

ANNO LXX - 2002/03

NUOVA SERIE A - N. 54,4

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 4

GIACINTO DELLA CANANEA, *Presentazione*, 421

ANDREA GATTINI, *Le relazioni esterne della UE nel progetto di trattato istitutivo della Costituzione europea*, 423

EVA NIETO, *La reforma constitucional de la comisión europea*, 437

GIACINTO DELLA CANANEA, *Competenze e poteri dell'Unione nel progetto di Costituzione europea*, 471

GIORGIO GAJA, *L'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa*, 485

GIUSEPPE GILIBERTI, *Centro per lo sviluppo istituzionale, Università di Urbino*, 499

ANDREY LEBEDEV, *The development of the Institution of the Commissioner on human rights in the Russian Federation: the first five years*, 503

Direttore responsabile: GIOVANNI BATTISTA BOGLIOLO

Comitato scientifico: GIACINTO DELLA CANANEA, ANGELO DONDI, CARLO FANTAPPIÈ, GIUSEPPE GILIBERTI, RÉGINALD GRÉGOIRE, MASSIMILIANO GUDERZO, ANNAMARIA LUSARDI, LUIGI MARI, RICCARDO MAZZONI, LUCIO MONACO, PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, VITTORIO PARLATO, EDUARDO ROZO ACUÑA

Redazione: MARCO CANGIOTTI, ANNA MARIA GIOMARO

Direzione e redazione: Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 3031

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927.

Stampa: Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXX - 2002/03

NUOVA SERIE A - N. 54,4

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

PRESENTAZIONE

“L’Unione europea trae la propria legittimità dai valori democratici che essa propugna, dagli obiettivi che persegue e dalle competenze e dagli strumenti di cui dispone”. “Occorre chiedersi quali iniziative si possano adottare al fine di sviluppare uno spazio pubblico europeo. Il quesito principale ... è il seguente: in che modo possiamo accrescere la legittimità democratica e la trasparenza delle attuali istituzioni”.

A queste domande la “dichiarazione di Laeken sul futuro dell’Unione europea” (adottata dal Consiglio europeo riunitosi il 14 e il 15 dicembre 2001) ha risposto con altre domande che suggeriscono, tra l’altro, correttivi all’assetto istituzionale, al riparto delle competenze, all’efficienza e alla trasparenza dei processi decisionali. Ha ipotizzato, inoltre, l’adozione di documento unitario – in luogo dei trattati vigenti – che si autoqualifichi come “costituzione” e includa la Carta dei diritti fondamentali, approvata a Nizza nel 2000.

Il compito di esaminare i quesiti e di prospettare soluzioni è stato affidato all’apposita “Convenzione sul futuro dell’Europa”. Essa lo ha assolto, il più delle volte in modo convincente, in qualche caso in modo opinabile, in poco più d’un anno. Ha predisposto un documento normativo denominato “progetto di trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa”. Il documento è stato discusso, in seguito, all’interno della Conferenza intergovernativa, alla quale spetta deliberare le modifiche da apportare ai trattati vigenti, decise le quali avranno inizio le procedure nazionali di ratifica. Ma nelle sedi istituzionali non è stata ancora raggiunta una decisione definitiva, per via del disaccordo tra alcuni dei Paesi fondatori dell’Unione e tra di essi e quelli che vi hanno appena aderito.

Il valore della discussione che si è svolta, su iniziativa della Facoltà di Scienze politiche dell’Università di Urbino, il 22 ottobre 2003 (e di cui si riportano, di seguito, alcuni interventi), non sta, quindi, nell’analisi di questa o quella disposizione, il cui testo definitivo – posto che la nuova Costituzione sia approvata – è probabilmente destinato a subire ulteriori modificazioni. Sta, piuttosto, nel contribuire all’appro-

fondimento del dibattito sul nuovo assetto costituzionale e, al tempo stesso, al suo ampliamento, in modo da arricchire la partecipazione di quanti vi abbiano interesse allo “spazio pubblico europeo”.

GIACINTO DELLA CANANEA

ANDREA GATTINI

LE RELAZIONI ESTERNE DELLA UE
NEL PROGETTO DI TRATTATO ISTITUTIVO
DELLA COSTITUZIONE EUROPEA

SOMMARIO

1) *Introduzione*; 2) *Competenze e struttura organizzativa*; 3) *Aspetti innovativi nei singoli settori dell'azione esterna dell'Unione*; 4) *In particolare: nella conclusione di accordi*; 5) *Conclusioni*.

1. Uno dei principali scopi del Trattato costituzionale è quello di riportare *ad unum* la per vari aspetti problematica divaricazione venutasi a creare nel sistema giuridico comunitario con il Trattato sull'Unione europea del 1992. Uno degli aspetti maggiormente problematici era quello della ripartizione, ma più spesso intersecazione o sovrapposizione di competenze fra CE e UE nell'ambito delle relazioni esterne. Il progetto di Trattato costituzionale risolve alcuni problemi, ma ne crea di nuovi.

2. L'art. I-11 stabilisce le seguenti categorie di competenze dell'Unione: esclusive, concorrenti, e di sostegno. Apparentemente *quantum non datur*. Infatti, ai sensi dell'art. I-13, 1° comma, "l'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri quando la Costituzione le attribuisce una competenza che non rientra nei settori di cui agli articoli I-12 (competenza esclusiva) e I-16 (competenze di sostegno, coordinamento e completamento)". Caratteristica della competenza esclusiva è quella nota per la quale "l'Unione è l'unica a potere legiferare e adottare atti giuridicamente obbligatori" (art. I-11, 1° comma). Caratteristica della competenza concorrente è invece quella per la quale "l'Unione e gli Stati membri hanno la facoltà di legiferare e adottare atti giuridicamente obbligatori", dove però "gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria o ha deciso di cessare di esercitarla" (art. I-11, 2° comma). Della competenza di sostegno non ci occuperemo qui, non essendo rilevante per la nostra materia.

Nonostante il dichiarato impegno a una maggiore chiarezza e sistematicità, non sembra però che ciò sia pienamente riuscito nell'ambito

che qui rileva delle relazioni esterne. È già lo stesso art. I-11, al 4° comma, a dirci che “l’Unione ha competenza per la definizione e l’attuazione di una politica estera e di sicurezza comune, compresa la definizione progressiva di una politica di difesa comune”. Che si tratti di competenza concorrente, si ricava dal fatto che la materia non compare né tra quelle dell’art. I-12 (competenze esclusive), né tra quelle dell’art. I-16 (competenze cd. di sostegno). E tuttavia l’autonomo rilievo della competenza in materia di politica estera e di sicurezza comune ritorna all’art. I-15, la cui rubrica è per l’appunto intitolata alla politica estera e di sicurezza comune.

Il perché di questa differenziazione e le conseguenze che ne derivano non appaiono del tutto perspicue. Quello che risulta evidente è che, negli intenti dei proponenti, la competenza dell’Unione in materia di politica estera e di sicurezza comune dovrà costituire anche in futuro un *minus* rispetto alla competenza concorrente in senso proprio. Gli Stati membri non si impegnano ad esercitare la loro competenza in materia solo nella misura in cui l’Unione non abbia esercitato la propria, come è tipico della competenza concorrente, ma più modestamente si impegnano, ai sensi dell’art. I-15, 2° comma, a sostenere “attivamente e senza riserve la politica estera e di sicurezza comune dell’Unione in uno spirito di lealtà e di solidarietà reciproca” e ad astenersi “da qualsiasi azione contraria agli interessi dell’Unione o tale da nuocere alla sua efficacia”.

L’ambiguità che ne deriva per la coerenza dell’intero sistema e il rischio che l’approccio intergovernativo, che ha finora caratterizzato la PESC, non solo permanga, ma anche si insinui negli ambiti finora di dominio comunitario, si rafforza allorché si consideri che ai sensi dell’art. I-15 la competenza in materia di politica estera comprende “tutti i settori della politica estera”, il che riecheggia la considerazione espressa nel rapporto della Commissione per i lavori della Convenzione, per cui la politica estera non può essere disgiunta dalle relazioni internazionali economiche e sociali. Del resto tutte le norme relative all’azione esterna dell’Unione sono state raggruppate in un medesimo Titolo V della Parte III, che dopo un primo capo relativo a disposizioni di applicazione generale, si suddivide in ulteriori 7 capi: politica estera e di sicurezza comune; politica commerciale comune; cooperazione con i Paesi terzi ed aiuto umanitario; misure restrittive; accordi internazionali; relazioni con le organizzazioni internazionali, i Paesi terzi e delegazioni dell’Unione; ed infine la materia inedita dell’attuazione della clausola di solidarietà, nell’eventualità che uno Stato mem-

bro subisca un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale.

Torneremo brevemente su alcune di queste materie, per segnalare le novità più significative apportate dal progetto di Trattato. Qui è il caso di precisare ulteriormente cosa si intende per “rischio d’intergovernamentalizzazione dell’intero settore delle relazioni esterne”, dando uno sguardo alla struttura organizzativa delineata dal progetto di Trattato, e soffermandoci in particolare su due punti, il Consiglio europeo e il Ministro degli affari esteri.

Come è noto, uno degli aspetti più significativi del progetto è l’inserimento del Consiglio europeo fra le istituzioni dell’Unione, al fianco del Parlamento europeo, Consiglio dei ministri, Commissione europea e Corte di giustizia (art. I-18). L’art. I-20, 1° paragrafo, specifica che il Consiglio europeo non esercita funzioni legislative. E di fatti è nell’art. I-34, relativo agli atti non legislativi, che si dice che il Consiglio europeo adotta decisioni europee. Come sappiamo dall’art. I-32, portante l’elenco degli atti giuridici dell’Unione, la decisione europea è un atto sì non legislativo, ma nondimeno “obbligatorio in tutti i suoi elementi”. Nella prima Parte si mantiene un margine di ambiguità circa la natura e la portata degli atti che il Consiglio europeo può adottare in materia di relazioni esterne. Nell’ambito specifico della politica estera e di sicurezza comune, l’art. I-39, 3° paragrafo chiarisce che il Consiglio europeo, a cui spetta individuare gli interessi strategici dell’Unione e fissare gli obiettivi, adotta, al pari del Consiglio dei ministri, e di regola all’unanimità, le decisioni europee necessarie. Nell’ambito più vasto delle relazioni esterne, è solo in via indiretta che si ricava la medesima conclusione dall’art. I-23, 2° paragrafo. Quest’ultima disposizione ci informa che il Consiglio “Affari esteri” elabora le politiche esterne dell’Unione secondo le linee strategiche definite dal Consiglio europeo. Ora, non è chiarito nel testo se la “definizione di linee strategiche” vada intesa come sinonimo di “individuazione di interessi e obiettivi strategici” dell’Unione, di cui al sopra menzionato art. I-39, in vista dei quali il Consiglio, come si è detto, adotta decisioni vincolanti. Che al quesito vada data risposta affermativa, lo si ricava non solo dalla lettura congiunta e sistematica degli artt. 23, 32, 34 e 39, ma anche dalla chiara indicazione dell’art. III-194, per il quale “le decisioni del Consiglio europeo su interessi e obiettivi strategici dell’Unione riguardano la politica estera e di sicurezza comune e altri settori dell’azione esterna dell’Unione”.

Venendo ora alla nuova figura del Ministro degli affari esteri dell'Unione, questa è l'epitome delle ambiguità e complicazioni che si profilano all'orizzonte della gestione delle relazioni esterne dell'Unione. Come è noto, la Commissione aveva premuto per la fusione in una medesima persona all'interno della Commissione dell'Alto rappresentante per la politica estera e del Commissario per le relazioni esterne. Alcuni Stati membri invece si opponevano a che il futuro Ministro degli affari esteri facesse parte della Commissione o che comunque fosse sottoposto al pari degli altri commissari al potere di orientamento politico che spetta al Presidente della Commissione.

La formula di compromesso indicata dal Gruppo di lavoro e accolta dal progetto è quella del "doppio cappello". L'art. I-27 prevede che il Ministro degli affari esteri, al quale spetta per diritto il rango di vicepresidente, venga nominato, a differenza degli altri commissari, dal Consiglio europeo, a maggioranza qualificata, con l'accordo del Presidente della Commissione. Non risulta però chiaro se la medesima procedura sia necessaria anche per porre termine all'attività del Ministro. L'art. I-27, 1° paragrafo, prosegue dicendo che "il Consiglio europeo può porre fine alla sua permanenza in carica mediante la medesima procedura". D'altra parte l'art. I-26 specifica che i commissari rassegnano le dimissioni se è il Presidente della Commissione a chiederlo. È probabile che la prima disposizione prevalga rispetto alla seconda, in quanto norma speciale, e che vada interpretata nel senso che in ogni caso è necessario un accordo fra Presidente della Commissione e Consiglio europeo¹. Una questione più difficile è quella della posizione del Ministro degli affari esteri nell'eventualità di una mozione di sfiducia da parte del Parlamento europeo, che ai sensi dell'art. I-25, 5° paragrafo, obbliga alle dimissioni collettive dei "commissari europei" e dei "commissari". Per ragioni di coerenza sistematica, e specificamente per il fatto che il Ministro degli affari esteri è a tutti gli effetti un membro della Commissione, sarebbe preferibile che la norma specificasse che anche il Ministro è tenuto alle dimissioni².

La posizione a dire il meno eccentrica del Ministro degli affari esteri/commissario all'interno della Commissione e la sua particolare

¹ In questo senso si è orientata anche la Conferenza intergovernativa, v. CIG 60/03, *Presidency Proposals for the Intergovernmental Conference of 12-13 December 2003* (9.12.2003), Annex 7 (modifica dell'art. I-26, 3° paragrafo).

² Per una proposta in tal senso alla Conferenza intergovernativa v. il documento sopra citato (modifica dell'art. I-25, 5° paragrafo).

dependenza dagli Stati membri è evidenziata dal fatto che egli partecipa ai lavori del Consiglio europeo (art. I-20, 2° paragrafo), presiede il Consiglio “Affari esteri” (art. I-23, 2° paragrafo, e art. III-197), attua la politica estera comune “in qualità di mandatario del Consiglio dei ministri” (art. I-27, 2° paragrafo), ed ancora dal fatto che ai sensi dell’art. I-39, 7° paragrafo, gli spetta un autonomo diritto di proposta al Consiglio europeo o al Consiglio dei ministri sempre in materia di politica estera e di sicurezza comune. Invece, in seno alla Commissione, il Ministro degli affari esteri è incaricato delle relazioni esterne e del coordinamento degli altri aspetti dell’azione esterna dell’Unione. Come specifica l’art. I-27, 3° paragrafo, è solo limitatamente all’esercizio di queste responsabilità in seno alla Commissione che il Ministro degli affari esteri è soggetto alle procedure che regolano il funzionamento della Commissione. In considerazione di questa doppia funzione e doppia lealtà, e in ragione della pervasività che le questioni di politica estera esercitano sui vari aspetti di quella che più generalmente viene detta azione esterna, o politiche esterne dell’Unione, è difficile vedere come il Ministro degli affari esteri potrà soddisfare il principio, ribadito ancora all’art. I-25, 4° paragrafo, per il quale “la Commissione esercita le sue responsabilità in piena indipendenza” e “nell’adempimento dei loro doveri, i commissari europei non ... accettano istruzioni da alcun governo né da alcun organismo”³.

In questo scenario, si potrebbe profilare il rischio di una messa a repentaglio del rispetto dell’*acquis communautaire* negli ambiti dell’azione esterna finora di competenza, finanche esclusiva, comunitaria, quale in primo luogo la politica commerciale comune. Se da un lato, l’art. III-209 specifica che l’attuazione della politica estera e di sicurezza comune lascia impregiudicate le competenze di cui agli articoli da I-12 a I-14 e all’art. I-16, e che la Corte di giustizia è competente a controllarne il rispetto⁴, d’altro lato l’art. III-217, destinato a sostituire

³ Né sembrano sufficienti le precisazioni proposte nella Conferenza intergovernativa, per le quali il principio dell’indipendenza della Commissione dell’art. I-25, 4° paragrafo, si esercita “senza pregiudizio dell’art. I-27, 2° paragrafo”, e viceversa gli obblighi del Ministro degli affari esteri all’interno della Commissione ai sensi dell’art. 27, 3° paragrafo, si esercitano “nella misura in cui ciò è compatibile con i precedenti paragrafi”.

⁴ Opportunamente il Gruppo di esperti giuridici della Conferenza intergovernativa, a cui la Presidenza della Conferenza aveva affidato il compito di procedere ad adattamenti redazionali e giuridici del testo adottato dalla Convenzione europea, ha osservato che con il venire meno della distinzione in pilastri, viene anche meno la ra-

l'attuale art. 133 Tr. CE, aggiunge al 1° paragrafo il significativo inciso che "la politica commerciale comune è condotta nel quadro dei principi e degli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione". Inoltre si viene anche a determinare il rischio di una confusione di ruoli nelle diverse fasi, che dovrebbero invece fare capo a soggetti diversi, della determinazione di una data politica, la sua esecuzione e il suo controllo.

Quanto agli aspetti della guida e del controllo, si deve ancora una volta registrare il ruolo marginale accordato al Parlamento europeo nell'ambito proprio della politica estera e di sicurezza comune. Questi, ai sensi dell'art. I-39, 6° paragrafo, si vede ancora soltanto riconosciuto il diritto di essere consultato regolarmente sui principali aspetti e sulle scelte fondamentali della politica estera e di sicurezza comune e di essere tenuto al corrente della sua evoluzione. Né l'art. III-205 aggiunge nulla rispetto all'attuale art. 21 TUE, se non la scadenza semestrale, invece che annuale, del dibattito al Parlamento sui progressi compiuti nell'attuazione della politica estera e di sicurezza comune. Il giudizio negativo è peraltro in parte bilanciato dall'aumento significativo dei poteri del PE nell'ambito della procedura di conclusione degli accordi internazionali dell'Unione, nonché del suo maggiore coinvolgimento in materie quali la cooperazione economica, finanziaria e tecnica con i Paesi terzi, punti sui quali torneremo.

3. Visto lo spazio limitato del presente contributo, non è possibile occuparsi approfonditamente di tutti i settori dell'azione esterna dell'Unione. Ci limiteremo pertanto a passare brevemente in rassegna gli aspetti salienti di ciascuno capo del Titolo V della Parte III.

Con riferimento alla PESC, si delinea con maggiore chiarezza la distinzione fra politica estera e di sicurezza comune da un lato (art. I-39, e artt. III-195-209), e politica di sicurezza e difesa comune dall'altro (art. I-40 e artt. 210-214). In materia di PESC, viene finalmente fatta chiarezza sulla natura delle azioni comuni e posizioni comuni del

gione d'essere di disposizioni quali si ritrovano nell'art. 46 f e 47 del Trattato sull'Unione europea. Nella nuova prospettiva, non è dunque questione del pregiudizio o meno di "competenze", bensì dell'"applicazione di procedure e rispettivi ambiti di attribuzioni delle istituzioni", mentre va da sé che ne spetti alla Corte il controllo. Il Gruppo ha pertanto proposto la riformulazione del primo, nonché l'eliminazione del secondo paragrafo dell'art. III-209, v. CIG 50/03, *Adaptations rédactionnelles et juridiques du Groupe d'experts juridiques de la CIG* (25.11.2003).

Consiglio, nel senso che si tratta di decisioni (art. I-39, 3° paragrafo; art. III-195, 3° paragrafo). La maggioranza qualificata si estende ad un ulteriore caso rispetto a quelli attualmente previsti, e cioè sulla base di una proposta del Ministro degli affari esteri, in seguito però ad una specifica richiesta del Consiglio europeo rivolta a quest'ultimo (art. III-201, 2° paragrafo, lett b)⁵. È prevista la creazione di un servizio diplomatico europeo, di cui si avvalga il Ministro degli affari esteri. Le disposizioni circa la sua organizzazione e funzionamento sono rinviate ad apposita decisione del Consiglio. Nell'insieme, non sembra che nelle disposizioni del capo II del Titolo V della Parte III vi siano elementi particolarmente innovativi, e di fatti non a caso in una nota della Presidenza alla vigilia dell'apertura della Conferenza intergovernativa si poteva leggere che, a parte la questione della presidenza del Consiglio "Affari esteri", "il resto delle disposizioni in materia di PESC... è ritenuto chiaro e le delegazioni lo trovano in linea di massima accettabile"⁶.

In materia di PESD (politica di sicurezza e difesa comune), le cd. missioni di Petersberg, in linea con le attuali esigenze, vengono promosse alla lotta contro il terrorismo e il loro spettro si allarga ulteriormente, fino a comprendere non meglio specificate azioni congiunte in materia di disarmo, nonché operazioni di stabilizzazione al termine di conflitti. Se non è stato possibile superare il vincolo dell'unanimità per le decisioni del Consiglio dei ministri, sono state tuttavia previste forme di cooperazione più stretta per quegli Stati membri, i quali, come si pronuncia l'art. III-213 "desiderano assumere impegni più vincolanti in materia ai fini di missioni più impegnative". Queste due forme, previste all'art. I-40, rispettivamente al 6° e al 7° paragrafo, e riprese poi negli artt. III - 213 e 214, vengono dette l'una "cooperazione strutturata", e, con dizione poco perspicua, "cooperazione più stretta" l'altra. Il motivo per cui si è voluto evitare il termine noto di cooperazione rafforzata risiede probabilmente nel fatto che in questo ambito non sono previsti particolari controlli da parte delle istituzioni circa l'attitudine di uno Stato membro di parteciparvi (art. I-43, artt. III-322 ss.), bensì è sufficiente che lo Stato membro che desidera asso-

⁵ La Presidenza della Conferenza intergovernativa ha proposto di riconoscere al Ministro degli affari esteri una incondizionata facoltà di proposta, v. CIG 60/03, cit., Annex.

⁶ V. CIG 2/03 (2.10.2003), punto 8.

ciarsi in una fase successiva, informi il Consiglio europeo della sua decisione e sottoscriva la relativa dichiarazione allegata al Trattato.

Un elemento significativo nel quadro di rafforzamento della PESD è costituito dal nuovo meccanismo di finanziamento. Fatta salva la distinzione fra spese amministrative e spese operative, l'art. III-215 prevede che il Consiglio dei ministri adotti una decisione europea che stabilisca le procedure specifiche per garantire, previa consultazione del Parlamento europeo, il rapido accesso agli stanziamenti del bilancio dell'Unione destinati al finanziamento urgente segnatamente dei preparativi di una missione di cui all'art. I-40, paragrafo 1°, non di carattere militare. Per le operazioni di gestione di crisi aventi una componente militare il medesimo art. III-215, 3° paragrafo, adotta una soluzione in linea con quanto raccomandato dal Gruppo VIII (Difesa) della Convenzione, prevedendo la creazione di un Fondo costituito da contributi degli Stati membri, a cui possa direttamente attingere il Ministro degli affari esteri, su autorizzazione del Consiglio dei ministri.

Venendo ora a trattare dei singoli settori dell'azione esterna finora appartenenti al primo pilastro, per quanto concerne la Politica commerciale comune, oltre a quanto già osservato prima circa i rischi di parziale assorbimento di tale politica nell'ambito più generale e sotto maggiore controllo degli Stati membri delle relazioni esterne, va sottolineato però anche l'aspetto positivo in materia di conclusione di accordi, con il parziale superamento della laboriosa disciplina introdotta nell'art. 133 TCE dal Trattato di Nizza. Ricordiamo che allo stato del diritto vigente, ai sensi dell'art. 133, 5° paragrafo TCE per effetto del Trattato di Nizza, la competenza per la conclusione di accordi nei settori degli scambi di servizi e degli aspetti commerciali della proprietà intellettuale è concorrente a quella degli Stati, ai quali è stata espressamente riconosciuta in termini che nel giudizio di alcuni commentatori potrebbero addirittura costituire un passo indietro rispetto alla nota giurisprudenza AETS della Corte di giustizia in tema di parallelismo di competenze interne ed esterne della Comunità e conseguente esclusività di queste ultime, giurisprudenza sulla quale torneremo fra breve. Per quanto concerne invece gli accordi nei settori degli scambi culturali ed audiovisivi, attualmente ai sensi dell'art. 133, 6° paragrafo, essi, al pari di quelli concernenti gli scambi di servizi didattici, sociali e relativi alla salute umana, possono essere conclusi solo in forma mista. In futuro, invece, una volta eliminate le disposizioni relative alla conclusione di determinati accordi in forma mi-

sta, e alla luce della disposizione dell'art. I-12, 2° paragrafo circa la competenza esclusiva dell'Unione per la conclusione di accordi, sulla quale torneremo fra breve, la norma generale per la negoziazione e conclusione di accordi in materia commerciale sarà quella della maggioranza qualificata. La delibera unanime del Consiglio sarà richiesta solo per la negoziazione e la conclusione di quegli accordi nell'ambito degli scambi di servizi, che comportino spostamenti di persone, oltre che degli accordi riguardanti gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale, e, in presenza di taluni circostanze, degli accordi nel settore degli scambi dei servizi culturali e audiovisivi.

In materia di cooperazione con i Paesi terzi e aiuto umanitario, il progetto di Trattato riconduce ad una disciplina sostanzialmente uniforme ed ad unico capo, pur mantenendo due distinte sezioni, la materia della cooperazione allo sviluppo, oggetto attualmente del Titolo XX della Parte Terza TCE, e quella della cooperazione economica, finanziaria e tecnica con i Paesi terzi, oggetto attualmente dell'unico art. 181 A del Titolo XXI, introdotto dal Trattato di Nizza. Quest'ultima materia non è più oggetto solo di una competenza complementare, ma diventa al pari di quella della cooperazione allo sviluppo, una materia di competenza concorrente, nella quale, come dicono gli art. III-218 e 221, le azioni dell'Unione e degli Stati membri "si integrano e si rafforzano reciprocamente". Tanto detto, non sembra che le disposizioni degli artt. III-221-222, destinati a sostituire l'attuale art. 181 A risolvano alcuno dei dubbi sollevati in dottrina circa la portata della norma. Ad esempio, è stato convincentemente sostenuto che questa nuova competenza, rilevando in realtà di varie altre competenze comunitarie materiali, dovrebbe essere esclusiva e non concorrente. Con una scelta logica e forse inevitabile, ma che non mancherà comunque di sollevare problemi di coordinamento nella pratica, il progetto di Trattato scorpora dalle già citate missioni di Petersberg, di cui ora all'art. I-40 e art. III-210, per inserirle nel presente capo, le azioni nel settore dell'aiuto umanitario, intese come quelle azioni che "mirano a fornire in modo specifico assistenza, soccorso e protezione alle popolazioni dei Paesi terzi vittime di calamità naturali o di origine umana, per fare fronte alle necessità umanitarie risultanti dalle diverse situazioni". A tal scopo è prevista anche l'istituzione di un Corpo volontario europeo di aiuto umanitario, inteso come "contributo comune dei giovani europei" alle azioni umanitarie dell'Unione.

