



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ENNA "KORE"

KOREUROPÀ

Rivista elettronica
del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna

www.koreuropa.eu

2012



KorEuropa

*Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna*

KorEuropa è una Rivista pubblicata a cura della Facoltà di Scienze Economiche e Giuridiche e a cura del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna. La responsabilità per quanto pubblicato è dei singoli autori.

Direttore
Anna Lucia VALVO

Direttore Responsabile
Antonino MILAZZO

Comitato di Direzione
Salvatore ANDÒ; Paolo BARGIACCHI; Antonino MILAZZO; Alessandro TOMASELLI;
Fausto VECCHIO; Anna Lucia VALVO

Comitato Scientifico
Salvatore ANDÒ; Francisco BALAGUER CALLEJON; Paulo BARBOSA RAMOS; Paolo BARGIACCHI;
Gregorio CAMARA VILLAR; Antonio CANTARO; Emilio CASTORINA; Gian Luigi CECCHINI;
Nicoletta PARISI; Jose Luis PEREZ SERRABONA; Jose Maria PORRAS RAMIREZ;
Augusto SINAGRA; Anna Lucia VALVO

Comitato di Redazione
Alessandro TOMASELLI; Fausto VECCHIO (Coord.); Augusto AGUILAR CALAHORRO; Biagio ANDÒ;
Massimo ASERO; Claudia Regina CARCHIDI; Claudio COSTANTINO; Nancy DE LEO;
Valentina FAGGIANI; Giancarlo FERRO; Antonella GALLETTI; Ulrike HAIDER; Davide IOSIA;
Elisabetta LANZA; Francesca LEOTTA; Federico LOSURDO; Marcelo MACHADO LIMA;
Jose Levi MELLO DO AMARAL JUNIOR; Edoardo RAFFIOTTA;
Janaina RIGO SANTIN; Grazia Alessandra SIINO

KorEuropa ha una cadenza semestrale. Gli articoli sono sottoposti a referaggio anonimo e sono pubblicati in italiano, francese, inglese, spagnolo e portoghese. Gli articoli pubblicati nella Rivista non riflettono necessariamente le opinioni del comitato scientifico, del comitato di redazione o della direzione.

Per contattare la Redazione o semplicemente per proporre articoli e volumi da recensire scrivere a:

alessandro.tomaselli@unikore.it

fausto.vecchio@unikore.it

koreuropa@unikore.it

Homepage: Visitate la nostra pagina web all'indirizzo <http://www.unikore.it/index.php/home-koreuropa>

Profilo Facebook: Visitate il nostro profilo Facebook all'indirizzo <http://www.facebook.com/KorEuropa>



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna

Pag.

Editoriale

Anna Lucia VALVO, *A proposito di un improbabile Nobel per la pace* 1

Articoli

Augusto AGUILAR CALAHORRO, *La primacía del derecho europeo y su invocación frente a los Estados: una reflexión sobre la constitucionalización de Europa* 7

Salvo ANDÒ, *Europa e povertà* 73

Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa* 83

Claudio COSTANTINO, *Servizi di interesse economico generale ed aiuti di stato: il Regolamento n. 360/2012 e la soglia de minimis per le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico* 101

Roberto DI MARIA - Carmelo PROVENZANO, *Efficienza, competitività ed innovazione della pubblica amministrazione: alcune considerazioni economico-giuridiche sul modello Consip* 137

Jose Levi MELLO DO AMARAL JÚNIOR, *Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e o pensamento de Celso Lafer* 159

Giurisprudenza

Fausto VECCHIO, *Un nuovo capitolo nella "saga" del data retention: la Corte costituzionale della Repubblica Ceca dichiara l'incostituzionalità degli atti di attuazione della Direttiva 2006/24/CE* 181

Recensioni

Droit international public di D. RUZIÈ - G. TEBOUL, Paris Dalloz, 2012, 21° ed., Pag. I - IV Pag. 1 - 346 e *Droit européen* di J.C. GAUTRON, Paris Dalloz, 2012, 14° ed, Pag. I - VII Pag. 1 - 347 (Massimo PANEBIANCO) 189



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna

A PROPOSITO DI UN IMPROBABILE NOBEL PER LA PACE

Anna Lucia Valvo

Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università Kore di Enna

Ha colto tutti di sorpresa la curiosa scelta del Comitato per il Nobel che ha designato l'Unione europea come destinataria del prestigioso premio, il Nobel per la pace per l'anno 2012.

Ancor più stravagante, poi, sembra esser la motivazione che sta alla base della scelta effettuata dal Comitato che, fra l'altro, a sostegno della scelta, ha indicato: "... l'impegno coronato da successo per la pace, la riconciliazione e per la democrazia e i diritti umani"; e se si preferisce tralasciare ogni commento sui risultati raggiunti dall'Unione europea in termini di pace, riconciliazione e diritti umani, davvero è difficile tacere sulle questioni che riguardano la democrazia in ambito europeo.

A chi legge, non appaia spericolato o frutto di *euroscetticismo* il voler affermare che il sistema attualmente esistente all'interno dell'Unione europea è quanto di più lontanamente assimilabile ad un sistema democratico.

Benché il bilancio di quanto realizzato fino ad oggi dall'Unione europea non possa essere valutato esclusivamente in termini pregiudizialmente e necessariamente negativi, va da sé che, a tutto ammettere, è difficile valutare se questo Nobel alla UE debba essere considerato come un tributo per i più o meno gloriosi successi del passato o come un auspicio per il futuro di una integrazione politica e democratica che stenta a nascere all'interno di un'Europa che ha tradito sé stessa e i nobili ideali dei suoi Padri fondatori. Ideali naufragati nelle beghe da cortile di alcuni dei suoi Stati membri che ad una effettiva integrazione politica ed autenticamente democratica preferiscono un'Unione burocratica e tecnocratica del tutto svincolata da una volontà e da una idealità e progettualità politica.

Parturient montes, nascetur ridiculus mus, la montagna ha partorito il topolino e l'Unione europea che avrebbe potuto rappresentare uno straordinario esempio di aggregazione



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna

e di integrazione di Stati e di popoli per certi versi distinti ma, nel contempo, talmente vicini da annullare ogni pur inevitabile differenza perché accomunati da un estetismo intellettuale che è, forse, l'indice più evidente delle comuni radici europee, si trova oggi, suo malgrado, ad essere ostaggio di una crisi economico-finanziaria che affonda le sue radici nel sistema di deregolamentazione finanziario degli Stati Uniti oltre che ostaggio di una Germania vittima inconsapevole del suo immobile rigorismo.

L'Unione europea, dunque, novella vincitrice di un Nobel per la pace, appare sempre più impotente dinanzi alla sua intima forza disgregatrice e si mostra del tutto incapace di andare oltre sé stessa e le sue modalità di funzionamento intrinsecamente caratterizzate, ad onta delle motivazioni a sostegno del Nobel, da un *deficit* di democrazia che rende prive di legittimità democratica le sue Istituzioni e i suoi processi decisionali.

E' innegabile, nondimeno, che l'Unione europea ha aggregato a sé i Paesi dell'Est europeo in occasione del più grande allargamento che l'ha caratterizzata e che ha aperto le porte, salvo a chiuderle immediatamente dopo, anche alla Turchia e ha assicurato per un lungo periodo un clima di pacifica convivenza tra Francia e Germania.

Oggi, tuttavia, ad onta del prestigioso premio ricevuto, la UE appare più depressa e demotivata che mai e se è vero che le contraddizioni sono immanenti alla sua stessa struttura, se è vero che il processo di integrazione è da sempre caratterizzato da alterne fasi di crisi e di rilancio, è altresì vero che la situazione di incertezza in cui si trova in questo momento l'Unione europea rende il processo di integrazione sempre più inconsapevole vittima dell'incoerenza politica dei governi europei.

L'Europa, dunque, caratterizzata da processi autenticamente antitetici ai modelli della democrazia classica, in una sorta di autocompiacimento della fase di declino che sta vivendo, si trova imbrigliata in logiche strumentali e in interessi di potere che le impediscono di andare avanti. Al contrario, occorrerebbe sbarrare il passo alla resa e compiere azioni decisive per individuare differenti logiche politiche (e giuridiche) che non ammettano alternative di circostanza e non si pieghino agli interessi particolari degli Stati membri, anzi, di quegli Stati membri pronti al volere delle occulte e palesi *lobby* economico finanziarie che oggi governano il mondo.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna

Tradizionalmente, la democrazia ha trovato (e trova) il suo fondamento in un progetto politico e nelle norme dirette a regolare i rapporti fra i consociati destinatari del progetto politico e, tradizionalmente, la politica e il diritto (con il secondo subordinato alle esigenze della prima), hanno svolto un ruolo primario nella costruzione delle fondamenta della società e della compagine sociale della collettività umana ivi stanziata.

In altri termini, la politica e il diritto sono sempre stati strumenti di governo dei sistemi democratici; strumenti diretti a creare intime ed immediate interconnessioni fra le esigenze del corpo sociale e le Istituzioni. In tale ottica, dunque, l'economia ha sempre svolto un ruolo subordinato, specificamente e finalisticamente orientato al reperimento e alla gestione delle risorse necessarie al benessere della collettività.

Oggi tutto questo non esiste e, drammaticamente, si assiste al primato dell'economia e della finanza che in maniera tanto disinvolta quanto violenta strumentalizzano la politica e il diritto fatalmente declassati e asserviti agli interessi del tragico binomio economico-finanziario.

Nell'attuale periodo storico caratterizzato da un clima del tutto privo di un pensiero politico e di un'etica giuridica, l'Unione europea permane nel suo atteggiamento idolatrico nei confronti del mercato, del tutto incapace di superare la concezione tipicamente capitalistica della struttura economica europea e quasi sgomenta dinanzi agli obiettivi di integrazione sociale e culturale cui questa dovrebbe indirizzare le proprie energie.

