsabilità democratica dell'Unione si fonda sul valore trasversale della trasparenza. Essa permette ai cittadini di controllare i decisori politici ed è quindi un elemento essenziale al fine di garantire un processo decisionale democratico e consentire la partecipazione. La Corte di giustizia ha d'altronde ribadito a più riprese l'importanza della trasparenza per un processo legislativo democratico, dichiarando ad esempio, nella sentenza *Access Info Europe*, che “la possibilità per i cittadini di conoscere il fondamento dell'azione legislativa è condizione per l'esercizio effettivo, da parte di questi ultimi, dei loro diritti democratici”³⁰.

Rappresentanza, responsabilità di fronte ai parlamenti, trasparenza e partecipazione costituiscono così i principi cardine del sistema democratico dell'Unione e della sua legittimità democratica³¹. I regimi di differenziazione possono quindi utilmente venir esaminati sulla base della rispondenza a tali principi. Come si cercherà di mostrare in questo scritto, l'integrazione differenziata intrattiene una relazione ambivalente con questi principi democratici. Da un lato, essa rafforza il fondamento democratico dell'Unione poiché permette la coesistenza di diverse opinioni e posizioni, accogliendo preferenze e capacità divergenti degli Stati membri e dei loro cittadini. In un sistema politico culturalmente e socialmente eterogeneo come l'UE, integrare preferenze diverse è un modo per rispettare l'uguaglianza dei cittadini europei. Inoltre, l'integrazione differenziata rappresenta una soluzione pragmatica efficace per superare impasse e veti insiti nel sistema “costituzionale” dell'Unione e per avanzare nel processo di integrazione. Dall'altro lato, essa genera divisioni ed asimmetrie tra gli Stati membri e mette quindi in discussione il principio democratico fondamentale dell'autogoverno, per il quale i destinatari delle leggi devono anche poter contribuire alla loro elaborazione³². Nell'integrazione differenziata invece, gli Stati Membri non partecipanti, o gli Stati terzi

³⁰ Tribunale dell'Unione europea, sentenza del 22 marzo 2011, *Access Info Europe c. Consiglio*, causa T-233/09, par. 57.

³¹ Per una più ampia trattazione degli *standard* costituzionali di legittimità democratica si faccia riferimento a D. CURTIN, M. PATRIN, *EU Constitutional Standards of Democracy in Differentiated Integration*, EUI-RSC Working Paper, 2021/80.

³² A. FOLLESDAL, *Democratic Standards in an Asymmetric Union*, in O. CRAMME, S. BINZER HOBOLT (eds.), *Democratic politics in a European Union under stress*, Oxford, 2015, p. 210.

partecipanti, potrebbero trovarsi ad essere impattati da decisioni a cui non hanno preso parte o ad essere governati da istituzioni di cui non possono controllare il funzionamento. Inoltre, la frammentazione nell'applicazione geografica del diritto rende difficile determinare chi sia responsabile per le decisioni prese, specialmente in un sistema multilivello come quello dell'UE. A livello parlamentare, ad esempio, il doppio canale di rappresentanza dell'UE accentua le potenziali asimmetrie derivanti dalla differenziazione, poiché gli esecutivi sono responsabili di fronte ai cittadini sia a livello europeo che nazionale. Infine, la molteplicità delle forme di integrazione differenziata (*opt-out*, trattati intergovernativi) rende difficile identificare i meccanismi di *accountability*, confondendo i diversi livelli in cui essi possono situarsi.

4. L'integrazione differenziata nell'area Schengen: un esempio di differenziazione mista

Lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia è una delle aree maggiormente differenziate nel diritto dell'Unione. Essa comprende un'ampia gamma di politiche di particolare sensibilità per gli Stati membri, quali l'immigrazione, il controllo delle frontiere e la cooperazione in materia penale e di polizia. Non è quindi sorprendente che l'integrazione europea in questi settori sia stata spesso soggetta a tensioni ideologiche circa il livello di coinvolgimento e di integrazione sovranazionale auspicato. Per questo motivo, l'integrazione sovranazionale è stata spesso preceduta da regimi di cooperazione internazionale: diverse politiche sono state, cioè, avviate inizialmente tramite accordi internazionali e sono state solo successivamente incorporate all'interno dei Trattati³³. Proprio il progressivo passaggio dalla cooperazione intergovernativa all'integrazione sovranazionale è stato all'origine di numerose forme di differenziazione interna, poiché l'approfondimento dell'integrazione si è resa possibile solo al costo di concedere deroghe settoriali ad alcuni Stati membri, quali Regno Unito, Irlanda e Danimarca.

Allo stesso tempo, la cooperazione nello SLSG ha attirato un accresciuto interesse da parte di Stati terzi, quali la Norvegia, la Svizzera, l'Islanda e il Liechtenstein, che, al contrario, hanno voluto aderirvi. Pertanto, il processo di differenziazione nello SLSG ha inaugurato una pluralità di regimi che combinano differenziazione interna ed esterna³⁴. La Brexit ha ulteriormente accentuato la frammentazione del panorama di partecipazione introducendo nuove forme di differenziazione esterna: l'esclusione volontaria del Regno Unito sotto forma di *opt-out* è stata sostituita da una cooperazione al di fuori del quadro giuridico dell'UE³⁵. La continua evoluzione del processo integrativo e la sovrapposizione di diverse forme di differenziazione rendono lo SLSG un modello di studio

³³ Si pensi alle Convenzioni di Schengen, Prüm e Dublino. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law: Volume I: EU Immigration and Asylum Law*, Oxford, 2016.