Quanto alle misure restrittive, l'art. III-224 riprende nella sostanza l'attuale art. 301 TCE, ma, per maggiormente evidenziare il nesso fra questa materia e quella della politica estera in senso lato, la disposizione prevede che la proposta spetti congiuntamente alla Commissione e al Ministro degli affari esteri. Le misure urgenti necessarie adottate dal Consiglio dei ministri sono specificamente indicate in regolamenti o decisioni europee, delle quali il Parlamento europeo è solo informato. In linea con l'evoluzione della prassi internazionale, il Consiglio dei ministri può adottare misure restrittive anche nei confronti di persone fisiche o giuridiche, gruppi o entità non statali. Si supera in tal modo il dubbio che si era prospettato, se tali misure potessero essere adottate alla stregua del solo art. 301 o piuttosto dell'art. 308, relativo all'attribuzione di poteri sussidiari. Nel futuro Trattato verrà risolta anche la delicata questione del controllo giurisdizionale delle misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio non sulla base dell'attuale art. 301. Seguendo la proposta avanzata da un apposito Circolo di discussione relativo alla Corte di giustizia istituito all'interno della Convenzione, l'art. III-282, 2° paragrafo, prevede un'eccezione alla regola dell'incompetenza della Corte di giustizia in relazione alle disposizioni del capo II del Titolo V della Parte terza, attribuendo pertanto alla Corte di giustizia competenza a pronunciarsi sui ricorsi concernenti la legittimità di tali misure⁷, proposti secondo le condizioni dell'art. III-270, paragrafo 4.

4. In materia di conclusione di accordi internazionali, il primo aspetto che attrae l'attenzione del giurista è la disposizione dell'art. I-12, 2° paragrafo, il quale stabilisce che l'Unione ha competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali in tre casi: "allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione, è necessaria per consentire all'Unione di esercitare le sue competenze a livello interno o incide su un atto interno dell'Unione".

In primo luogo colpisce l'esplicita attribuzione di una competenza esclusiva. È noto che la Corte di giustizia, fin dalla celebre sentenza del 1971 nell'affare AETS, nell'affermare la competenza esterna della Comunità parallela a quella interna, ha specificato trattarsi di una

⁷ La disposizione dell'art. III-282 menzionava originariamente solo le misure restrittive adottate "in base all'art. III-193", ma era evidente trattarsi di un *lapsus calami*. Nel corso dell'operazione di revisione redazionale del testo a cura del Gruppo di esperti giuridici si è provveduto a modificare il testo nel senso indicato.

competenza esclusiva, ma di fatto attraverso varie strade gli Stati membri sono ugualmente riusciti ad imporre la conclusione di accordi cd. misti, nei quali appaiono come parti accanto alla Comunità. È significativo che ancora nella relazione finale del Gruppo VII (Azione esterna) della Convenzione, ci si raccomandava affinché la disposizione sulle competenze esterne dell'Unione lasciasse impregiudicata la questione della "ripartizione delle competenze fra l'UE e gli Stati membri".

In secondo luogo, le fattispecie dell'art. I-12, 2° paragrafo, pur evidentemente ispirate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ad un esame più attento rivelano sottili ma significative differenze.

La prima fattispecie comporta la possibilità che con un atto legislativo, per ipotesi adottato a maggioranza dal Consiglio dei ministri congiuntamente al Parlamento europeo, si decida di attribuire competenza esclusiva all'Unione per la conclusione di un accordo internazionale, privando dunque della loro competenza gli Stati membri rimasti in minoranza. La disposizione va dunque oltre quanto detto dalla Corte di giustizia nell'affare AETS, che la competenza esterna sorge solo laddove la Comunità abbia già "adottato delle disposizioni contenenti, sotto qualsiasi forma, norme comuni", e tanto più oltre di quanto poi la Corte ha aggiunto nel parere 1/94, secondo cui la Comunità potrebbe esercitare competenza esterna solo laddove abbia già "realizzato un'armonizzazione completa".

Altrettanto interessante appare la seconda fattispecie di competenza esclusiva, quella necessaria per consentire all'Unione di esercitare le sue competenze a livello interno. Come è noto, nel parere 1/76 relativo all'accordo sul fondo di immobilizzazione della navigazione interna, la Corte di giustizia aveva affermato la possibilità della Comunità di agire sul piano esterno in via esclusiva anche in assenza di una già avvenuta regolamentazione interna, laddove questo fosse stato necessario "alla realizzazione di uno degli obiettivi della Comunità". L'affermazione, che andava ben oltre al principio del parallelismo di poteri enunciato nella sentenza AETS, non piacque affatto agli Stati membri, che si guardarono bene dal concludere l'accordo in sede di Consiglio. In seguito, nel parere 2/92 del 1995 la Corte limitò la portata della sua affermazione, specificando che la Comunità poteva direttamente agire sul piano esterno allorché questo fosse necessario "per conseguire obiettivi del Trattato che non possono essere raggiunti con l'adozione di norme autonome". Ciò nonostante, come spesso osservato, gli Stati membri, pur senza contestare apertamente l'esistenza di tale

competenza esterna, hanno di fatto evitato di mettere la Comunità in condizione di esercitarla. L'affermazione esplicita di una tale competenza, contenuta nell'art. I-12, 2° paragrafo, tanto più in considerazione della sua portata più limitata rispetto a quanto sostenuto dalla Corte, potrebbe ora cambiare in parte le cose.

Infine, non del tutto perspicua appare la terza fattispecie. Nel parere 2/91 del 1993, relativo alla convenzione 170 dell'OIL sulla sicurezza durante l'impiego di sostanze chimiche sul lavoro, la Corte ha affermato la competenza esclusiva della Comunità anche nel caso di "impegni internazionali comprendenti norme atte ad incidere su disposizioni adottate in settori non rientranti in politiche comuni ovvero a modificarne la portata". Il testo dell'art. I-12, 2° paragrafo, parla invece in termini più generici, ma forse anche più ampi, di accordi che "incidono" su un atto interno⁸.

Restando nella materia della conclusione di accordi, l'art. III-227, destinato a sostituire l'attuale art. 300 TCE, presenta varie novità di rilievo, sia sul piano delle istituzioni coinvolte, sia sul piano delle procedure. Anche sotto questo aspetto si conferma il ridimensionamento del ruolo della Commissione. Attualmente, nell'ambito comunitario (art. 300, 1° paragrafo) è alla Commissione che spetta la conduzione dei negoziati per qualsiasi tipo di accordo, in consultazione peraltro con i comitati speciali designati dal Consiglio per assisterla in questo compito. Nell'ambito del secondo e del terzo pilastro invece (art. 24, 1° paragrafo TUE) è la Presidenza del Consiglio ad avviare i negoziati, assistita se del caso dalla Commissione. In futuro, fatte salve le disposizioni particolari nell'ambito degli accordi in materia di politica commerciale dove la Commissione mantiene i suoi poteri (art. III-217, 3° paragrafo), per gli altri tipi di accordi, ed a esclusione comunque di quelli che riguardano esclusivamente o principalmente la politica estera e di sicurezza comune, per i quali competente è il Ministro degli Affari esteri, alla Commissione spetta il potere di presentare raccomandazioni al Consiglio dei ministri circa l'apertura di negoziati, ma dalla formulazione dell'art. III-227, 4° paragrafo, non risulta che il

⁸ Non sorprendentemente il Gruppo di esperti giuridici della CIG ha riformulato questa terza fattispecie dell'art. 12, 2° paragrafo, in senso conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia: "nella misura in cui essa [la conclusione dell'accordo: N.d.A.] sia suscettibile di incidere su norme comunitarie o di alterarne la portata".

Consiglio dei ministri sia tenuto a designare la Commissione come negoziatrice di qualsivoglia accordo.

Come accennato in precedenza, maggiori sono invece i poteri del Parlamento europeo. Attualmente (art. 300, 3° paragrafo 2° comma), il livello di maggiore coinvolgimento del PE è quello del parere conforme per determinati tipi di accordi, in breve gli accordi di associazione, quelli che creano un quadro istituzionale specifico organizzando procedure di cooperazione, quelli che hanno ripercussioni finanziarie considerevoli per la Comunità ed infine quelli che implicano la modifica di un atto adottato secondo la procedura di codecisione. In futuro invece sarà necessaria l'approvazione del PE per questi tipi di accordi, e con il miglioramento dovuto al fatto che l'approvazione riguarderà in generale tutti i settori ai quali si applica la procedura legislativa. Ancora una volta però resta esclusa la competenza del Parlamento ad approvare accordi in materia di commercio.

5. In definitiva, il giudizio che in questa fase del cammino verso la costituzione europea si può dare delle disposizioni concernenti l'azione esterna dell'Unione è un misto di cauto ottimismo, per l'apprezzabile impegno a rendere più compatta l'azione dell'Unione nei vari settori attraverso i quali si proietta all'esterno la sua personalità, e di velato pessimismo, quanto al rischio che attraverso la figura del Ministro degli affari esteri venga a crearsi all'interno della Commissione un *alter ego* del suo Presidente "eterodiretto" dal Consiglio. È ora compito della Conferenza governativa apportare al progetto quei miglioramenti e quelle modifiche tali da ulteriormente rafforzare la coerenza dell'insieme, nonché la partecipazione di tutte istituzioni all'esercizio delle competenze in materia di relazioni esterne, salvaguardando l'identità e la funzione specifica di ciascuna di esse.

EVA NIETO*

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA COMISIÓN EUROPEA

SOMMARIO

1) *Ideas previas sobre la reforma de la Comisión en el Proyecto de Constitución europea*; 2) *La Composición*; 3) *Fortalecimiento del papel de la Comisión: consecuencias*; 4) *La reforma administrativa constitucionalizada en el Reglamento Financiero*; 5) *La reforma constitucional y el principio de equilibrio institucional*.

1. Ideas previas sobre la reforma de la Comisión en el Proyecto de Constitución europea

Poco podemos saber de los debates sobre la reforma de las instituciones en el proceso de gestación del Proyecto de Constitución europea. A diferencia de lo que sucedió con otros temas, como la atribución de personalidad jurídica a la Unión, la Carta de los Derechos Fundamentales, las competencias de la Unión, no existió un Grupo de Trabajo sobre la reforma institucional de la Unión¹.

El análisis del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (en adelante, Proyecto de Constitución)² pone de manifiesto, *grosso modo*, una primera idea: La Comisión sale reforzada con el Proyecto de Constitución. Por un lado, porque amplía las competencias de la misma a materias recogidas bajo la rúbrica *acción exterior de la Unión y el espacio de libertad, seguridad y justicia*, entre las cuales figuran las correspondientes a los actuales Segundo y

* Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla – La Mancha. Jean Monnet Fellow, EUI, 2003-04. Una versión de este trabajo ha sido aceptada para su publicación en la Revista de Derecho Comunitario Europeo.

¹ El listado de los Grupos de Trabajo, así como sus documentos y conclusiones finales, puede obtenerse en http://european-convention.eu.int/doc_wg.asp?lang=ES

² Proyecto de Constitución adoptado por consenso por la Convención Europea (en adelante, la Convención) el 13 de junio y el 10 de julio de 2003 y presentado al Presidente del Consejo Europeo en Roma, el 18 de julio de 2003. Disponible en <http://european-convention.eu.int/bienvenue.asp?lang=ES>

Tercer Pilares³. Por otro lado, porque el Proyecto intensifica el papel de la Comisión no sólo respecto a sus competencias ejecutivas, sino también respecto a su potestad normativa. La potestad normativa y las competencias de ejecución o gestión de la Comisión se amplían en el Proyecto de Constitución con la creación de dos nuevos instrumentos jurídicos: me refiero a los reglamentos delegados y a los actos de ejecución⁴.

Antes de analizar el fortalecimiento de las competencias de la Comisión en el Proyecto de Constitución y sus consecuencias en la estructura institucional de la Unión, debo realizar algunas consideraciones sobre el punto más débil de la reforma de la institución: me refiero a la composición de la misma. El modelo de composición previsto en el Tratado junto con la ampliación de competencias de la institución me permitirá ofrecer una visión completa de la reforma constitucional proyecta.

2. La Composición

Según el Proyecto presentado per la Convencion en 2003, la futura Comisión consistirá en un Colegio compuesto por su Presidente, el Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión, que ostentará la Vicepresidencia o una de las Vicepresidencias, y trece Comisarios Europeos seleccionados conforme a un sistema de rotación en condiciones de igualdad entre los EEMM (art. I-25.3).

Una Decisión del Consejo establecerá el sistema de rotación basado en dos principios⁵: Uno, principio de igualdad para la determinación de la secuencia y del tiempo de permanencia en el cargo. Dos, la composición del Colegio debe reflejar en todo momento y de manera adecuada las dimensiones demográficas y geográficas de los EEMM de la Unión en su conjunto (art. I-25.3, a y b del Proyecto)⁶. Finalmente,

³ Como seguidamente veremos, la ampliación real de competencias se produce en el ámbito del Tercer Pilar, puesto que la Comisión carece de la facultad de iniciativa normativa en materia de política exterior de seguridad común, según la redacción del Proyecto que comento.

⁴ Art. I-35 y I-36 del Proyecto.

⁵ Unos criterios que adoptó el Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001, por el que se modifican los Tratados de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados Actos conexos (DOCE 10/3/2001). Concretamente los criterios se encuentran en el *Protocolo sobre la ampliación de la Unión Europea*, art. 4.3. Véase más adelante.

⁶ El segundo principio impediría la composición en el futuro de un Colegio sin ningún nacional de los EEMM más poblados: Alemania, Francia, Inglaterra e Italia.

el mismo apartado tercero del art. I-25 del Proyecto de 2003 en su último párrafo establece que el Presidente de la Comisión nombrará a los Comisarios sin derecho a voto, elegidos teniendo en cuenta los principios enunciados y que procederán de todos aquellos EEMM que no tengan a un nacional como Comisario Europeo.

El Colegio antes de la ampliación de mayo de 2004 está compuesto por veinte Comisarios, cada uno proveniente de un EEMM, salvo los EEMM grandes y España que tienen dos nacionales en el Colegio, concesión otorgada a España en el momento de su adhesión a las Comunidades Europeas como consecuencia del menor peso de nuestro país en el Consejo, teniendo en cuenta su dimensión demográfica⁷. El Tratado de Niza en el *Protocolo sobre la ampliación de la Unión Europea* estableció que a partir de enero de 2005, es decir, una vez que la Unión contase con veinticinco EEMM, el Colegio estaría compuesto por un Comisario procedente de cada EEMM, regla que se mantendría hasta llegar a 27 miembros de la Unión⁸. A partir de entonces, el apartado 2º del art. 4 del citado Protocolo estableció que el número de miembros del Colegio sería inferior al número de EEMM, eligiéndose aquellos conforme a un sistema de rotación igualitaria teniendo en cuenta los mismos principios que recoge actualmente el Proyecto de Constitución objeto de este comentario⁹.

La pregunta es, por tanto, ¿qué motivó el cambio de criterio en el Proyecto de Constitución? ¿Por qué introducir en el Proyecto un ejecutivo de quince miembros más los Comisarios sin derecho a voto? En otras palabras, ¿qué impulsó al Praesidium a optar por un ejecutivo reducido al que se le añadirían Comisarios que podemos denominar de segunda clase?

La Administración europea, según el Proyecto, debe ser una Administración abierta, eficaz e independiente (art. III-304. 1). Idea que se compatibiliza mal con un ejecutivo al frente de la misma muy numeroso que inmediatamente haría surgir dudas sobre su eficacia y su independencia, sobre todo si se configura como una asamblea de representantes nacionales. El Proyecto parece querer reducir las dimen-

⁷ R. ALONSO GARCÍA en "Tratado de Niza y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea. Estudio Preliminar", Civitas, 2001, p. XX.

⁸ Art. 4.1 del *Protocolo sobre la ampliación de la Unión Europea*, cit., nota 5.

⁹ Art. 4.3 del citado Protocolo.

siones del ejecutivo evitando, al mismo tiempo, que algunos EEMM no cuenten con ningún nacional en la Comisión. La conciliación del principio de eficacia con la naturaleza y estructura de entidad supranacional de la Unión no ha resultado una tarea sencilla para el Praesidium. De hecho, la composición de la Comisión es uno de los aspectos más polémicos del Proyecto. Las críticas que ha recibido no son sólo porque los EEMM no aceptaban que el modelo propuesto pudiera privarles de un representante nacional en la Comisión, sino también porque ha sido visto como un modelo que crearía tensiones entre los Comisarios con derecho a voto y aquellos que no pudiesen votar ni estar presentes en las sesiones del Colegio, aun cuando ellos fueran los responsables de la propuesta debatida, etc¹⁰.

La Conferencia Intergubernamental cambiará la composición propuesta en el Proyecto optando por un Colegio compuesto por un miembro nacional de cada EEMM. La ventaja frente al modelo del Proyecto es que tendremos un Colegio compuesto por 25 Comisarios con los mismos derechos y obligaciones, aunque habrá que encontrar un método de trabajo del Colegio que haga compatible su numerosa composición con el principio de eficacia. La propia Comisión ha propuesto “generalizar y formalizar la descentralización del procedimiento de toma de decisiones en la Comisión mediante la estructuración del Colegio en un cierto número de Grupos de Comisarios”¹¹. De ese modo, el Colegio compuesto por todos los miembros de la Comisión, al que se le someterán únicamente las decisiones más importantes, sólo tendrá que adoptar un número limitado de decisiones¹². De hecho, actualmente, sólo el 3% de diez mil decisiones adoptadas anualmente por la Comisión son adoptadas por el Colegio previo debate en su sesión semanal¹³.

¹⁰ P. CRAIG ha calificado el modelo del Proyecto como “the worst of all possible worlds”. See “The Constitutional Treaty: Legislative and Executive Power in the Emerging Constitutional Order”, EUI WP November 2003, pp. 16-17. La propia Comisión ha calificado la composición propuesta por el Proyecto como “complicada, confusa e inoperativa”, *Comunicación de la Comisión: Una Constitución para la Unión*, de 17.9.2003. COM (2003) 548 final, p. 5

¹¹ COM (2003) 548 final, p. 6.

¹² Sobre la organización del trabajo y la toma de decisiones en una futura Comisión compuesta por un número amplio de Comisarios véase el epígrafe 4 de este trabajo.

¹³ Anexo I, COM (2003) 548 final, p. 17.

En cuanto al Presidente de la Comisión en el Proyecto encontramos preceptos que fortalecen su posición (A) y otros que la debilitan (B).

(A) El Presidente es un órgano que resultó reforzado en el Tratado de Niza: por ejemplo, en cuanto a sus poderes de dirección política de la Comisión. Unos poderes proclamados en el Tratado de Ámsterdam pero concretados en Niza, donde explícitamente se recoge el acuerdo tácito impuesto por el Sr. Prodi a todos los Comisarios en el sentido de que estos presentarían la dimisión si el Presidente se lo pedía (actualmente art. 217.4 TCE y art. III-252 del Proyecto de Constitución). Ahora bien, la modificación introducida con el Tratado de Niza obligaba a que la decisión del Presidente fuera respaldada por el Colegio de Comisarios, una exigencia que desaparece ahora en el Proyecto de Constitución (art. 217.4 TCE y art. I-26.3 in fine del Proyecto). En consecuencia, con el actual Proyecto de Constitución la solicitud de dimisión de los Comisarios será competencia exclusiva del Presidente de la Comisión.

(B) La creación de la figura del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión, que será, además, vicepresidente de la Comisión europea, y la instauración de un Presidente del Consejo con carácter permanente son factores que debilitarán la posición institucional del Presidente de la Comisión europea. Algo que no sucedería si el Presidente de la Comisión fuese a la vez Presidente del Consejo: una posibilidad que hizo modificar la redacción original del art. I-23.3 del Proyecto que impedía que el Presidente del Consejo pudiese ejercer funciones en cualquier otra institución europea. El actual art. I-21.3 del Proyecto señala que el Presidente del Consejo no podrá ejercer un mandato nacional pero no prohíbe que ejerza un mandato en otra institución europea, concretamente al frente de la Comisión.

En cuanto a las funciones del Presidente le sigue correspondiendo no sólo la dirección política de la Comisión sino, también, determinar la organización interna de la institución, nombrar a los vicepresidentes de entre los miembros del Colegio, nombrar a los Comisarios Europeos y a los Comisarios y, finalmente, responder políticamente ante el Parlamento europeo de la actuación de la Comisión como órgano colegiado¹⁴.

Respecto al nombramiento del Presidente de la Comisión, el Proyecto de Constitución introduce un cambio en cuanto a la institución que designará al Presidente de la Comisión fortaleciendo el papel del

¹⁴ Arts. I-25.3 y 5, I-26.2 y 3 del Proyecto.

Parlamento Europeo. Si actualmente corresponde al Consejo Europeo designar por mayoría cualificada al Presidente de la Comisión, contando con la aprobación del Parlamento Europeo, según el Proyecto será el Parlamento Europeo el que elija por mayoría de sus miembros al Presidente de la Comisión a propuesta del Consejo Europeo (art. I-26.1). Es decir, la designación efectiva del Presidente de la Comisión corresponderá, según el Proyecto, al Parlamento Europeo¹⁵.

3. Fortalecimiento del papel de la Comisión: consecuencias

Las competencias que el art. I-25.1 y 2 del Proyecto de Constitución atribuye a la Comisión son más o menos, *grosso modo*, las mismas que recoge el actual art. 211 del TCE¹⁶. No obstante, las disposiciones citadas del Proyecto tienen una redacción más clara que el actual art. 211 TCE, procediendo a la enumeración de algunas funciones de forma explícita, como la aprobación de la programación anual y plurianual de la Unión, la ejecución del presupuesto y la gestión de programas. Las competencias de la Comisión pueden resumirse siguiendo el esquema propuesto por M. Barnier¹⁷. En palabras del Comisario Barnier, a la Comisión le corresponderá, si el Proyecto no se modifica en este punto, el derecho de iniciativa, la ejecución de las políticas de la Unión, la ejecución de las leyes y reglamentos del Consejo y del presupuesto, la representación de la Unión en el ámbito internacional excepto por lo que respecta a la política exterior y de seguridad de la Unión¹⁸ y el control del cumplimiento del derecho comunitario¹⁹.

¹⁵ Véase el epígrafe quinto dedicado al principio de equilibrio institucional.

¹⁶ Sobre este tema puede verse una exposición muy clara en G. DELLA CANANEA en "L'Amministrazione Europea", *Trattato di Diritto Amministrativo a cura di S. Cassese, Diritto amministrativo generale, tomo secondo*, Giuffrè editore, 2ª ed., 2003, pp. 1819 a 1823. LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO en "La Comisión de las Comunidades Europeas", *Tratado de Derecho Comunitario Europeo, Tomo I*, Civitas 1986, pp. 129-138; P. CRAIG, G. DE BÚRCA en *EU Law. Text, cases and materials*, 3ª ed., 2003, OUP, pp. 59-62.

¹⁷ Comisario a cargo de la política regional y de la reforma institucional cuando se redactó el Proyecto sue comenti.

¹⁸ El representante de la Unión en materia de política exterior y de seguridad es, según el Proyecto, el Ministro de Exteriores de la Unión. No obstante, si manejamos la inicial versión del Proyecto podemos comprobar que el art. I-21.2,2º párrafo, atribuye esta competencia al Presidente del Consejo Europeo. Esta atribución de competencia es un error que proviene de redacciones previas del citado precepto.

¹⁹ Notes d'intervention de Michel Barnier sur le rôle de la Commission. Convention sur l'avenir de l'Union, 5 juin 2003, p. 1.

No pretendo analizar todas las competencias de la Comisión sino solamente aquellos aspectos que han sido reforzados o los ámbitos donde le han sido atribuidas nuevas competencias. Según el planteamiento expuesto, debo estudiar, en primer lugar, el fortalecimiento de la potestad normativa y de ejecución o gestión de la Comisión y, en segundo lugar, aquellos ámbitos materiales que se incluyen *ex novo* en su área de intervención.

A. Potestad normativa y ejecutiva

Además del derecho de iniciativa normativa, a la Comisión corresponderá adoptar reglamentos delegados y actos ejecutivos, cuando un acto obligatorio de la Unión así lo establezca. En los siguientes párrafos analizo brevemente el alcance de estas competencias.

Los Tratados actuales atribuyen a la Comisión la competencia de iniciativa normativa tanto de Reglamentos como de Directivas comunitarias²⁰. El Proyecto de Constitución atribuye a la Comisión el derecho de iniciativa legislativa, es decir, la propuesta de las Leyes y Leyes marco europeas, que serán adoptadas conjuntamente por el Consejo y el Parlamento europeo conforme al procedimiento legislativo ordinario que recoge el art. III-302 del Proyecto. Un derecho de iniciativa legislativa que corresponde, además de a la Comisión, a los Estados Miembros en las políticas de cooperación judicial en materia penal y de cooperación policial. El art. III-165 del Proyecto exige que la iniciativa sea promovida al menos por un cuarto de los EEMM de la Unión.

Además, a la Comisión corresponderá, según el Proyecto, la adopción de Reglamentos y Decisiones europeas en los supuestos previstos en los arts. I – 35 y 36, así como en los casos específicamente previstos en la Constitución (art. I-34.1). En consecuencia, la Comisión ostenta no sólo la competencia de iniciativa legislativa, sino también una competencia normativa y ejecutiva que seguidamente paso a analizar.

²⁰ A título de ejemplo véase, el art. 39 TCE respecto a los Reglamentos relativos a la libertad de circulación de los trabajadores y el art. 86 TCE respecto a las Directivas que tienen por finalidad garantizar la competencia en el ámbito de los servicios de interés general. Sobre este tema véase, entre otros, P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *ob. cit.*, p. 162.

– *Los reglamentos delegados del art. I-35 del Proyecto de Constitución.*

Una de las novedades más importantes respecto a la potestad normativa de la Comisión la encontramos recogida en el art. I-35, que habilita a las Leyes y Leyes marco europeas a delegar en la Comisión “la competencia para promulgar reglamentos delegados que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales de la Ley o Ley marco”²¹.

El precepto transcrito crea un nuevo tipo de norma comunitaria: los reglamentos delegados, que serán aprobados exclusivamente por la Comisión europea²². Aquí es donde se produce una verdadera ampliación de la competencia normativa de la Comisión²³, que podrá aprobar normas de desarrollo de la “primary legislation” sin necesidad de someter el texto al escrutinio del Comité de reglamentación.

Los requisitos exigidos por el Proyecto de Constitución son, en primer lugar, que la Ley o Ley marco europea efectúe explícitamente la delegación en la Comisión; y, en segundo lugar, que la Ley determine de forma expresa “los objetivos, el contenido, el alcance y la duración de la delegación”²⁴.

El límite de la delegación lo establece el apartado 2º del art. I-35 al prohibir que el reglamento delegado regule los elementos esenciales de la materia correspondiente. Corresponderá a las Leyes europeas y Leyes marco europeas la regulación de los aspectos esenciales de una materia. Respecto al concepto de elemento esencial de una materia la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ofrece algunas claves. Por ejemplo, en el caso *Koster*²⁵ el Tribunal señaló que los elementos básicos de una materia (política agrícola común) debían ser adoptados conforme a un procedimiento determinado establecido en el antiguo art. 43, actual art. 37 TCE²⁶. La Sentencia indicó que los elementos básicos de una materia eran aquellos que implicaban una deci-

²¹ Apartado 1º del art. I-35 del Proyecto.

²² El Proyecto de Constitución intenta introducir el principio de jerarquía normativa en el sistema jurídico de la Unión que se considera opaco y complejo, con falta de correlación entre los instrumentos legales, los procedimientos de adopción de normas jurídicas y el tipo de acción que se quiere realizar. Véase, CONV 162/02, p. 13. Sobre este tema véase también nota a pie n. 41.

²³ Véase también el apartado siguiente dedicado a los actos ejecutivos.

²⁴ Apartado 2º del art. I-35 del Proyecto.

²⁵ Caso 25/70, Sentencia de TJCE de 17 de diciembre de 1970.