Rebus sic stantibus, e davvero le cose stanno così, considerata l'incapacità o, peggio, la mancanza di volontà della UE di combattere l'esclusione e la discriminazione sociale; l'incapacità di promuovere la giustizia e la promozione sociale oltre che la solidarietà tra le generazioni, questa appare oggi più come un tiranno che un campione di democrazia.

Per tali e altre (taciute) ragioni ha colto di sorpresa l'improbabile e imbarazzante Nobel per la pace all'Unione europea.

Articoli



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna

LA PRIMACÍA DEL DERECHO EUROPEO Y SU INVOCACIÓN FRENTE A LOS ESTADOS: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE EUROPA

Augusto Aguilar Calahorro

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

1. El principio de primacía como elemento de la constitucionalización de la Unión Europea

Para comenzar esta reflexión sobre el proceso de constitucionalización del Derecho de la Unión Europea debe partirse de una premisa esencial: toda ordenación constitucional del Derecho debe tender a dar forma, ordenar y limitar el poder en garantía de los derechos de los ciudadanos¹. El ordenamiento europeo podría razonarse como ordenamiento constitucional en la medida en que diera cumplimiento a esta premisa².

¹ En términos clásicos, con KELSEN podemos decir que «la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder, y garantía de la Constitución significa certeza de que estos límites no serán rebasados», *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, 1995, p.123. Como veremos en esta reflexión, principio democrático y Estado de Derecho conforman la idea de organización constitucional a la que nos referimos. Esta idea, en el terreno histórico jurídico, comienza con la afirmación de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano* de 1789 sobre la que se reconstruye toda la historia constitucional moderna, y concretamente el artículo 16 de la misma en la que se establece una afirmación paralela a la nuestra: «Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución», entendiendo la separación de poderes desde la perspectiva de control y limitación del poder. Nos debemos remitir a JELLINEK y su definición sobre Constitución: «conjunto de los principios jurídicos en los que se contiene la determinación de cuáles sean los órganos supremos del Estado, el modo de su formación, sus relaciones recíprocas y sus esferas de acción, y, en fin, las posiciones fundamentales del individuo frente al Estado». Ver JELLINEK, *Teoría General del Estado*, Granada, 2000, p. 495. Como resumen a la cuestión esencial del Derecho Constitucional cito a ARAGON REYES, *La Constitución como paradigma*, en CARBONEL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, 2007: «debemos apreciar que el constitucionalismo, puede ser entendido también como un fenómeno jurídico: la teoría y la práctica jurídicas del Estado auténticamente constitucional, es decir, del Estado efectivamente limitado por el Derecho» p. 36. Esencial, para la comprensión del concepto “normativo” de la Constitución española de 1978, la obra GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., 2006: «La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella contruidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad», p. 55. Efectivamente, hablar de Constitución es hablar del método de la construcción del poder y su limitación, es hablar de dar forma y limitar al poder normativo, ejecutivo y judicial. ALEXY lo explica desde la problemática de la garantía de los derechos

Aunque, por ahora, la Unión Europea no cumple con estas premisas, no puede negarse que el proceso de integración ha dado lugar a importantes avances sobre el terreno, especialmente por vía jurisprudencial. En la relación entre constitucionalismo y Derecho europeo, puede encontrarse un momento fundamental, en las sentencias del Tribunal de Justicia (TJ) de las Comunidades Europeas, las sentencias *Van Gend en Loos* y *Costa C. Enel*³. En ellas germinaron los principios de eficacia directa y primacía, principios que han supuesto los dos pilares básicos de la construcción del ordenamiento jurídico europeo. Desde su afirmación la doctrina ha considerado en muchas ocasiones que ambos principios abrieron el camino para la progresiva constitucionalización del Derecho europeo⁴.

Como sabemos, la primacía supone la prevalencia aplicativa de las disposiciones europeas en caso de contradicción con las nacionales, mientras que la eficacia directa se

fundamentales considerando que «las Constituciones democráticas modernas contienen dos clases o categorías de normas. A la primera categoría pertenecen aquellas normas que constituyen y organizan el poder legislativo, el poder ejecutivo y la administración de Justicia, o sea, el Estado. En el centro se sitúa aquí la legitimación. En la segunda categoría entran aquellas normas que limitan y encauzan el poder estatal. Aquí deben ser mencionados, en primer lugar, los derechos fundamentales. Esa dicotomía parece tener una validez universal – al menos en el universo de los Estados constitucionales democráticos-. Ver ALEXEY, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, en FERNÁNDEZ SEGADO, *The Spanish constitution in the European constitutional context*, Madrid, 2003, p. 1505. Por todos los demás me remito a LOEWENSTEIN: «la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo por establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad... En un sentido ontológico, se deberá considerar como *telos* de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder» en LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1986, pp. 150-151.

² Centrando la cuestión de la premisa constitucional básica en el ámbito europeo ver, respecto del proyecto de Tratado Constitucional y la definición del Derecho Constitucional CARTABIA, *El Tratado constitucional para la Unión Europea y la voluntad constituyente de los Estados miembros*, en GÓMEZ FERNÁNDEZ, (coord.) CARTABIA - DE WITTE - PÉREZ TREMPES (Dirs.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Valencia, 2005, espec. pp. 253-254. En esta misma obra colectiva ZILLER entenderá que «...es posible, y legítimo, contemplar la Constitución para Europa como una serie de pasos para garantizar los derechos en la Unión Europea y la separación de poderes, por ejemplo porque ordena la relación entre *gouvernants et les gouvernés*...», ver ZILLER, *La función de los conceptos constitucionales de los Estados miembros en la nueva constitución para Europa*, ibídem, p. 28. Muy recientemente RIDOLA, *Diritto Comparato e Diritto Costituzionale europeo*, Turín, 2010, donde el autor sigue el camino de la limitación del poder como fundamento filosófico y político del constitucionalismo y lo aplica al discurso europeo, pero espec. pp. 25-28.

³ Sentencias del Tribunal de Justicia (SSTJ) de 5 de febrero de 1963, asunto *Van Gend en Loos*, C-26/62; y de 15 de julio de 1964, asunto *Costa contra ENEL*, C-6/64.

⁴ NETTESHEIM, *El significado constitucional de la primacía del Derecho*, en *Revista Española de Derecho europeo*, n. 6, 2003, pp. 279 y ss.. MANCINI, *The Making of a Constitution for Europe*, en *Common Market Law Review*, n. 4, 1989. p. 596 y ss.. CHALMERS - HADJEMMANUIL - MONTI - TOMKINS, *European Union Law*, Cambridge, 2007, pp. 45-50. DE WITTE, *Direct effect, supremacy, and the nature of the legal order*, en CRAIG - DE BURCA, *The evolution of EU Law*, Oxford, Paris, Nueva York, 1999, pp. 177-210.

concretó en la posibilidad de los particulares de fundar directamente en Derecho europeo pretensiones subjetivas e invocarlas ante el juez nacional. Por definición, primacía y eficacia directa se encuentran estrechamente vinculadas, pues establecen una obligación para el juez nacional de aplicar las disposiciones europeas para la resolución de litigios concretos e inaplicar, si es necesario, las disposiciones nacionales que considere contrarias⁵. Esta obligación de conceder eficacia al Derecho europeo en el ámbito se ha ido extendiendo, además, a todos los poderes públicos del Estado⁶, pues al ser el Derecho europeo un ordenamiento integrado en los sistemas jurídicos nacionales, son los poderes públicos nacionales los máximos responsables de su aplicación. La obligación derivada de la primacía y la eficacia directa del Derecho europeo cumple con una condición esencial de la UE: garantizar la eficacia uniforme del Derecho europeo en todos los Estados miembros.

Primacía y eficacia directa pueden observarse desde una dimensión constitucional, como herramientas útiles a la ordenación y limitación del poder público en el ámbito europeo⁷. Una reflexión sobre la constitucionalización del Derecho europeo, en mi opinión, debería situar en un lugar central ambos principios.

La dimensión constitucional de ambos principios se observa en el siguiente sentido. Por un lado, para el TJ, ambos principios fueron la consecuencia jurídica de la naturaleza del Derecho europeo, un “nuevo ordenamiento” supranacional distinto al Derecho internacional y al Derecho de los Estados⁸; por otro lado, debían conjugarse con los derechos y obligaciones derivadas de los Tratados. El nuevo ordenamiento europeo que concedía derechos subjetivos a los ciudadanos que podían ser invocados ante los poderes públicos de los Estados, se podía considerar el germen de una estructura de limitación del poder normativo y ejecutivo del

⁵ Ver Sentencia del TJ de 9 de marzo de 1978, asunto C-106/77, Simmenthal.

⁶ Sentencia del TJ de 22 de junio de 1989, asunto C-103/88, Fratelli Costanzo.

⁷ JACOBSON, *Modern Jurisprudence and the Transvaluation of Liberal Constitutionalism*, en *Journal of Politics*, 47, n. 2, 1985, pp. 405 y ss..

⁸ Como señala FERNÁNDEZ SEGADO «Al reemplazar con la calificación "ordenamiento jurídico propio" la expresión "nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional", quería marcar especialmente la autonomía del ordenamiento comunitario en relación al ordenamiento jurídico internacional y subrayar el avanzado grado de centralización en la creación de normas, y también, muy probablemente,...posibilitar la diferente posición jurídica de los individuos ante el Derecho comunitario, pues en el ámbito del Derecho internacional público, hace años al menos, los individuos no adquirirían derechos ni tan siquiera cuando eran claramente los beneficiarios de las normas establecidas en un tratado internacional, situación bien dispar a la dimanante del Derecho comunitario» en FERNÁNDEZ SEGADO, *El juez nacional como juez comunitario de derecho común. Las transformaciones dimanantes de ello*, en *Cuestiones Constitucionales*, n. 13, 2005.