³⁴ G. PAPAGIANNI, *Flexibility in Justice and Home Affairs: An Old Phenomenon Taking New Forms*, in B. DE WITTE, D. HANF, E. VOS (eds.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Anversa, 2001.

³⁵ D. CURTIN, M. PATRIN, *Playing Fast and Loose*, cit., p. 101.

particolarmente promettente per valutare i processi di responsabilità democratica nell'integrazione differenziata interna ed esterna. Esso è infatti caratterizzato da una combinazione di cooperazione sovranazionale e intergovernativa, che offre numerose opportunità di partenariato anche per Paesi terzi³⁶.

In particolare, la cooperazione all'interno dell'area Schengen combina in modo esemplare la differenziazione interna ed esterna³⁷. Inizialmente sottoscritto solo da Germania, Francia e dai paesi del Benelux, l'Accordo internazionale di Schengen del 1985 ha poi visto la progressiva adesione di tutti gli Stati membri, ad eccezione del Regno Unito, dell'Irlanda e di Cipro. L'*acquis* di Schengen, che include misure sulla soppressione dei controlli alle frontiere interne e sul controllo delle frontiere esterne, è stato integrato nel quadro giuridico dell'Unione con il Trattato di Amsterdam ed è oggi parte del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE – Protocollo n. 19). Proprio l'inclusione dell'accordo Schengen all'interno del diritto primario dell'Unione ha prodotto il moltiplicarsi di forme di esclusione volontaria dalla cooperazione sovranazionale (*opt-outs*). Il Regno Unito e l'Irlanda hanno infatti negoziato un regime di *opt-out/opt-in*, in base al quale, pur non facendo parte dell'area Schengen, potevano decidere di partecipare in modo selettivo ad alcune misure³⁸. In seguito alla Brexit, il Regno Unito ha perso questa possibilità. Infine, anche la Danimarca gode di un *opt-out* complessivo dallo SLSG, ma è vincolata all'*acquis* di Schengen in base al diritto internazionale e assume quindi uno *status* paragonabile a quello di un paese terzo. Infine, molti paesi terzi sono associati a Schengen, tra cui la Norvegia, l'Islanda, la Svizzera e il Liechtenstein.

Oltre alla varietà geografica, Schengen presenta anche una notevole sovrapposizione di strumenti giuridici di differenziazione, integrando le tre forme presentate nella sezione 2 di questo lavoro: *opt-out*, accordi internazionali, e cooperazione rafforzata. In primo luogo, come appena evidenziato, Schengen è soggetta a diversi *opt-out* di varia natura. In secondo luogo, l'*acquis* di Schengen si basa su di un accordo internazionale ancora operante per gli Stati terzi o per gli Stati membri con *opt-out* (si veda *infra* §5 il caso della Danimarca). Tale accordo di diritto internazionale si sovrappone al diritto dell'Unione ed opera in sinergia con esso. Un esempio significativo di questa sovrapposizione è da rinvenire nell'art. 8 del protocollo n 22 sulla posizione della Danimarca, il quale dispone che la Danimarca può in qualsiasi momento notificare la sua decisione di non avvalersi dell'*opt-out* da Schengen, nel qual caso: “tutto l'*acquis* di Schengen e le misure adottate per sviluppare tale *acquis*, che erano fino ad allora vincolanti per la Danimarca quali obblighi di diritto internazionale, sono vincolanti per la Danimarca in quanto diritto dell'Unione”. Infine, le modalità con cui l'accordo internazionale di Schengen è stato integrato nel diritto dell'Unione hanno previsto una cooperazione rafforzata nei settori

³⁶ *Ibid.*, p. 83.

³⁷ D. LEUFFEN, B. RITTBERGER, F. SCHIMMELFENNIG, *Differentiated Integration*, cit., p. 221.

³⁸ TFUE, Protocollo (n. 21) sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

riguardanti l'*acquis* di Schengen³⁹. Schengen opera quindi come cooperazione rafforzata per i Paesi partecipanti, *opt-out* per quelli non partecipanti ed accordo internazionale per gli stati terzi (e la Danimarca). Questo panorama di differenziazione mista si caratterizza per una frammentarietà del quadro giuridico, che pone non pochi problemi in termini di responsabilità democratica, sia per quanto riguarda la sua componente interna sia per quella esterna.

5. Integrazione differenziata interna: il caso di Irlanda e Danimarca

Con l'ingresso nell'area Schengen di Croazia (2023), Romania e Bulgaria (2024), solo la Danimarca, l'Irlanda e Cipro non aderiscono alle disposizioni dei Trattati su Schengen. Poiché l'esclusione di Cipro è principalmente motivata da questioni di politica internazionale relative alla contesa greco-turca sull'isola, l'analisi si concentrerà sui regime di differenziazione relativi alla Danimarca e all'Irlanda⁴⁰.

La Danimarca presenta un modello di differenziazione "(quasi) permanente"⁴¹. Con il Trattato di Maastricht, il governo danese ha negoziato un'ampia serie di clausole di *opt-out* dall'intero SLSCG, successivamente rafforzate con l'Accordo di Edimburgo del 1993 e ancora nel 2015, quando i danesi hanno respinto in un referendum un regime flessibile di *opt-out/opt-in* sul modello irlandese⁴². L'*opt-out* danese è quindi ancorato in una decisione democratica del popolo danese e quindi difficilmente reversibile in assenza di un altro referendum. In questo senso, la differenziazione come autoesclusione di uno Stato membro si fonda su di un forte mandato democratico dei cittadini danesi.