²⁶ Párrafo 6º, Sentencia *Koster*.

sión política determinada²⁷. En consecuencia, sólo el ejercicio de competencias ejecutivas podía ser objeto de delegación²⁸.

En el caso *Meroni* el Tribunal de Justicia falló que el ejercicio de potestades discrecionales no podía ser objeto de delegación en organismos distintos de las instituciones europeas²⁹. Sólo podían ser objeto de delegación competencias de ejecución bien definidas cuyo ejercicio estaría siempre sometido al control de la Comisión europea³⁰.

Tanto los requisitos como el citado límite podrán ser objeto de control por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en su caso, procederá a anular el reglamento delegado por incurrir en *ultra vires*.

La descripción de la regulación de los reglamentos delegados en el Proyecto de Constitución determinará la futura inoperatividad del Comité de reglamentación³¹.

Concretamente, respecto la labor del Comité de reglamentación, la Comisión ha expresado públicamente que el mismo significaba un límite importante a su libertad de actuación³². De hecho, la Comisión no puede inicialmente aprobar las medidas que propone si el dictamen del Comité de reglamentación no es favorable a las mismas³³. Actualmente, el Comité de reglamentación, compuesto por representantes de los EEMM y presidido por el representante de la Comisión, supervisa la adopción de medidas de alcance general propuestas por la Comisión que apliquen los elementos esenciales de un acto de base

²⁷ K. LENAERTS, M. DESOMER, "Simplification of the Union's Instruments", EUI-RSCAS/ AEL, 2003, p. 110.

²⁸ G. HAIBACH, "Separation and delegation of legislative powers: a comparative analysis", in *Delegated legislation and the Role of Committees in the EC*, editors M. Andenas, A. Turk, Klumer law, p. 58.

²⁹ Caso 9/56 (párrafo III.c y b) y 10/56. Además en el párrafo III.b citado, el Tribunal señaló que no pueden ser objeto de delegación competencias que el Tratado no ha atribuido a la institución delegante.

³⁰ Ibidem.

³¹ Indicado en el *Informe final del Grupo de Trabajo IX "Simplificación"* en p. 12.

La actuación de la Comisión está controlada por diversos Comités regulados en la Decisión del Consejo de 28 de junio de 1999, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión, más conocida como Decisión de la Comitología. Esta Decisión sustituyó a la Decisión 87/373/CEE.

³² SEC (89) 1591 final.

³³ Art. 5 de la citada Decisión.

del Consejo. Lo cierto es que la Comitología surgió para intentar conciliar la necesidad de delegación de competencias del Consejo en la Comisión, como consecuencia del incremento de competencias del primero, con el mantenimiento de la estructura institucional de la Comunidad y el respeto al principio de equilibrio de poderes entre las instituciones³⁴. La consideración del procedimiento de codecisión como procedimiento legislativo ordinario en el Proyecto de Constitución está directamente relacionada con la progresiva eliminación del Comité de reglamentación. Tanto el Consejo como el Parlamento Europeo deben poder controlar la ejecución de la delegación legislativa efectuada por Leyes europeas y Leyes marco europeas en la Comisión³⁵.

El actual sistema de comitología en el que solamente el Consejo ejerce un control *ex ante* sobre la aplicación o actualización de su acto de base está destinado a desaparecer, al menos por lo que se refiere al Comité de reglamentación y al Comité de gestión³⁶.

Con la actual redacción del Proyecto de Constitución europea la Comisión logrará eliminar uno de los controles ejercido por los representantes de los Estados Miembros y, por tanto, por el Consejo, a través del Comité de reglamentación sobre su labor de implementación de los actos de base del Consejo.

En lugar del Comité de reglamentación, el art. I-35.2º establece que serán las Leyes europeas las que determinen el tipo de control al que sujetan el ejercicio de la delegación por parte de la Comisión. El control que establecerá la Ley europea podrá consistir en autorizar la revocación de la delegación por el Parlamento Europeo o por el Consejo de Ministros³⁷, o bien en condicionar la entrada en vigor del reglamento delegado a la no presentación de objeciones por parte del Parlamento y del Consejo. Estos controles son coherentes con el papel asumido por el Parlamento Europeo en el Proyecto de Constitución respecto a la legislación de la Unión.

El diseño de los posibles controles ha sido criticado al considerar su eficacia cuestionable porque convierte lo que antes era un control

³⁴ Sobre el origen de la Comitología véase, entre otros, E. VOS en *Institutional Frameworks of Community. Health and Safety Regulation. Committees, Agencies and Private Bodies*, Hart Publishing, 1999, p. 113.

³⁵ K. LENAERTS, M. DESOMER, ob., cit., pp. 116 y 117.

³⁶ Sobre la progresiva desaparición del Comité de gestión véase el apartado siguiente dedicado a los actos ejecutivos de la Unión.

³⁷ Sistema de call-back en la terminología anglosajona.

ex ante (ejercido por los EEMM) en un posible control *ex post* que deberán establecer caso por caso las Leyes europeas³⁸. Ni el Consejo ni el Parlamento Europeo tendrán los conocimientos ni el tiempo necesario para delimitar con exactitud los parámetros que tendrán que desarrollar los reglamentos delegados³⁹. Tampoco es posible predecir si el Tribunal de Justicia desarrollará una Jurisprudencia que permita anular las extralimitaciones cometidas por los reglamentos delegados⁴⁰.

La conclusión que sí podemos extraer del análisis del art. I-35 es el fortalecimiento de las competencias normativas de la Comisión, a quien le corresponderá no sólo el derecho de iniciativa normativa, sino también la posibilidad de actualizar la legislación europea en los términos previstos en la misma sin necesidad de recibir la aprobación del Comité de reglamentación sobre el texto propuesto por la Comisión.

– Los actos ejecutivos del art. I-36 del Proyecto de Constitución

Las competencias de la Comisión resultan reforzadas por el Proyecto con la regulación de los denominados actos ejecutivos. Estos ocupan el tercer y último lugar en la jerarquía de las normas que introduce el Proyecto de Constitución⁴¹.

El art. I.36.2º establece que:

“cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos obligatorios de la Unión, dichos actos podrán atribuir competencias de ejecución a

³⁸ P. CRAIG considera que el sistema de control establecido en el art. I-35 del Proyecto de Constitución es “difficult to monitor and enforce”. Véase, “The Hierarchy of Norms”, 2003, pp. 10-11.

³⁹ Ibidem, p. 11.

⁴⁰ Ibidem, p. 11.

⁴¹ Actualmente los Tratados no establecen una jerarquía normativa entre Reglamentos y Directivas comunitarias (art. 249 TCE), sin embargo el Grupo de Trabajo IX consideró que la simplificación y la sistematización de los instrumentos jurídicos de la Unión precisaba la introducción de una jerarquía normativa. Véase, *Informe Final...*, cit., p. 8 y 9. No es la primera vez que se intenta introducir una determinada jerarquía normativa en Derecho comunitario. En la CIG de Maastricht, Italia propuso introducir el siguiente orden jerárquico en Derecho comunitario: normas constitucionales, legislativas, reglamentarias y actos administrativos. En la CIG de Niza, la Presidencia Portuguesa propuso la idea de que los actos legislativos fueran adoptados siempre a través del procedimiento de codecisión, con un contenido limitado a establecer las normas y principios esenciales de una materia. Véase, el documento CONV 162/02, p. 14, nota a pie 17 del citado documento.

la Comisión, o en casos específicos debidamente justificados y en los previstos en el artículo 39 al Consejo de Ministros”.

Unos actos de ejecución que adoptarán la forma de reglamento europeo de ejecución o de decisión europea de ejecución⁴².

La redacción del art. I-36 ha sido criticada por opaca y ambigua⁴³. Aunque el precepto posibilita la ampliación de las competencias administrativas de la Comisión, las críticas se han centrado, hasta el momento, en la dificultad que representa la identificación del ámbito donde operarían los denominados actos ejecutivos teniendo en cuenta el sistema de fuentes del derecho de la Unión⁴⁴. Según la disposición trascrita *supra*, la función de los actos ejecutivos será establecer condiciones uniformes de ejecución de los actos obligatorios de la Unión, es decir, de las Leyes europeas y de las Leyes marco europeas, así como de los Reglamentos y Decisiones de la Unión.

En mi opinión, el problema real que plantean los actos ejecutivos no será tanto el encontrar un espacio donde puedan tener operatividad, como la ampliación de las potestades de la Comisión que suponen y sus consecuencias para el equilibrio institucional de poderes⁴⁵.

Con respecto al ámbito donde serán utilizados los actos ejecutivos y los reglamentos delegados, el Informe Final del Grupo de Trabajo sobre Simplificación deja entrever que los últimos, los reglamentos delegados, serán muy útiles en aquellas materias donde se requiere una capacidad

⁴² Apartado 4º del art. I-36 del Proyecto.

⁴³ P. CRAIG, “The Hierarchy...”, *ob. cit.*, 14.

⁴⁴ Ibidem, pp. 16-17. P. Craig analiza la posible operatividad de los actos ejecutivos estableciendo condiciones uniformes de ejecución en materias reguladas por la Ley europea llegando a la conclusión de que, dada la naturaleza de ésta última equivalente a los Reglamentos comunitarios actuales, corresponde a los Estados Miembros el establecimiento de las condiciones necesarias que garanticen su plena efectividad. En opinión de P. Craig, sería más adecuado la utilización de los actos ejecutivos para la implementación de las Leyes marco europeas, equivalentes a las actuales Directivas comunitarias. No obstante, en este caso, la adopción de medidas uniformes de ejecución por parte de la Comisión chocaría con la característica definitoria de las Leyes marco europeas, esto es con la discrecionalidad otorgada a los EEMM para decidir las medidas a adoptar con el fin de lograr el objetivo señalado en la norma jurídica. Los anteriores argumentos alegados en contra de la aprobación de actos ejecutivos de la Comisión para el establecimiento de condiciones uniformes que permitan la ejecución de las Leyes europeas y de las Leyes marco europeas son utilizados por P. Craig para cuestionar, asimismo, la utilización de ese instrumento jurídico cuando se trate de la ejecución de Reglamentos europeos (art. I-32.1, 4º par. del Proyecto).

⁴⁵ Véase el último epígrafe de este trabajo.

de adaptación rápida de la legislación a un entorno cambiante como, por ejemplo, en algunos sectores económicos. Mientras que los actos ejecutivos permitirán a la Comisión introducir precisiones técnicas que garanticen la efectividad de la legislación de la Unión⁴⁶. Además de la finalidad prevista en el Informe Final del Grupo de Trabajo, algunos autores han identificado en el Tratado de la Comunidad Europea disposiciones que habilitarían a la Comisión a la utilización de los citados instrumentos legales. Así, por ejemplo, la adopción por el Consejo de los reglamentos apropiados para la aplicación de las previsiones contenidas en los arts. 87 y 88 TCE respecto las ayudas otorgadas por los EEMM previstas en el art. 89 TCE, se realizará en el futuro con la adopción de Leyes europeas y Leyes marco europeas a través del procedimiento legislativo ordinario, la cuales podrán delegar en la Comisión la adopción de reglamentos delegados que, a su vez, podrán contener la base legal para la actuación de la Comisión en casos específicos con la adopción de actos de ejecución⁴⁷.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que los actos ejecutivos deberán adoptarse con base en actos obligatorios de la Unión y que su naturaleza jurídica será normativa o puramente ejecutiva (actos administrativos). En consecuencia, en cuanto a la forma de los mismos, el art. I-36.4 del Proyecto establece que “los actos de ejecución de la Unión adoptarán la forma de reglamento europeo de ejecución o de decisión europea de ejecución”⁴⁸.

En cuanto a los mecanismos de control de los actos de ejecución por parte de los EEMM, el Proyecto se remite a su establecimiento previo en Leyes europeas⁴⁹. Es decir, será una Ley europea la que sustituya la actual Decisión del Consejo sobre la Comitología, que establece los Comités de control de los actos adoptados por la Comisión en ejecución de un acto de base del Consejo. El art. I.36.3 del Proyecto es coherente con la decisión de la Convención de adoptar el procedimiento de codecisión como procedimiento legislativo ordinario:

⁴⁶ *Informe Final...*, cit., p. 8.

⁴⁷ Este y otros ejemplos pueden consultarse en K. LENAERTS, M. DESOMER, cit., anexo, pp. 128-131.

⁴⁸ Las decisiones están definidas en el art. 249 TCE como actos obligatorios para sus destinatarios en todos sus elementos. La mayoría de las decisiones son actos ejecutivos pero no podemos olvidar que algunas decisiones tienen carácter normativo, como la Decisión sobre la Comitología citada en nota n. 31.

⁴⁹ Art. I-36. 3º del Proyecto de Constitución.

el Parlamento europeo participará como colegislador no sólo delegando en la Comisión la adopción de reglamentos delegados y actos de ejecución, sino también estableciendo previamente en una Ley europea los mecanismos de control de estos últimos. Los mecanismos o regímenes de control dependerán de las implicaciones políticas que puedan tener los actos de ejecución. Las posibles opciones irán desde la actuación de un Comité consultor que asesore a la Comisión hasta casos en los que sea el propio Consejo de Ministros el que se reserve la implementación del acto (casos relativos a la ejecución de la política exterior y de seguridad común, entre otros)⁵⁰

B. Acción exterior de la Unión y el espacio de libertad, seguridad y justicia

Uno de los avances más importantes del Proyecto de Constitución en el proceso de integración europea es la inclusión de ámbitos intergubernamentales, como el Segundo Pilar (política exterior y de seguridad común) y el Tercer Pilar (cooperación policial y judicial en materia penal)⁵¹ en el marco institucional. No obstante, las políticas comprendidas bajo las rúbricas *De la acción exterior de la Unión*⁵² y *Espacio de libertad, seguridad y justicia*⁵³ no se limitan a las materias del Segundo y Tercer Pilar.

La Comisión incrementa sus competencias especialmente en el ámbito del Tercer Pilar que pasa a formar parte del denominado “espacio de libertad, seguridad y justicia”⁵⁴. Las políticas comprendidas en el capítulo son:

- Las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración.
- Cooperación judicial en materia civil.
- Cooperación judicial en materia penal.
- Cooperación policial.

La adopción de Leyes europeas y de Leyes marco europeas en el ámbito de las políticas contenidas en este capítulo sigue la regla general: es decir, el derecho de iniciativa, la elaboración de la propuesta,

⁵⁰ Art. I-36. 2º *in fine* del Proyecto de Constitución.

⁵¹ El Tratado de Ámsterdam comunitarizó en parte el Tercer Pilar, concretamente por lo que respecta a la cooperación en aspectos de justicia e interior.

⁵² Título V de la Tercera Parte del Proyecto.

⁵³ Capítulo IV, Título IV, Tercera Parte del Proyecto.

⁵⁴ Capítulo IV, Título IV, Tercera Parte del Proyecto.

corresponde a la Comisión y la aprobación de las Leyes tendrá lugar por el procedimiento legislativo ordinario del art. III-302.

En los ámbitos de cooperación judicial en materia penal y cooperación policial el derecho de iniciativa normativa corresponderá no sólo a la Comisión, sino también a un cuarto de los EEMM⁵⁵.

En algunos sectores específicos de las políticas comprendidas en este ámbito, el Proyecto de Constitución excepciona la aplicación del procedimiento legislativo ordinario al exigir que la Ley que regule el sector sea una Ley del Consejo, adoptada por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo. Me refiero, concretamente, a las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza⁵⁶. La excepción tiene su origen en una exigencia del Gobierno Irlandés que intentaba asegurar por esta vía el máximo respeto a la regulación del derecho de familia de su sistema jurídico.

La política exterior y de seguridad común se comunitariza en el Título V de la Tercera Parte del Proyecto de Constitución, que la incluye, junto a otras políticas, bajo la denominación general *De la acción exterior de la Unión*.

No obstante, a diferencia de lo establecido respecto a las políticas incluidas en el espacio de seguridad, libertad y justicia, en la política exterior y de seguridad común no podrán utilizarse las Leyes europeas y las Leyes marco europeas⁵⁷. Éstas podrán ser utilizadas en el resto de políticas comprendidas bajo el paraguas de la acción exterior de la Unión como, por ejemplo, en la política comercial común⁵⁸, la cooperación para el desarrollo⁵⁹, la cooperación económica, financiera y técnica con terceros países⁶⁰ o la ayuda humanitaria⁶¹.

La política exterior y de seguridad común se realizará a través de Decisiones europeas del Consejo Europeo y del Consejo de Ministros, adoptadas por unanimidad salvo que la Constitución disponga otra cosa⁶². El derecho de iniciativa en esta materia corresponderá a un Estado Miembro, al Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión o a este

⁵⁵ Art. III-165 del Proyecto.

⁵⁶ Art. III-170.3 del Proyecto.

⁵⁷ Art. I-39.7º del Proyecto.

⁵⁸ Art. III-217.2 del Proyecto.

⁵⁹ Art. III-219.1 del Proyecto.

⁶⁰ Art. III-221.2 del Proyecto.

⁶¹ Art. III-223.3 del Proyecto.

⁶² Art. I-39.7 del Proyecto

Ministro con el apoyo de la Comisión⁶³: es decir, el Ministro de Asuntos Exteriores podrá presentar una propuesta al Consejo de Asuntos Exteriores⁶⁴, aunque no cuente con el apoyo de la Comisión. El derecho de iniciativa del Ministro de Asuntos Exteriores opera, asimismo, en relación a la presentación de propuestas ante el Consejo Europeo.

En consecuencia, a pesar de la eliminación de la estructura de los Pilares y de la inclusión de la política exterior y de seguridad común en la Tercera Parte del Proyecto de Constitución, la Comisión carece del derecho de iniciativa de elaboración de propuestas en esta materia. Sin embargo, en las otras políticas comprendidas bajo la rúbrica *De la acción exterior de la Unión*, la Comisión tiene el derecho de iniciativa política junto con el Ministro de Asuntos Exteriores⁶⁵.

El otorgamiento de amplios poderes al Ministros de Asuntos Exteriores de la Unión (incluida la representación de la Unión en la política exterior y de seguridad común) puede originar tensiones en sus relaciones con el Presidente de la Comisión, a pesar de que este debe aprobar el nombramiento del primero por el Consejo Europeo⁶⁶.

4. La reforma administrativa constitucionalizada en el Reglamento Financiero⁶⁷

El objetivo de este epígrafe es poner de manifiesto cómo algunos aspectos de la reforma de la Comisión en el Proyecto de Constitución no son coherentes con las directrices que están guiando la reforma administrativa de la institución⁶⁸.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Art. I-23.2 del Proyecto.

⁶⁵ Art. III-194.2 del Proyecto.

⁶⁶ El Consejo Europeo nombrará al Ministro de Asuntos Exteriores por mayoría cualificada, con aprobación del Presidente de la Comisión, art. I-27.1 del Proyecto.

⁶⁷ El título de este epígrafe está inspirado en el artículo de P. CRAIG titulado "The Constitutionalization of Community Administration" (Jean Monnet Working Paper 3/2003), donde el autor analiza la creciente constitucionalización de la Administración comunitaria, cuyos principios y directrices han sido recogidos, según el autor, en una norma de importancia constitucional como es el nuevo Reglamento Financiero de la Unión (Reglamento n.1605/2002 Del Consejo, de 25 de junio de 2002).

⁶⁸ Respecto la reforma administrativa de la Comisión véanse entre otros, A. Stevens en "The European Commission: nature, role and future", Working Paper NR 2 (13) 1997, University of Economics, Poznań; M. Egeberg en "The European Commission, the evolving EU executive", Working Paper N. 30, 2002, Advanced Research on

La reforma administrativa de la Comisión tuvo su origen en una Resolución del Parlamento Europeo de 14 de enero de 1999, sobre la mejora de la gestión financiera de la Comisión Europea, en la que se solicitaba la convocatoria urgente de un Comité de Expertos Independientes que analizase cómo la Comisión había hecho frente a los casos de fraude, irregularidades, mala gestión y nepotismo que, incluso, habían aparecido en la prensa europea. La Resolución del Parlamento Europeo dio lugar a la convocatoria de un Comité de Expertos Independientes que debía analizar la responsabilidad política de la Comisión en el proceso. El Informe, conocido como Primer Informe del Comité de Expertos Independiente⁶⁹, provocó la dimisión en bloque de la Comisión Santer.

Las conclusiones del Primer Informe, a las que me refiero brevemente a continuación, son claves para entender el proceso de reforma administrativa iniciado por el Presidente Prodi y dirigido por el Vicepresidente Kinnock. Las líneas directrices de la reforma ponen de manifiesto los principios que rigen la reforma administrativa de la Comisión. Unos principios que están recogidos en el nuevo Reglamento Financiero y en el Proyecto de Constitución europea. Estos principios deberían guiar el ejercicio de las competencias que el Proyecto de Constitución atribuye a la Comisión. No obstante, diversos aspectos de la reforma constitucional obstaculizan la plena efectividad de los mismos.

El Primer Informe destacó, en primer lugar, el exceso de tareas asumidas por la Comisión en los últimos años sin que se hubiera incrementado simultáneamente la dotación de medios, especialmente de recursos humanos⁷⁰. Las consecuencias negativas para el funcionamiento de la institución fueron: por un lado, el aumento espectacular de la externalización de funciones públicas en sujetos privados (esencialmente, en las denominadas Oficinas de Asistencia Técnica) y, por otro lado, el exceso de tareas transformó a la Comisión en un órgano especializado en la gestión

the Europeanisation of the Nation- State, Norway; P. Craig en "The Fall and Renewal of the Commission: Accountability, Contract and Administrative Organisation", *European Law Journal*, June 2000, pp. ??; E. Nieto en "El Proceso de reforma de la Comisión Europea", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n° 218, marzo/abril 2002, págs. 66-80. Un resumen de la reforma administrativa de la Comisión puede consultarse en C. Harlow, *Accountability in the European Union*, OUP, 2002, pp. 53-57.

⁶⁹ Comité de Expertos Independientes, Primer Informe sobre presuntos casos de fraude, mala gestión y nepotismo en la Comisión Europea, de 15 de marzo de 1999. Disponible en www.europarl.eu.int/experts/report1_es.htm

⁷⁰ Primer Informe, cit, apartados 9.4.1-4.

de programas comunitarios, con escaso tiempo para diseñar, dirigir y controlar la ejecución de nuevas políticas comunitarias⁷¹. En segundo lugar, el citado Informe puso de manifiesto que los procedimientos de control interno eran obsoletos e ineficaces: el visado previo centralizado y la auditoría interna no impidieron los supuestos de fraude y las irregularidades detectadas⁷². Todos los supuestos de fraude e irregularidades habían recibido el visado previo, lo que demostró que la autorización se otorgaba habitualmente de forma automática a la mayoría de las operaciones. El Primer Informe propuso descentralizar el control financiero para que cada ordenador del gasto fuese a la vez responsable del mismo, sin transferir esa responsabilidad al interventor de la operación⁷³. En tercer lugar, otra de las conclusiones del Informe fue la errónea política de recursos humanos de la Comisión⁷⁴. El Informe constató la irresponsabilidad de los titulares de órganos superiores sobre las decisiones adoptados por sus subordinados. No existía una cadena de responsabilidad que vinculase al Director General con todos los operadores de su departamento, ni casi de éste con el Comisario ni con el Colegio de Comisarios. El incremento de la responsabilidad a todos los niveles es una de las prioridades de la

⁷¹ En palabras de C. HARLOW: "In the half-century during which the Commission has presided with some success over the affairs of the EU, its functions have changed radically. Not only have its duties greatly expanded with the increasing power and influence of the EU, but they have also changed in character: from rule-making and market regulation to administrator of grants and, in the most recent phase, adviser on foreign affairs, defence, justice, and immigration. The enforcement functions have also expanded dramatically and, as we shall see, more is expected of the Commission in this field. Yet the Council, which has not hesitated to load the Commission with new functions, has notably failed to provide the extra staff and funding which would make the load bearable". *Accountability ...*, *ob.*, *cit.*, p. 63.

⁷² Sobre este tema puede consultarse el documento "A new Framework for Resource Management and Internal Auditing in the Commission: Security for money and value for money", Informe final del Grupo de Planificación y Coordinación de Auditoría Interna, de 22 de febrero de 2000, p. 14. Previamente analizó este tema el *Segundo Informe del Comité de Expertos Independientes*, de 10 de septiembre de 1999, pp. 117-133, publicado en www.europarl.eu.int/experts/

⁷³ *Primer Informe*, *cit.*, apartado 9.4.18.

⁷⁴ Entre otras críticas el Informe destacó la escasez de personal en la Comisión que tuvo como consecuencia la proliferación de contratos temporales, que posteriormente se renovaban de forma casi automática, puesto que ningún director general podía prescindir del personal contratado temporalmente. Además, en determinados sectores la temporalidad suponía una pérdida de conocimientos y de experiencia importante. Me remito a mi trabajo sobre "El proceso de reforma de la Comisión Europea", *cit.*, p. 69. Sobre la reforma de la política de personal puede consultarse el *Segundo Informe*, *cit.*, vol.II, apartados 6.2.11 a 6.2.17, p. 207.

reforma administrativa, tal como puso de manifiesto el Señor Prodi en su discurso ante el Parlamento Europeo el 4 de mayo de 1999⁷⁵:

"I am firmly convinced that increasing the efficiency and accountability of the Commission in future largely depends on greatly reducing the grey areas which currently tend to blur demarcations lines of autonomy and responsibility between those performing more political tasks and those more involved with administration".

Basándose en las conclusiones del Primer Informe, el Presidente Prodi anunció, en su discurso de toma de posesión ante el Parlamento Europeo, las líneas maestras de la reforma de la institución: la potenciación de la coordinación interna de la Comisión, el incremento de la descentralización de sus funciones, el establecimiento de prioridades políticas, la planificación de actividades teniendo en cuenta los recursos disponibles y la dimisión de cualquier Comisario si el Presidente se lo pedía⁷⁶.

En esta línea, el *Libro Blanco de Reforma de la Comisión Europea* estableció que la estrategia de la reforma debía basarse en los principios de independencia, responsabilidad, obligación de rendir cuentas, eficacia y transparencia⁷⁷. La independencia para los funcionarios y Comisarios de la institución, de modo que en ningún caso actuaran siguiendo instrucciones de ningún gobierno u organismo. El principio de responsabilidad aplicado a todos los niveles de la institución, como necesidad ineludible puesta de manifiesto en el Segundo Informe del Comité de Expertos⁷⁸, así como la obligación de rendir cuentas por la gestión realizada al Consejo y al Parlamento, lo que implicaba la utilización de los recursos con eficacia y eficiencia.

Los principios y directrices de la reforma administrativa de la Comisión han sido desarrollados en documentos posteriores⁷⁹. Desde un

⁷⁵ <http://europa.eu.int/comm/commissioners/prodi/speeches>. La cita corresponde a C. HARLOW, *Accountability...*, ob., cit., p. 57.

⁷⁶ Discurso de Romano Prodi, Presidente designado de la Comisión Europea, al Parlamento Europeo, de 21 de julio de 1999.

⁷⁷ Véase, el *Libro Blanco de Reforma de la Comisión Europea* de 5 de abril de 2000, p. 8. Disponible en: www.europa.eu.int/comm/reform/index_es.htm.

⁷⁸ Véase, *Segundo Informe*, cit., p. 120, apartado 4.7.1.