Estado nacional de cara a sus ciudadanos⁹. En la conjunción de ambos principios con el carácter supranacional de la Unión y los derechos destinados a sus ciudadanos, la doctrina jurídica y el propio TJ han concretado la creación de una “Comunidad de Derecho”¹⁰. Esto es, la creación de un espacio supranacional que aproxima su articulación al principio constitucional del Estado de Derecho: donde todos los poderes públicos y los particulares se encuentran sometidos al Derecho nacido de los Tratados.

La esencia de la naturaleza supranacional de la UE resultó de la cesión de competencias soberanas que los Estados realizaron en a favor de las Instituciones europeas en el momento de ratificación de los Tratados comunitarios. De esta manera, los Estados miembros quedaban vinculados a las obligaciones de hacer y de no hacer dipuestas en el Derecho originario y derivado. Entre estas obligaciones han destacado, por su evolución, las libertades comunitarias fundamentales que componían el Mercado Común (libertades de circulación de mercancías, capitales, trabajadores y establecimiento de empresas entre los Estados miembros)¹¹. Estas libertades, que originariamente tuvieron un contenido exclusivamente económico, se han configurado poco a poco como auténticos derechos fundamentales (prohibición de discriminación por nacionalidad, sexo, raza, edad; tutela judicial efectiva¹² ...) para los particulares de la Unión, gracias a la interpretación extensiva que ha realizado

⁹ Con POIARES MADURO, podemos decir que la UE ha adquirido, a través de la cesión de competencias soberanas a las Instituciones, muchas de las tradicionales funciones de gobierno y, respecto de aquellas aun retenidas por los Estados, ejerce un creciente papel de supervisión, limitando los poderes de autogobierno de los Estados. Cfr. POIARES MADURO, *The importance of being called a constitution: Constitutional authority and the authority of constitutionalism*, en *International Journal of Constitutional Law*, n. 3, 2005, pp. 2-3. En este sentido, aunque con fuertes connotaciones de ciencia económica, ver ALMIRANTE, *European Governance e Costituzione europea: fra revisione tacita e 'anestesia' dei sistemi costituzionali degli Stati membri*, en GAMBINO - D'IGNAZIO, *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Tra teoria costituzionale, diritto interno ed esperienze straniere*, Milán, 2007, pp. 107 y ss..

¹⁰ STJ de 23 de abril de 1986, asunto *Los verdes v. Parlamento europeo*, C-294/83, “es una Comunidad de Derecho en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado”. En doctrina, el término “Comunidad de derecho” fue acuñado por HALLSTEIN, *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Düsseldorf, 1969. Ver STOLLEIS, *Europa como Comunidad de Derecho*, en *Historia Constitucional*, n. 10, 2009. Consultado en <http://www.historiaconstitucional.com> pp. 475-484.

¹¹ Arts 28 y ss TFUE (libre circulación de mercancías), Arts 45-66 TFUE (circulación de personas, servicios y capitales).

¹² Arts 18 y ss TFUE (no discriminación y ciudadanía de la Unión), Sentencia del TJ, de 15 de mayo de 1986, C-222/84, asunto *Johnston* (tutela judicial efectiva), y art. 19.1 párrafo 2 TUE: “Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”.

durante décadas el TJ¹³. A través de los principios de primacía y eficacia directa el TJ declaró que estos derechos podían constituir el fundamento de pretensiones subjetivas de los particulares frente a los Estados miembros, pues ambos principios permitían, en determinadas ocasiones, su invocación ante los órganos jurisdiccionales nacionales (eficacia directa), forzando su implementación por los poderes públicos, de forma que los actos normativos de los Estados que impidiesen su eficacia debía ser, además, inaplicados (primacía).

Así, en los principios de primacía y eficacia directa pueden encontrarse herramientas funcionalmente constitucionales, pues han permitido la determinación del lugar que ocupan los ciudadanos en la UE, articulando las relaciones entre éstos y los Estados en a través de un Derecho supranacional, y permitiendo a los particulares exigir actuaciones determinadas de los poderes públicos o protegerse de las mismas cuando éstos actúan dentro de éste ámbito competencial.

Estas oportunidades que encuentran en el Derecho europeo los ciudadanos son un ejemplo de los avances y ventajas del proceso de integración supranacional frente al Derecho internacional clásico. La posición de los ciudadanos en el Derecho europeo difiere en gran medida de la posición que ocupan en el Derecho Internacional Público¹⁴, y esa es la principal novedad de la UE. Mediante estos dos principios fundacionales, conjugados con la evolución de las libertades económicas, el TJ ha permitido que los particulares puedan invocar las obligaciones derivadas de los Tratados, como derechos subjetivos, en sus litigios con los

¹³ El reconocimiento de las libertades fundamentales como derechos fundamentales se condensa en la interrelación de diversos elementos entre los que destaca el principio de eficacia directa. La evolución de esta visión ha llegado a su culmen a través del reconocimiento y la positivización en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea introducida en el TUE a través del artículo 6.1, en cuyo título V se introducen los derechos de Libertad de circulación y de residencia, derechos derivados de la Libertad Fundamental de Circulación de Trabajadores. En un sentido casi idéntico en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se enuncia en los artículos 20.2 y 21.1 los derechos de libertad de circulación y residencia. Fue el TJ el que afirmó que las libertades de circulación y de servicios deben ser interpretadas como libertades fundamentales en las Sentencias *Reyners*, de 21 de junio de 1974, C- 2/74; y *Walrave*, de 12 de diciembre de 1974, C-36/74. Ver para un breve resumen JACOBS, *The evolution of the European legal order*, en *Common Market Law Review*, n. 41, 2004, p. 304.

¹⁴ Sobre la distinción entre el ordenamiento europeo y el ordenamiento internacional basada en el rol de los ciudadanos como verdaderos sujetos de Derecho CRAIG, como ejemplo representativo, ha dispuesto «el hecho de que se concediese a los individuos derechos... transformó la propia naturaleza del TCE. Ya no podía ser considerado meramente como asunto de los Estados nacionales al modo de otros muchos tratados internacionales. Iba a ser una forma de ordenación social en la que los individuos estaban involucrados en cuanto tales», en CRAIG, *Gran Bretaña en la Unión Europea*, en FERNÁNDEZ SEGADO, *The Spanish constitution in the European constitutional context*, Madrid, 2003, p. 391.

poderes públicos, consintiendo la tutela de sus derechos al tiempo que contribuyen a garantizar el cumplimiento del Derecho europeo. De esta forma, los ciudadanos adquieren un papel esencial en el ámbito europeo del que carecían a nivel internacional.

Lo que aquí se propone es analizar el principio de primacía desde sus posibilidades constitucionales, que parecen concentrarse en su invocación por los particulares frente a los Estados, como elemento esencial de la tutela de derechos frente a los poderes públicos estatales. Se pretende, en suma, ampliar la metodología tradicional que ha estudiado la primacía como principio de relación entre ordenamientos (resolución de conflictos normativos) situando en el centro su vertiente más garantista: un principio invocable por los ciudadanos que les permite, al mismo tiempo, requerir la tutela de derechos conformados a nivel supranacional y participar del control de cumplimiento de las obligaciones comunitarias por los Estados, de su eficacia. Vayamos ahora por partes.

2. La globalización y la crisis del Estado constitucional: el escalón entre ciudadanos y gobiernos a nivel internacional

El fenómeno de la globalización pone de manifiesto una interrelación total entre elementos y factores a escala global que escapan a la capacidad de regulación de los Estados pues, por un lado, cada vez más los conflictos sociales se componen de elementos económicos, medioambientales o tecnológicos que interaccionan entre sí y escapan al control del poder estatal, por otro lado, han aumentado las relaciones socio-económicas que se producen fuera del marco de influencia único del Estado nación¹⁵. Se evidencia, en la globalización, una pérdida de poder del Estado nación para regular y controlar de forma individual los nuevos espacios globales y la proliferación de nuevos actores privados. Por ello se tiende a pensar, en las ciencias jurídicas y sociales, que la globalización ha provocado una

¹⁵ Se pueden consultar interesantes construcciones teóricas sobre la globalización y sus consecuencias sobre el Estado en CAPELLA, *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho y del Estado*, Madrid, 1997, p. 238. BECK, *La Sociedad del riesgo*, Barcelona, 2006. GARRIDO GÓMEZ, *Las transformaciones del Derecho en la sociedad global*, Madrid, 2010. PÉREZ GONZALEZ, *El Derecho en la Sociedad Global del Riesgo*, en *Revista Electrónica de la Universidad de La Rioja*, n. 6, 2008, p. 96. CARBONEL, *Globalización y Derecho*, consultado en: www.bibliojuridica.org/libros/3/1086/3.pdf GIDDENS, *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, 1993, pp. 67-68. ROBERTSON, *Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad*, en *Zona Abierta*, 2000, pp. 129 y ss..

profunda crisis del modelo del Estado nacional y de sus procedimientos de producción del Derecho¹⁶. Sin embargo, me interesa destacar aquí que, realmente no es el poder de los Estados el perjudicado en mayor medida por el fenómeno global, sino la posición de los ciudadanos frente a los Estados. Mientras que los gobiernos nacionales han encontrado nuevos espacios a nivel internacional para solventar su pérdida de control a través de Tratados o acuerdos de cooperación intergubernamental, los ciudadanos han visto menoscabada su capacidad para influir en las decisiones políticas y controlar la actividad normativa y ejecutiva de sus gobiernos cuando estos actúan a ese nivel.