A livello pratico, tuttavia, la Danimarca prende parte alla cooperazione di Schengen, sebbene in un quadro misto tra diritto dell'Unione e diritto internazionale. Essa è associata a Schengen sulla base di un accordo di diritto internazionale. Il Protocollo 22 del TFUE sulla posizione della Danimarca stabilisce che il paese può scegliere se applicare o meno qualsiasi nuova misura basata sull'*acquis* di Schengen⁴³. Ciò consente la partecipazione alle sedute del Consiglio su nuove misure relative a Schengen, ma senza diritto di voto. I lavori del Consiglio procedono di norma in modo consensuale ed è stato notato come la Danimarca sia di fatto inclusa nel processo decisionale alla stregua degli altri Stati Membri⁴⁴, ed infatti ha recepito nel diritto nazionale tutte le misure UE relative a Schengen. Tuttavia, tale inclusione è in qualche modo veicolata dall'assenza del diritto

³⁹ TFUE, Protocollo n. 19, art. 1. Si veda per dettagli sulle diverse forme di cooperazione rafforzata: R. BÖTTNER, *op. cit.*, capitolo 8.

⁴⁰ Per maggiori dettagli sull'integrazione differenziata interna nello SLSCG si veda D. CURTIN, M. PATRIN, *EU Constitutional Standards of Democracy in Differentiated Integration*, cit.

⁴¹ M. MIGLIORATI, *Postfunctional Differentiation, Functional Reintegration: The Danish Case in Justice and Home Affairs*, in *Journal of European Public Policy*, 2021, p. 6.

⁴² S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, cit., Volume II: EU Criminal Law, Policing, and Civil Law, p. 44.

⁴³ TFUE, Protocollo (n. 22) sulla posizione della Danimarca.

⁴⁴ R. ADLER-NISSEN, *Opting out of the European Union. Diplomacy, Sovereignty and European Integration*, Cambridge, 2014, p. 136.

di voto, che rende la Danimarca particolarmente incline ad un approccio cooperativo, pena l'esclusione dalle procedure formali di *decision-making*. Tale prassi è però discutibile dal punto di vista della responsabilità democratica, poiché di fatto rischia di invalidare il mandato democratico dal popolo danese di esclusione dall'integrazione sovranazionale. Il divario tra norme e prassi, tra esclusione ufficiale e inclusione pratica, mina la legittimità democratica della cooperazione e riduce il significato della sovranità popolare⁴⁵. Allo stesso tempo, occorre rilevare che il controllo parlamentare sulle politiche comunitarie ha radici solide in Danimarca, dove il governo danese deve ottenere mandati negoziali dal Comitato per gli Affari Europei del Folketing danese in vista delle decisioni più importanti del Consiglio⁴⁶. Il Parlamento danese è quindi regolarmente informato ed è in grado di esercitare un controllo efficace sulle questioni relative a Schengen, nonostante l'assenza del diritto di voto in seno al Consiglio.

Diversamente dalla Danimarca, il regime di *opt-out/opt-in* dell'Irlanda (e del Regno Unito prima della Brexit) prevede una selezione *ad hoc* delle politiche dello SLSG a cui il paese desidera partecipare. Questo regime di *opt-out* presenta numerose criticità sia dal punto di vista normativo sia da quello dei profili "costituzionali" democratici, poiché consente agli Stati membri con *opt-out* di trarre beneficio dalla cooperazione, senza però doversi impegnare a rispettare gli obblighi comunitari che ne derivano. L'Irlanda gode di uno *status* privilegiato, poiché beneficia di prerogative negate agli altri Stati membri, i quali sono vincolati o non vincolati dal diritto dell'Unione senza possibilità di scelta. Nel caso di Schengen, essa partecipa alla maggior parte delle disposizioni in materia di migrazione irregolare, diritto penale e cooperazione di polizia, ma non alle misure relative ai visti, ai controlli alle frontiere o alla libertà di movimento⁴⁷. Tutti gli altri Stati membri si sono, al contrario, impegnati a implementare integralmente (o per nulla, come nel caso della Danimarca) un insieme coerente di norme e leggi che si sviluppano in un quadro giuridico omogeneo di diritti e obblighi.

Il regime di *opt-out/opt-in* mina la coerenza e l'integrità di questo quadro giuridico. La Corte di giustizia ha posto un limite alle prerogative di scelta selettiva, almeno per quanto riguarda le nuove misure basate sull'*acquis* di Schengen. Nella sentenza *Regno Unito e Irlanda del Nord c. Consiglio*, la Corte ha stabilito che il Regno Unito e l'Irlanda non potevano partecipare all'adozione di una misura basata sull'*acquis* di Schengen senza aver prima aderito all'area politica correlata⁴⁸. La Corte ha così imposto un importante limite giuridico (e uno standard democratico) alla portata della differenziazione, affermando che essa non deve minacciare l'integrità del quadro giuridico dell'Unione.

⁴⁵ M. MIGLIORATI, *Postfunctional Differentiation, Functional Reintegration*, cit., p. 11.

⁴⁶ D. ARTER, *The Folketing and Denmark's "European policy": The case of an "authorising assembly"?*, in *The Journal of Legislative Studies*, 1995, n. 1(3), pp. 110-123.

⁴⁷ Anche nelle politiche relative all'asilo, profondamente connesse alla cooperazione di Schengen, il Regno Unito e l'Irlanda hanno aderito al regolamento Dublino senza adottare la legislazione che prevede standard minimi di protezione (le cosiddette direttive di seconda fase su qualifiche, condizioni di accoglienza e procedure).

⁴⁸ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 18 dicembre 2007, *Regno Unito e Irlanda del Nord c. Consiglio*, causa C-137/05, punto 63.

Come sottolineato dall'Avvocato Generale Trstenjak nel suo parere nella stessa causa, "la cooperazione relativa ad una parte dell'acquis di Schengen richiede, in forza del principio di integrità, che lo Stato membro partecipante ad una qualche misura dell'acquis di Schengen si faccia carico dei vantaggi e degli oneri che sorgono dalla cooperazione in tale settore"⁴⁹.