⁷⁹ Véanse, entre otros, *Externalisation of the management of Community programmes*, Planning and Coordination Group on Externalisation, Mayo 2000. Documento cuyas propuestas fueron recogidas por la Comisión en la Comunicación titulada *Externalisation of the management of Community programmes including presentation of a*

punto de vista funcional, los principios de independencia, de responsabilidad, de coordinación, de transparencia y de eficacia vertebran la nueva regulación de la Administración comunitaria.

En este sentido, la Exposición de Motivos del Reglamento Financiero de 2002 recoge, junto a los principios de derecho presupuestario que rigen la ejecución del Presupuesto de la Unión⁸⁰, las formas de ejecución del mismo. Respecto a las formas de ejecución, el Reglamento distingue entre ejecución centralizada por la Comisión, ejecución compartida con los EEMM o descentralizada con terceros países beneficiarios de ayudas exteriores de la Unión o, por último, ejecución conjunta con organismos internacionales⁸¹. La ejecución centralizada por la Comisión puede ser asumida directamente por los servicios de la Comisión o bien puede ser ejecutado indirectamente por delegación en Organismos de derecho comunitario o de derecho público nacional⁸².

Resulta muy interesante comprobar cómo la Comisión ha tratado de asegurarse el máximo control sobre la ejecución de programas comunitarios, no sólo cuando ésta se realice de forma centralizada por los propios servicios de la Comisión, sino también cuando la misma se haya delegado en Organismos de derecho comunitario creados por la propia institución para la ejecución indirecta de algunas partes de los programas comunitarios⁸³. Así, por ejemplo, la creación de un nuevo

framework regulation for a new type of executive agency, COM (2000) 788 final, Diciembre de 2000. También el documento citado en nota a pie 72, que propone reformas en el ámbito del control financiero recogidas actualmente en el nuevo Reglamento Financiero de 2002. Otros documentos que desarrollan las directrices de la reforma administrativa pueden consultarse en http://www.europa.eu.int/comm/reform/refdoc/index_en.htm.

⁸⁰ Apartado 3º de la Exposición de Motivos del Reglamento Financiero de 2002.

⁸¹ Apartado 16º de la Exposición de Motivos.

⁸² En la ejecución centralizada indirecta la Comisión no podrá delegar “aquellas competencias propias de la potestad pública que entrañen un poder discrecional de apreciación” (apartado 17º Exposición de Motivos del R. Financiero). Pero, además, los organismos de derecho público en los que la Comisión delegue competencias deberán disponer de “procedimientos de adjudicación de contratos transparentes, de controles internos eficaces, de un sistema de rendición de cuentas distinto del resto de sus actividades y de una auditoría externa” (apartado 18º, Exposición de Motivos).

⁸³ El Grupo encargado de estudiar la externalización de funciones de la Comisión propuso, entre otras opciones, la creación de un nuevo tipo de Agencia europea encargada de la ejecución de programas comunitarios (*Externalisation of the management of Community programmes*, Planning and Coordination Group on Externalisation,

tipo de Agencia europea, denominada Agencia ejecutiva, es una decisión discrecional de la Comisión vinculada a la necesidad de externalizar la gestión de uno o varios programas comunitarios pero sin perder el control de la ejecución del mismo⁸⁴. En este sentido, la Agencia ejecutiva se define como “organismo comunitario que ejercerá una función de servicio público”⁸⁵, dotado de personalidad jurídica para cualquier tarea que implique el ejercicio de un programa comunitario salvo “aquellas que impliquen un margen de valoración que pueda plasmarse en opciones políticas”⁸⁶. Toda Agencia ejecutiva estará administrada por un Comité de Dirección y un Director, el primero compuesto por cinco miembros nombrados por la Comisión y, el segundo, nombrado también por la Comisión, deberá ser además un funcionario de la misma⁸⁷.

La idea de control y responsabilidad máxima de la Comisión sobre la ejecución de programas comunitarios ha sido determinante para que el Reglamento establezca un recurso frente a los actos de las Agencias ejecutivas que deberá resolver la Comisión^{88, 89}. El plazo es de un mes desde que se produjo el daño y la Comisión debe resolver

May 2000). Una propuesta recogida por la Comisión en el documento COM (2000) 788 final, pp. 4-5.

La propuesta pretendía evitar que se repitieran algunos casos de la etapa Santer, en la que la gestión de programas comunitarios realizada por algún servicio de la Comisión junto con entidades privadas contratadas al efecto había derivado en fraude y conflicto de intereses. Véase la Sentencia de 19 de marzo de 1998, asunto T-74/94, Jefe de la Unidad de Turismo.

⁸⁴ El estatuto de las agencias ejecutivas encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios ha sido regulado por el Reglamento 58/2003, del Consejo, de 19 de diciembre de 2002. El Reglamento Financiero regula la ejecución del presupuesto de este tipo de Agencia en sus arts. 54 a 57.

⁸⁵ Art. 4.1 del Reglamento de las Agencias ejecutivas

⁸⁶ Art. 6.1 del citado Reglamento.

⁸⁷ Art. 8 y 10 del Reglamento de las Agencias ejecutivas.

⁸⁸ Este tipo de recurso administrativo existe en derecho interno. Por ejemplo, en España se denomina recurso de alzada impropio porque se produce entre entidades entre las que no existe relación jerárquica, como la Administración territorial y un Organismo autónomo o una Entidad Pública Empresarial. Es un tipo de recurso que se da entre entidades con una relación de instrumentalidad.

⁸⁹ Este tipo de recurso ha sido criticado por P. Craig puesto que no contribuye a afianzar uno de los objetivos de la reforma administrativa, es decir, a incrementar la responsabilidad de cada unidad y de cada organismo comunitario. P. CRAIG en “The Constitutionalization of Community Administration”, *ob. cit.*, pp. 16-18, especialmente p. 18.

en un plazo de dos meses. Si la Comisión no resuelve expresamente en ese periodo el recurso se entenderá desestimado⁹⁰.

El art. III.304.1 del Proyecto de Constitución señala los rasgos esenciales de la Administración europea: abierta, eficaz e independiente.

Responsabilidad, máximo control, eficacia en la gestión, son principios que vertebran la reforma administrativa de la Comisión pero de difícil localización en la Parte Primera del Proyecto, donde se regula la composición y competencias de la Comisión⁹¹. Como es sabido, ni los EEMM ni la propia Comisión aceptan la composición de la institución prevista en el Proyecto. Las tensiones que generaría la existencia de dos grupos de Comisarios harían inoperativa la institución⁹². La propuesta del Proyecto no resuelve cuestiones esenciales para el funcionamiento concreto de la Comisión, como por ejemplo⁹³: ¿si los Comisarios sin derecho a voto son miembros del Colegio? ¿Si pueden asistir a las reuniones del mismo y participar en los debates? ¿Si pueden ser habilitados para tomar decisiones en nombre de la Comisión?

Frente al modelo del Proyecto la propia Comisión ha propuesto un modelo alternativo que, por un lado, respeta el acuerdo alcanzado en el Tratado de Niza manteniendo un Comisario por cada EEMM y, por otro lado, prioriza la eficacia de la institución⁹⁴. La Comisión propone la descentralización del procedimiento de toma de decisiones mediante la estructuración del Colegio en Grupos de Comisarios. Cada Grupo estará formado por siete miembros, como mínimo. No obstante, sólo el Presidente podrá formar parte de más de tres Grupos. Según la propuesta de la Comisión, el Presidente decidiría la composición de los Grupos y propondría al Colegio el nombramiento de los Presidentes de cada Grupo. El Ministro de Asuntos Exteriores presidiría el Grupo encargado de la acción exterior de la Unión.

En la propuesta de la Comisión se prevé que la mayoría de las decisiones sean adoptadas, en su nombre, por el Grupo de Comisarios

⁹⁰ Art. 22.1 del Reglamento de las Agencias ejecutivas.

⁹¹ Una referencia mínima a la eficacia de la Comisión la encontramos en la disposición dedicada a las competencias del Presidente de la Comisión. El art. I-26.3 del Proyecto establece que el Presidente determinará la organización interna de la Comisión "en aras de la coherencia, la eficacia y la colegialidad de su actuación".

⁹² Opinión expresada por la propia Comisión en el documento COM (2003) 548 final, p. 5. Véase nota a pie n. 10 de este trabajo.

⁹³ COM (2003) 548 final, nota a pie n.3.

⁹⁴ Véase el documento COM (2003) 548 final, Anexo I y II, pp. 17, 18 y 21.

competente en la materia⁹⁵. Solamente las decisiones más importantes citadas en el Reglamento interno serían adoptadas por el Colegio de Comisarios, como por ejemplo, el programa anual, el proyecto de presupuesto de la Unión, las perspectivas financieras o el sometimiento a una jurisdicción⁹⁶. No obstante, el Presidente podría incluir en el orden del día otras decisiones a adoptar por el Colegio, así como el Grupo competente en la materia o cualquier Comisario que tenga conocimiento del asunto cuando lo consideren necesario por la importancia de la decisión⁹⁷.

El riesgo que supone el modelo propuesto en el Proyecto de Constitución no se limita a la posible ineficacia de la institución por las tensiones internas generadas entre los dos tipos de Comisarios previstos en el mismo. A ello hay que añadir el riesgo de bloqueo de la estructura administrativa que se podría producir si la ampliación de competencias de la Comisión no va acompañada de un incremento proporcional de los recursos humanos y materiales de la institución. Es decir, la inclusión de las políticas correspondientes al Segundo y Tercer Pilar dentro de la estructura institucional de la Unión junto con la ampliación de la potestad normativa y ejecutiva de la Comisión deberá ir acompañada de un incremento notable de los recursos disponibles de la institución. La experiencia demostró que el incremento de tareas de la Comisión sin la asignación de los recursos necesarios por parte del Consejo, derivó en casos de fraude y mala administración. La estructura administrativa pensada para la realización de un proyecto de integración económica entre seis EEMM en un periodo de rápido crecimiento económico está siendo objeto de un proceso de reforma con el fin de adaptarla a una Unión ampliada en un periodo de circunstancias económicas menos favorables. El esfuerzo realizado con la implementación de la reforma administrativa corre el riesgo de fracasar si el Consejo y el Parlamento Europeo no tienen en cuenta las necesidades de la misma a la hora de aprobar el Presupuesto de la Unión.

⁹⁵ El Grupo adoptaría las decisiones por mayoría de los miembros que lo componen, Anexo III, cit., p. 21.

⁹⁶ Anexo III del documento COM (2003) 548 final, p. 21.

⁹⁷ Los proyectos de decisiones adoptadas en nombre de la Comisión por los Grupos de Comisarios deberán comunicarse previamente al resto de Comisarios por si éstos quieren hacer observaciones. Anexo III del documento COM (2003) 548 final, p. 21.

5. La reforma constitucional y el principio de equilibrio institucional

Uno de los debates provocados por toda modificación de los Tratados constitutivos es aquel que se refiere a las implicaciones de la reforma proyectada sobre el principio de equilibrio institucional⁹⁸. La reforma que el Proyecto de Constitución pretende introducir ha suscitado el mismo debate, especialmente por el fortalecimiento de las competencias de la Comisión que supone⁹⁹. No obstante, creo que esos temores son infundados y se basan en un análisis parcial del Proyecto de Constitución. El objetivo de este epígrafe es reconstruir las características y funcionalidad del principio en el sistema jurídico europeo y señalar los elementos del Proyecto de Constitución que, en mi opinión, sirven de contrapeso al fortalecimiento del rol de la Comisión europea. Unos elementos que minimizan el impacto que la reforma constitucional proyectada pudiese tener sobre el principio de equilibrio institucional de poderes.

El principio de equilibrio institucional fue mencionado por primera vez por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el celebre caso *Meroni*, cuando el Tribunal tuvo que decidir si la High Authority had, by its Decision No 14/55, delegated to the Brussels agencies powers which they were ill-qualified to exercise. Interpretando el art. 3 del TCECA (ECSC Treaty), el Tribunal señaló que¹⁰⁰:

“the objectives set out in Article 3 are binding not only on the High Authority, but on the “institutions of the Community...within the limits of their respective powers, in the common interest”.

From that provision there can be seen in the balance of powers which is characteristic of the institutional structure of the Community a fundamental

⁹⁸ Véanse, entre otros, D. NICKEL, M. PETITE, “Amsterdam and European Institutional Balance. A panel discussion”, *Harvard Jean Monnet Working Paper Series* 14/98; X.A. YATAGANAS, “The Treaty of Nice: The Sharing of Power and the Institutional Balance in the European Union – A Continental Perspective”, *Jean Monnet Working Paper Series* 1/01.

⁹⁹ P. Craig ha analizado los efectos que la regulación de los reglamentos delegados prevista en el Proyecto puede tener sobre el principio de equilibrio institucional. El autor señala que los efectos dependerán de tres factores: la detallada o abstracta redacción de las Leyes europeas y de las Leyes marco europeas, los controles que las Leyes establezcan y la voluntad del Tribunal de Justicia para hacerlos operativos y, finalmente, el mantenimiento de los Comités de reglamentación y de gestión aunque con una función consultiva. En “The Hierarchy of Norms”, *ob., cit.*, p. 13.

¹⁰⁰ Case C-9/56, *Meroni*, Judgment of 13.6.1958, p. 152.

guarantee granted by the Treaty in particular to the undertakings and associations of undertakings to which it applies”.

Desde entonces, el Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre este principio señalando que “the Treaties set up a system for distributing powers among the different Community institutions, assigning to each institution its own role in the institutional structure of the Community and the accomplishment of the tasks entrusted to the Community”¹⁰¹.

En cuanto al significado del principio, el Tribunal señaló que “[the] Observance of the institutional balance means that each of the institutions must exercise its powers with due regard for the powers of the other institutions. It also requires that it should be possible to penalize any breach of that rule which may occur”¹⁰².

El principio de equilibrio institucional es un principio estructural que rige las relaciones entre las instituciones comunitarias, no asimilable al principio de separación de poderes¹⁰³. La distribución de poder en la Unión Europea no se basa en el principio de separación de poderes formulado por Montesquieu en el s. XVIII¹⁰⁴. De acuerdo con las disposiciones institucionales de los Tratados fundacionales, el concepto de división de poderes no encaja con las potestades atribuidas a las instituciones. No existe en los Tratados una división clara entre la institución a quien corresponde ejercer el poder legislativo (Consejo, Comisión y Parlamento) y la que debe ejercer el poder ejecutivo (Comisión, Consejo), sin mencionar a las Administraciones nacionales quienes comparten con la Administración comunitaria el poder ejecu-

¹⁰¹ Case C-70/88, *European Parliament v Council*, Judgment of 22.5.1990, para.21.

¹⁰² *Ibidem*, para.22.

¹⁰³ G. GUILLERMIN, “Le principe de l’équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (1)”, *Journal du Droit International* n° 1, 1992, p. 319.

¹⁰⁴ Los autores admiten que la versión ripartita (Pescatore) u orgánica (Lenaerts) del principio de separación de poderes no se corresponde con la distribución de potestades establecida en los Tratados fundacionales. PESCATORE intenta una revisión del principio clásico adaptándolo a la estructura cuatripartita que tenían las Comunidades al inicio, en “L’Executif communautaire: justification du quadripartisme institue par les Traites de Paris et de Rome”, *Cahiers de Droit Européen* n.4, 1978, pp. 388 y 389. Por su parte, LENAERTS propone un concepto funcional del principio de división de poderes para la UE, en “Some reflections on the separation of powers in the European Community”, *CMLR* 28, 1991, pp. 13 y 14.

tivo¹⁰⁵. El poder judicial es el único que puede ser identificado con una única institución comunitaria, correspondiéndole al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La finalidad perseguida con el principio de separación de poderes en los regímenes políticos democrático-liberales no se adapta tampoco a la estructura supranacional de la UE. La finalidad del principio fue y sigue siendo garantizar la libertad política evitando la concentración de todo el poder en una única mano, que es precisamente cómo se define un gobierno despótico¹⁰⁶. Sin embargo, en la UE la distribución de potestades y competencias entre las instituciones no trataba de garantizar la libertad política, sino que la Comisión, institución que representa el interés comunitario, no acumulara excesivo poder frente al Consejo y el Parlamento, donde si están más directamente representados los intereses nacionales. El principio de equilibrio institucional garantiza la interacción equilibrada de los distintos intereses representados por las instituciones de la Unión¹⁰⁷.

La función del principio de equilibrio institucional no se limita a garantizar a través de la interpretación judicial de los Tratados que cada institución comunitaria actúe dentro de las potestades que le han sido atribuidas, sino que además es una garantía que protege las competencias de los EEMM y a sus ciudadanos, evitando que las instituciones comunitarias invadan las competencias de los primeros o lesionen los derechos de los segundos actuando fuera del ámbito de las competencias atribuidas por los Tratados (*ultra vires doctrine*)¹⁰⁸.

Ahora bien, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión se ha limitado a destacar la funcionalidad del principio como garantía horizontal que preservaría las competencias atribuidas a cada institución por los Tratados frente a la actuación del resto de instituciones comunitarias. En este sentido, la operatividad del principio como instrumento de control utilizable por el Tribunal para fundamentar sus decisiones fue puesta de manifiesto en casos como el conocido *Parti*

¹⁰⁵ K. LENAERTS, "Some reflections on the separation of powers...", cit., p. 15.

¹⁰⁶ R. DEHOUSSE, "Comparing National and EC Law: The Problems of the Level of Analysis", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994, pp. 776.

¹⁰⁷ K. Lenaerts, A. Verhoeven, "Institutional Balance as a guarantee for Democracy in EU Governance", en *Good Governance in Europe's Integrated Market*, edited by G. Joerges, R. Dehousse, OUP, 2002, p. 43.

¹⁰⁸ El principio de equilibrio institucional actuaría como un escudo protector de las competencias de los EEMM frente a las instituciones de la Unión. E. Vos, p. 88.

*écologiste "Le Verts"*¹⁰⁹. El Tribunal reconoció legitimación pasiva al Parlamento Europeo para ser parte demandada en un recurso de anulación por una decisión adoptada por esa institución aun cuando el art. 173 TCE sólo hacía referencia a actos del Consejo y de la Comisión. La argumentación del Tribunal se basó en la necesaria revisión judicial de cualquier decisión del Parlamento Europeo adoptada en el ámbito del TCE que pudiera invadir las competencias de otra institución comunitaria o de los EEMM¹¹⁰. No obstante, la referencia expresa al principio de equilibrio institucional, como instrumento de control de las competencias de cada institución utilizable por el Tribunal de Justicia, la encontramos más adelante, en el citado caso *European Parliament v Council*¹¹¹.

La operatividad descrita del principio de equilibrio institucional, junto con el carácter de la Unión como Comunidad de Derecho, han permitido al Tribunal de Justicia realizar una interpretación constructiva de los Tratados salvando las posibles lagunas que los mismos pudieran tener¹¹². De ahí que el principio de equilibrio institucional ocupe un lugar destacado en el sistema jurídico de la Unión. Precisamente, la centralidad del mismo dentro del sistema jurídico de la Unión determina que cada modificación de los Tratados que afecte a las potestades y competencias de las instituciones provoque un debate en torno a la posible

¹⁰⁹ Case C-294/83, *Parti écologiste "LesVerts" v European Parliament*, Judgment of the Court 23.4.1986. Previamente el Tribunal había declarado la nulidad de reglamentos del Consejo, cuyo procedimiento de elaboración no había respetado un elemento esencial del procedimiento normativo previsto en el Tratado, como era la consulta al Parlamento Europeo. Las Sentencias del Tribunal señalan que la consulta al Parlamento Europeo en el procedimiento legislativo constituye un factor esencial para el mantenimiento del principio de equilibrio institucional. Véase, Case C-138/79, *SA Roquette Frères v Council*, Judgment of the Court of 29.10.1980, para. 32-36. La misma argumentación en Case C-139/79, *Maizena GmbH v Council*, Judgment of the Court of 29.10.1980, para. 33-37.

¹¹⁰ "Measures adopted by the European Parliament in the context of the EEC Treaty could encroach on the powers of the Member States or of the other institutions, or exceed the limits which have been set to the Parliament's powers, without its being possible to refer them for review by the Court. It must therefore be concluded that an action for annulment may lie against measures adopted by the European Parliament intended to have legal effects vis-à-vis third parties", para.25 in fine, *Ibidem*.

¹¹¹ Véase nota a pie 101 y párrafo correspondiente a nota a pie 102.

¹¹² En este sentido, GUILLERMIN, *ob. cit.*, p. 341.

vulneración del principio¹¹³. La importancia del respeto al principio de equilibrio institucional ha sido señalada de nuevo en los documentos de trabajo de la Convención¹¹⁴. El Proyecto de Constitución ha hecho surgir, de nuevo, el debate sobre el equilibrio institucional de poderes dentro de la Unión Europea¹¹⁵.

Mi trabajo se limitará a señalar cómo a pesar del fortalecimiento de la Comisión es posible encontrar otros elementos en el Proyecto de Constitución que sirven de contrapeso a ese fortalecimiento¹¹⁶.

La primera idea que debemos tener presente es que el principio de equilibrio institucional no es un principio estático sino dinámico, que puede ser modificado con revisiones ulteriores de los Tratados. El sistema de distribución de poderes entre las instituciones establecido en los Tratados, así como las competencias y tareas asignadas a cada institución pueden ser objeto de modificación posterior.

La clave del mantenimiento del principio de equilibrio de poderes con la modificación constitucional proyectada, concretamente con la reforma de la Comisión prevista en el Proyecto de Constitución, está en la atribución al Parlamento Europeo de mayores facultades de control sobre esta institución. El fortalecimiento del Parlamento Europeo, que pasa a ser colegislador ordinario junto con el Consejo, y las facultades de control que éste podrá ejercer sobre la Comisión afianzan, en mi opinión, el principio de equilibrio institucional en el sistema jurídico de la Unión.

No es objeto de este trabajo el estudio de las modificaciones que el Proyecto de Constitución pretende introducir en las competencias del Parlamento Europeo, en consecuencia me limitaré a señalar lo que he denominado facultades de control del Parlamento Europeo sobre la Comisión comparando la situación actual con las modificaciones que introduce el Proyecto de Constitución.

En la redacción actual de los Tratados es difícil deducir la existencia de una clara responsabilidad política de la Comisión ante el Parlamento Europeo¹¹⁷. De hecho, los Tratados enfatizan el carácter

¹¹³ Véase nota a pie 98.

¹¹⁴ CONV 770/03, p. 2.

¹¹⁵ P. CRAIG, "The Constitutional Treaty: Legislative and Executive Power in the Emerging Constitutional Order", cit, p. 1.

¹¹⁶ Respecto al incremento de competencias de la Comisión me remito a lo expuesto en el epígrafe tercero de este trabajo.

¹¹⁷ C. HARLOW, *Accountability in the European Union*, ob., cit., p. 58.

apolítico de la Comisión (art. 213 TCE) y la independencia de la institución aunque admitiendo la posible moción de censura del Parlamento sobre la gestión de la misma (art. 201 TCE).

Los Tratados de Amsterdam y de Niza introdujeron modificaciones tendentes a reforzar el control político del Presidente sobre el Colegio de Comisarios. Ámsterdam concedió al Presidente de la Comisión la posibilidad de oponer su veto sobre los futuros Comisarios propuestos por los EEMM¹¹⁸. Por su parte, el Tratado de Niza recogió expresamente el acuerdo tácito impuesto por Prodi a los Comisarios, en el sentido de que debía presentar su dimisión si el Presidente se lo solicitaba. La reforma operada por el Tratado de Niza otorgó al Presidente de la Comisión la competencia para el nombramiento de los Vicepresidentes con el consentimiento del Colegio de Comisarios¹¹⁹.

Las modificaciones introducidas por las reformas de Ámsterdam y Niza junto con la intervención externa del Tribunal de Justicia de las Comunidades¹²⁰ y del Parlamento Europeo¹²¹ reforzaban la autoridad del Presidente de la Comisión sobre el Colegio de Comisarios¹²². En esta línea el Proyecto de Constitución reitera que las responsabilidades que incumben a la Comisión serán estructuradas y repartidas entre sus miembros por el Presidente y que los Comisarios ejercerán las funciones que les atribuya el Presidente bajo la autoridad de éste¹²³.

Más concretamente, los procedimientos de nombramiento y de dimisión o cese de los Comisarios, ligeramente modificados con las últimas reformas de los Tratados, avanzan en la línea de introducir una más clara responsabilidad política y de gestión del Colegio¹²⁴.

¹¹⁸ Actual art. 214.2, 2º párrafo TCE.

¹¹⁹ Art. 217 TCE.

¹²⁰ El art. 216 TCE prevé que cualquier miembro de la Comisión que deje de reunir las condiciones requeridas para el cargo podrá ser cesado por el Tribunal de Justicia, a instacia del Consejo o de la Comisión. Reiterado en el art. 213.2 in fine TCE para cuando los Comisarios incumplan las obligaciones impuestas por los Tratados.

¹²¹ El art. 201 TCE regula la moción de censura del Parlamento Europeo sobre la gestión de la Comisión.

¹²² C. HARLOW, *ob., cit.*, p. 59.

¹²³ Art. III-254 del Proyecto que es la versión adaptada del actual art. 217.2 TCE, según la redacción consolidada con el Tratado de Niza.

¹²⁴ Sobre las dificultades que encuentra el ejercicio de la acción disciplinaria y el control jerárquico en el seno de la Comisión Europea, véase C. HARLOW, *ob., cit.*, p. 59.

La actual redacción de los Tratados establece que:

“El Consejo reunido en su formación de Jefes de Estado o de Gobierno y por mayoría cualificada, designará a la personalidad a la que se proponga nombrar Presidente de la Comisión; el Parlamento Europeo deberá aprobar dicha designación.

El Consejo por mayoría cualificada y de común acuerdo con el Presidente designado, adoptará la lista de las demás personalidades a las que se propongan nombrar miembros de la Comisión, establecida de conformidad con las propuestas presentadas por los Estados Miembros.

El Presidente y los demás miembros de la Comisión designados de este modo se someterán colegiadamente al voto de aprobación del Parlamento Europeo. Una vez obtenida la aprobación del Parlamento Europeo, el Presidente y los demás miembros de la Comisión serán nombrados por el Consejo por mayoría cualificada”¹²⁵.

El nombramiento del Presidente de la Comisión y de los demás miembros del Colegio corresponde al Consejo por mayoría cualificada¹²⁶. No obstante, la designación de todos ellos debe contar con la aprobación del Parlamento Europeo.

Frente al procedimiento descrito en el cual el Parlamento Europeo sólo tiene un papel secundario, de aprobación de una designación realizada por el Consejo, el procedimiento establecido en el Proyecto de Constitución refuerza el rol del Parlamento Europeo.

El Proyecto de Constitución atribuye al Parlamento Europeo facultades de control sobre la Comisión Europea en tres etapas esenciales: 1. En el nombramiento del Presidente. 2. En la composición del Colegio. 3. Durante el mandato de la Comisión.

1. Respecto al nombramiento del Presidente de la Comisión, corresponde al Consejo Europeo proponer al Parlamento Europeo el candidato a Presidente de la Comisión teniendo en cuenta el resultado de las elecciones en el Parlamento Europeo¹²⁷. Pero será el Parlamento Euro-

¹²⁵ Art. 214.2 TCE

¹²⁶ El Tratado de Niza introdujo la regla de la mayoría cualificada en sustitución de la unanimidad requerida en las redacciones anteriores del precepto.