Ciertamente los gobiernos de los Estados, los que ostentan la representación de los mismos a nivel internacional, pierden capacidad en el ámbito interno a la hora de proyectar regulaciones suficientemente eficaces para disciplinar ámbitos globalizados como la economía, el medio ambiente, la energía o la delincuencia virtual. La progresiva capacidad de influencia que han alcanzado nuevos sujetos globales de carácter económico-privado ha provocado una continua privatización de la esfera pública, de la esfera en la que se ciernen las deliberaciones políticas de decisión en el Estado, limitando el ámbito de decisión política y, muy a menudo, obligando a los poderes públicos a adaptarse a sus dictados¹⁷. Por ello no se puede negar que ciertamente el Estado ha perdido su tradicional poder de decisión, el

¹⁶ PIZZORUSSO, *Leges et iura*, Ciudad de Mexico, 2008, p. 10 y ss.. VERGOTTINI, *Garantía de la identidad de los ordenamientos estatales y límites de la globalización*, en *Teoría y Realidad constitucional*, 2006, n. 18, p. 134. DE CABO MARTÍN, *Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 11, 2009, pp. 17 y ss.. Sobre la crisis del sistema de fuentes del Derecho del Estado ver SORRENTINO, *Le fonti del Diritto amministrativo*, en SANTANIELLO, (Dir.), *Trattato di Diritto Amministrativo*, Pádua, 2004, pp. 9 y ss.. PIZZORUSSO, *Justicia, Constitución y Pluralismo*, Lima (Perú), 2007, pp. 57-87. GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del Diritto*, en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 2006, pp. 313 y ss..

¹⁷ Se hace obligatorio apelar a lo que está ocurriendo actualmente en España, Italia, Irlanda, Portugal o Grecia. En doctrina ver SANTOS, de S., *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia-Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 2002, p. 56. SÁNCHEZ BARILLAO, *Derecho europeo y Globalización: mitos y retos en la construcción del Derecho Constitucional Europeo*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 12, 2009, pp. 115-150. TEUBNER, *Giustizia nell'era del capitalismo globale?*, en *European Journal of Legal Studies*, n. 3, 2008. El autor expone que más allá del conflicto entre ciudadanos y Estado la globalización se expresa en mayor modo por la influencia psico-física de relaciones de matrices comunicativas de origen privado en forma no sólo jurídica sino también farmacéutica, biológica, comunicativa... CAPELLA, *La globalización: ante una encrucijada jurídico política*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, 2005, pp. 19-20. MAESTRO BUELGA, *Globalización y Constitución débil*, en *Teoría y Realidad constitucional*, n. 7, 2001, pp. 137-172.

monopolio de regulación de los conflictos sociales. Pero no podemos olvidar que, los Gobiernos, siguen siendo actores privilegiados en el marco internacional.

Los gobiernos estatales, para resolver su pérdida de poder, han impulsado la proliferación de organismos internacionales de cooperación, donde conciertan acciones y regulaciones para tratar de resolver de manera agregada aquello que por sí mismos se ven incapaces de controlar¹⁸. Conforme avanza el proceso de globalización los organismos internacionales de cooperación intergubernamental adquieren mayor relevancia y acaparan ámbitos de decisión más amplios. Pero debe tenerse en cuenta, respecto de esta globalización jurídica que, si por un lado, posibilita una regulación internacional, en ocasiones adecuada a la magnitud de los retos globales, por otro lado, el mecanismo de la concertación intergubernamental provoca una verdadera crisis de constitucionalidad dentro del Estado¹⁹. Los ámbitos internos de decisión política de los Estados se trasladan hacia foros internacionales de discusión, concertación y regulación, donde los gobiernos de los Estados son partícipes de un proceso de producción normativa a nivel internacional que, sin embargo, escapa al marco de control político establecido en las Constituciones nacionales, y prescinde de los procedimientos de participación de la ciudadanía²⁰.

Las regulaciones internacionales no se sujetan directamente a los procedimientos constitucionales establecidos para controlar la actuación de los ejecutivos a nivel interno, controles basados en la participación plural y democrática en la toma de decisiones y la

¹⁸ Sobre la globalización jurídica FERRARESE, *Il Diritto al presente*, Bolonia, 2002 y también GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bolonia, 2005.

¹⁹ FERRAJOLI, *Crisis de la Democracia en la Era de la Globalización*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez: Derecho y Justicia en una sociedad global*, Granada, 2005, p. 39 considera la existencia de una «crisis de la legalidad tanto ordinaria como constitucional» y la define como «la crisis del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos». Ver también en FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 2009, p. 15. En el mismo sentido ver PIZZORUSSO, op. cit., ver la teoría del Estado experimental dentro del concepto de Estado como movimiento social de última hora, p. 411.

²⁰ Me remito a SÁNCHEZ BARILLAO, op. cit., pp. 115 y ss.. Con FERRAJOLI destacamos que a nivel internacional el Estado recupera el poder absolutista de antaño bajo la carencia de una Comunidad Internacional de Derecho: «Estado de derecho interior y absoluto exterior crecen conjuntamente como las dos caras de la misma medalla. Cuanto más se limita, y a través de esos límites se autolegitima, la soberanía interna tanto más se absolutiza y se legitima frente a los demás Estados y, en especial, frente al mundo de los “bárbaros”, la soberanía externa. Cuanto más se aleja en el interior el estado de naturaleza, más se reproduce y multiplica en el exterior. Y cuanto más se juridifica el Estado como ordenamiento, más se consolida como entidad autosuficiente, identificándose con el Derecho, pero a la vez convirtiéndose en una entidad autónoma y *legibus soluta*». FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 2009, p. 142.

responsabilidad política²¹. Por el contrario, los actos internacionales se enmarcan, generalmente, en procedimientos intergubernamentales que vinculan a las administraciones nacionales y se impone a los ciudadanos, pero prescinden de las garantías constitucionales de participación y control político que sí rigen en el espacio público a nivel interno.

Fundamentalmente, con el traslado de los lugares de toma de decisiones políticas a nivel internacional se desmantela el pluralismo constitucional en el que se articula, a nivel interno, el juego entre mayorías y minorías. En las decisiones internacionales se expresa la posición política de los gobiernos nacionales, legitimada (cuando lo está) sobre la posición de las mayorías, ignorándose las garantías constitucionales de participación de las minorías y los procedimientos constitucionales internos de control y fiscalización del poder político. En la concertación de políticas y normativas internacionales se corre el riesgo de disolver los procedimientos de control de la actuación de los poderes públicos, las garantías de participación y los derechos de los ciudadanos establecidos constitucionalmente a nivel interno. Se observa una quiebra de los procedimientos de responsabilidad política de los gobiernos cuando actúan a nivel internacional, lo que supone un paralelo menoscabo de los intereses y derechos de la ciudadanía²².

En definitiva, la globalización jurídica y la proliferación de organismos internacionales han supuesto un menoscabo para el Estado Constitucional Democrático de Derecho. El

²¹ En el régimen jurídico de los Tratados, en España, podría representar una excepción en artículo 94 CE si no fuesen porque establece un control demasiado indirecto que permita hablar de una verdadera participación democrática.

²² Basta con observar el lugar que ocupa en ciudadano como “no” sujeto de Derecho internacional Público. Ver ARANGIO RUIZ, *L'individuo e il diritto internazionale*, en *Rivista di diritto internazionale*, Vol. LIV, n. 4, 1971, pp. 561-608. Los Estados pueden en todas las ocasiones respaldar sus relaciones a escala internacional con las garantías y procedimientos jurisdiccionales adecuados que permitan la solución de conflictos o la reparación de los daños causados por un Estado a otro. Siguiendo a CASSESE: «la persistente immaturità del diritto internazionale si spiegherebbe —secondo un punto di vista— con il fallimento delle organizzazioni internazionali nel garantire il rispetto della *rule of law*», CASSESE, *Il diritto Globale*, Turín, 2009, p. 31. Se hace imposible no hacer referencia a las medidas de contención del gasto económico que se han impuesto, con base a Tratados internacionales europeos, a Estados como España, Portugal, Grecia o Irlanda, y las continuas apelaciones de los Gobiernos de estos Estados a sus compromisos internacionales para realizar verdaderas aberraciones sobre el Estado de bienestar. Véase el *Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad*.

²² GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid, 2005, p. 125. Especialmente me remito a la introducción del mismo autor en DENNINGER - GRIMM, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, 2007, pp. 20-25, en la que inserta esta idea en las soluciones propuestas por Denninger frente al multiculturalismo y la crisis del estado constitucional a través de una adecuada procedimentalización de las formas de toma de decisiones comunes o acordadas.

intento de colmar las lagunas jurídicas provocadas por la globalización a través de la concertación jurídica internacional se realiza en un ámbito en el que los ejecutivos estatales quedan liberados del control jurídico y la responsabilidad política ante los ciudadanos, al que sí se someten en el nivel constitucional interno, en el marco de un verdadero espacio público pluralista²³.

Desde una perspectiva global, entonces, el Derecho Constitucional, como ciencia jurídica, se enfrenta a un inmenso reto. El reto de discernir mecanismos adecuados que permitan solventar el “escalón” existente hoy día entre los ciudadanos y los Gobiernos de sus Estados, pues aquellos se ven afectados por las actuaciones de éstos en la esfera internacional, pero sin un control político ni jurídico del que si participan a nivel interno. La ciencia constitucional tiene que proponer mecanismos jurídicos, tanto en el nivel doméstico como internacional, que permitan recomponer los vínculos entre la ciudadanía y los poderes públicos en la esfera global.

3. La UE y los ordenamientos constitucionales

La Unión Europea tiene como principal misión servir de marco jurídico e institucional desde el que tratar de solventar los problemas provocados por la Globalización. El ordenamiento europeo trata de cumplir con la función tradicional del Derecho, la resolución de conflictos sociales, en el actual marco global en el que los Estados, por sí solos, no tienen capacidad suficiente para hacerles frente²⁴.