6. Integrazione differenziata esterna: il caso di Norvegia e Svizzera

L'integrazione differenziata esterna in Schengen presenta un quadro altrettanto frammentario. Tutti i paesi dell'Associazione europea di libero scambio (AELS- EFTA) hanno stipulato accordi di associazione con l'Unione e partecipano quindi all'area Schengen in qualità di Paesi terzi. I tipi di accordo e le modalità di associazione, però, variano. In particolare, si ravvisano due tipologie di accordi. Gli accordi stipulati con i paesi dello Spazio economico europeo (SEE), di cui la Norvegia è il maggiore rappresentante, e gli accordi bilaterali con la Svizzera. Essi presentano problematiche simili relative alla legittimità democratica del quadro giuridico differenziato, le quali hanno implicazioni significative sia per i paesi associati sia per l'Unione Europea nel suo complesso⁵⁰.

Dal 1999 La Norvegia è associata a Schengen ai sensi dell'*Accordo sull'attuazione, l'applicazione e lo sviluppo dell'acquis di Schengen (Accordo 1999)*⁵¹. In base all'Accordo, la Norvegia ha facoltà di individuare di volta in volta quali norme dell'Unione siano rilevanti e adattare la sua normativa interna. L'adattamento alle norme dell'Unione è gestito tramite un Comitato misto, composto da rappresentanti dell'UE e della Norvegia, responsabile anche dell'interpretazione uniforme delle norme e dell'applicazione dell'Accordo. Tuttavia, nel caso la Norvegia non trasponga un atto giuridico relativo a Schengen nel diritto nazionale entro un determinato periodo di tempo, l'Accordo viene considerato terminato *in toto*. In altre parole, la conseguenza della non adozione è la cessazione dell'associazione del paese a Schengen. Lo stesso avviene in caso di controversie giuridiche irrisolte. Dal momento che non esiste una giurisdizione comune, le corti norvegesi non sono vincolate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Tuttavia, un'interpretazione divergente porterebbe alla cessazione dell'Accordo, pertanto l'incentivo ad adottare le norme UE e ad interpretarle

⁴⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 10 luglio 2007, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio dell'Unione europea*, causa C-137/05, par. 112.

⁵⁰ Per una più approfondita trattazione degli *standard* di legittimità democratica nella differenziazione esterna all'interno dello SLSG si rimanda a M. PATRIN, *Democratic Standards in External Differentiation*, cit.

⁵¹ Decisione del Consiglio, del 17 maggio 1999, *relativa alla conclusione dell'accordo con la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia sulla loro associazione all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'acquis di Schengen*, 1999/439/CE.

conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia è molto forte⁵². La relazione tra la Corte di giustizia e le corti norvegesi sono influenzate dalla cooperazione nell'ambito del SEE, dove gli stati dell'EFTA hanno istituito una Corte comune con giurisdizione relativa al SEE. La Corte EFTA è indipendente ed ha il compito di interpretare le norme SEE, mantenendo un grado il più possibile elevato di uniformità con la giurisprudenza della Corte di giustizia. L'art. 6 dell'Accordo SEE prevede che le disposizioni dell'Accordo siano interpretate "in conformità delle pertinenti sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia delle Comunità europee prima della data della firma del presente accordo"⁵³. Per quelle successive, la Corte EFTA è competente. Sielmann ha notato come i riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia nelle pronunce della Corte EFTA siano molto frequenti, e ben più frequenti di quelle, all'inverso, della Corte di giustizia alle sentenze della Corte EFTA⁵⁴. Seppure la Corte EFTA non sia competente per l'Accordo di Schengen, l'approccio cooperativo si riflette nella collaborazione bilaterale tra le corti norvegesi e la Corte di giustizia. È da notare come l'art. 9, par. 2, dell'Accordo Schengen preveda la possibilità per la Norvegia di presentare osservazioni e memorie innanzi alla Corte di giustizia in presenza di rinvii pregiudiziali relativi ad atti Schengen: "[...], l'Islanda e la Norvegia hanno diritto di presentare a detta Corte memorie o osservazioni scritte quando essa è stata adita da un organo giurisdizionale di uno Stato membro perché si pronunci in via pregiudiziale sull'interpretazione di una delle disposizioni di cui all'articolo 2". La Norvegia si è avvalsa ad esempio di questo diritto nella causa *Ruska Federacija c. I.N.*, rinvio pregiudiziale avente ad oggetto la conclusione dell'accordo tra l'Unione europea e l'Islanda e la Norvegia sulle procedure di estradizione e mandato di arresto⁵⁵.

La Norvegia, come gli altri paesi associati, partecipa in una certa misura al processo decisionale dell'Unione sugli atti relativi a Schengen. Gli esperti norvegesi sono informati e consultati sulle bozze di atti giuridici all'interno di gruppi di lavoro istituiti presso la Commissione⁵⁶. Inoltre, la Norvegia partecipa ai comitati di comitologia per le misure di attuazione relative a Schengen, ma senza diritto di voto. Lo stesso accade a livello del Consiglio, dove la Norvegia e altri paesi associati possono partecipare alle riunioni del Comitato misto (COMIX), composto da autorità di polizia, funzionari dei ministeri nazionali e rappresentanti del Consiglio. In questa fase iniziale, i Paesi non UE possono esercitare una notevole influenza, poiché le decisioni vengono generalmente prese per consenso e le discussioni si concentrano principalmente su questioni tecniche. Tuttavia, nella fase politica del processo decisionale, all'interno del Coreper e del Consiglio, i

⁵² J.E. FOSSUM, *Representation under Hegemony? On Norway's relationship to the EU*, in E. ERIKSEN, J. E. FOSSUM (eds.), *The European Union's Non-Members. Independence under hegemony?*, Abingdon, 2015, p. 162.