¹²⁷ Procedimiento descrito en el art. I-26.1 del Proyecto de Constitución. El precepto pretende incrementar la legitimidad democrática de la Comisión obligando al Consejo a tener en cuenta los resultados electorales en las elecciones al Parlamento Europeo cuando proponga a esa institución un candidato a Presidente de la Comisión.

peo el que nombre al Presidente de la Comisión aceptando la propuesta por mayoría de votos a favor de los parlamentarios. Si el Parlamento rechaza la propuesta, cosa que se producirá si el candidato a Presidente de la Comisión no obtiene la citada mayoría, el Consejo Europeo deberá proponer al Parlamento Europeo otro candidato en el plazo de un mes. El cambio es importante respecto al procedimiento descrito en el art. 214.2 TCE, donde el Consejo Europeo designa al Presidente de la Comisión por mayoría cualificada, contando con la aprobación del Parlamento Europeo. La modificación del procedimiento de designación del Presidente de la Comisión prevista en el Proyecto de Constitución pone de manifiesto la voluntad decidida de incrementar el peso del Parlamento Europeo en la estructura institucional de la Unión¹²⁸.

2. Al Presidente de la Comisión, nombrado por el procedimiento descrito *supra*, le corresponderá designar trece Comisarios Europeos entre las ternas de candidatos propuestos por los Estados Miembros¹²⁹. Asimismo, según la redacción originaria del Proyecto, al Presidente le correspondía nombrar a los Comisarios sin derecho a voto¹³⁰. El Proyecto de Constitución refuerza notablemente la figura del Presidente de la Comisión al atribuirle como competencia la designación de los Comisarios frente al sistema actual en el que corresponde al Consejo por mayoría cualificada y de acuerdo con el Presidente, la designación de los Comisarios¹³¹.

El Proyecto prevé que el Presidente y los miembros del Colegio, incluido el Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión, se sometan colectivamente al voto de aprobación del Parlamento Europeo. Una disposición que adapta al Proyecto de Constitución lo previsto actualmente en el art. 214.2, 3º párrafo TCE. Ahora bien, la novedad estriba en que, según el Proyecto, el Parlamento Europeo podría rechazar

¹²⁸ P. Craig considera que el procedimiento de designación del Presidente de la Comisión previsto en el Proyecto de Constitución no aumenta la legitimidad democrática de la institución porque el Consejo Europeo sigue dominando el mismo al proponer al candidato y porque no permite a los electores del Parlamento Europeo determinar el cese de un Presidente de la Comisión con cuya dirección política no estén de acuerdo e instalar a otro en su lugar. Véase, "The Constitutional Treaty: Legislative ...", *ob., cit.*, p. 14.

¹²⁹ Art. I-26.2 del Proyecto.

¹³⁰ Una tipología de Comisario que probablemente no será incluido en la redacción definitiva del Proyecto de Constitución. Me remito a lo expuesto en el epígrafe 2.

¹³¹ Art. 214.2, 2º párrafo TCE.

la composición del Colegio si alguno de los Comisarios elegidos por el Presidente no fuera considerado competente para el ejercicio de sus funciones, no reuniese plenas garantías de independencia o hubiera pruebas en contra de su compromiso europeo¹³². En mi opinión el Proyecto introduce unos parámetros de control que el Parlamento Europeo podrá utilizar a la hora de aprobar la composición del Colegio. El Proyecto refuerza, en consecuencia, las facultades de control del Parlamento Europeo sobre la composición del Colegio.

3. Finalmente, en tercer lugar, el control del Parlamento Europeo sobre la Comisión no se limita al periodo de nombramiento del Presidente y composición del Colegio, sino que se proyecta a lo largo de su mandato de 5 años sobre toda la gestión realizada por la institución. A la posibilidad de afrontar una moción de censura ante el Parlamento Europeo, regulada en el art. 201 TCE, se añade la referencia expresa en el Proyecto a la responsabilidad colegiada de la Comisión ante el Parlamento Europeo (art. I-25.5).

El Proyecto avanza en la idea de responsabilidad política de la Comisión ante el Parlamento introduciendo la mención expresa a su responsabilidad colegiada ante el Parlamento Europeo. Además, el Proyecto establece expresamente que el Presidente de la Comisión será responsable ante el Parlamento Europeo de las actividades de los Comisarios, como lo son los Presidentes de Gobierno por la gestión de sus ministros en los sistemas de democracia parlamentaria.

Especialmente importante será la responsabilidad del Presidente y, en general, de la Comisión, por la implementación correcta y eficaz de las políticas comunitarias. Unas políticas comunitarias que serán definidas por las Leyes europeas y las Leyes marco europeas o por los reglamentos comunitarios y demás instrumentos legales de la Unión, pero que corresponderá ejecutar a la Comisión europea.

Las palabras de P. Craig resumen perfectamente cómo la Comisión está cada día sometida a mayor número de controles políticos y jurídicos:

“The EP can exercise control, through a Committee of Inquiry, through scrutiny by its regular committees, with the long stop of forcing the entire Commission out. The Ombudsman can investigate cases of maladministration.

¹³² Elementos que debe valorar el Presidente de la Comisión para la elección de los miembros del Colegio entre los candidatos propuestos por los EEMM, art. I-26.2 del Proyecto.

The Commission is moreover subject to the enormously important rules contained in the new Financial Regulation. It covers financial aspects of implementation, and also establishes detailed norms concerning the way in which policy is implemented in so far as this relates to matters such as fiscal and policy responsibility, audit, delegation, contracting out and the like”¹³³.

A estos controles hay que añadir el incremento del control político del Parlamento Europeo sobre la Comisión que regula el Proyecto de Constitución europea, como he tratado de demostrar en las páginas precedentes.

¹³³ P. CRAIG, “The Constitutional Treaty: Legislative and Executive Power ...”, *ob. cit.*, p. 58.

GIACINTO DELLA CANANEA

COMPETENZE E POTERI DELL'UNIONE
NEL PROGETTO DI COSTITUZIONE EUROPEA

SOMMARIO

1) *Premessa problematica*; 2) *Carenze ed eccessi nell'azione dell'Unione*; 3) *L'insufficiente tutela della sfera privata*; 4) *I rimedi escogitati dalla Convenzione: A) i principi fondamentali*; 5) *B) La distribuzione delle competenze*; 6) *C) I controlli sul rispetto delle competenze*; 7) *Per concludere*

Premessa problematica

Nel dibattito in corso nelle sedi istituzionali e scientifiche sull'assetto costituzionale dell'Unione europea è stato sollevato da più parti il problema, o meglio il complesso di problemi, derivante dal progressivo ampliamento delle competenze che l'Unione esercita, a titolo esclusivo o unitamente agli Stati che ne fanno parte¹.

Già il parlare di "competenze" dell'Unione europea, a dire il vero, comporta aprire una prima questione, giacché bisognerebbe chiarirne il significato. La locuzione, infatti, è imprecisa. Essa è solitamente utilizzata in ordine all'ambito materiale di attività. Ma, secondo l'orientamento più rigoroso della scienza giuridica, le "competenze" vanno tenute distinte dalle "funzioni", concepite come attività globalmente rilevanti in quanto ordinate ad una o più finalità pubbliche. Esse sono da intendere, più precisamente, come modi di riparto delle attribuzioni, ossia delle imputazioni che consentono di discernere quale istituzione

¹ Tra gli studi effettuati prima della Convenzione: A. VON BOGDANDY-J. BAST, *The European Union's Vertical Order of Competences: the Current Law and Proposals for its Reform*, in *Common market law review* (39), 2002, p. 227 ss.; S. WEATHERHILL, *Competence*, in B. DE WITTE [et al.], *Ten Reflections on the European Union*, Firenze 2002, p. 45 ss.; G. TABELLINI, *The allocation of tasks* e G. DELLA CANANEA, *Procedural remedies to the confusion of competences*, in *Institutional reforms in the European Union*, Rome, 2002, p. 47 ss., 79 ss.; A. ALESINA e I. ANGELONI, *Cosa fa l'Unione europea. E cosa dovrebbe fare*, in *Aspenia*, 2003, p. 28 ss. Il progetto di Costituzione è esaminato da P. CRAIG, *Competence: Clarity, Containment and Consideration*, nel fascicolo speciale della *European Review of Public Law*, 2003.

abbia voce per la tutela di un certo interesse². Non a caso, la disposizione in base alla quale la Commissione «esercita le competenze che le sono conferite dal Consiglio per l'attuazione delle norme da esso stabilite» (articolo 155, ultimo alinea, del Trattato istitutivo della Comunità europea, d'ora in avanti: TCE) fa riferimento alle c.d. "competenze di esecuzione", consente una traslazione della potestà di dettare precetti complementari e integrativi rispetto a quelli primari³. Non bisogna dimenticare, infine, che prima di fissare le competenze, il TCE enuncia una serie di obiettivi comuni. Essi costituiscono la base per l'interpretazione – detta teleologica – utilizzata dalla Corte di giustizia, che sovente ha legittimato l'esercizio di potestà ulteriori rispetto a quelle previste dai trattati⁴. Nella misura in cui alle competenze attengono svariati problemi, essi non possono essere commassati.

Il compito dei riformatori, inoltre, è reso più arduo dal modo in cui essi lo hanno intrapreso. Il lavoro, per molti versi pregevole, effettuato dalla Convenzione sul "futuro dell'Europa", risente del mandato che le è stato conferito dal Consiglio europeo. Nella dichiarazione di Laeken, esso ha affermato la necessità d'impedire un ampliamento strisciante delle competenze dell'Unione, prospettando come rimedio l'individuazione di aree attribuite ad essa o agli Stati e la riattribuzione a questi ultimi di taluni compiti.

Le perplessità che questo *vaste programme* solleva non sono poche, né lievi. Innanzitutto, è davvero singolare che i governi nazionali lamentino l'invasione delle competenze spettanti agli Stati membri. Proprio i governi, infatti, hanno sollecitato l'intervento delle istituzioni europee nei settori o in vista dei problemi per i quali la loro azione risultava inadeguata⁵. Detto ciò, si può dire a buon titolo che l'attuale sistema è tutt'altro che trasparente. Ma bisogna pur dire che, nella misura in cui il tratto distintivo dell'Unione consiste nel fare della divisione delle funzioni l'eccezione, della condivisione di funzioni la re-

² M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 95.

³ Per un inquadramento, G. DELLA CANANEA, *Cooperazione e integrazione nel sistema amministrativo delle Comunità europee: la questione della "comitologia"*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1990, p. 655 ss.

⁴ E. STEIN, *Un nuovo diritto per l'Europa*, Milano 1991; J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Oxford 1999.

⁵ J.H.H. WEILER, *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, p. 14.

gola⁶, un'autentica riforma comporterebbe la deviazione dall'assetto istituzionale fin qui realizzato, a favore del modello di tipo federale, cui non pochi statisti (e studiosi) si oppongono. Anche nel caso in cui prevalesse l'opinione secondo cui un profondo riordino è indispensabile⁷, bisognerebbe per prima cosa procedere ad un'analisi molto accurata d'innomerevoli norme regolatrici delle funzioni attribuite alle istituzioni europee, poi alla loro eventuale modificazione. Ad ogni modo, senza un rigoroso controllo in sede giurisdizionale, il nuovo riparto di competenze resterebbe virtuale. Insomma, non si può esaminare in modo in cui la Convenzione ha assolto il mandato che il Consiglio europeo le ha conferito⁸, senza avere prima vagliato criticamente tale mandato.

2. Carenze ed eccessi nell'azione dell'Unione europea

La Comunità, prima, e l'Unione, poi hanno concorso alla preservazione della pace in Europa, alla creazione di condizioni favorevoli per un progressivo innalzamento delle condizioni di vita delle popolazioni europee, alla cura di interessi transnazionali, come la preservazione dell'ambiente.

Tuttavia, proprio la logica di tipo funzionale ha prodotto una serie di inconvenienti. Alcuni governi, soprattutto quello francese, non perdono occasione per criticare l'ingerenza dell'Unione, in particolare della Commissione, in quelle che seguitano a percepire come scelte di politica economica nazionale⁹. Le comunità politiche infranazionali (regioni, *Laender*, comunità autonome) lamentano l'invasione delle proprie competenze. Ciò produce ripercussioni negative sul senso di identità e di appartenenza, che spesso si radica proprio in ambito locale. Da più parti, infine, si dubita della necessità di avere norme eu-

⁶ S. CASSESE, *Che tipo di potere pubblico è l'Unione europea?* (2002), ora in *Lo spazio giuridico globale*, Bari-Roma 2003, p. 55 ss.; S. WEATHERHILL, *Competence*, cit., p. 46.

⁷ Cfr. G. TABELLINI, *The allocation of tasks*, cit., p. 49, che prospetta una «ottimale» allocazione delle competenze, sulla base degli ordini concettuali del federalismo fiscale.

⁸ Sulla convenzione, una valutazione complessiva è in J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, Bologna 2003.

⁹ Sul timore dell'accentramento burocratico, G. TABELLINI, *The allocation of tasks*, cit., p. 71.

ropee che disciplinano minuziosamente i prodotti agricoli e industriali, sottolineando che l'incremento – nel numero e nella tipologia – delle regole prodotte dalle istituzioni europee non può protrarsi indefinitamente, anche per la carenza delle risorse per far fronte al problema che può dirsi di *government overload*.

Vi è, però, un altro difetto, di segno opposto rispetto al *government overload*, giacché, sempre più spesso, l'intervento dell'Unione risulta insufficiente in rapporto ad interessi essenziali per la collettività, ma che i pubblici poteri nazionali non sono in grado di curare in modo adeguato¹⁰. Se si considerano le attribuzioni tradizionalmente ascritte tra le prerogative sovrane, ci si accorge immediatamente di un'asimmetria. Infatti, per la moneta, sebbene nella letteratura economica sia discusso se la sua regolazione debba esprimersi attraverso istituzioni centralizzate autoritative, è questa la soluzione prevalsa in sede nazionale ed europea, onde assicurare la stabilità del livello generale dei prezzi. Viceversa, sebbene anche per la difesa militare (e anche per l'offesa e l'*intelligence*) le relative attività non possano non configurarsi, sul piano funzionale, come necessariamente pubbliche e accentrate, esse non competono a pubblici poteri centralizzati, ma restano sostanzialmente dominio degli apparati statali, i quali sono adeguatamente attrezzati solo in alcuni casi. Quanto appena osservato vale, in misura anche maggiore, per il settore della giustizia e degli affari interni, in rapporto al quale il più delle volte i vari poteri pubblici nazionali non sono in grado di assolvere efficacemente i propri compiti, senza un adeguato coordinamento a livello europeo (si pensi alla lotta al terrorismo, al traffico di stupefacenti, al riciclaggio di denaro proveniente da traffici illeciti).

Insomma, una ricognizione anche sommaria delle competenze dell'Unione rivela in esse difetti di segno opposto. Da ciò può trarsi una duplice indicazione. La prima è che, se l'Unione non ha più molto in comune con le organizzazioni internazionali, non assomiglia neppure alle organizzazioni politiche federali¹¹, nelle quali le competenze sono distribuite tra i vari livelli di governo. Del resto, fin dal "classico" stu-

¹⁰ Questo argomento è sviluppato da A. ALESINA e I. ANGELONI, *Cosa fa l'Unione europea. E cosa dovrebbe fare*, cit., p. 28 ss.

¹¹ *Amplius*, G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Bari-Roma, 2003. *Contra*, A. VON BOGDANDY, *The European Union as a Supranational Federation: a Conceptual Attempt in the Light of the Amsterdam Treaty*, in *Columbia Journal of European Law* (6), 2000.

dio di Kenneth Wheare sul *Federal government* si è constatato che esse hanno distribuzioni differenziate delle attribuzioni¹². Talvolta quelle dei poteri federali sono concepite come predeterminate, talvolta – invece – essi hanno la correntemente detta *Kompetenz-kompetenz*. Non esiste, dunque, un modello unitario al quale ispirarsi. L'altra conclusione è che la posizione di limiti alle competenze dell'Unione rischia di essere insufficiente e, al tempo stesso, eccessiva. È, forse, possibile stabilire confini volti ad assicurare il rispetto di alcune competenze statali, come quella gelosamente custodita dall'Irlanda riguardo all'ordinamento della famiglia. Si può anche pensare ad una indicazione mista, di finalità e di politiche, riservate ai poteri pubblici nazionali. Ma stabilire elenchi di competenze rischia di nuocere proprio agli interessi dei cittadini e delle organizzazioni, che si vorrebbero proteggere, ove l'azione dei poteri nazionali si riveli inadeguata¹³.

3. L'insufficiente tutela della sfera privata

L'atto di indirizzo emanato dal Consiglio europeo a Laeken non è una buona base per una riforma costituzionale anche per un'altra ragione. Esso trascura la disfunzione della Costituzione europea, intesa come strumento limitativo del potere pubblico.

Vi influisce la circostanza che, più all'integrazione di tipo negativo si affiancano interventi di tipo positivo, cioè politiche o azioni comuni, più si conferma valida l'intuizione di Benjamin Constant, secondo cui per tutelare i cittadini dagli abusi dei pubblici poteri, non basta ripartire i poteri, o meglio le potestà, tra le autorità pubbliche (è lo scopo che Montesquieu aveva enunciato nell'*Esprit des Lois*). Bisogna anche stabilire e far rispettare i limiti alle potestà di cui, nel complesso, esse dispongono. Viceversa, se il complesso delle potestà è illimitato, non c'è ripartizione che funga da baluardo contro gli abusi del potere («avete un bel dividere i poteri: se la somma totale del potere è illimitata, i poteri divisi non hanno che a formare una coalizione e il dispotismo è senza rimedio»)¹⁴.

¹² K.C. WHEARE, *Federal government* (1963), tr. it. *Del governo federale*, Bologna 1997.

¹³ In senso conforme, S. WEATHERHILL, *Competence*, cit., p. 47.

¹⁴ B. CONSTANT, *Principes de politique*, tr. it. parziale, *Principi di politica*, Treviso 1966, p. 97.

Questo problema è tanto più serio in quanto l'ordinamento europeo, a differenza di quello americano, ha nella diversa "identità nazionale dei suoi Stati membri" un elemento strutturale di tipo, al tempo stesso, esistenziale e deontologico. L'Unione ha – cioè – il dovere di preservare le differenti identità e appartenenze (articolo 6, comma 3, TUE). Non è scontato neppure che gli individui e i gruppi i quali hanno accettato una disciplina uniforme delle transazioni commerciali si rassegnino ad averne altre per ogni aspetto dei rapporti di lavoro o per la conformazione dei maggiori servizi pubblici, come l'istruzione, per i quali sono in gioco giudizi di valore non conciliabili. Ciò vale *a fortiori* per la sfera dei rapporti interprivati. Si pensi a temi come il diritto di contrarre matrimonio o l'aborto, per i quali – a torto o a ragione – nessuna comunità sociale e politica è disposta ad accettare un vincolo esterno¹⁵.

Non occorre condividere il confuso luogo comune sul deficit democratico¹⁶, insomma, per accorgersi che la progressiva espansione delle competenze esercitate dall'Unione incide sulle garanzie spettanti agli individui e ai gruppi, indebolendole. Si deve constatare, dunque, che il mandato conferito alla Convenzione è insoddisfacente per quel che non prevede, oltre che per ciò che dispone. Di conseguenza, non costituisce una buona base per il riordino delle competenze.

4. Le competenze secondo la Convenzione: A) i principi fondamentali

Vediamo, a questo punto, come ha agito la Convenzione. Essa ha riaffermato alcuni principi fondamentali, ha fissato una serie di regole specifiche volte a realizzare una nuova distribuzione delle competenze, ha introdotto nuovi controlli in funzione dell'osservanza di tali regole.

¹⁵ G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea*, cit., p. 40 ss. In senso analogo, si è fatto riferimento al "principio di tolleranza": J.H.H. WEILER, *The Promised Constitutional Land, in Towards a Political Unification of Europe*, London 2001, p. 33 ss. La differenza che corre tra l'Unione e gli USA è sottolineata da E.A. YOUNG, *Protecting member state autonomy in the European Union: some cautionary tales from American Federalism*, in *New York University Law Review* (77), 2002, p. 1612 ss.

¹⁶ Un'esposizione della tesi è in P. SCHMITTER, *How to Democratize the European Union and Why Bother?* (1999), tr. it. *Come democratizzare l'Unione europea e perché*, Bologna 2001; la confutazione è in A. MORAVSIK, *In Defence of Europe's Democratic Deficit: Reassessing Legitimacy in the European Union*, in *Journal of common market studies* (40), 2002, p. 610 ss.; S. CASSESE, *Is there really a democratic deficit in the European Union?*, in *Institutional reforms in the European Union*, cit., p. 19 ss.

Il progetto di costituzione riafferma tre principi già enunciati dai trattati vigenti. Il primo è il principio di attribuzione, che concerne la titolarità delle competenze. Gli altri due, relativi all'esercizio delle competenze, sono i principi di sussidiarietà e proporzionalità. Dal principio di attribuzione (articolo I-9.2) discende un duplice limite, positivo e negativo. Il limite positivo consiste nel dovere dell'Unione di agire «nei limiti delle competenze che le sono conferite dagli Stati nella Costituzione al fine di realizzare gli obiettivi da questa stabiliti». Il limite negativo è che «qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nella Costituzione appartiene agli Stati membri». A sua volta, il principio di sussidiarietà comporta che, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva, l'Unione «interviene soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente raggiunti dagli Stati membri, sia a livello centrale, sia a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere meglio raggiunti» a livello dell'Unione (articolo I-9.3). Infine, il principio di proporzionalità implica che «il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione non vanno al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi della Costituzione» (articolo I-9.4).

Se è abbastanza chiaro che la Convenzione ha inteso richiamarsi ai principi, per dir così, canonici, onde preservare le competenze spettanti ai poteri pubblici nazionali, ci si deve tuttavia chiedere quali risultati essa abbia ottenuto. Pur in presenza di disposizioni che assoggettano l'Unione, al pari della Comunità, al principio per cui le competenze sono espressamente attribuite, non se ne può certo inferire che gli Stati versino nella medesima situazione di un cinquantennio prima. Sono intervenuti, infatti, mutamenti di ordine quantitativo. Essi si evincono, prima ancora che dalla normazione europea, dall'attività del Consiglio europeo, che si occupa sempre più spesso di questioni distinte dalla disciplina dell'economia, come la protezione dei dati personali, l'immigrazione, la protezione dei diritti umani in Stati terzi. Anche a prescindere dal fatto che oltre una certa soglia anche le variazioni di ordine hanno rilievo qualitativo, si deve aggiungere che l'Unione ha competenze esclusive o concorrenti in ordine ai tradizionali simboli della sovranità: la moneta, la toga, la spada.

La portata della norma enunciativa del principio di attribuzione è attenuata, inoltre, dalla clausola di flessibilità (articolo I-17). Essa fa riferimento ai c.d. poteri impliciti dell'Unione (articolo 235 – ora 308 – TCE), ossia le potestà, ulteriori rispetto a quelle espressamente pre-

viste, ma necessarie per esplicitare azioni necessarie per raggiungere finalità previamente fissate dalla Costituzione. La clausola è importante per ragioni di ordine sia pratico, sia teorico. Essa è indispensabile per evitare che sorgano impedimenti all'azione dell'Unione, una volta che vi sia un accordo politico circa la sua necessità. Pur conservandola, la convenzione ha introdotto un duplice limite, sostanziale e procedurale. Quello sostanziale è il divieto di armonizzazione delle regole nazionali «nei casi in cui la Costituzione la esclude». Il limite procedurale, invece piuttosto blando, consiste nel dovere imposto alla Commissione di richiamare l'attenzione dei parlamenti nazionali sulle proposte legislative fondate sulla clausola di flessibilità. Sotto il profilo teorico, la circostanza che il progetto di costituzione preservi una potestà di questo tipo, ben distinta dalle norme attributive della competenza a curare determinati interessi, assume rilievo perché dimostra che la problematica riguardante i poteri delle istituzioni europee non si esaurisce nel discorso – tutt'altro che chiaro – relativo alle competenze. Un'ulteriore conferma può trarsi dai principi di proporzionalità e leale cooperazione. Entrambi prescindono dalla titolarità delle competenze, imponendo – rispettivamente – che l'esercizio delle potestà sia commisurato agli interessi in vista delle quali esse sono attribuite e che, in ogni caso, si tenga conto degli interessi dei quali altre istituzioni (nazionali ed europee) hanno l'obbligo di assumere la cura (articolo I-10.2).

Quanto al principio di sussidiarietà, esso è un principio elaborato all'interno di un ordinamento unitario, sebbene non statale, quello canonico, per cui non è agevole intendere come possa funzionare in un ordinamento non unitario, come quello europeo. Inoltre, il principio di sussidiarietà non si applica che alle competenze concorrenti, degli Stati e dell'Unione, sicché non vale per le competenze di cui questa disponga a titolo esclusivo. Non va dimenticato, infine, che il principio di sussidiarietà risponde all'ottica di tipo funzionale, secondo cui l'allocazione delle competenze viene determinata in rapporto alla possibilità «che gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, ... essere realizzati *meglio* a livello comunitario» (articolo 5 – ex articolo 3 B – TCE)¹⁷. Dunque, si tratta di esprimere un giudizio di opportunità¹⁸

¹⁷ S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritto amministrativo*, in *Foro italiano*, 1995, V, c. 105.

¹⁸ Per l'osservazione che l'applicazione giurisprudenziale è mancata, A. ESTELLA, *The EU Principle of Subsidiarity and its Critique*, London, 2002.

ed esso può dare luogo tanto ad una delimitazione del raggio di azione dell'Unione, quanto alla sua espansione, com'è attestato dal protocollo n. 3 allegato al TCE e, soprattutto, dall'esperienza applicativa. Questa dimostra, infatti, che, anche nel periodo più recente, le istituzioni europee hanno assunto la cura di nuovi interessi, in genere su sollecitazione dei relativi centri di riferimento o di altri poteri pubblici nazionali o internazionali (p. es. per la lotta al terrorismo).

5. B) *La distribuzione delle competenze*

Oltre a ribadire i principi fondamentali sulla titolarità e l'esercizio delle competenze, la Convenzione ha ridefinito il modo in cui esse sono distribuite. A tal fine, essa ha redatto una sorta di catalogo delle competenze, che ha collocato nella prima parte del progetto di costituzione.

Le competenze sono distinte a seconda che siano esclusive (articolo I-12) o concorrenti (articolo I-13) o si tratti del coordinamento delle politiche economiche e dell'occupazione (articolo I-14), della politica estera e di sicurezza comune (articolo I-15) o, infine, delle azioni volte a sostenere, coordinare, integrare l'azione degli Stati membri (articolo I-16). Più che i criteri seguiti per la distinzione tra i vari tipi di competenze o il suo carattere innovativo, sono importanti le conseguenze giuridiche che derivano dall'ascrivere una competenza all'uno o all'altro tipo.

Per il primo aspetto, è sufficiente constatare che fanno parte delle competenze esclusive le tradizionali politiche comuni (concorrenza, politica commerciale comune, unione doganale) e il governo della moneta, ma non il mercato interno, incluso tra le competenze concorrenti. Non è facile conciliare questa disgiunzione con il principio del mercato unico, in cui la concorrenza è libera e non distorta. In altri casi, vi è una divisione di ordine materiale, come accade per la conservazione delle risorse biologiche del mare, in rapporto alla quale l'Unione ha una competenza esclusiva mentre per il resto la politica della pesca è materia di competenza concorrente, oppure una distinzione basata sulle attribuzioni, come accade per la conclusione di accordi internazionali¹⁹. Ma non è facile comprendere, per esempio, se la disciplina dei

¹⁹ Un'analisi dettagliata è svolta da A. GATTINI, *Le competenze esterne dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, pp. 423-435.

media faccia parte del mercato interno o della cultura, per la quale è ammessa solo un'azione di supporto. Può dirsi, dunque, che non si è seguito solo il criterio funzionale, non è stato rispettato pienamente l'*acquis communautaire*, non è stata del tutto abbandonata la condizione di separatezza in cui versa la politica estera e di sicurezza.