La UE como organismo creado para regular el proceso global, se constituyó a través de Tratados internacionales. Por tanto, su naturaleza entraña los mismos peligros que cualquier foro internacional para el sistema constitucional de los Estados y para los derechos de los ciudadanos. Estos problemas se acrecientan incluso si observamos que los Estados han cedido

²³ BALAGUER CALLEJÓN, *Presupuestos y perfiles metodológicos del Derecho constitucional europeo*, en prensa.

²⁴ Como expone HESSE «cuanto más pierde el Estado su carácter de gobierno introvertido y autosuficiente, más está llamado a incorporarse a Europa — es decir, con la Unión Europea — y a desarrollarse conjuntamente con el resto de los Estados, que se sienten unidos no solamente por las exigencias de la economía (mundial) y la tarea de la procura de la paz, sino también por la cultura europea y los principios constitucionales comunes» HESSE, *Estudios en la historia de la jurisprudencia constitucional alemana*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 1, 1998, p. 119.

espacios de competencias soberanas a las Instituciones de la Unión, cuya estructura permite que los gobiernos puedan tomar decisiones por sí mismos que se aplicarán directamente en el ámbito interno de los Estados. Las normativas comunitarias inundan hoy los ordenamientos jurídicos de los Estados, se integran en ellos, vinculando tanto a los poderes públicos como a los particulares, pero su calidad democrática y las posibilidades de control de sus procedimientos de producción aun encuentran inmensas debilidades que suponen un riesgo potencial para los ordenamientos constitucionales nacionales²⁵.

Pero como hemos dicho al inicio, la UE y su Derecho han dado importantes pasos hacia su constitucionalización. Mediante la modificación de sus Tratados se han configurado herramientas jurídicas con un alto contenido constitucional²⁶ (CDFUE, Parlamento europeo, valores y principios democráticos). Aunque aun existen grandes carencias estructurales que lo distancian de los espacios constitucionales de los Estados, también se pueden encontrar diferencias relevantes respecto de los organismos internacionales clásicos que prometen un futuro espacio de control y limitación del poder político cedido a la Unión. Lo cierto es que, actualmente, los Tratados europeos han dado lugar a un ente supranacional de naturaleza “sui generis”²⁷, formalmente internacional pero con un creciente contenido constitucional. Es

²⁵ Siguiendo a Christian JOERGES el Derecho europeo es conceptualizable como “un sistema multinivel sui generis que tiene que organizar su acción política en interconexión”, esta interconexión se materializa a través del “establecimiento de redes de comunicación” política jurídica entre varios actores (los Estados), es decir, con la creación de “poderes fácticos” con capacidad de crear actos normativos vinculantes para todos los actores. Como hemos expuesto la vinculación de tales actos normativos debe acompañarse de las garantías constitucionales adecuadas, o corre el riesgo de “desconstitucionalizar” los ordenamientos jurídicos nacionales. JOERGES - NEYER, *Deliberative supranationalism*, en *European University Institute Working Papers*, n. 20, 2006.

²⁶ Como expone HESSE «cuanto más pierde el Estado su carácter de gobierno introvertido y autosuficiente, más está llamado a incorporarse a Europa — es decir, con la Unión Europea — y a desarrollarse conjuntamente con el resto de los Estados, que se sienten unidos no solamente por las exigencias de la economía (mundial) y la tarea de la procura de la paz, sino también por la cultura europea y los principios constitucionales comunes», HESSE, *Estudios en la historia de la jurisprudencia constitucional alemana*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 1, 1998, p. 119. Para CASSESE «L'Unione Europea svolge una funzione di limite degli Stati non diversa da quella che il diritto e la democrazia esplicano nei confronti degli Stati». CASSESE, *Democrazia e Unione Europea*, Lección magistral de 27 de marzo de 2001 en la Universidad de Macerata, con motivo de la concesión del título de “doctor honoris causa”.

²⁷ El carácter *sui generis* del Derecho europeo ha sido acuñado ya como un concepto propio de la ciencia jurídica europea. La definición más asentada del término *sui generis*, en este contexto, vendría a describir que la Unión Europea es un ente situado a medio camino entre un Estado federal y una organización internacional o asociación de estados soberanos, de este modo adquiere una estructura y funcionalidad intermedia entre ambas. Ver sobre el debate de su verdadera naturaleza híbrida: WEILER, *The promised Constitutional Land*, en *King's College Law Journal*, n. 12, 2001; ID., *The Constitution of Europe: Do the new clothes have an Emperor?, and*

decir, la Unión Europea provee las bases para convertirse en un futuro ordenamiento jurídico supranacional regido por procedimientos constitucionales propios.

Sin embargo, estos avances no impiden que el actual proceso de integración conlleve un desgaste proporcional de las garantías y controles constitucionales internos sobre el poder.

Como dijimos al principio, para que la UE pueda ser considerada como una ordenación constitucional a nivel supranacional debería estructurarse de manera funcional a los dos rasgos fundamentales del constitucionalismo: la ordenación del poder y su limitación en garantía de derechos fundamentales. Estas dos características esenciales de toda organización constitucional del poder han tomado forma en los Estados europeos contemporáneos a través de dos principios fundamentales: el principio democrático y el Estado de Derecho. Ambos principios deben ser analizados sobre la UE para observar el actual grado de desarrollo del proceso de constitucionalización. Siendo realistas, observaremos que estas premisas se han encontrado en una fase muy embrionaria en el proceso de integración europea. La causa principal es que la UE no ha engendrado aun un verdadero espacio público que dote de suficiente legitimidad democrática a su Derecho, y en consecuencia, que pueda considerarse una verdadera Comunidad regida por Derecho democrático²⁸.

other essays on European Integration, Cambridge, 1999. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty: law, state and nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999. ID., *Beyond the Sovereign State*, en *Modern Law Review*, n. 56, 1993. En contra de considerar a la Unión Europea como una organización *sui generis* encontramos a WHAL, *¿Cabe explicar la Unión Europea mediante conceptos fundamentales de teoría del Estado?*, en *Teoría y Realidad constitucional*, n. 18, 2006, pp. 105-129.

²⁸ Con WHAL podemos resaltar que «de entre todos los principios estructurales político-constitucionales o elementos estructurales, la democracia y el principio democrático deben ser el rasgo decisivo de la configuración política de cualquier unidad política, puesto que expresa lo fundamental sobre los sujetos que son portadores de una comunidad política y la medida de las relaciones internas entre los particulares y la unidad». En WHAL, op. cit., p. 122. El extensísimo debate centraría su punto de partida en la famosa Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el Tratado de Maastricht, el 12 de octubre de 1993, punto de inflexión en la integración mediante Tratados, e inicio de la cuestión sobre la forma de organización política de esa integración. La idea esencial de la Sentencia, a efectos de este trabajo, se recoge en la afirmación “*there is no European people, only european peoples*”. Con esta afirmación el Alto Tribunal Alemán resume la lógica de la decisión entendiendo que la democracia constitucional, el principio democrático, pertenece sólo a la esfera de los Estados miembros. De este modo, la atribución competencial por parte de los Estados que concede la especial naturaleza supranacional al Derecho europeo es el medio por el cual se extrapola el principio democrático a la Unión Europea “en cascada”, y se configura a través de los controles internos a su ejercicio a través de los poderes públicos nacionales, los gobiernos y parlamentos nacionales, dando lugar a una especie de “democracia mediata”. Esta sentencia se ha consagrado como el paradigma de los límites constitucionales nacionales a la integración, resaltando precisamente la debilidad democrática de la estructura jurídica europea, por lo que ha sido muy discutida en doctrina. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán puede encontrarse traducida al español en la *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, 3, 1993. En esencia el TCFA se basa en el

a) Respecto del principio democrático surgen infinidad de dudas. La doctrina ha considerado que el problema democrático de la UE arrastra un vicio de origen en la legitimación de los Tratados, pues no pueden conjugarse con la tradicional identificación entre la soberanía del Estado y los conceptos de pueblo y poder constituyente²⁹. Estos conceptos determinan en la teoría constitucional que es del pueblo del que deriva, en última instancia, la legitimidad del ejercicio del poder público, pero el proceso de integración no puede desarrollarse desde esta asimilación. A nivel teórico parte de la doctrina ha observado la imposibilidad de determinar la existencia de un “demos” europeo: una masa suficientemente homogénea que pueda caracterizarse como pueblo europeo³⁰. Esta concepción de la identidad colectiva es una idea

artículo 38 de la Ley Fundamental que establece el principio democrático y la garantía del derecho de participación en el proceso de creación de la voluntad democrática. Este derecho fundamental incluye el derecho de participación de los ciudadanos en las elecciones según los principios democráticos y su participación en la legitimación del poder público. Como fundamenta el Tribunal este derecho podría verse vulnerado si la transmisión de funciones y competencias de la Dieta federal (Bundestag) a una institución de la UE fuera tan amplia que ya no fuera posible una participación del ciudadano en la legitimación del poder estatal y en la influencia de su ejercicio. De este modo inaugura la cuestión del *kompetenz-kompetenz* sobre quién es el detentor último de las competencias de poder público, negando que la UE tenga la facultad de dotarse de los medios necesarios para cumplir sus objetivos. En esta sentencia, siguiendo la senda de la sentencia *Solange* el TCFA adhiere un límite a la integración estableciendo que los parlamentos nacionales, en tanto que representantes de la verdadera voluntad democrática del Estado deben mantener las competencias de “entidad sustancial”. El TCFA se reserva expresamente la facultad de determinar si los actos jurídicos de las Instituciones y órganos europeos respetan los límites de los derechos de soberanía a ellos otorgados, o si por el contrario, desbordan ese marco. En definitiva, la legitimidad del derecho inherente al principio democrático continúa siendo primordialmente concedida o por “los pueblos de los Estados Miembros” o por sus “parlamentos nacionales”. Como se observa la máxima de la sentencia reside en la expresión “there is no European people, but European peoples”. No obstante comparto la opinión del BAQUERO CRUZ, que considera que a pesar de las amplísimas críticas sobre la concepción del Tribunal alemán, la sentencia Maastricht-Urteil permitió desarrollar un debate que de otro modo no habría tenido lugar, debido al amplio consenso entre las jerarquías políticas alemanas (y en general de todos los partidos políticos mayoritarios de los Estados miembros) sobre la bondad del proceso de integración europea. BAQUERO CRUZ, *The Legacy of the Maastricht-Urteil and the pluralist movement*, en *European University Institute Working Papers*, del Robert Schuman Centre for advanced Studies, 2007/13, p. 13. Para un análisis sobre el contenido de la sentencia, ante la amplísima bibliografía, me remito a STEIN, *La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht*, en *Revista de instituciones europeas*, n. 3, 1994, pp. 745-770.