⁵³ Accordo sullo Spazio economico europeo, in GU n. L 001 del 03/01/1994, pp. 3-36.

⁵⁴ C.M. SIELMANN, *Governing Difference*, cit., p. 398 ss.

⁵⁵ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 2 aprile 2020, *Ruska Federacija c. I.N.*, causa C-897/19 PPU.

⁵⁶ K. GRANENG, L. RYE, *Norwegian politicians' presentations of the national 'wriggle room' within the EEA association*, in *West European Politics*, advance online publication, 2024.

partner associati possono assistere alle riunioni ma non hanno diritto di voto, ed hanno quindi una limitata capacità di co-determinare le misure adottate⁵⁷.

Nonostante i numerosi strumenti di partecipazione istituiti nel sistema di integrazione differenziata, i meccanismi di responsabilità democratica risultano essere limitati. Il Parlamento norvegese è il principale canale di *accountability* per i cittadini. Dal momento che il *Comitato misto* è un organo di controllo e può essere ritenuto responsabile solo indirettamente per le decisioni adottate dal Consiglio dell'Unione, è l'esecutivo norvegese a rispondere di fronte al Parlamento della cooperazione con l'Unione nell'ambito di Schengen. Tuttavia, a differenza della Danimarca, gli affari comunitari sono trattati nell'ambito della politica estera ed il controllo parlamentare risulta superficiale, lasciando all'esecutivo ampia discrezionalità⁵⁸. Esiste anche un certo grado di cooperazione interparlamentare: il Parlamento norvegese può essere invitato alle riunioni del COSAC (sistema di cooperazione interparlamentare del Parlamento europeo), può partecipare al comitato interparlamentare su politica estera e di sicurezza e ha un ufficio presso il Parlamento europeo⁵⁹. Tuttavia, le riunioni del COSAC sono un'arena di discussione e dibattito, e non di *decision-making*. Il processo legislativo e il controllo democratico avvengono nelle sessioni plenarie e nelle commissioni del Parlamento europeo, dove la Norvegia, ovviamente, non è rappresentata.

La cooperazione della Svizzera con l'Unione in materia di Schengen è invece regolata tramite accordi bilaterali. I cosiddetti "Bilaterali II" associano la Svizzera all'accordo di Schengen e al sistema d'asilo di Dublino⁶⁰. Si tratta di accordi evolutivi, nel senso che essi si applicano anche alle disposizioni adottate a posteriori. Ciò comporta che la Svizzera deve recepire nel diritto nazionale norme giuridiche che non sono state preventivamente approvate. In base all'Accordo, la Svizzera ha un mese di tempo per trasporre gli atti relativi a Schengen adottati dalle istituzioni UE, i quali poi entrano in vigore contemporaneamente negli Stati membri dell'Unione e in Svizzera. Un Comitato Misto, composto da rappresentanti delle due parti, è responsabile della cooperazione e della risoluzione delle controversie. Tuttavia, analogamente alla Norvegia, in caso di non trasposizione e in assenza di una soluzione concordata dal Comitato Misto, l'accordo di Schengen cessa: "E proprio come in quel caso, la minaccia concreta della cessazione degli accordi esercita una forte pressione sulla Svizzera affinché accetti le modifiche del diritto dell'Unione e le implementi"⁶¹. La "clausola di cessazione" risulta particolarmente problematica alla luce del sistema svizzero di democrazia diretta, il quale prevede un ampio ricorso allo strumento del referendum per quanto riguarda le nuove proposte

⁵⁷ N. WICHMANN, "More In Than Out": Switzerland's Association with Schengen/Dublin Cooperation, in *Swiss Political Science Review*, 2009, n. 15, pp. 653-682.

⁵⁸ J. E. FOSSUM, *The EU and Third Countries: Consequences for Democracy and the Political Order*, in *Journal of Common Market Studies*, 2023, n. 61(6), pp. 1639-1655.

⁵⁹ J.E. FOSSUM, M. QUESADA GARCIA, T. ZGAGA, *The EU's Non-Members: Key Principles, Underlying Logics and Types of Affiliation*, ARENA Report, 2020, 1/20, p. 44

⁶⁰ Accordo tra l'Unione europea, la Comunità europea e la Confederazione svizzera, riguardante l'associazione di quest'ultima all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'acquis di Schengen, 27/02/2008.

⁶¹ C.M. SIELMANN, *Governing Difference*, cit., p. 434.

legislative. L'Accordo di associazione Schengen ne tiene conto e concede un'estensione di due anni sull'entrata in vigore delle nuove misure nel caso in cui venga indetto un referendum. Tuttavia, non è chiaro cosa accadrebbe se un atto Schengen venisse respinto in un referendum⁶².

Come per la Norvegia, l'associazione a Schengen consente alla Svizzera una partecipazione limitata al processo decisionale dell'Unione⁶³. Anche qui, l'influenza si esercita principalmente nelle fasi preparatorie della formulazione delle politiche. La Svizzera viene regolarmente informata e consultata sugli atti normativi rilevanti nei gruppi di lavoro della Commissione e nei comitati di comitologia. Essa contribuisce alla fase tecnica dello sviluppo delle politiche all'interno del COMIX e partecipa alle riunioni di Coreper e del Consiglio, ma senza diritto di voto. Complessivamente, come nel caso della Norvegia, l'integrazione differenziata in Schengen garantisce una significativa rappresentanza e partecipazione. Tuttavia, questi diritti si concentrano principalmente nelle fasi di elaborazione delle politiche e a livello tecnico. Il processo decisionale politico, invece, rimane una prerogativa dell'Unione e gli atti finali vengono adottati dalle istituzioni dell'UE con i voti degli Stati membri. Anche se un approccio cooperativo tende a incorporare le richieste dei paesi non appartenenti all'UE nelle prime fasi del processo, in caso di disaccordo l'atto può comunque essere adottato contro la loro volontà.