Per il secondo aspetto, la distinzione tra le competenze ha conseguenze rilevanti per il diritto, nel senso che l'appartenenza all'una o all'altra classe di competenze produce effetti differenziati. La circostanza che l'Unione abbia una competenza esclusiva comporta, infatti, che essa sia «l'unica a poter legiferare e adottare atti giuridicamente obbligatori» (articolo I-11.1). Gli Stati sono legittimati a farlo soltanto su autorizzazione dell'Unione o per attuarne gli atti. Il limite coinvolge, dunque, sia la legislazione, sia l'amministrazione. Alle competenze concorrenti sono annessi effetti meno vincolanti, nel senso che tanto l'Unione quanto gli Stati hanno facoltà di legiferare e adottare atti giuridicamente obbligatori (decisioni). Questi ultimi – però – possono farlo solo «nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria o ha deciso di cessare di esercitarla» (articolo I-11.2). È fatta salva, quindi, la primazia dell'Unione rispetto agli Stati che ne fanno parte. All'opposto, nei casi in cui l'Unione ha competenza per svolgere azioni di sostegno, coordinamento o complemento non può sostituirsi agli Stati (articolo I-11.5).

Ad ogni modo, il valore delle varie categorie di competenze enunciate dalla prima parte del progetto di Costituzione è limitato. Essa stessa specifica, infatti, che «la portata e le modalità d'esercizio delle competenze dell'Unione sono determinate dalle disposizioni specifiche di ciascun settore della parte III» (articolo I-11.6). Il rinvio effettuato dalla prima alla terza parte non significa soltanto che esse hanno il medesimo valore giuridico. Comporta, altresì, che resta intatto il principio fin qui seguito, per cui è indispensabile che l'azione delle istituzioni europee abbia un apposito fondamento giuridico (c.d. base legale), anche ai fini della motivazione e del relativo controllo giurisdizionale²⁰. Ed è alla terza parte che bisogna fare riferimento per verificarne l'esistenza e la correttezza. In definitiva, anche a prescindere dai dubbi che possono aversi circa l'opportunità d'inserire una competenza

²⁰ Questo, secondo A. VON BOGDANDY e J. BAST, *The European Union's Vertical Order of Competences*, cit., p. 260, è il più importante strumento per il controllo giurisdizionario dell'azione dell'Unione.

nell'una o nell'altra categoria, è determinante quanto dispongono le norme di specie.

6. C) I controlli sul rispetto delle competenze

Alla luce di quanto si è finora osservato, la parte più innovativa del progetto di Costituzione è senz'altro la disciplina dei controlli volti ad assicurare il rispetto delle norme attributive delle competenze, stabilita dall'apposito protocollo.

Questa disciplina è il frutto di due istanze ben distinte, se non opposte. In qualsiasi ordinamento non accentrato, vi è la necessità di un'istituzione che funga da garante dell'equilibrio tra i poteri pubblici, dirimendo le eventuali controversie. Poiché un controllo di questo corrisponde a quello esercitato dalla Corte di giustizia, è naturale pensare che essa funga da arbitro tra le istituzioni europee e quelle nazionali. Ma a questa eventualità è stata mossa una duplice obiezione. La prima è che la Corte di giustizia, contrariamente alla Corte suprema degli Stati Uniti d'America, in passato ha annesso scarso rilievo alle ragioni degli Stati. Si è proposto, perciò, di assegnare questa funzione neutrale ad un'istituzione *ad hoc*, sempre di carattere giurisdizionale, denominata consiglio costituzionale o corte di sussidiarietà²¹. L'altra obiezione è che ad assicurare l'equilibrio tra le varie componenti dell'Unione non può che essere il potere politico, per mezzo di una "seconda camera", rappresentativa degli Stati, come avviene negli ordinamenti federali²². La prima obiezione, però, può essere confutata in due modi: ricordando che anche la Corte suprema ha seguito orientamenti oscillanti (si pensi alle corti presiedute – rispettivamente – da Warren e da Rehnquist) e constatando che, di recente, la Corte di giustizia si è mostrata più rispettosa delle prerogative degli Stati, non solo nell'ambito dell'ordine e della sicurezza²³ o della difesa²⁴, ma an-

²¹ J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, cit., p. 353.

²² Non è chiaro, però, quale debba esserne la composizione: mentre alcuni reputano necessario che essa abbia una legittimazione elettorale diretta, altri propendono per una rappresentanza di secondo grado, mediante esponenti degli organi elettivi nazionali e non è una divergenza di poco conto.

²³ Corte di giustizia, sentenza 26 ottobre 1999, causa C-273/97, Sirdar c. Army Board, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7403, § 28.

²⁴ Corte di giustizia, sentenza 11 marzo 2003, causa C-186/01, Dory v. Repubblica federale tedesca, inedita.

che dei limiti all'armonizzazione delle normative nazionali²⁵. Inoltre, è discutibile l'idea di aggiungere nuove istituzioni a quelle esistenti, perché sarà difficile farle attecchire ed esse finirebbero inevitabilmente per complicare il già affollato panorama istituzionale.

Ad ogni modo, la Convenzione ha optato per correttivi più limitati, nel senso che al controllo preventivo da parte dei parlamenti nazionali, con effetti di tipo impeditivo, si aggiunge il controllo giurisdizionale da parte della Corte di giustizia. Ai fini del controllo preventivo (c.d. *early warning*), la Commissione ha un obbligo generale di consultare i parlamenti nazionali, un obbligo specifico di inviare le proposte legislative sia al legislatore dell'Unione (cioè al Consiglio e al Parlamento europeo), sia ai parlamenti degli Stati membri, un ulteriore obbligo di motivazione delle proposte con specifico riguardo ai principi di sussidiarietà e proporzionalità. Nel caso in cui i parlamenti nazionali muovano obiezioni alle proposte, con parere motivato, in rapporto alla sussidiarietà, la Commissione ha anche l'obbligo di riesaminare la proposta ove lo chiedano un terzo dell'insieme dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali. In tal caso, può mantenere, modificare o ritirare la proposta, in ogni caso motivando le proprie scelte. Una volta che gli atti legislativi siano stati emanati, la Corte di giustizia può essere adita per violazione del principio di sussidiarietà, su ricorso degli Stati membri, anche su richiesta dei rispettivi parlamenti, o del Comitato delle regioni, in relazione agli atti per l'adozione dei quali la Costituzione richiede la sua consultazione.

Descritta la disciplina, possono trarsi, più brevemente, alcune conclusioni. La prima è che legislazione e amministrazione, messe in comune dalla norma generale sulle competenze esclusive, sono disgiunte ai fini delle altre competenze. Il controllo preventivo svolto dai parlamenti nazionali, infatti, riguarda soltanto le proposte legislative. La seconda è che il coinvolgimento dei parlamenti nazionali accentua la disaggregazione degli Stati, le cui istituzioni sono associate ai processi decisionali dell'Unione²⁶.

La terza riguarda l'effettività della nuova disciplina, sulla quale non è facile fare previsioni. È vero che, se è agevole imporre la disseminazione delle informazioni, non è detto che i parlamenti ne facciano

²⁵ Corte di giustizia, sentenza 5 ottobre 2000, causa C-3763/98, Repubblica federale tedesca c. Parlamento e Consiglio, in *Raccolta*, 2000, I, p. 8419.

²⁶ G. AMATO, *L'Europa della sussidiarietà*, relazione alla giornata di studio in ricordo di Alberto Predieri, Firenze, 21 marzo 2003.

buon uso: l'esperienza italiana, in tal senso, è decisamente scoraggiante. Non ci si deve neppure attendere troppo circa la volontà e la capacità dei parlamenti nazionali di dedicare tempo all'esame delle proposte legislative, né circa la possibilità di raggiungere la soglia numerica alla quale è connesso il sorgere degli effetti impeditivi. Tuttavia, non è privo di rilievo che alcune istituzioni rappresentative (la *House of Lords*, il *Folketing* danese) siano riuscite ad attivare controlli preventivi, ad attuarli in modo costante ed efficace. Esse possono costituire un modello per gli altri parlamenti, coalizzarli almeno in alcuni casi, fornire al pubblico informazioni specifiche, se del caso unite ai rilievi critici²⁷.

7. Per concludere

La Comunità europea, ora assorbita dall'Unione, ha concorso a creare le condizioni che hanno assicurato alle società europee pace e benessere o – da un altro angolo visuale – stabilità ed efficienza. Sorge, però, il problema se l'Unione europea sia adatta anche ad agire in direzione dell'equità, cui è ordinata la politica di coesione. Un altro problema è che spesso l'azione delle istituzioni europee è percepita come produttiva di indebite interferenze rispetto non solo alle prerogative dei poteri pubblici nazionali, ma anche alla sfera privata. Dunque, non vi è solo il problema di quale livello di governo abbia la responsabilità – a titolo principale od esclusivo – per agire, ma anche un altro, riguardante le garanzie da apprestare a tutela degli individui e dei gruppi all'interno dei quali essi operano. All'opposto, in rapporto a interessi primari delle collettività, come la difesa e la tutela dell'ordine pubblico, sebbene i poteri statali si rivelino inadeguatamente efficienti ed efficaci, manca un corrispondente intervento da parte dell'Unione, anche solo a livello della determinazione degli obiettivi e delle procedure per raggiungerli, in quanto è da escludere che possa sostituirsi agli apparati nazionali.

Da ciò non va tratta – però – la conclusione che l'Unione sia in crisi come struttura: essa affronta, infatti, problemi paragonabili – per complessità e ampiezza – solo a quelli degli Stati, pur mancando delle pratiche consolidate e delle risorse di cui essi dispongono. Può dirsi,

²⁷ G. DE BURÇA, *Reappraising Subsidiarity's Significance after Amsterdam*, NYU Jean Monnet Working Paper, 2001.

semmai, che vi è bisogno di un assestamento, nel senso che la sua sfera di azione e le relative tecniche vanno aggiustate e perfezionate, con cautela e con gradualità. Un tentativo, in tal senso, è stato effettuato dalla Convenzione. Nel momento attuale, non può dirsi se esso avrà successo. Può dirsi, tuttavia, che sono stati evitati due gravi errori.

Il primo consisteva nell'inseguire il miraggio di alcuni economisti, i quali proponevano di accentuare l'intervento dell'Unione in ordine alla tutela dei beni pubblici "puri" (difesa, sicurezza, ambiente) e – viceversa – di restituire agli Stati le competenze relative alla regolazione dei prezzi agricoli e all'erogazione di utilità in qualche modo riservate (finanziamento della ricerca scientifica, della politica sociale). Un intervento di questo tipo poteva collimare con i dettami delle teorie formulate in tema di federalismo fiscale, appagare il senso della simmetria, forse anche ridurre i costi di talune azioni, che aumentano man mano che il centro politico d'imputazione degli interessi è più lontano da essi. Ma le teorie del federalismo fiscale si basano pur sempre sull'esperienza degli Stati ben diversi dall'Unione, ordinamento composito. Inoltre, accogliere queste proposte avrebbe ridotto l'Unione ad agire – per dir così – come un "guardiano di notte", lasciando agli Stati la distribuzione delle risorse finanziarie, che serve ad aggregare interessi a livello europeo, a realizzare compromessi accettabili per tutte le parti, anche correggendo l'equilibrio del mercato.

L'altro errore – al quale soprattutto i giuristi sono esposti – consisteva nell'applicare all'Unione la schematica della divisione dei poteri e i modelli di organizzazione, come la divisione delle competenze e il bicameralismo, di matrice statale. Finora la costruzione europea ha seguito itinerari ben diversi da quelli degli Stati, anche a ordinamento federale, raggiungendo risultati ad essi preclusi. L'aver preservato questi tratti distintivi della struttura costituzionale dell'Unione è un merito tutt'altro che marginale della Convenzione, che ha opportunamente evitato di fare riferimento al carattere federale dell'Unione. È anche un importante lascito per le future riforme.

GIORGIO GAJA

L'INCORPORAZIONE DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELLA COSTITUZIONE PER L'EUROPA

SOMMARIO

1) Introduzione; 2) L'applicabilità della tutela dei diritti fondamentali all'intera attività dell'Unione; 3) L'ambito della tutela dei diritti fondamentali; 4) Il carattere programmatico attribuito alle disposizioni della Carta che enunciano "principi"; 5) I limiti della tutela dei diritti fondamentali; 6) I rapporti fra la Carta e le norme internazionali e interne sulla tutela dei diritti fondamentali; 7) La tutela dei diritti fondamentali in base all'art. 7, par. 3, della parte I del progetto di Costituzione; 8) L'applicazione del criterio della tutela più ampia di ciascun diritto fondamentale; 9) L'effettività della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione.

1. Introduzione

Fra i caratteri essenziali di una moderna costituzione è la presenza di un insieme di norme dirette a tutelare i diritti fondamentali. Si spiega pertanto agevolmente la scelta, pur sofferta, della Convenzione che ha elaborato il progetto di Costituzione per l'Europa di inserire nel testo, accanto ad un richiamo sintetico ai diritti fondamentali contenuto nella parte I, un'ampia enunciazione di tali diritti. A questo fine la Convenzione ha riprodotto testualmente, con alcune modifiche, la Carta europea dei diritti fondamentali adottata a Nizza il 7 dicembre 2000: ciò nella parte II del progetto, intitolata "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione". La scelta riflette l'esigenza di non rimettere in discussione il testo elaborato dalla precedente Convenzione ed approvato dalle istituzioni politiche dell'Unione e quindi in sostanza dai Governi di tutti gli Stati membri.

La Carta nasce come un atto indipendente, di per sé non vincolante, con un proprio preambolo e comprende nel suo testo riferimenti a principi e regole del diritto dell'Unione. L'incorporazione della Carta nella Costituzione non si presenta pertanto come agevole dal punto di vista redazionale. Certamente il progetto elaborato dalla seconda Convenzione è suscettibile di miglioramenti, soprattutto per tenere conto del nuovo contesto nel quale è inserita la Carta e della sua trasformazione in un insieme di norme costituzionali.

Sotto vari aspetti, come vedremo, il significato ed i limiti della tu-

tela dei diritti fondamentali nella Costituzione dovrebbero essere chiariti. Appare poi alquanto singolare la riproduzione nella parte II dell'intero preambolo della Carta, che si aggiunge al preambolo dell'insieme del progetto. Resta altresì da compiere una armonizzazione della parte II con le altre parti del progetto. Basti pensare alla circostanza che il principio di non-discriminazione è enunciato una prima volta nella parte II (art. 21) ed una seconda, in modo meno completo, nella parte III (art. 3). Oppure al fatto che la parte II (art. 45, par. 2) afferma la libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini di Stati terzi, ma dice che essa può essere accordata "conformemente alla Costituzione" (rinviando implicitamente all'art. 168 della parte III), ciò che pare rendere superflua l'enunciazione della libertà nella Carta. Questa osservazione può essere ripetuta a proposito di tutti i diritti "per i quali altre parti della Costituzione prevedono disposizioni" perché essi, secondo una delle disposizioni "orizzontali" della Carta (art. 52, par. 2), "si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti da tali parti pertinenti". Ne risulta che le affermazioni di questi diritti nella parte II sono subordinate a quelle più complete formulate altrove nel progetto. Tali diritti sono in effetti garantiti in base non alle enunciazioni della Carta, ma al contenuto delle altre disposizioni della Costituzione. Poiché l'enunciazione di un diritto nella parte II piuttosto che in altre parti della Costituzione non accresce lo *status* giuridico della tutela, sarebbe preferibile limitare l'affermazione di diritti nella parte II a quei casi in cui essa intende dare alla tutela un valore aggiunto.

2. L'applicabilità della tutela dei diritti fondamentali all'intera attività dell'Unione

Il vigente art. 6, par. 2, del Trattato sull'Unione europea, che garantisce a livello di Trattato i diritti fondamentali, deve probabilmente essere inteso nel senso che esso provvede alla tutela per i tre pilastri dell'Unione. Il paragrafo citato è infatti compreso fra le "disposizioni comuni" del Trattato, che si riferiscono all'insieme dell'attività dell'Unione. Un dubbio circa l'applicabilità della tutela anche rispetto al secondo e al terzo pilastro potrebbe sorgere soltanto perché nel paragrafo in questione è inserita, forse con riferimento alle sole "tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri", l'indicazione "in quanto principi generali del diritto comunitario".

L'art. 7, par. 3, del progetto di Costituzione, che riproduce la di-

sposizione citata del Trattato sull'Unione europea, rimuove questo dubbio parlando semplicemente di "principi generali". Anche la parte II del progetto, che riproduce la Carta, si applica chiaramente all'intera attività dell'Unione. Alla stessa conclusione dell'applicabilità della tutela dei diritti fondamentali all'intera attività dell'Unione conduce la considerazione che una delle principali finalità del progetto è di raggruppare in un unico sistema l'attuale struttura a tre pilastri dell'Unione europea, per quanto le disposizioni relative alla politica estera e alla sicurezza comune lascino sussistere regole che si distinguono notevolmente da quelle generalmente applicabili. Sicché con la Costituzione risulta certamente che la tutela dei diritti fondamentali prevista nell'ambito dell'Unione concerne l'intera attività dell'Unione.

3. L'ambito della tutela dei diritti fondamentali

La proclamazione di una serie di diritti fondamentali nella parte II del progetto di Costituzione potrebbe fare pensare alla circostanza che nell'ambito dell'Unione tutti questi diritti verranno effettivamente garantiti. Tuttavia, le disposizioni "orizzontali" della parte II (artt. 51-54) ridimensionano alquanto quel che sembrerebbe risultare da una prima lettura. L'art. 51, par. 2, precisa che la Carta "non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, nè introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, nè modifica le competenze e i compiti definiti nelle altre parti della Costituzione". Ciò significa che i diritti enunciati nella parte II in tanto saranno tutelati nell'ordinamento dell'Unione in quanto le materie cui ineriscono rientrano nell'ambito delle competenze dell'Unione. È soltanto in tale ambito che, in base al progetto di Costituzione, le istituzioni e gli Stati membri "promuovono l'applicazione" delle disposizioni della Carta (art. 51, par. 1). Ciò peraltro non significa che l'enunciazione nella Carta di alcuni diritti che insistono su materie estranee alle competenze dell'Unione sia del tutto irrilevante, dal momento che l'esigenza del rispetto anche di questi diritti può incidere sulla interpretazione o sulla legittimità di atti adottati nell'ambito delle competenze dell'Unione.

Si può fare in proposito un esempio concernente un diritto che è enunciato nella Carta ma la cui tutela certamente non rientra fra le materie di competenza dell'Unione e pertanto non è compito delle istituzioni dell'Unione promuovere: il diritto di sposarsi e di costituire

una famiglia (art. 9). L'enunciazione di questo diritto nella Carta può sembrare fuorviante, poiché la citata disposizione "orizzontale" sottrae all'affermazione di tale diritto nella Carta gran parte del suo valore. Essa non è tuttavia inutile, poiché una legge o una legge-quadro che concerna, ad esempio, la circolazione dei lavoratori non potrà disciplinare tale materia in modo da incidere negativamente sul diritto di costituire una famiglia: la legge o la legge-quadro dovrà essere interpretata in conformità con la Carta e, se non potrà esserlo, risulterà illegittima.

Un'altra limitazione della tutela dei diritti fondamentali risulta dall'art. 51, par. 1, della parte II. Esso specifica che le disposizioni della Carta "si applicano ...agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione". Il concetto di "attuazione del diritto dell'Unione" potrebbe intendersi nel senso che gli Stati membri siano vincolati dalla Carta soltanto in presenza di atti dell'Unione e ai fini della loro esecuzione. Alla tutela dei diritti fondamentali prevista nella Carta sarebbe tuttavia ragionevole dare un significato più ampio, che riflette l'orientamento che la giurisprudenza della Corte di giustizia (ad esempio nelle sentenze *Cinéthèque*, cause 60 e 61/84, in *Raccolta*, 1985, p. 2605 ss., par. 26, e *Demirel*, causa 12/86, ivi, 1987, p. 3719 ss., par. 28) ha seguito nel definire l'ambito di applicazione della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario. Tale tutela, che si realizza "nel quadro del diritto comunitario", vincola gli Stati membri anche quando non si tratti dell'esecuzione di un atto delle istituzioni della Comunità, purché la materia sia in effetti regolata dalla normativa comunitaria. In questo senso si potrebbero intendere anche le "Spiegazioni aggiornate relative al testo della Carta dei diritti fondamentali" redatte dal Praesidium della Convenzione (doc. CONV 828/1/03 REV 1). Il preambolo della parte II del progetto di Costituzione valorizza questo documento ai fini della interpretazione della Carta, dichiarando che "la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri alla luce delle spiegazioni elaborate sotto l'autorità del Presidium della Convenzione che ha redatto la Carta" (tali spiegazioni non sono tuttavia allegate al progetto nè sono oggetto di una pubblicità adeguata).

È da precisare che nell'ambito delle competenze non esclusive dell'Unione gli Stati membri restano comunque liberi di provvedere autonomamente alla tutela dei diritti fondamentali in assenza di atti dell'Unione.

4. Il carattere programmatico attribuito alle disposizioni della Carta che enunciano "principi"

Nell'ambito delle competenze dell'Unione alcune disposizioni della Carta potrebbero produrre effetti nell'ordinamento dell'Unione indipendentemente dall'adozione di atti da parte delle istituzioni della stessa Unione. Anche se il progetto di Costituzione non dà indicazioni circa l'esistenza di effetti diretti delle disposizioni della Costituzione, non vi è motivo per ritenere che non si applichi, nell'ordinamento dell'Unione al quale si riferisce il progetto, quanto la Corte di giustizia ha affermato a proposito di varie disposizioni del Trattato istitutivo della Comunità europea: cioè che certe disposizioni, quando siano chiare, precise ed abbiano carattere incondizionato, producono effetti diretti e debbono pertanto essere applicate dai giudici e dalle autorità amministrative nazionali.

L'art. 52, par. 5, della parte II conferma tale interpretazione, stabilendo una regola diversa per le disposizioni della Carta "che contengono dei principi". Queste disposizioni, secondo il paragrafo citato, "possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni e organi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione" e inoltre "possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo della legalità di tali atti". Si esclude pertanto qualsiasi effetto diretto delle disposizioni "che contengono dei principi"; queste vengono quindi ad assumere carattere programmatico (pur essendo utilizzabili quali criteri di interpretazione e parametri di legittimità).

Il paragrafo in esame suscita difficoltà di applicazione poiché non è agevole sceverare dalle altre le disposizioni della Carta "che contengono dei principi". Manca qualsiasi indicazione testuale a tale fine, se non nell'art. 37, che menziona il "principio dello sviluppo sostenibile" a proposito della tutela dell'ambiente, oltre che nell'art. 23, par. 2, che, pur menzionando il "principio della parità" fra uomini e donne, difficilmente può rientrare fra le disposizioni alle quali si riferisce l'art. 52, par. 5. È peraltro da ritenere che il paragrafo in esame intenda restringere in modo significativo la portata più innovativa che la Carta potrebbe altrimenti assumere per la tutela dei diritti fondamentali, arricchendo la garanzia dei diritti economici e sociali (sia pure non conferendo, ad esempio, nell'art. 29 un diritto al lavoro, ma solo "il diritto di accedere a un servizio di collocamento gratuito", o nell'art. 34, par. 3, un diritto all'alloggio, ma unicamente un diritto "all'assistenza

abitativa”). È rispetto ai diritti economici e sociali che è prospettato più frequentemente il carattere soltanto programmatico delle enunciazioni di diritti, come è avvenuto ad esempio rispetto al Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali. Ai “diritti sociali” ha fatto del resto riferimento la relazione finale del Gruppo II della Convenzione (“Integrazione della Carta/adesione alla CEDU”)¹; tale relazione è all’origine dell’aggiunta nel progetto di Costituzione del paragrafo in esame, che non figurava nel testo della Carta di Nizza. E a vari diritti sociali si richiamano, a titolo illustrativo, le citate “Spiegazioni aggiornate relative al testo della Carta dei diritti fondamentali”.

5. I limiti della tutela dei diritti fondamentali

L’insufficiente trasparenza del significato della parte II del progetto di Costituzione si manifesta soprattutto a proposito dei limiti che sono previsti per i diritti garantiti. La Carta contiene soprattutto enunciazioni generali di diritti, omettendo di precisare in modo specifico il loro significato e l’ampiezza della loro garanzia. Vari elementi su significato e limiti della tutela dei diritti fondamentali risultano dalle disposizioni “orizzontali”, ma in modo soltanto indiretto.

L’art. 52, par. 1, dichiara che “[e]ventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà”. Nello stesso paragrafo è inoltre indicato che, “[n]el rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”. Questa disposizione rimette in sostanza alla Corte di giustizia la determinazione più precisa del significato e dei limiti della tutela garantita. Il paragrafo in esame ha carattere generale, ma non si applica, come si è visto (*supra*, par. 1), ai diritti per i quali sono previste specifiche disposizioni in “altre parti della Costituzione”, perché allora condizioni e limiti sono “definiti da tali parti pertinenti” (art. 52, par. 2). Anche se non risulta in modo esplicito, è da ritenere che la regola del par. 1 sia derogata anche nel caso

¹ Riprodotta ora anche nel volume *Una Costituzione per l’Europa*, a cura di A. TIZZANO, Milano 2004, p. 101 ss.

previsto dal par. 3, in quanto esso rinvia per la determinazione del “significato” dei diritti e anche per la loro “portata” a fonti esterne alla Carta.

Nel par. 3 si considera l'ipotesi in cui la “Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”. Manca nella Carta una indicazione di quali siano i diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea. La determinazione non è semplice, perché la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha arricchito l'elenco dei diritti enunciati esplicitamente nella Convenzione europea e inoltre ha profondamente inciso sul significato dei diritti garantiti. Si pone altresì il problema della rilevanza dei diritti garantiti dai protocolli addizionali nn. 1, 4, 6, 7, 12 e 13 alla Convenzione europea, dei quali soltanto il n. 1 e il n. 6 sono in vigore per tutti gli Stati membri dell'Unione; il paragrafo in esame non contiene infatti alcuna indicazione a riguardo dei protocolli. L'individuazione dei diritti garantiti dalla Convenzione europea è importante ai fini della tutela dei diritti fondamentali perché l'art. 52, par. 3, stabilisce che, nell'ipotesi in cui la Carta garantisca diritti corrispondenti a quelli enunciati nella Convenzione europea, “il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione”. E però anche detto, alla fine dello stesso paragrafo, che “[l]a presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”. Ciò sembra indicare che la garanzia accordata dalla Convenzione europea costituisca una garanzia minima, che non esclude una interpretazione della Carta nel senso di accordare una tutela ulteriore a chi invoca il diritto corrispondente a quello enunciato nella Convenzione europea.