²⁹ DE VEGA GARCÍA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985, p. 25, Centrado en la cuestión de la legitimidad democrática de la UE ver AZPITARTE SÁNCHEZ, *Del derecho constitucional común europeo a la constitución europea. ¿Nuevo paradigma en la legitimidad de la Unión?*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 16, 2005, pp. 343-373.

³⁰ Entre las construcciones doctrinales más destacables ver KIRCHHOFF, *The Balance of Powers between national and European institutions*, en *European Law Journal*, 5, n. 3, 1999 pp. 225-242. Esta construcción fue contestada por WEILER argumentando que el Tribunal alemán ha abrazado una noción de pueblo monolítica y orgánica, que necesita de la homogeneidad en orden a legitimar a la comunidad política. Esta noción no es en absoluto compatible con la integración europea, basada sobre el solapamiento y la identidad no exclusiva que recorre el concepto de pueblo homogéneo. WEILER, *Does Europe need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht decision*, en *European Law Journal*, 1995, p. 219. Como planteamiento anterior a la replica

difícil de encajar en el proceso de integración europea caracterizado por la conjunción de identidades nacionales plurales; es además una traslación excesiva de los postulados teóricos estatales sobre una entidad supranacional en constante desarrollo. Por ello, otra parte de la ciencia jurídica ha considerado que la legitimidad del Derecho europeo no debería centrarse en la cuestión existencial del “pueblo”, sino en la de “ciudadanía”, caracterizada por la identificación con un estatuto jurídico de derechos común, un espacio público en el que el ciudadano “tiene capacidad de decidir con un voto que es capaz de formar gobierno y mediante su participación en los procesos democráticos que condicionan u orientan políticas por medio del ejercicio de derechos constitucionales”³¹. Lo cierto es que, conforme al modelo e integración actual, aun existen importantes carencias estructurales de tipo material que impiden la aparición de un verdadero espacio público europeo, verdadero marco de la democracia constitucional, basado en la participación política plural de una ciudadanía informada que lleve a cabo un control sobre el poder político de la sociedad de forma democrática.

Las dificultades democráticas materiales requieren de profundas decisiones de carácter político-constitucional para su solución, pero también de reformas puntuales de carácter institucional. El principio democrático se encuentra también con otras trabas derivadas de la actual naturaleza sui generis de la UE, inserta en un proceso de evolución desde postulados intergubernamentales hacia postulados constitucionales. Esta naturaleza sui generis se expresa actualmente con la idea de la “doble legitimidad” del Derecho de la Unión³², basada en los

de este autor ver GRIMM, *Does Europe need a Constitution?*, en GOWAN - ANDERSON (eds), *The question of Europe*, Londres-Nueva York, 1997, pp. 254 y 255. En el mismo sentido, centrado en las posibilidades de integración de Europa a través de una constitución ver también, GRIMM, *Integración por medio de la constitución. Propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 15, 2004, pp. 53-69. Como réplica a ambos ver HABERMAS, *Reply to Grimm*, en GOWAN - ANDERSON, (eds) *The question of Europe*, Londres/Nueva York, 1997, p. 264.

³¹ BALAGUER CALLEJÓN, *Identidad europea, ciudadanía y modelo de integración*, en prensa.

³² Ver NEUNREITHER, *The dual legitimacy of the European Union and the democratic deficit* en ID, *The democratic Deficit of the European Union: Towards closer cooperation between the European Parliament and the National Parliaments*, *Goverment and Opposition*, n. 29, 3, 1994, pp. 311-314. ALMIRANTE expone la “*governance comunitaria*” como un complejo institucional caracterizado por la tensión entre la *dimensión representativa* (aun residual y sustancialmente limitada al Parlamento Europeo), la *dimensión supranacional* (representada por la Comisión) y la *dimensión intergubernativa* (es decir, el Consejo de Ministros), en ALMIRANTE, *Dalla forma stato alla forma mercato*, Turín, 2008, p. 71 y ss. Podría ser expresión de la teoría del “check and balance” surgida en el pensamiento del siglo XVIII en Inglaterra de la mano de BOLINGBROKE. Para un resumen de las teorías inglesas de conformación del parlamentarismo inglés me remito a ARAGÓN REYES,

Estados y los ciudadanos a un mismo tiempo como sujetos de la UE, cuestión que se traslada a todo su sistema institucional y procedimental. Esta dualidad se representa a través de las Instituciones y los procedimientos ordinarios de producción normativa, en los que actúan, como doble legislador ordinario, los Gobiernos en el Consejo y los ciudadanos a través del Parlamento europeo.

La doble legitimidad dificulta enormemente el desarrollo del principio democrático en la Unión. Por un lado, en los procedimientos decisorios (ni siquiera después del Tratado de Lisboa) no se encuentra aun un equilibrio satisfactorio entre los intereses representados, el Consejo aun ostenta mayor peso institucional en la toma de decisiones y mantiene determinados espacios propios vetados al Parlamento. Por otro lado, al situarse el conflicto político en términos de Parlamento versus Consejo, el pluralismo constitucional se convierte en una representación del conflicto “ciudadanos contra Estados”, prescindiéndose de una función esencial del constitucionalismo democrático: la articulación del conflicto social, del reconocimiento del pluralismo a través del juego democrático entre mayorías y minorías políticas³³.

Por tanto, por un lado, en el momento de producción y revisión de los Tratados, apenas interfieren los mecanismos de representación ciudadana, pues la progresiva revisión de los Tratados fundacionales ha encontrado su procedimiento central en la formulación de

Constitución, democracia y control, Ciudad de Mexico, 2002, p. 88 y ss., desde una perspectiva del análisis constitucional del control del poder. Podemos citar, como colofón a la validez de la perspectiva de la tensión-equilibrio existente entre ciudadanos y estados en el seno de las instituciones de la Unión Europea una frase de SCHMITT en la que afirma « la idea del equilibrio, de un contrapeso de fuerzas opuestas, domina el pensamiento europeo desde el siglo XVI, se manifiesta en la teoría del equilibrio entre importación y exportación en la balanza del comercio; en la teoría del equilibrio de afectos egoístas y altruistas en la filosofía moral; en el equilibrio de atracción y reacción en la teoría de la gravitación de Newton...» *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1983, p. 213. Como advierte ROSSANO, en *Hacia el Tratado de Lisboa: las perspectivas de la Constitución Europea. Introducción y conclusiones del Seminario Internacional «Las perspectivas de la Constitución europea: impulsos tras el semestre alemán de presidencia de la Unión»*, dirigido por Roberto Miccù y celebrado en Roma el 8 de junio de 2007. Departamento de Derecho de la Economía, Facultad de Economía, Universidad de la Sapienza de Roma, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 8, 2007: «el argumento de la falta de un auténtico pueblo europeo «no parece pertinente, ya que una cosa es la ausencia de un único pueblo entendido de manera unitaria respecto a la presencia fragmentaria de diversos pueblos, y otra distinta la democraticidad de las instituciones, la cual puede ciertamente existir incluso cuando nos hallamos ante pueblos concretos, siempre que estos aseguren a las instituciones la legitimación y por tanto la representatividad democrática».

³³ DE CABO MARTÍN, *Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 11, 2009, pp. 31-47.

modificaciones en Conferencias Intergubernamentales³⁴. También en el momento de producción normativa derivada se observan serias carencias en los procedimientos de representación y participación plural de los ciudadanos europeos, debido a la institucionalización de la doble legitimidad del Derecho europeo³⁵.