Infine, la Svizzera non è vincolata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e il suo sistema giurisdizionale è competente per interpretare e pronunciarsi sulla validità ed efficacia degli atti relativi a Schengen sul territorio svizzero. Tuttavia, per garantire un'interpretazione uniforme delle disposizioni, l'articolo 3, par. 1, dell'Accordo di Schengen stabilisce che: "il comitato misto, in considerazione dell'obiettivo delle parti contraenti di assicurare un'applicazione e un'interpretazione il più possibile omogenee delle disposizioni di cui all'articolo 2, si tiene costantemente aggiornato sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee [...] e di quella dei competenti organi giurisdizionali svizzeri, relativa a dette disposizioni"⁶⁴. L'Accordo prevede quindi una procedura di risoluzione delle controversie di tipo *soft*, in cui il Comitato Misto è responsabile del monitoraggio della giurisprudenza delle due parti e dell'individuazione di eventuali divergenze. In caso di disaccordo nell'interpretazione delle disposizioni, il Comitato è incaricato di trovare un compromesso. Se le divergenze persistono, tuttavia, l'unica soluzione è la cessazione dell'Accordo. La clausola di cessazione funge quindi nuovamente da deterrente e, nonostante l'autonomia giurisdizionale, le Corti svizzeri subiscono una considerevole pressione al fine di garantire l'allineamento con la giurisprudenza della Corte di giustizia⁶⁵. D'altra parte, l'art. 3, par. 2, dell'Accordo prevede anche che, come la Norvegia, la Svizzera possa presentare memorie ed osservazioni alla Corte di giustizia nei rinvii pregiudiziali che

⁶² N. WICHMANN, "More In Than Out", cit., p. 665.

⁶³ *Ibid.*, p. 670.

⁶⁴ Accordo Schengen 2008, cit.

⁶⁵ C. M. SIELMANN, *Governing Difference*, cit., p. 441.

abbiano attinenza con Schengen. Si cerca in questo modo di assicurare il più possibile l'uniformità nell'interpretazione del diritto.

7. L'impatto dei regimi di integrazione differenziata sulla legittimità democratica

L'analisi dei regimi di integrazione differenziata nell'area Schengen ha messo in evidenza come il panorama di cooperazione sia profondamente frammentario e disomogeneo. Non soltanto è presente una combinazione di regimi differenziati interni ed esterni, i quali creano geometrie di partecipazione complesse, che possono confondere i meccanismi di controllo democratico e provocare incertezza riguardo all'applicazione e alla validità delle norme, ma tali regimi in alcuni casi si sovrappongono, dando vita a modelli ibridi di partecipazione che offuscano la distinzione tra paesi partecipanti e non partecipanti e tra Stati membri e non membri dell'UE. Molti paesi terzi sono associati a Schengen, ma anche gli Stati membri dell'UE con *opt-out*, quali la Danimarca, partecipano alla cooperazione dell'UE in qualità di paesi terzi. Questo quadro giuridico ibrido confonde la distinzione tra differenziazione interna ed esterna ed indebolisce la normatività delle disposizioni dell'UE, creando un livello secondario di accordi alternativi, spesso esterni, che replicano le regole dell'Unione ma al di fuori delle "garanzie" del diritto dell'Unione. Tuttavia, l'esame dei *pattern* di partecipazione rivela anche come l'appartenenza all'UE rimanga il fattore discriminante per delineare i diritti dei paesi partecipanti e non. Essa delimita i contorni entro i quali le norme e le politiche vengono sviluppate e implementate. Le criticità riguardano soprattutto il modo talvolta incoerente in cui queste norme vengono applicate al di fuori del diritto dell'Unione e le ricadute nel processo di *decision-making* interno all'Unione.

Tale quadro giuridico ha ripercussioni in termini di responsabilità democratica sia per gli Stati membri che non partecipano a Schengen, sia per i paesi terzi che invece sono associati e sia per l'Unione nel suo complesso.

La differenziazione interna crea disequilibri nelle relazioni tra gli Stati membri partecipanti e non partecipanti. Le clausole di *opt-out* garantiscono ad alcuni Stati membri uno *status* privilegiato (ad esempio, il regime selettivo dell'Irlanda) oppure, al contrario, li possono escludere da parte del processo decisionale (come nel caso della Danimarca), in tal modo introducendo asimmetrie nei lavori del Consiglio. Probabilmente, l'impatto maggiore in termini di legittimità democratica risiede nel regime ibrido di *decision-making* sovranazionale/intergovernativo. I modelli di partecipazione risultanti non sono chiaramente definiti, così come non è chiaro il livello al quale deve avvenire il controllo parlamentare. Se da un lato il coinvolgimento dei parlamenti nazionali può essere vantaggioso in termini di supervisione democratica, dall'altro i paesi che non partecipano (o partecipano solo parzialmente) rischiano di essere più facilmente esclusi. Inoltre, il regime misto di diritto UE-internazionale, unito agli *opt-out* e agli accordi paralleli, indebolisce la tutela giurisdizionale e genera incertezza riguardo all'ambito di applicazione delle norme. Infine, la frammentazione del quadro giuridico di Schengen,

unita a modelli di partecipazione variabili, comporta problemi di trasparenza, che sono ulteriormente aggravati dal fatto che la maggior parte delle deliberazioni del Consiglio avviene a porte chiuse. In tal modo, le pratiche informali proliferano e i cittadini hanno scarse possibilità di verificare l'aderenza del proprio paese al mandato espresso nei referendum o nelle elezioni nazionali.