Una indicazione su quali siano i diritti cui il par. 3 dell'art. 52 fa riferimento si può leggere nelle citate “Spiegazioni aggiornate relative al testo della Carta dei diritti fondamentali”. Tali spiegazioni, che comunque non sono parte integrante del progetto di Costituzione, intendono il paragrafo come riferentesi sia alla Convenzione europea che ai “relativi protocolli” e indicano che “[i]l significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea”. Il documento contiene fra l'altro un elenco degli “articoli della Carta che hanno significato e portata identici agli articoli corrispondenti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo” e un altro elenco, relativo agli “articoli

della Carta che hanno significato identico agli articoli corrispondenti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ma la cui portata è più ampia". Tali elenchi debbono intendersi come indicativi; del resto, il riferimento alla Convenzione europea avrebbe poco senso se non fosse mobile, in modo da poter tenere pienamente conto di come la Convenzione stessa è intesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il richiamo alla Convenzione europea ha evidentemente la finalità di allineare la garanzia minima dei diritti dell'uomo nell'Unione a quella risultante dal sistema della Convenzione europea, alla quale tutti gli Stati membri sono vincolati.

Un ulteriore elemento di scarsa trasparenza del significato delle disposizioni della Carta deriva dal riferimento, nel par. 4 dell'art. 52 (aggiunto nel progetto di Costituzione al testo approvato a Nizza), ad un concetto sfuggente come quello delle "tradizioni costituzionali comuni" per stabilire che "[l]addove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni". Anche a questo proposito non è agevole innanzitutto stabilire quando si verifichi il presupposto della corrispondenza fra i diritti enunciati nella Carta e quelli ai quali è fatto rinvio. Nel caso dei diritti risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni manca altresì un elenco sia pure indicativo nelle spiegazioni del Praesidium, che si limitano a richiamare l'elaborazione del concetto nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Tale elaborazione non consente di determinare precisamente il significato e i limiti dei diritti garantiti, anche perché la Corte di giustizia non si riferisce ad un nucleo comune alle tutele operanti negli ordinamenti degli Stati membri, ma piuttosto individua una tutela autonoma che, traendo ispirazione da quella che è garantita in uno o più ordinamenti di Stati membri, risulti congrua nell'ordinamento comunitario². L'utilizzazione di questo metodo consente, d'altra parte, di accordare a livello dell'Unione una tutela più elevata di quella data negli ordinamenti degli Stati membri; inoltre l'art. 52, par. 4, pone soltanto l'esigenza che i diritti enunciati nella Carta siano "interpretati in armonia" con le tradizioni costituzionali comuni. Si può quindi comprendere perché, a differenza di quanto è stabilito per i diritti garantiti dalla Convenzione europea, non sia stato ritenuto ne-

² Resta attuale quanto osservavo in proposito nello scritto *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1988, p. 574 ss.

cessario precisare, rispetto ai diritti enunciati nella Carta che corrispondono a quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni, che non è preclusa una tutela più ampia nell'ambito del diritto dell'Unione.

Una difficoltà aggiuntiva sorge per la circostanza che, in relazione a non pochi diritti, la corrispondenza potrebbe esistere rispetto sia alla Convenzione europea sia alle tradizioni costituzionali comuni. Si deve probabilmente intendere la Carta nel senso che, nel caso di discipline eventualmente divergenti, si applica quella che risulta dalla combinazione di elementi più favorevole alla tutela del diritto.

Il par. 6 dell'art. 52 (anch'esso aggiunto al testo approvato a Nizza) contiene una formula alquanto oscura. È detto: "Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta". Si può vedere enunciata in questo paragrafo l'esigenza di interpretare le disposizioni della Carta alla luce della normativa e della giurisprudenza degli Stati membri a proposito del rispettivo sistema di tutela dei diritti fondamentali. Il riferimento nel paragrafo citato a quanto è "specificato" nella Carta induce a limitare tale esigenza, come confermano le spiegazioni del Praesidium, ai casi in cui la Carta contiene un rinvio alle "legislazioni e prassi nazionali", come in materia di "licenziamento ingiustificato" (art. 30), di tutela della salute (art. 35) e di "accesso ai servizi d'interesse economico generale" (art. 36). Il paragrafo fornirebbe allora un semplice chiarimento, non necessario, ma soprattutto non espresso in modo congruo.

6. I rapporti fra la Carta e le norme internazionali e interne sulla tutela dei diritti fondamentali

L'art. 53 della parte II del progetto di Costituzione presenta una formulazione che appare, ad una prima lettura, vicina a quella di disposizioni generalmente contenute nelle convenzioni internazionali sulla tutela dei diritti dell'uomo, quale ad esempio l'art. 53 della Convenzione europea: come diretta cioè ad indicare che la Carta stessa stabilirebbe soltanto una garanzia minima dei diritti fondamentali e non precluderebbe quindi che operi una tutela più ampia. Il significato originario della disposizione era probabilmente questo. Non si voleva che la proclamazione della Carta potesse essere intesa nel senso di una intenzione degli Stati membri di limitare la tutela dei diritti fondamentali e in particolare restringerla rispetto ai diritti fondamentali già garantiti nell'ordinamento

dell'Unione. Una volta inserito l'art. 53, senza alcuna modifica testuale, nella parte II del progetto di Costituzione, il significato della disposizione risulta più problematico. Nel ricercarlo non ci si può avvalere della guida delle spiegazioni del Praesidium, che sul punto sono diventate ancora più laconiche di quelle adottate dal precedente Praesidium e si limitano a riassumere il testo dell'articolo.

L'art. 53 è così formulato: "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri".

È stato prospettato, in relazione al testo adottato a Nizza, che il significato della disposizione sia di precisare che "la Charte ne porte pas atteinte aux constitutions nationales dans les matières qui ne relèvent pas des compétences de l'Union"³. Se questo fosse il significato della disposizione, essa sarebbe superflua, perché pare evidente che la Carta, quanto meno una volta inserita nel progetto di Costituzione, non possa di per sé incidere sulla tutela dei diritti fondamentali al di fuori del campo regolato dal diritto dell'Unione. Una rilevanza ulteriore della Carta potrebbe aversi soltanto sulla base di altri sistemi normativi, i quali potrebbero utilizzare la Carta per arricchire il contenuto della rispettiva tutela dei diritti fondamentali cui essi provvedano in modo autonomo.

Non pare, d'altra parte, ragionevole prospettare che l'art. 53 della parte II abbia la funzione di consentire che norme estranee al diritto dell'Unione possano incidere sul contenuto delle norme dell'Unione nel senso che le norme estranee (o almeno quelle più favorevoli alla tutela dei diritti fondamentali) prevalgano sulle disposizioni della Carta. Si tratterebbe di una deroga al principio della supremazia del diritto dell'Unione, sancito nell'art. 10 della parte I, deroga per la quale l'art. 53 della parte II non offre una base sufficiente⁴.

³ J.P. JACQUÉ, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: présentation générale*, in *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea* (a cura di L.S. ROSSI), Milano 2002, p. 55 ss., p. 66.

⁴ A questa conclusione sembra pervenire anche P. FOIS, *Obblighi internazionali e principi costituzionali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Studi per Giovanni Motzo*, Milano 2003, p. 181 ss., p. 201.

La disposizione sembra avere piuttosto il significato di indicare che, nel diritto dell'Unione, un diritto fondamentale è tutelato in misura più ampia di quel che non disponga la Carta allorché la fonte che garantisce, nel proprio "ambito di applicazione", tale maggiore tutela sia rilevante nel diritto dell'Unione. L'art. 53 della parte II, in altre parole, avrebbe ora la funzione di escludere che si debbano trarre dalla stessa Carta elementi per restringere il significato e la portata di diritti fondamentali che risultano, sia pure indirettamente, tutelati dall'applicazione di altre norme dell'ordinamento dell'Unione. Si può trattare di altre norme della Costituzione o anche di principi generali dell'ordinamento, di cui si dirà più avanti. E ciò anche oltre la considerazione che "la Charte ne peut pas constituer un recul par rapport à la jurisprudence antérieure de la Cour"⁵.

Si può leggere inoltre nell'art. 53 anche una indicazione nel senso che gli Stati membri possano, pur in presenza di atti dell'Unione, assicurare in modo autonomo una maggiore tutela dei diritti fondamentali: ciò tuttavia sempre nel rispetto del principio della supremazia del diritto dell'Unione e quindi in modo compatibile con gli atti in questione.

7. La tutela dei diritti fondamentali in base all'art. 7, par. 3, della parte I del progetto di Costituzione

Come si è già osservato, la parte II del progetto di Costituzione non contiene tutte le norme che specificamente sono dirette a tutelare i diritti fondamentali nell'ambito del diritto dell'Unione. A parte la questione se taluni diritti enunciati nella parte III meritino l'appellativo di "fondamentali", una tutela aggiuntiva risulta dall'art. 7, par. 3, della parte I, nel quale è stabilito: "I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

Questa disposizione, che riprende, con una modifica già segnalata, quanto disposto dall'art. 6, par. 2, del Trattato sull'Unione europea, prevede che dalla Convenzione europea o dalle tradizioni costituziona-

⁵ F.C. MAYER, *La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne*, in *Revue trimestrielle de Droit européen*, 2003, p. 175 ss., p. 187.

li comuni (o eventualmente da entrambe le fonti) si desumano “principi generali”. Tuttavia, poiché la tutela aggiuntiva è sancita in una disposizione della Costituzione, tale tutela si situa a livello della stessa Costituzione e quindi allo stesso livello della Carta. Le disposizioni di quest’ultima dovrebbero prevalere soltanto in quanto più specifiche; si è però già visto come l’art. 52, parr. 3 e 4, attribuisca rilievo alla circostanza che i diritti fondamentali garantiti nella Carta corrispondano a quelli tutelati dalla Convenzione europea e dalle tradizioni costituzionali comuni.

Il riferimento alla Convenzione europea e alle tradizioni costituzionali comuni non è comunque privo di significato, poiché non mancano diritti fondamentali che si possono ricavare da queste fonti e che non trovano enunciazione nella Carta⁶.

Al rilievo della Convenzione europea nel diritto dell’Unione non mancherebbe di contribuire l’adesione alla Convenzione da parte dell’Unione, perché essa determinerebbe il sorgere di un controllo, esterno all’Unione, circa il rispetto degli obblighi posti dalla Convenzione e quindi accrescerebbe la rilevanza della stessa Convenzione nell’ordinamento dell’Unione. Nell’enunciare che “[l]’Unione persegue l’adesione alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”, l’art. 7, par. 2, della parte I del progetto sembra costituire un passo significativo nella direzione dell’adesione, rispetto alla cui opportunità le posizioni degli Stati membri erano state a lungo divergenti.

Anche dopo l’adozione del Trattato di Maastricht, che ha inserito a livello di Trattato la tutela dei diritti fondamentali con un riferimento alla Convenzione europea e alle tradizioni costituzionali comuni, si è manifestato, sia pure episodicamente, nella giurisprudenza della Corte di giustizia l’orientamento a desumere la tutela di diritti fondamentali da convenzioni internazionali diverse dalla Convenzione europea: ad esempio dal Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici⁷. Tale tutela, benché ad un livello inferiore a quello della Costituzione, dovrebbe restare nel sistema delle fonti dell’ordinamento dell’Unione, pur non avendo il progetto espressamente valorizzato tra le fonti i principi generali ai quali la giurisprudenza della Corte di giustizia ha spesso attinto.

⁶ Basti rinviare in proposito allo studio di K. LENAERTS e E. DE SMIJTER, *A “bill of rights” for the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 273 ss.

⁷ Vedi la sentenza *Grant*, causa C-249/96, in *Raccolta*, 1998, p. I-621 ss.

8. L'applicazione del criterio della tutela più ampia di ciascun diritto fondamentale

Nei paragrafi precedenti si è potuto constatare come il progetto di Costituzione utilizza ampiamente il criterio dell'applicazione della disciplina più favorevole alla tutela di un diritto fondamentale nel caso di divergenze fra la Carta ed altre fonti di tutela. L'applicazione di tale criterio può risultare complessa quando si debbano confrontare discipline che divergono per quel che riguarda sia il contenuto della tutela sia i limiti consentiti. Inoltre, il criterio può risultare inidoneo quando al diritto fondamentale di un soggetto (ad esempio, il diritto alla proprietà) si contrapponga il diritto fondamentale di un altro soggetto (ad esempio, il diritto all'abitazione). Accordare a ciascun soggetto la tutela più ampia del proprio diritto risulta in tali casi impossibile. Occorre allora provvedere invece ad un bilanciamento di diritti: una operazione non sempre agevole nell'ambito di un sistema unitario di tutela (ad esempio, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo), ma talora addirittura impraticabile quando la tutela dei diritti si presenti aperta all'apporto di una pluralità di fonti.

9. L'effettività della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione

Il significato pratico della tutela dei diritti fondamentali quale risulta dal progetto di Costituzione rischia di essere limitato qualora non si introducano nel diritto dell'Unione strumenti idonei a rendere effettiva la tutela. L'enunciazione di diritti fondamentali dovrebbe essere accompagnata dalla predisposizione di mezzi adeguati, ulteriori rispetto a quelli che il diritto comunitario attualmente offre.

La previsione di un sistema di ricorsi giurisdizionali per la tutela dei diritti fondamentali sul piano dell'Unione⁸ presenta considerevoli difficoltà, perché comporterebbe l'esigenza di riorganizzare il sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione, in relazione al numero elevato di ricorsi che verrebbero verosimilmente promossi⁹. Resta la considera-

⁸ Auspicata, in particolare, da F. POCAR, *Dignità-Giustizia*, in *Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 83 ss., pp. 92-93.

⁹ Si veda sul punto quanto scrive A. TIZZANO, *Prime note sul progetto di Costituzione europea*, in *Una Costituzione per l'Europa*, cit., p. 1 ss., p. 22.

zione che le modifiche previste nella parte III (art. 270) alla disciplina vigente dei ricorsi di persone fisiche e giuridiche non accrescono in modo significativo la tutela giurisdizionale diretta dei diritti conferiti a livello dell'Unione¹⁰. È anche questo un aspetto che meriterebbe una ulteriore riflessione.

¹⁰ Cfr. A. ADINOLFI, *Le istituzioni giudiziarie nel progetto di Costituzione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 645 ss., pp. 657-664.

PRESENTAZIONE

CENTRO PER LO SVILUPPO ISTITUZIONALE, UNIVERSITÀ DI URBINO

Fra tutti i tipi di difensore civico presenti nei paesi europei, e risalenti in vario modo al comune modello storico dell'Ombudsman della tradizione scandinava, il Commissario ai Diritti Umani della Federazione Russa è uno dei più interessanti. Questo sia per i molteplici e incisivi poteri di cui è dotato, che per il ruolo politico che ha cercato di ricoprire nel drammatico processo di democratizzazione del paese, intervenendo in problemi delicati come il trattamento dei detenuti, quello dei militari, la libertà di stampa, la guerra in Cecenia. Da decenni le istituzioni di questo genere hanno rivelato la propria utilità nella difesa politico-istituzionale dei diritti umani in situazioni di transizione dai regimi autoritari alla democrazia. Si pensi al caso del Defensor del Pueblo spagnolo, o alle figure di difensore civico nazionale o sub-nazionale soprattutto nei paesi dell'Est europeo, come l'Ombudsman della Bosnia e Erzegovina e appunto il Commissario per i Diritti Umani nella Federazione Russa.

In origine, nella Costituzione svedese del 1809, l'Ombudsman era concepito letteralmente come un "uomo di fiducia" del Parlamento, cioè come un Pubblico Ministero di nomina parlamentare, specializzato nel perseguire i casi di abuso d'ufficio da parte di funzionari. Era un ufficio destinato a perfezionare il regime parlamentare, costituendo un baluardo contro l'assolutismo e rafforzando i principi della *rule of law* e della buona amministrazione. Questa prima versione dell'Ombudsman doveva quindi consentire al Parlamento di sorvegliare la macchina amministrativa, soprattutto dal punto di vista del rispetto della legalità e della distinzione dei poteri. Attualmente invece l'Ombudsman ha quasi ovunque in Europa perso la funzione di Pubblico Ministero, e ha anche guadagnato una certa indipendenza rispetto allo stesso Parlamento. Esso si propone invece come un ufficio indipendente e accessibile, che funziona sia da mediatore istituzionale fra cittadini e pubblica amministrazione, che da tutore dei diritti e delle libertà. Nel passaggio dallo Stato di diritto agli odierni regimi costituzionali, l'istituto si è arricchito di competenze più estese. L'Ombudsman riesce ad intervenire oggi anche in settori che tradizionalmente

sfuggivano alla *rule of law*, per l'insufficiente definizione dei diritti e per la mancanza di un'efficace protezione giuridica del cittadino contro gli arbitri e le violazioni di legge: si pensi agli ospedali psichiatrici, alle forze armate o all'amministrazione penitenziaria. Tipicamente l'Ombudsman esamina reclami, propone riforme, indirizza raccomandazioni e relazioni, fra le quali assume una particolare rilevanza il rapporto annuale al Parlamento. Per la natura del suo incarico, interviene anche in casi nei quali non si ravvisa una vera e propria violazione delle leggi, ma una più generica *maladministration*, mancanza di equità o scarsa trasparenza delle istituzioni. Quindi in concreto egli agisce il più delle volte come un alleato del cittadino, che è costretto a relazionarsi costantemente con le istituzioni pubbliche per soddisfare le sue necessità, ma molto spesso si imbatte in abusi, lentezze burocratiche, oscurità delle norme e delle procedure.

Naturalmente, perché un Ombudsman possa svolgere una funzione efficace e autonoma, occorre che sia dotato di un proprio ufficio, provvisto di mezzi adeguati (staff, finanziamenti, strutture) e sostenuto dalla volontà delle istituzioni pubbliche di tenere conto delle sue osservazioni. La legge costituzionale federale adottata dalla Duma il 25 dicembre 1996, approvata dal Consiglio Federale il 12 febbraio 1997, ha istituito la figura del Commissario ai Diritti Umani della Federazione Russa, determinando le procedure per l'incarico, i suoi poteri, l'organizzazione del suo ufficio e le forme della sua attività. Il suo compito è la tutela dei diritti e libertà dei cittadini, e la sorveglianza sul loro rispetto da parte delle istituzioni statali e locali e dai pubblici ufficiali. Egli inoltre deve contribuire al ripristino dei diritti violati, promuovere la legislazione in materia (in accordo con i principi e le norme internazionali), sviluppare la cooperazione internazionale in materia di DU, l'educazione giuridica in materia, le forme e i metodi di tutela. Il Commissario è nominato (ed eventualmente deposto) dalla Duma. In genere gli Ombudsman non possono intervenire nei processi, tranne nell'area scandinava e in Russia. Da questo punto di vista, il Commissario russo ha poteri decisamente più incisivi della media europea, in quanto può sottoporre il caso a un tribunale, partecipare al processo personalmente o mediante rappresentanti, chiedere provvedimenti disciplinari o amministrativi, chiedere a un tribunale o all'ufficio del procuratore di verificare una sentenza, rivolgersi alla Corte Costituzionale (art. 29 della legge istitutiva). Nel caso della Federazione Russa, il Commissario ha uno specifico potere di procedura d'ufficio

in casi particolari, come violazioni massicce dei diritti umani (art. 21 della legge costituzionale federale del 1997).

L'articolo del Prof. Lebedev che qui di seguito riportiamo è un prezioso contributo alla comprensione del ruolo dell'Ombudsman russo nell'ordinamento giuridico e nella prassi politica. Esso testimonia un impegno scientifico e politico di grande rilievo (l'autore è stato capo di gabinetto del Commissario Mironov, primo Ombudsman della Federazione) in un momento molto difficile della storia russa.

GIUSEPPE GILIBERTI

ANDREY LEBEDEV *

*THE DEVELOPMENT OF THE INSTITUTION
OF THE COMMISSIONER ON HUMAN RIGHTS
IN THE RUSSIAN FEDERATION: THE FIRST FIVE YEARS*

The necessity of the creation of the institution of the Commissioner on Human Rights in Russia came about as the result of a combination of factors, including the human rights situation in the Russian Federation and the tendencies of its development, the evolution of national democratic institutions, the international experience and the conditions imposed by Russia's participation in international organizations acting in the human rights area, primarily in the Council of Europe.

After the disintegration of the Soviet Union in 1991, the Russian Federation entered the road of reforms including the creation of democratic institutions and transition towards market economy. During the last twelve years, important progress had been achieved in the human rights area¹.

In 1993 a new Russian Constitution was adopted. New legislation regarding human rights and freedoms has been elaborated. Some existing laws dealing with these issues have been amended or supplemented, the law-enforcement practices have been improved. Russia has joined the fundamental international treaties in the field of human rights. One of the most important steps in this direction was the ratification on May the 5th, 1998, of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which presented the Russian citizens with the possibility of directing their complaints to the European Court of Human Rights in Strasbourg.

At the same time now it is too early to claim that Russia has under-

* Deputy Director for External Relations, Head of the Department of Methodology, Office of the Commissioner on Human Rights. Executive Director of the Center for Parliamentarism and Human Rights.

¹ It should be noted, however, that this progress has not spread to all areas, and, in many important issues (e.g., freedom of information), in the past few years, certain negative tendencies have been encountered. Chechnya, as many people in the west have come to recognize, has become a 'black hole' in the human rights situation in Russia.

gone a complete transformation into a state based on the rule of law, providing its citizens with all-encompassing guarantees of protection of human rights and freedoms. The social and economic situation of today's Russia is characterized by the degradation of living standards of the majority of population in combination with still uncertain outcome of economic reforms. This presents a serious danger for the full-scale formation of democratic institutions. The country lacks an effective long-term practice of functioning of such institutions and this could lead to serious conflicts between the branches of power. The "checks and balances" system typical for a developed democratic society has not been completed neither in the legal nor in the political sense.

The federal structure of the Russian State faces serious difficulties in the process of its formation. The right to establish the Human Rights Commissioners in the regions (subjects) of the Russian Federation, provided by the Federal Constitutional Law, has been realized up to now only in 23 Federal subjects (in 4 other subjects – out of the all in all existing 89 – the relevant laws have been adopted, but the Commissioners on Human Rights have not been appointed up to now due to various reasons).

The tendency of further criminalization of society which Russia witnessed during the past years leads to mass violation of human rights, which, in turn, cultivates negative attitudes of the people towards democracy as a system. Certain forces see the only option of fighting this phenomenon in returning to old methods, typical for the totalitarian system.

The development of democratic reforms is being slowed down due to the conservatism of existing administrative and legal institutions, which often appear to be obstacles in the way of application and realization of rules and procedures provided by modern legislation. Disrespect of law, disregard of the rights and legitimate interests of the citizens have a negative influence on the situation in the society as a whole, cause people's distrust of the state, its authorities and officials, give rise to civil apathy.

Russia lacks a duly elaborated comprehensive concept of human rights protection, accepted and supported by all the branches of power, by the regions, the local authorities, the mass media, by the society as a whole.

Serious and in some cases wide-scale violations of civil, political and especially social and economic rights and freedoms of Russian citizens are still happening. The rights of refugees and forced migrants

are being violated, an intolerable situation remains in the penitentiary system, the rights of military servicemen are being infringed systematically, the danger of extremism, fascism and anti-Semitism exists.

In the face of all these serious problems, which give the Commissioner on Human Rights in the Russian Federation the reason to characterize the present situation with human rights in the country as unsatisfactory, the matter of choice of the most suitable forms and methods of democratic protection of human rights and freedoms is on the agenda.

The existing situation, according to the Commissioner's opinion, highlights the necessity of further development and strengthening of the institution of the Commissioner on Human Rights in the Russian Federation.

Founded for the first time almost two hundred years ago in Sweden, the Ombudsman institution has demonstrated its significance as the most important body in the system of constitutional protection of civil rights and freedoms in the states with developed democracy. Not by chance by the beginning of the third millennium the ombudsman (or similar to them – public protector, parliamentary controller, moderator, commissioner on humans rights, to name just a few) institutions were created in the majority of the countries in Europe, South and North America, in Australia and New Zealand, in some states of Asia – their total number today is more than 90.

The experience of the national human rights institutions in different countries, especially in the countries of Eastern Europe also undergoing the process of democratic reform (e.g., Albania, Hungary, Moldova, Poland, Slovenia, Ukraine), shows that the creation of such institutions in the majority of cases provides the “missing link” in the gap in the relationship between the state authorities and the people and promotes the construction of democratic and human rights institutions.

The post of the Commissioner on Human Rights in the Russian Federation was established by the Constitution of the Russian Federation of 1993. According to point “d”, paragraph 1 of Article 103, the State Duma has the right to appoint or dismiss the Commissioner on Human Rights in the Russian Federation, who acts within the frameworks of the Federal Constitutional Law.

The Federal Constitutional Law “On the Commissioner on Human Rights in the Russian Federation” was adopted by the State Duma on the 25th of December 1996, approved by the Federation Council on the 12th of February 1997, signed by the President of the Russian Federation on the 26th of February 1997 and entered into force on the 4th of March 1997. It determines the procedure of the

appointment to the post and dismissal from the post of the Commissioner on Human Rights in the Russian Federation, his jurisdiction, organizational forms and the conditions of his activity.

The post of the Commissioner on Human Rights in the Russian Federation has been established with the aim of providing the guarantees of the protection by the state of civil rights and freedoms, their observance and respect by the state bodies, institutions of local self-government and officials. The Commissioner in discharging his duties is independent and is not accountable to any state bodies or officials. The activity of the Commissioner supplements the existing means of protection of human rights and freedoms, does not revoke and does not entail the revision of the competence of state bodies that provide the protection and restoration of violated rights and freedoms.

While fulfilling his duties the Commissioner possesses immunity and privileges comparable to those provided by Article 40 of the Statute of the Council of Europe, and the agreements and conventions concluded on its basis.

In his human rights protecting activities, the Commissioner is guided by the Constitution of the Russian Federation, the legislation of the Russian Federation, as well as by the principles and norms of international law and international treaties.

The institution of the Commissioner on Human Rights in the Russian Federation presented all the Russian citizens for the first time with the untraditional, unusual and unique possibility – to get their voices to be heard irrespective of their position in the state hierarchy, and their violated rights to be rehabilitated despite still existing traditionalistic bureaucratic system.

The main directions of the Commissioner's activities (in accordance with the Federal Constitutional Law and the recently established practices) are the following:

- The examination of complaints and pleas dealing with violations of human rights and liberties, the adoption of measures aimed at their reinstatement, including the presentation of Special Reports, Conclusions and Recommendations containing analysis of the legal, political and economic issues leading to human rights violations and pointing out the means for their correction²;

² Some of these documents (prepared by the author of the current article), are presented in the annex.

- The analysis of the legislation of the Russian Federation in the area of human and civil rights, the preparation of recommendations in its improvement and bringing it into line with universally recognized principles and norms of international law;
- The development of international co-operation in the area of human rights, primarily with the national Ombudsmen of foreign countries and international human rights organizations³;
- The legal education on the issues of human rights and liberties, the forms and methods of their safeguarding;
- The information to the state authorities and the general public about the situation with the observance of civil rights and liberties in the Russian Federation;
- The establishment of contacts with the human rights NGO community and with mass media on issues of common and societal interest.