³⁴ Las Conferencias Intergubernamentales más importantes hasta ahora han sido: la CIG en la que se firmó el Acta Única Europea (1986) en la que se establecieron los pasos necesarios y el programa para la consolidación del Mercado Interior el 1 de enero de 1993; las dos CIG con motivo de la firma del Tratado de Maastricht, una sobre política económica y monetaria (UEM) y otra sobre Unión Política (en la que se estructuraron los pilares PESC y JAI); la CIG en la que se firmó el Tratado de Ámsterdam en 1997, precedido por el Consejo Europeo de Turín de 1996, y la CIG de Niza, de 2001. En este sentido a VON BOGDANDY, *Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales*, en *Revista General de Derecho europeo*, 22, 2010, p. 20. El Tribunal de Primera Instancia ha llegado a calificar a los Estados como la “autoridad fundamental de la Comunidad” considerados en conjunto como autores del Derecho originario, ver los asunto *Holcim/Comisión*, T-28/03, de 21 de abril de 2005; y el asunto *Salamander et al/ Parlamento y Consejo*, T-172/98, de 27 de junio de 2000. Para BALAGUER CALLEJÓN, *El sistema de fuentes en la Constitución europea*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 2, 2004 añade : «que los Estados sean los actores del proceso constituyente no supone que el resultado final de ese proceso no sea una auténtica Constitución. Un pacto federal también da lugar a una Constitución, máxime cuando ese pacto es adoptado por órganos democráticos y sometido a ratificación posterior en cada Estado. Cuestión distinta es la del grado de desarrollo de ese pacto, que no es propiamente federal y del Derecho constitucional de que pueden dotarse los Estados actualmente en el proceso de integración europea, si tenemos en cuenta los factores que dificultan un desarrollo similar al de los órdenes constitucionales internos ». Ver en un sentido similar Ver KOTZUR, *Los objetivos de la Unión. Una contribución a la identidad y finalidad constitucional de la Unión*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 2, 2004, p. 493. Me debo remitir de nuevo a la citada Sentencia *Los Verdes* , FJ. 23. Sobre la forma constitucional de los Tratados ver RODRÍGUEZ IGLESIAS - BAQUERO CRUZ, *Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, en *Revista Fundamentos*, n. 4, 2006. Para BALAGUER CALLEJÓN el experimento del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa «tenía forma de Tratado y alma de constitución», en BALAGUER CALLEJÓN, *La Constitución Europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 8, 2007. Ver también las conclusiones de TIZZANO, *Hacia el Tratado de Lisboa: las perspectivas de la Constitución Europea*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 8, 2007, pp. 153-168. HABERLE, *La Constitución de la Unión Europea de junio de 2004 en el foro de la doctrina del Derecho Constitucional europeo*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 2, 2004.

³⁵ En una evolución constante que encuentra su máxima expresión en el proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Ver CRAIG, *The Constitutional Treaty: legislative and executive power in the emerging constitutional order*, en *European University Institute Working Paper Law*, n. 7, 2004. RIDOLA, *La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea. Entre democracia representativa y democracia participativa*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 3, 2005. NINATTI, *La fórmula Parlamentaria Europea. Desde sus orígenes hasta el Tratado Constitucional*, en GÓMEZ FERNÁNDEZ (coord.) *Constitución Europea y Constituciones Nacionales*, cit., espec. p. 89. Esta autora destaca, no obstante la influencia «bidireccional» en el desarrollo de las democracias parlamentarias tanto de los Estados como de la Unión, p. 91. NINATTI, *Giudicare la democrazia? Processo politico ed ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità europea*, Milán, 2004. MUNICH GASA, *Hacia un procedimiento electoral uniforme para las elecciones al Parlamento Europeo*, en *Affairs Internacionales*, n. 17, pp. 97-121. MICHAEL, *Procedimientos de producción de Derecho: el procedimiento legislativo ordinario*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 3, 2005, pp. 44 y ss.. GUILLÉN, *El Parlamento Europeo*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 3, 2005, p. 57 y ss.. SADURSKI, *Law's legitimacy and democracy plus*, en *Oxford journal of legal studies*, vol. 26, n. 2, 2006, pp. 337-409.

b) Respecto del desarrollo del Estado de Derecho, como hemos apuntado más arriba, sí pueden encontrarse elementos iniciales en la UE que permitan configurarla, como una “Comunidad de Derecho”, al menos, desde una concepción formal. Esta consideración implica que todos los poderes públicos y los sujetos de Derecho europeo (Estados, ciudadanos y particulares) se encuentran igualmente sometidos al Derecho nacido de los Tratados, es decir, que el poder, en la UE, se encuentra limitado por el Derecho. Ha sido mérito del TJ la articulación jurídica de este principio constitucional clave en la UE, pues, a través de sus Sentencias *Van Gend en Loos* y *Costa c. ENEL*, anticipó que la forma más efectiva de garantía de la vinculación de los poderes públicos al Derecho europeo es permitir a cada uno de los ciudadanos fundar sus pretensiones en el ordenamiento europeo e invocar sus normas ante las jurisdicciones nacionales³⁶.

Los procedimientos de invocación del Derecho europeo permiten configurar, al menos jurídicamente, el principio del Estado de Derecho en la Unión, y ello puede conllevar, en mi opinión un importante acicate en el proceso de integración constitucional. Los procedimientos de invocación del Derecho ante la jurisdicción nacional se encuentran en el corazón del Derecho Constitucional Europeo, pues tienen dos resultados directos sobre la naturaleza de su ordenamiento y su estructura: por un lado, con la posibilidad de que los ciudadanos invoquen pretensiones fundadas en un Derecho supranacional frente a los Estados, se garantizan a la vez el cumplimiento de las obligaciones europeas de los Estados y la tutela de los derechos concedidos a los particulares por las disposiciones de origen europeo; por otro lado, la invocación por los ciudadanos del Derecho europeo en garantía de sus derechos frente a la

³⁶ Sobre esta posición ver CURTIN - MORTELMANS, *Application and enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third generation Script*, pp. 423-466., en CURTIN - HEUKELS, (eds.) *Institutional Dynamics of European Integrations. Essays In Honour of Henry G. Schermes*, Vol. II, Dordrecht/Boston/London, 1994. También LENAERTS - CORTHOUT, *Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU Law*, en *European Law Review*, 31, p. 287, 2006. Y muy especialmente YOUNG - LENZ - TYNES, *Horizontal what? Back to Basics*, en *European Law Review*, n. 5, 2000, pp. 509- 522. Para WHAL “el Estado de Derecho en el contexto europeo implica la existencia de normas vinculantes que se aplican de manera uniforme y que protegen los derechos individuales” ver WHAL, op. cit., pp. 105-129. Expondré más adelante la importancia de la aplicación uniforme y la virtualidad de la primacía en sus resultados. En el sentido de la jurisprudencia *Van Gend en Loos* y *Costa c. Enel*. Doctrinalmente me remito esencialmente a la obra de WARD, *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law*, en *Oxford University Press*, 2000, concretamente p. 158.

actuación de las Instituciones o de los Estados, cuando aplican o crean Derecho europeo, puede contribuir a un mayor control y limitación del poder.

Este punto es, en mi opinión, clave para un análisis constitucional del Derecho de la UE. La UE, sufre importantes carencias materiales e institucionales que impiden su configuración en un sentido democrático constitucional. Estas carencias tienen una solución exclusivamente política, pues en ello consisten las reformas de los Tratados, pero además, las soluciones estructurales no pueden, por sí solas, dirimir los problemas democráticos materiales apuntados, problemas que necesitarían de un cambio de rumbo del modelo de integración³⁷. Sin embargo la Comunidad de Derecho puede abrir nuevas perspectivas en el proceso de constitucionalización, pues ha desarrollado herramientas técnico-jurídicas que permiten reconstruir nuevos vínculos entre ciudadanos y poderes públicos en el nivel supranacional. Es cierto que el Derecho europeo no se encuentra aun adecuadamente legitimado (por lo que el propio concepto del Estado de Derecho no es suficiente en un análisis constitucional de la UE), pero pese a las insuficiencias estructurales sobre el plano político, en el plano jurídico se posibilitan otras herramientas de control del poder y garantía de derechos donde los ciudadanos pueden situarse al mismo nivel que los Estados, a través del proceso jurisdiccional donde los principios de primacía y eficacia directa tienen un protagonismo esencial.

Repetimos. Conforme a los principios de primacía y eficacia directa los particulares pueden invocar pretensiones subjetivas fundadas en el ordenamiento europeo ante los jueces nacionales contra la actuación de los poderes públicos de sus Estados (eficacia directa), ya sea cuando conciertan actos normativos o cuando aplican el Derecho europeo a nivel interno. Por ello se convierten en clave de la configuración de la Comunidad de Derecho. Podemos entender con Lenaerts que, cualquier ordenamiento conformado con normas legales que prometen una realidad que los ciudadanos no pueden disfrutar en la práctica pierde eventualmente toda credibilidad, por ello “una más efectiva y orientada aplicación del Derecho europeo puede [además] ayudar a restaurar la fe en la razón de ser de la Unión. Una

³⁷ BALAGUER CALLEJÓN, *Identidad europea, ciudadanía y modelo de integración*, cit..

aproximación más uniforme a la invocación del Derecho europeo puede contribuir a fortalecer la legitimidad de la Unión³⁸.

Desde esta perspectiva se puede observar la dimensión constitucional de los principios de primacía y eficacia directa³⁹, al abrir vías jurídicas de control del poder y garantía de los derechos de los ciudadanos. El principio de primacía y eficacia directa impulsan la Comunidad de Derecho en el momento en que establecen unas reglas de juego que vinculan las relaciones entre los ciudadanos y los Estados miembros a través de los procedimientos jurisdiccionales dirigidos a la aplicación y al cumplimiento del Derecho comunitario.

4. La primacía y el Derecho constitucional estatal: ¿un problema o una solución?

En los principios de primacía y eficacia directa residen las posibilidades de invocación del Derecho europeo ante el juez nacional frente a la actuación de los poderes públicos estatales. Por ello, estos principios concentran una importante dimensión constitucional⁴⁰. Sin

³⁸ LAENARTS - CORTHAUT, *Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU Law*, en *European Law Review*, n. 31, 2006, p. 287 y ss.. Citando de nuevo a JACOBS lo increíble de la declaración de la primacía es su aplicabilidad por el juez nacional, puesto que la jerarquía de los tratados sobre el derecho nacional ya era una cualidad conocida. Lo novedoso, desde el punto de vista de la autonomía del Derecho europeo, es que la primacía puede ser aplicada en la resolución de un caso concreto a favor del Derecho europeo. Cfr. JACOBS, *The Evolution of the European legal order*, cit., pp. 313-314.