Per quanto riguarda la responsabilità democratica nella differenziazione esterna, l'analisi presenta risultati contrastanti. Formalmente, i paesi terzi mantengono la piena sovranità non solo sulla decisione iniziale di prendere parte alla cooperazione, ma anche sulla scelta di continuare a farlo. Le clausole di recesso previste da Schengen stabiliscono che i partner associati possono decidere se applicare o meno le nuove disposizioni UE. Tuttavia, nella pratica, la differenziazione esterna genera un alto livello di incongruenza, poiché la pressione ad adottare le norme UE è elevata, considerando che il mancato adeguamento comporterebbe la fine della cooperazione. Ciò ha conseguenze significative per i cittadini dei paesi terzi, i quali solo indirettamente possono controllare l'operato dei loro esecutivi rispetto a decisioni alle quali non hanno pienamente contribuito. Inoltre, la natura informale della partecipazione dei paesi associati al processo decisionale rende difficile determinarne le rispettive posizioni e decisioni politiche, conducendo a procedure non trasparenti. Anche il controllo giurisdizionale è problematico: le giurisdizioni sono separate. Formalmente i tribunali nazionali mantengono piena autorità sul loro territorio, ma sono influenzate dalla giurisprudenza UE. Le Corti norvegesi e svizzere non sono vincolate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e sono a tutti gli effetti competenti per l'interpretazione e applicazione delle norme Schengen a livello nazionale. Tuttavia, in caso di divergenze gli accordi con entrambi i paesi prevedono in ultima istanza la cessazione della cooperazione. Per questo motivo, nell'interesse reciproco di mantenere l'associazione con Schengen, le corti europee e nazionali sono spinte a prendere in considerazione l'effetto delle loro pronunce sui loro partner. La Svizzera e la Norvegia possono ad esempio presentare osservazioni nei rinvii pregiudiziali e i Comitati misti vegliano sull'interpretazione uniforme delle norme. L'Accordo con la Svizzera prevede anche che gli organi giurisdizionali si tengano costantemente informati sulla rispettiva giurisprudenza e istituisce a tal fine un meccanismo di trasmissione (art. 3, par. 1). Nella prassi, quindi, le discrepanze sono rare ma l'uniformità si produce soprattutto per evitare la terminazione degli accordi. L'assenza di una giurisdizione comune spinge le corti alla cooperazione, pur restando esse autonome e indipendenti.

Tuttavia, questa scacchiera di geometrie variabili consente anche un alto livello di flessibilità, in particolare rispetto al modo in cui i paesi terzi si adattano alle norme e alle attività dell'UE. Le criticità fin qui rilevate nella differenziazione esterna devono essere d'altronde controbilanciate con i vantaggi della flessibilità e della partecipazione. La scelta sovrana di voler partecipare alla cooperazione (e in una certa misura all'integrazione) con l'UE senza diventarne membri ha conseguenze sulla possibilità di

contribuire al processo decisionale⁶⁶. Un troppo esteso coinvolgimento degli Stati terzi nelle procedure decisionali dell'Unione minaccerebbe infatti i diritti degli Stati membri, annullando la distinzione tra questi ultimi e gli Stati associati, seppure in una politica settoriale quale Schengen. La rappresentanza dei Paesi associati ed i loro diritti di partecipazione non devono intaccare lo *status* di Stato membro dell'UE e l'integrità del quadro giuridico dell'UE. In altre parole, un certo livello di incongruenza è intrinseco alle forme esterne di differenziazione e funge da salvaguardia dell'ordine giuridico dell'UE e della sua coerenza.

In ultima analisi, l'integrazione differenziata interna ed esterna nell'area Schengen ha un impatto significativo proprio sull'ordinamento giuridico dell'Unione nel suo complesso. Le molte forme di partecipazione e la sovrapposizione tra diritto dell'Unione e diritto internazionale, tra cooperazione sovranazionale e cooperazione intergovernativa, danno vita ad un mosaico di relazioni che risulta difficilmente intellegibile e in cui i diritti degli Stati membri si confondono con i diritti degli Stati terzi partecipanti. Se da un lato ciò permette l'estensione dell'area Schengen a beneficio dei cittadini tanto degli Stati membri quanto degli Stati terzi, dall'altro produce anche un panorama frammentato e ambiguo, che incide sull'*accountability* e trasparenza dei processi decisionali.

8. Riflessioni conclusive

Il presente contributo ha analizzato i regimi di integrazione differenziata interna ed esterna nello spazio Schengen, settore caratterizzato da un'alta densità di differenziazione, evidenziandone i profili di legittimità democratica e le criticità ad essi connesse. Ne è emerso un panorama "a mosaico", dove i pattern di partecipazione si sovrappongono combinando modelli di integrazione differenziata interna ed esterna. L'appartenenza all'Unione resta il criterio discriminante per la piena partecipazione al processo di decision-making, tuttavia, nella pratica, lo spazio Schengen rivela un paradigma flessibile e intrecciato di partecipazione, in cui lo *status* di paesi associati e stati membri non sempre risulta ben definito, con ricadute in termini di responsabilità democratica sia sul sistema di controllo democratico degli Stati terzi sia su quello degli Stati membri, partecipanti e non. In questo panorama frastagliato, lo *status* stesso di membro dell'Unione acquisisce flessibilità e si rivela come un concetto suscettibile di gradazione.