The Commissioner prepares an annual report about his activities (up to now five such reports have been published dealing with the developments in 1998-2002) and submits to the State Duma special reports on specific aspects of observance of human rights (eight have been prepared and submitted to the State Duma: On the Conditions of the Mentally Ill; On Human Rights Violations in the Armed services (Hazing); On Freedom of Migration and Choice of Place of Habitation; On Human rights Violations by the Officers of the Ministry of the Interior and the Correction System of the Ministry of Justice; On the Rights and Opportunities of the Disabled; On the Implementation by Russia of its Obligations Towards the Council of Europe; Ecology and Human Rights; On the protection of the Rights of the Victims of Terrorist Attacks and Other Crimes).

To support the activities of the Commissioner on Human Rights the Office of the Commissioner has been established. The Office consists of three Directorates – on Restoration of the Violated Human Rights; on Legal Education, Information and External Relations and on Organizational and Technical Matters. The Directorates consist of Departments specialized according to the branches of law (constitutional and administrative law, civil law and housing legislation, land disputes, labor law, criminal law, the investigation of complaints from military servicemen, complaints from refugees and forced migrants,

³ Council of Europe, Amnesty International, Human Rights Watch and the like.

etc.) as well as divisions dealing with relations with the Federal Subjects and the human rights NGOs; international relations; ethnic and religious issues; legal education; mass media; improvement of legislation, codification and legal information; information and analysis.

Under the auspices of the Commissioner on Human Rights in the Russian Federation the Council of Experts has been established. It gives the opportunity for legal specialists and prominent human rights activists to contribute to the activities of the Commissioner on Human Rights by providing expert evaluations, informational and analytical materials.

* * *

In 1998-2003 the activities of the Commissioner on Human Rights in the Russian Federation were directed towards the consolidation of the status of this constitutional body in the state and in the society, increase of its role as a state mechanism protecting human rights and freedoms, information of the various strata of the society about the objectives and prerogatives of the Commissioner, provision of his openness for all Russian citizens whose rights were violated or are being violated. Consistent defense of the rights of citizens enables to raise the quality of life of the population, helping to solve the complicated problems of the country today and in the future.

In this connection, the Commissioner on Human Rights encounters the following priorities:

- To contribute towards the elimination of mass violations of human rights related with the delay of salary payments, pensions, social benefits;
- To express recommendations on the correction of the activities of the militia and of other law enforcement bodies in order to form a civilized law-guided style of dealing with people;
- To keep the state bodies, officials, mass media and all the citizens of the Russian Federation constantly informed about the institution of the Commissioner on Human Rights;
- To pursue the aim of active interaction of all branches of power with the institution of the Commissioner on Human Rights as a control organ and instrument of asserting the rights of citizens before the bureaucratic institutions;
- To promote bringing the Russian legislation into line with the highest international and European standards of human rights and

freedoms, to monitor the draft laws and international treaties submitted to the Federal Assembly;

- To develop cooperation between the Commissioner's Office and the Subjects of the Russian Federation, including the co-operation with the regional Commissioners on Human Rights, Commissions on Human Rights and the regional human rights NGOs;

- To pay permanent attention to the persons detained in investigation wards, prisons and psychiatric facilities with the aim of bringing the living conditions there into line with the European norms;

- To carry out dissemination and distribution of publications and periodicals on the activities of the Federal Commissioner on Human Rights;

- To continue the establishment of functional contacts with the international organizations active in the field of human rights protection and with the national Ombudsman institutions of foreign countries.

The years 1998-2003 have had an essential importance for the formation of the institution of the Commissioner on Human Rights in the Russian Federation. By the end of this period, the main elements of the existing structure of the Commissioner's Office were created and the basic mechanisms of realization of the objectives within his jurisdiction were set up. At the same time, the practical activities devoted to rehabilitation of the violated rights of citizens, improvement of the national legislation, legal education and development of international cooperation in the human rights area continued and developed. These five years give evidence that the institution of the Commissioner on Human Rights in the Russian Federation became a real and tangible factor in the life of the society and the state.

During these years the Federal Commissioner and his Office carried out practical steps aimed at normalizing the human rights situation in the country and ensuring that the newly created mechanism took a worthy place among other constitutional bodies and made a proper contribution to the state protection of human rights and freedoms. Despite the evident problems and difficulties linked with the process of formation of an institution absolutely new for Russia, it is at this point possible to state that the decisive stage has already been passed and the institution of the Commissioner on Human Rights in the Russian Federation has come into existence.

ANNEX

Examples of Documents Issued by the Commissioner on Human Rights in the Russian Federation, 1998-2003

1.

The Federal Law "On the Freedom of Conscience and on the Religious Associations" and the International Legal Obligations of the Russian Federation

The Conclusion of the Commissioner on Human Rights in the Russian Federation (1999)

The Federal Law "On the Freedom of Conscience and on the Religious Associations", adopted on September 26, 1997, generally conforms to the international legal obligations of Russia, undertaken as a member state of the International Covenant on Civil and Political Rights and of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. The preamble of the Law (par. 1-3), just like Articles 28,19 (part 2) and 29 (part 2) of the Constitution of the Russian Federation, confirms the right of everyone to freedom of conscience and to freedom of religion, and also the right of an individual to equality before the law independently of his attitude towards religion and his beliefs.

At the same time, several provisions of this Law come into contradiction with the principles established by the above mentioned international legal documents, and, accordingly, may be contested by the citizens when they appeal to the European Court on Human Rights. In fact, these norms cannot be applied on the territory of the Russian Federation, based on the superiority of regulations established by international agreements over the provisions of domestic legislation, which is specified by the Russian Constitution (Article 15, part 4).

1. In comparison with the general international legal principle of equality of all religions, fixed in the Constitution of the Russian Federation (according to Article 14, part 1, "no religion can be established as state or obligatory", and according to part 2 of the same Article "religious associations... are equal before the law"), in the Law on the Freedom of Conscience the privileged status of some confessions is in fact secured.

In the preamble of the Law (par. 4-5) there is a reference to "the

particular role of Orthodoxy in the history of Russia, in the formation and development of its spirituality and culture” and to *the respect* towards “Christianity, Islam, Buddhism, Judaism and other religions that constitute an inalienable part of the historical heritage of Russia”.

Two questions present themselves. Firstly, which religions come under the definition of “other” – Catholicism, the Uniat Church or, for example, the pentacostalists and molokans, who can also be considered to be a part of the Russian historical heritage. Secondly, whether it means *the disrespect* to other religions, which are not mentioned in the Law – Confucianism, Hinduism and so on – that are not a part of this heritage. The current text of the preamble does not provide a clear legal answer to these questions.

2. The Law on the Freedom of Conscience (Article 3 par. 3) indicates that the establishment of any advantages, restrictions or other forms of discrimination, that depend on the attitude towards religion, is prohibited. However, besides the privileged status of some confessions declared in the preamble, norms established by several other provisions of this Law actually lead to the discrimination of some confessions in practice.

The distinction between *religious associations* and *religious groups* that is recognized by this Law (Articles 6 and 7), contradicts both the European Convention and the precedents of the bodies of the Council of Europe, which represent important sources of the “European” law. According to Article 7 (part 1) of this Law, religious groups, in contrast to religious associations, are not subject to state registration and do not possess the rights of a legal person.

Besides, this Law draws a distinction between “traditional” religious organizations and those organizations that do not possess “a document that confirms their existence on a specific territory for not less than 15 years” (Article 9, part 1).

“Non-traditional” religious organizations are deprived of many rights and according to point 3 of Article 27 are not able:

- to appeal to the President of the Russian Federation for the deferment from conscription and for the exemption of their clergymen from military training, and also do not have a right to the substitution of the military service with alternative service for the followers of this confession;
- to establish educational institutions;
- to teach religion to the children outside of the framework of the educational program;

- to house the representation office of a foreign religious association;
- to conduct religious ceremonies in medical institutions and hospitals, boarding schools, hostels for aged and handicapped people, and in penal institutions;
- to produce, purchase, export, import and distribute religious literature, publications, audio – and video materials and other religious items;
- to establish any organizations specializing in the publishing liturgical literature and producing the religious items;
- to establish educational institutions and mass media agencies;
- to create institutions of professional religious education for the training of the clergymen and other religious personnel;
- to invite foreign citizens with the aim of engaging in professional religious activities, including preaching.

Part 2 of Article 13, that reads: “the representation of a foreign religious organization cannot exercise religious and other activities, and the status of the religious association doesn’t apply to it”, is also discriminatory and is contrary to both the European Convention and The International Covenant on Civil and Political Rights.

3. According to part 2 of Article 3 of the Law on the Freedom of Conscience “the right of a person and citizen to the freedom of conscience can be limited by the Federal Law only to the extent that is necessary for the protection of the fundamentals of the constitutional order, morality, health, rights and lawful interests of a person and citizen, for guaranteeing the defense and security of the state”.

This last provision comes into contradiction with part 2 of Article 3 of the European Convention on Human Rights, that reads: “the freedom to profess any faith is subject only to those restrictions which are established by the law and are necessary in a democratic society in the interests of public order, social order, health and morality or for the protection of the rights and freedoms of others persons”. This represents an exhaustive list of the legal restrictions of the right to the freedom of religion that are specified in the Convention. As distinct from some other rights and freedoms, guaranteed, in particular, by Articles 8, 10, 11, the Convention does not envisage any restrictions of the freedom of religion for the reasons of “state security”.

4. Article 16 (parts 3 and 4) of the Law on the Freedom of Conscience provides the possibility to perform religious ceremonies in military camps, prisons and places of custody. However, practical guaran-

tees of the realization of these rights are absent. It is not clear what is implied by "taking into account the requirements of military regulations" and "the observance of the requirements of criminal judicial legislation", which this Article refers to.

Taking into consideration the foregoing remarks the Federal Law "On the Freedom of Conscience and on the Religious Associations" can be brought into line with the universally recognized principles and norms of international law and international treaties of the Russian Federation.

2.

About the Discrepancy of the Provisions of the Law "On Militia", Tolerating the Use of Force, with Article 3 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms

The Conclusion of the Commissioner on Human Rights in the Russian Federation (1999)

Article 3 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms prohibits torture and inhuman or humiliating human dignity treatment or punishment. Article 15 (part) of the Convention does not stipulate any exclusions or reservations to its observance.

In the questions of application of Article 3 there exist a number of precedents based on the experience of the Council of Europe's bodies, particularly in the cases concerning Greece, Northern Ireland and Turkey, where mass infringements of its provisions by police authorities took place.

Inhuman treatment or punishment in the interpretation of the European Court on Human Rights means the infliction of deep physical or mental suffering; the treatment or punishment that humiliates dignity means bad treatment, aimed at causing the feeling of fright, depression and inferiority, in order to insult, humiliate and break the victims physically and morally.

The task of the European Court in any case presented under Article 3 consists of determining whether the facts that had been revealed point to the existence of an established administrative practice of the infringement of the Convention. Two elements are necessary to discover the existence of such a practice: the recurrence of actions and official tolerance.

“The recurrence of actions” means a considerable number of incidents of bad treatment that reflect the general situation. The pattern of these actions can signify that the officials of the same police or military authority exercise them.

“Official tolerance” means that although the acts of bad treatment are absolutely illegal, they are partly accepted because the superiors of the people who bear first-hand responsibility are aware of these acts, and nevertheless do not undertake any actions in order to punish for them or not to allow their repetition. This can also mean that the higher authorities, although in possession of numerous facts, display indifference, refuse to carry out the appropriate investigations in order to verify these facts; or that there is no unprejudiced court hearing of these complaints.

In case if Russian citizens appeal to the European Court on Human Rights, the patterns of the existing activity of the Russian militia (police) authorities may entail a court decision stating presence of an administrative practice of inhuman and humiliating human dignity treatment. Flaws in legislation in part determine these problems.

Although paragraph 2 of Article 5 of the RSFSR Law “On Militia” directly states that the militia cannot use treatment humiliating human dignity, its Article 13 makes the provision that militia officers have the right to use physical force, including fighting techniques, for preventing crimes and administrative infringements, for detention of culprits, and for overcoming the resistance to lawful demands, if non-violent methods do not ensure the performance of militia duties. Article 14 of this law also gives to the police officers the right to use the available special devices means, in particular, for the discovering of persons suspected of committing crimes.

Apparently, these provisions in their present state are extremely general and may lead to different interpretation, thus creating the conditions for the infringement of Article 3 of the European Convention. In particular, such administrative infringements as traffic violations may be interpreted by the militia officers as giving them the right to use physical force, including fighting techniques, that fall under the definition of inhuman treatment and treatment humiliating human dignity. The responsibility of senior militia authorities for such actions, falling under the definition of “administrative practice” of infringement of Article 3 in the interpretation of the European Court, is not recognized.

Unfortunately, the Federal Law of March 31, 1999 “On the Amendment of the RSFSR Law “On Militia” doesn’t take into ac-

count the demands of the European Convention. It simply adds to the list of allowed special devices electric shock implements.

In this connection, it is necessary to make more precise the provisions of the Law "On Militia" reserving to the militia officers considerable freedom of action and of subjective evaluation of the situation.

To achieve this, it is necessary to supplement the Law with the provisions stating that the use of physical force and special devices in cases entailing limited public danger is qualified as inhuman treatment or treatment humiliating human dignity and brings about responsibility, fixed by the law; and that the senior militia authorities tolerating repetition of such cases bear the same responsibility. Simultaneously, it is necessary to insert into this law the definitions of terms "non-violent means" and "limited public danger", for instance by determining the inclusive list of the administrative infringements, that do not permit the use of force and referring to the appropriate provisions of the Code on Administrative Infringements.

3.

*Statement
by the Commissioner on Human Rights
in the Russian Federation*

RESTORATION OF CIVIL RIGHTS AND FREEDOMS ON THE TERRITORY OF THE CHECHEN REPUBLIC IS A COMPLEX TASK FOR RUSSIA AND THE WHOLE EUROPEAN COMMUNI- TY (2000)

Notwithstanding the encouraging statements of the authorities that the situation in the liberated areas of Chechnya is stabilizing, the actual circumstances still give cause for alarm. The problems that have a negative effect on the general human rights environment in the region and could potentially undermine the international authority and security of Russia and the whole European community still remain unsolved.

During the visits by the Federal Commissioner and members of his staff to Northern Caucasus hundreds of people in Ingushetia and the Chechen Republic presented complaints due to frustration and disastrous material circumstances. Tens of thousands of refugees, hiding from the war in tent camps, lack valid documents proving their

identity, therefore formally their citizenship, which, in the conditions of a virtual state of emergency in the region, presents a serious limitation of their rights to travel, migration and job placement.

Numerous addresses by the people living in tent camps to the representatives of various delegations, demanding first of all their return to Grozny and other places of permanent residence in the territory of the Chechen Republic, supply of elementary needs in food, clothing and footwear, have not brought noticeable results. The number of forced migrants is not decreasing. They experience lack of heating, foodstuffs and medicines. Infectious diseases and common colds are spreading in all the centers where the forced migrants are being housed. Their dissatisfaction with the federal authorities, enhanced by the prolonged war and the deaths of relatives and acquaintances, is growing from day to day.

Notwithstanding all these problems that came to the fore as the result of the present conflict, one has to bear in mind that systematic violations of human rights in Chechnya have in fact been continuing for the past ten years. Under the Dudayev and Maskhadov regimes the people lacked jobs, the schools and hospitals were shut, the pensions and child support were not paid. The attempts to introduce the so-called "Islamic legislation" brought about grave mass violations of the rights to life and personal immunity that are universally recognized by the world community.

The war is fizzling out, the cessation of large-scale military activities is not far away. Russia faces the most complex and essential tasks of normalizing the day-to-day life in this federal subject. How to occupy 300 thousand men who are out of habit of work and do not know anything besides using their weapons? A whole generation is left illiterate as a result of the denial of its access to schools and institutions of higher education. Hundreds of thousands of peaceful citizens will for a long time be experiencing post-traumatic shock.

It becomes evident that with the ending of the anti-terrorist operation the "Chechen problem" cannot be settled finally. Russia is both geopolitically and geostrategically interested in a predictable Chechnya, in predictable actions of its future leadership. It is essential to use the real factors – the interest of the Chechens in preserving their ethnic identity, their national uniqueness. Even in the current circumstances the idea of national singularity cannot die. The Chechen people's feeling of self-respect has to be restored; they must have the opportunity to sense the solidarity and support of the federal center and of all the

regions of the country towards the cause of national rehabilitation and adaptation.

For the situation in Chechnya to change for the better a wise social and economic policy on behalf of the federal authorities is needed more than ever. The people must feel in practice that the federal authorities have come to reconstruct their homes, to compensate for the property lost, to organize the work of the enterprises, the schools, the hospitals, to pay out the pensions – in short, to do everything which is supposed by the philosophy and practice of human rights and fundamental freedoms. Only then will they believe that Russia desires peace and well being to this region of the country.

For the constitutional order to triumph over the territory of the long-suffering Chechen Republic and for human rights to be reliably protected there, a series of emergency extraordinary measures, supported by the international and European community, has to be carried out. The Council of Europe should not attempt to “isolate” or “punish” Russia. Instead, by using specific and purposeful help it should contribute to relieve the sufferings of people in the war-torn region, to perform the return to peaceful, stable and civilized life.

Today Europe faces its choice – whether to follow the way of recreation of the “iron” and other curtains, or to make use of this historical chance and in close cooperation with the Russian authorities, without fear of the financial expenses, to make a practical contribution towards solving this complex humanitarian problem. Not only the situation in Chechnya and in Russia in general, but also the future shape of the relationships on the continent, the possibility of preserving and strengthening the climate of confidence between the Europeans, depends upon the choice that Europe makes today.

4.

TEN PRINCIPLES OF REINSTATEMENT OF CONSTITUTIONAL ORDER, RESTORATION OF HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS IN THE CHECHEN REPUBLIC (2000)

1. Large-scale military actions are close to completion. Today the most important task is the transition from military means to political, the reinstatement of constitutional order in Chechnya, the creation of

the conditions for the observance of fundamental civil and human rights and freedoms.

2. An important step towards normalizing the situation would be the introduction of direct presidential rule: the healthiest political forces in the Chechen Republic have already stressed the importance of such a measure. For this model to be implemented within the constitutional framework and for it to serve for reestablishment of structures and institutions of authority and administration, traditional for a federal subject, the prompt adoption of a new Law on the State of Emergency is essential.

3. The Federal center as well as the regions must make a direct contribution towards the stabilization and normalization of the situation. It is necessary to quickly get rid of the corrupt bureaucrats belonging to the federal and regional structures, those representatives of private business, who, while speaking of solving the problems of the Chechen Republic and the Chechen people, in reality are interested in conserving the current state of affairs, in prolonging and stagnating the armed conflict. The development of effective means and measures aimed at unblocking the "Chechen knot" depends on the people of Russia, their intellectual potential.

4. Prompt measures aimed at complete disarmament of the terrorists and militants should be instituted; amnesty should be extended for those of them who voluntarily lay down their arms. All the armaments should be at the disposal of federal forces and local militia or should be destroyed under the control of international observers.

5. Vigorous actions aimed the restoration of the economy of the Chechen Republic and assistance to the peaceful population in its creative efforts must be accompanied by measures directed towards the liquidation of corrupt enterprises operated by the Mafia. This will need oriented support from the subjects of the Russian Federation, the European and international community.

6. It is essential to guarantee and protect the rights of all without exception ethnic, religious and social groups of the population, to create the conditions for the realization of rights to national and confessional identity, for the restoration of national image and self-respect. This, and only this, will be the prerequisite for the recreation of durable systems of authority both at the republican and the local level.

7. All of the so-called "Islamic legislation", which formed the foundation for the anti-popular terrorist regime, or which established discrimination on the basis of religion or political beliefs, should be

revoked. Legal means should be imposed in order to put to an end to the criminal practice of taking hostages.

8. All the criminals and all of those who participated in the planning and carrying out of terrorist attacks should be arrested and brought before the court of law. Everyone hostile towards the causes of national restoration of the Chechen Republic as a subject of the Russian Federation should be relieved of important state and public posts.

9. Parallel to the recreation of the structures of local self-government, the courts and the law-enforcement bodies, the process of training and retraining of new national cadres, sharing the common civilized values of democratic society and human rights, should go on.

10. The realization of the tasks of reinstatement of the constitutional order, of restoration of human rights and freedoms in the Chechen Republic is impossible without effective participation in this process of the European and international community, of all the multilateral and non-governmental organizations that cherish humanitarian values.

5.

THE DECLARATION ON CHECHNYA AND HUMAN RIGHTS (2003)

The historical experience witnesses that the approval of the Constitutions that determined the future development of nations and states was often preceded by the adoption of Declarations that formulated the fundamental principles of national and state construction. Such is the historical experience of France, of the United States, of Russia. The sufferings during the nearly ten-year long war of all the peoples living in the territory of the Chechen Republic convince that the rehabilitation and prosperity of Chechnya as part of the Russian Federation to a significant extent depend upon the determination of key principles of protection of human rights and freedoms within the territory of this Subject of the Russian Federation. This will be an important prerequisite for the holding of the referendum and the adoption of the new Constitution of the Chechen Republic.

1. A person abiding within the territory of the Chechen Republic

shall exercise the rights and freedoms fully conforming to the rights and freedoms of every citizen of the Russian Federation abiding within the territory of any of the Subjects of the Russian Federation.

2. Any person found illegally bearing arms within the territory of the Chechen Republic shall be considered from the point of view of universally recognized principles and norms of international law as a person committing a crime against humanity and violating the fundamental right to life.

3. Any use or attempted use by any units or individuals of military force against the civilian population within the territory of the Chechen Republic shall be considered as a grave crime against humanity subject to persecution in accordance with the Laws of the Russian Federation and international norms.

4. Every person abiding within the territory of the Chechen Republic shall make an essential contribution to the political, economic, cultural and moral rehabilitation of the Chechen Republic and of the peoples abiding in its territory.

Any activities provoking national and religious discord shall be persecuted in accordance with law.

5. The adoption by way of a referendum of the Constitution of the Chechen Republic conforming to the Constitution of the Russian Federation will create additional guarantees of human rights and freedoms, will strengthen all the branches of authority, will help restore normal life in the Republic and resolve the present complicated situation.

January 22, 2003

The Commissioner on Human Rights in the Russian Federation
Oleg Mironov

Fra tutti i tipi di difensore civico presenti nei paesi europei, e risalenti in vario modo al comune modello storico dell'Ombudsman della tradizione scandinava, il Commissario ai Diritti Umani della Federazione Russa è uno dei più interessanti. Questo sia per i molteplici e incisivi poteri di cui è dotato, che per il ruolo politico che ha cercato di ricoprire nel drammatico processo di democratizzazione del paese, intervenendo in problemi delicati come il trattamento dei detenuti, quello dei militari, la libertà di stampa, la guerra in Cecenia. Da decenni le istituzioni di questo genere hanno rivelato la propria utilità nella difesa politico-istituzionale dei diritti umani in situazioni di

transizione dai regimi autoritari alla democrazia. Si pensi al caso del Defensor del Pueblo spagnolo, o alle figure di difensore civico nazionale o sub-nazionale soprattutto nei paesi dell'Est europeo, come l'Ombudsman della Bosnia e Erzegovina e appunto il Commissario per i Diritti Umani nella Federazione Russa.

In origine, nella Costituzione svedese del 1809, l'Ombudsman era concepito letteralmente come un "uomo di fiducia" del Parlamento, cioè come un Pubblico Ministero di nomina parlamentare, specializzato nel perseguire i casi di abuso d'ufficio da parte di funzionari. Era un ufficio destinato a perfezionare il regime parlamentare, costituendo un baluardo contro l'assolutismo e rafforzando i principi della *rule of law* e della buona amministrazione. Questa prima versione dell'Ombudsman doveva quindi consentire al Parlamento di sorvegliare la macchina amministrativa, soprattutto dal punto di vista del rispetto della legalità e della distinzione dei poteri. Attualmente invece l'Ombudsman ha quasi ovunque in Europa perso la funzione di Pubblico Ministero, e ha anche guadagnato una certa indipendenza rispetto allo stesso Parlamento. Esso si propone invece come un ufficio indipendente e accessibile, che funziona sia da mediatore istituzionale fra cittadini e pubblica amministrazione, che da tutore dei diritti e delle libertà. Nel passaggio dallo Stato di diritto agli odierni regimi costituzionali, l'istituto si è arricchito di competenze più estese. L'Ombudsman riesce ad intervenire oggi anche in settori che tradizionalmente sfuggivano alla *rule of law*, per l'insufficiente definizione dei diritti e per la mancanza di un'efficace protezione giuridica del cittadino contro gli arbitri e le violazioni di legge: si pensi agli ospedali psichiatrici, alle forze armate o all'amministrazione penitenziaria. Tipicamente l'Ombudsman esamina reclami, propone riforme, indirizza raccomandazioni e relazioni, fra le quali assume una particolare rilevanza il rapporto annuale al Parlamento. Per la natura del suo incarico, interviene anche in casi nei quali non si ravvisa una vera e propria violazione delle leggi, ma una più generica *maladministration*, mancanza di equità o scarsa trasparenza delle istituzioni. Quindi in concreto egli agisce il più delle volte come un alleato del cittadino, che è costretto a relazionarsi costantemente con le istituzioni pubbliche per soddisfare le sue necessità, ma molto spesso si imbatte in abusi, lentezze burocratiche, oscurità delle norme e delle procedure.

Naturalmente, perché un Ombudsman possa svolgere una funzione efficace e autonoma, occorre che sia dotato di un proprio ufficio, provvisto di mezzi adeguati (staff, finanziamenti, strutture) e sostenuto dalla volontà delle istituzioni pubbliche di tenere conto delle sue osservazioni. La legge costituzionale federale adottata dalla Duma il 25 dicembre 1996, approvata dal Consiglio Federale il 12 febbraio 1997, ha istituito la figura del Commissario ai Diritti Umani della Federazione Russa, determinando le procedure per l'incarico, i suoi poteri, l'organizzazione del suo ufficio e le forme della sua attività. Il suo compito è la tutela dei diritti e libertà dei cittadini, e la sorve-

gianza sul loro rispetto da parte delle istituzioni statali e locali e dai pubblici ufficiali. Egli inoltre deve contribuire al ripristino dei diritti violati, promuovere la legislazione in materia (in accordo con i principi e le norme internazionali), sviluppare la cooperazione internazionale in materia di DU, l'educazione giuridica in materia, le forme e i metodi di tutela. Il Commissario è nominato (ed eventualmente deposto) dalla Duma. In genere gli Ombudsman non possono intervenire nei processi, tranne nell'area scandinava e in Russia. Da questo punto di vista, il Commissario russo ha poteri decisamente più incisivi della media europea, in quanto può sottoporre il caso a un tribunale, partecipare al processo personalmente o mediante rappresentanti, chiedere provvedimenti disciplinari o amministrativi, chiedere a un tribunale o all'ufficio del procuratore di verificare una sentenza, rivolgersi alla Corte Costituzionale (art. 29 della legge istitutiva). Nel caso della Federazione Russa, il Commissario ha uno specifico potere di procedura d'ufficio in casi particolari, come violazioni massicce dei diritti umani (art. 21 della legge costituzionale federale del 1997).

L'articolo del Prof. Lebedev che qui di seguito riportiamo è un prezioso contributo alla comprensione del ruolo dell'Ombudsman russo nell'ordinamento giuridico e nella prassi politica. Esso testimonia un impegno scientifico e politico di grande rilievo (l'autore è stato capo di gabinetto del Commissario Mironov, primo Ombudsman della Federazione) in un momento molto difficile della storia russa.

GIUSEPPE GILIBERTI (Centro per lo Sviluppo Istituzionale, Università di Urbino)