La sovrapposizione tra differenziazione interna ed esterna si è accentuata ulteriormente dopo la Brexit e con la trasformazione del Regno Unito da uno Stato membro non partecipante ad un Paese terzo che potrebbe in futuro divenire associato. Le riflessioni esposte in questo contributo rilevano proprio in vista del rinnovato slancio verso l'allargamento innescato dalla guerra in Ucraina. La questione fondamentale è di comprendere in che modo nuove gradazioni di partecipazione potrebbero organizzarsi in un'Unione allargata e all'interno di un sistema che già consente una certa flessibilità nei

⁶⁶ S. GSTÖHL, *The European Union's different neighbourhood models*, in E. ERIKSEN, J.E. FOSSUM (eds.), *The European Union's Non-Members*, cit., p. 32.

modelli di partecipazione interna ed esterna. In altre parole, se l'analisi dei casi studio riconferma la centralità dell'adesione all'UE come fulcro del processo decisionale europeo, essa evidenzia anche l'esistenza di diverse alternative all'adesione e i costi che queste comportano in termini di legittimità democratica.

Un'ulteriore questione è come adattare il quadro istituzionale dell'UE per accogliere forme di integrazione differenziata (DI) che rispettino i diritti degli Stati non partecipanti, siano pienamente responsabili dal punto di vista politico e giuridico e rispettino gli standard di trasparenza dell'UE. In altre parole, come garantire che la differenziazione rispetti gli standard democratici e di *accountability* almeno tanto quanto l'integrazione non differenziata? Come è stato notato, un certo livello di incongruenza è insito nella nozione stessa di integrazione differenziata, la quale necessariamente crea asimmetrie tra Stati e va quindi ad intaccare il principio di eguaglianza. Tuttavia, soprattutto se l'integrazione differenziata vuole porsi come uno strumento utile per il futuro dell'Unione, i meccanismi di controllo democratico andrebbero potenziati, proprio al fine di salvaguardare la coerenza complessiva dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Ad esempio, gli standard di *accountability* giuridica potrebbero beneficiare enormemente della definizione delle rispettive giurisdizioni, della creazione di meccanismi di coordinamento o dell'istituzione, ove possibile, di strumenti di risoluzione delle controversie per quanto riguarda la differenziazione esterna. Inoltre, un più sostanziale coinvolgimento dei parlamenti nazionali e collegamenti più stretti tra i parlamenti nazionali e gli esecutivi che rappresentano i paesi nei processi decisionali dell'UE potrebbero garantire un miglior screening e controllo delle misure differenziate adottate dall'Unione.

ABSTRACT: L'integrazione differenziata rappresenta una soluzione promettente per il futuro dell'Unione, in vista soprattutto di un suo possibile ulteriore allargamento, perché può consentire un approfondimento dell'integrazione anche laddove non tutti gli Stati membri sono d'accordo. Tuttavia, la partecipazione di solo alcuni Stati membri e l'associazione di Stati terzi ad un processo uniforme di integrazione europea solleva una serie di interrogativi riguardo alla legittimità democratica di questo tipo di integrazione. In che misura i regimi di differenziazione garantiscono l'eguaglianza tra gli Stati membri, e quindi tra cittadini europei? Seguono essi gli stessi canali di *accountability* dell'integrazione uniforme o ne prevedono altri che siano altrettanto efficaci? Il presente contributo si pone l'obiettivo di esaminare i profili "costituzionali" di legittimità democratica nei regimi di integrazione differenziata all'interno dell'area Schengen, settore chiave dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e caratterizzato da un'alta densità di differenziazione interna ed esterna. L'analisi rivela un panorama di integrazione differenziata "a mosaico", dove diversi pattern di partecipazione si sovrappongono. Se l'appartenenza all'Unione resta il criterio discriminante per la piena partecipazione ai processi decisionali, nella

pratica lo spazio Schengen presenta un paradigma flessibile e intrecciato di partecipazione, in cui lo *status* di paesi associati e stati membri non sempre risulta ben definito, con ricadute in termini di legittimità democratica sull'ordinamento giuridico e di controllo democratico sia degli Stati terzi, sia degli Stati membri, partecipanti e non.

KEYWORDS: integrazione differenziata – Schengen – legittimità democratica – membership dell'Unione – accountability.

DIFFERENTIATED INTEGRATION IN THE SCHENGEN AREA: “CONSTITUTIONAL” PROFILES OF DEMOCRATIC ACCOUNTABILITY

ABSTRACT: In view of its potential to advance European integration even when not all EU Member States agree, differentiated integration constitutes a promising EU integration path, especially in view of a possible further enlargement of the Union. However, the participation of only some Member States and the association of third countries in a uniform process of European integration raises questions as to the democratic legitimacy of this type of integration. To what extent can differentiation regimes ensure the equality among Member States, and therefore among European citizens? Do they follow the same accountability channels of uniform integration, or do they provide for alternative mechanisms that are equally effective? This paper aims to examine the “constitutional” foundations of democratic legitimacy in differentiated integration regimes within the Schengen area, a key sector of the Area of Freedom, Security and Justice, characterized by a high density of both internal and external differentiation. The analysis reveals a patchwork model of differentiated integration, where various participation patterns overlap. While EU membership remains the key criterion for full participation in decision-making, in practice the Schengen area exhibits a flexible and intertwined paradigm of participation, in which the statuses of associated countries and Member States are not always clearly defined. This has significant implications for the legal system and for the democratic accountability channels of third countries and EU Member States.

KEYWORDS: differentiated integration – Schengen – democratic legitimacy – EU membership – accountability.