³⁹ Con legitimación me refiero al papel de los ciudadanos en el desarrollo de la “infraestructura social” y el éxito del ordenamiento europeo como Derecho, destinado a resolver conflictos provocados por las relaciones globales (a nivel europeo). Para VON BOGDANDY las dificultades para realizar una síntesis sobre el estado actual del debate científico-jurídico del Derecho europeo no se debe a su carácter autónomo, sino a «la función primaria de la ciencia jurídica como ciencia práctica, que consiste en el “cuidado” de una importante “infraestructura” social, principalmente en la producción y garantía de la transparencia y coherencia del Derecho». La garantía de coherencia y transparencia, según el autor, se encuentra en el propio dinamismo de la integración, es decir, en la creación de la infraestructura jurídica conforme las condiciones y situaciones de la integración lo requieran: parafraseando a Robert Schumann expresa que «en la solución de problemas prácticos es más fácil encontrar el consenso que en la proposición de proyectos teóricos» con estas últimas palabras se inició la historia de la integración europea. VON BOGDANDY, *Notas sobre la ciencia del Derecho europeo: contexto, debates y perspectivas de desarrollo de la teoría general del Derecho de la Unión Europea desde el punto de vista alemán*, en *Teoría y realidad constitucional*, n. 5, 2000.

⁴⁰ El principio de primacía y eficacia directa impulsan la Comunidad de Derecho en el momento en que establecen unas reglas de juego que vinculan las relaciones entre los ciudadanos y los Estados miembros a través de los procedimientos jurisdiccionales dirigidos a la aplicación y al cumplimiento del Derecho comunitario (“remedies”), Ver por ejemplo EILMANSBERGER, *The relationship between Rights and remedies in EC Law: in search of the missing link*, en *Common Market Law Review*, n. 41, 2004, pp. 1199-1246; CURTIN - MORTELMANS, *Application and Enforcement of Community Law by the Member States: actors in search of a*

embargo, el principio de primacía, al mismo tiempo, ha sido estudiado por doctrina y jurisprudencia como un riesgo, en sí mismo, para el sistema constitucional de los Estados.

Puesto que el principio de primacía obliga a los poderes públicos a inaplicar las disposiciones internas (revestidas de garantías constitucionales) para aplicar de forma imperativa el Derecho europeo (no legitimado democráticamente), doctrina y jurisprudencia han identificado este principio como el paradigma de la quiebra de los sistemas constitucionales por el proceso de integración europea⁴¹.

Desde esta perspectiva, el Derecho de la Unión se ha contrastado durante décadas con elementos trascendentales del sistema constitucional de los Estados miembros como los derechos fundamentales, el principio democrático o la jurisdicción constitucional. Ha sido precisamente al relacionar la primacía de este Derecho con tales elementos internos como se han detectado las principales disfunciones constitucionales del proceso de integración europea.

Para impedir que las carencias constitucionales de la integración pudiesen desencadenar una desestructuración de los sistemas constitucionales estatales, desde los años 70, ha ido surgiendo determinada jurisprudencia por parte de los Altos tribunales nacionales orientada a limitar la eficacia interna del Derecho europeo, es decir, su primacía⁴². El objetivo ha sido siempre la salvaguarda de aspectos nucleares de los ordenamientos constitucionales estatales y de las propias Constituciones como la Soberanía del Estado, las estructuras constitucionales básicas del mismo o el sistema de valores y principios fundamentales: los derechos

third generation script, en CURTIN - HEUKELS, (eds.), *Institutional dynamics of European integration. Essays in honour of Henry G. Schermes*. Vol. II, Boston/London, 1994, pp. 423-466; más en general y completo KILPATRICK - NOVITZS - KIDMORE, *The future of remedies in Europe*, Oxford, 2000. Cfr. JOERGES, *Rethinking European Law's Supremacy*, en *European University Institute Working Paper Law*, n. 2005/12, Consultado en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=838110, última consulta, 24 de abril de 2010. JOERGES enmarca la primacía del Derecho europeo desde el “supranacionalismo deliberativo”, a través de la identificación de procedimientos de reflexión de todos los poderes fácticos. Para este autor el marco legal de la UE no está diseñado meramente para crear un nuevo estado europeo ni para asegurar las libertades fundamentales; sino que el propósito del Derecho europeo es disciplinar a los actores dentro de la Comunidad en su interacción política y guiar la acción estratégica hacia un estilo de políticas deliberativas. Ver también NEYER, *Discourse and order in the EU. A deliberative approach to multi-level Governance*, en *Journal of Common Market Studies*, 41, 2003, pp. 681 y ss..

⁴¹ Véase DUTHEIL DE LA ROCHERE - PERNICE, *European Union Law and National Constitutions (General Report to FIDE XX Congress 2002 London)*, en *Walter Hallstein Institute Paper*, 17/02, Noviembre 2003.

⁴² Ver para una análisis de cada Estado TAJADURA TEJADA - DE MIGUEL, *Justicia Constitucional y Unión Europea*, Madrid, 2008.

fundamentales⁴³. Aspectos que podían verse menoscabados en el momento de la aplicación directa del Derecho europeo por los poderes públicos nacionales.

Desde entonces, los Tribunales constitucionales nacionales han intervenido sobre la cuestión de las relaciones entre el ordenamiento nacional y el europeo, sentenciado de manera generalizada que la primacía no puede ser entendida de manera absoluta, sino que encuentra límites materiales en los propios sistemas constitucionales internos. De esta forma, en las sentencias y declaraciones de los tribunales constitucionales se han señalado materias constitucionales que resisten a la eficacia del Derecho europeo y que no pueden ser desplazadas por las disposiciones europeas en ningún caso, so pena de destruir la estructura democrática constitucional de Derecho del Estado. Estos elementos han sido agrupados en la conocida doctrina de los contralímites⁴⁴.

Los llamados contralímites constitucionales han adquirido tal relevancia en la jurisprudencia constitucional de los Estados que han terminado por configurarse como componentes fundamentales del propio ordenamiento europeo y del proceso de integración. Se han convertido en una pieza esencial de las relaciones entre el ordenamiento europeo y el ordenamiento constitucional de los Estados. La prueba es que los contralímites han sido positivizados en las Constituciones de algunos Estados miembros a través de reformas⁴⁵, y recientemente, con el Tratado de Lisboa, han sido incluso “comunitarizados”, esto es, positivizados en los propios Tratados como garantías europeas y límites a la integración europea, (véase, el paradigma del artículo 4.2 del TUE y la obligación impuesta a la Unión de respeto a las identidades constitucionales y nacionales, así como las disposiciones sobre la aplicación de la Carta de Derecho de la Unión europea del artículo 53). La interacción entre

⁴³ Véase la Decisión del Tribunal Constitucional español DTC 1/2004, de diciembre de 2004, que condensa la jurisprudencia constitucional de sus colegas en esos términos. FJ 4.

⁴⁴ Término expresado por primera vez por BARILE, *Il cammino comunitario della Corte di Giustizia*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, pp. 2406-2429. Para su definición y problemática constitucional y un análisis de los contralímites en los diversos estados de la Unión me remito a CELOTTO - GROPPI, *Derecho UE y derecho nacional: Primauté vs. contralímites*, en CARTABIA - DE WITTE - PÉREZ TREMPES, (Dir.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, cit., pp. 287-365. Igualmente GROPPI, *La Primauté del Derecho europeo sobre el derecho constitucional nacional: un punto de vista comparado*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 5, 2006, pp. 225 y ss.. VECCHIO, *Il paradossale successo della teoria dei controlimiti e l'espansione delle competenze dei giudici costituzionali*, en *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2012 (en prensa). ID., *Primacía del derecho europeo y contralímites como técnicas para la relación entre los ordenamientos*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 17, 2012.

⁴⁵ Ver CRUZ VILLALÓN, (Dir.), *Hacia la europeización de la Constitución Española*, Bilbao, 2006.

espacios constitucionales que ha conllevado el proceso de integración europea (espacios nacionales, territoriales y europeo) ha encontrado su máximo referente en esta cuestión pues, los contralímites, constituyen importantes garantías estatales frente a las insuficiencias democráticas de la UE, especialmente frente a la carencia de procedimientos constitucionales de control político, por lo que son un elemento substancial del Derecho Constitucional Europeo⁴⁶, y un importante motor para su desarrollo⁴⁷.

Sin embargo, los límites constitucionales a la eficacia del Derecho europeo conllevan importantes disfunciones para los fines de la Unión.

Por un lado, las identidades constitucionales de los Estados se componen de conceptos abstractos que deben ser examinados en cada caso concreto. Son además elementos propios y diversos, elementos internos que, aunque coincidentes en lo básico, también expresan una importante heterogeneidad en cada Estado, lo que puede conllevar importantes disfunciones sobre la exigencia de la aplicación uniforme de un Derecho común a todos los Estados⁴⁸ y sobre la verdadera relación del Derecho europeo con cada Estado. Por otro lado, se plantea la cuestión de cuál sea el tribunal competente para controlar el respeto a las identidades constitucionales. Más aun en el momento en que tanto en los textos constitucionales como en los Tratados se impone su respeto. Los espacios competenciales del TJ y los Tribunales constitucionales, en este sentido, parecen solaparse y, en ocasiones, contradecirse, pues si el TJ tiene el monopolio sobre el control de interpretación y validez del Derecho europeo, los Tribunales constitucionales pueden arrogarse el papel de declarar la invalidez de actos nacionales que implementen Derecho europeo por considerarlo contrario a los elementos identitarios constitucionales.

Dado que los elementos materiales que componen los contralímites, las identidades constitucionales nacionales, dependen de cada Estado miembro, dado que los principios y disposiciones de la Constitución nacional susceptibles de resistir a la primacía del Derecho

⁴⁶ BALAGUER CALLEJÓN, *Presupuestos y perfiles metodológicos del Derecho Constitucional Europeo*, en prensa.

⁴⁷ SCHILLACI, *Caminos de la integración material, la «comunitarización» de los contralímites en la decisión Société Arcelor Atlantique et Lorraine del Conseil de État*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 8, 2007.

⁴⁸ Como ejemplo más notorio basta señalar la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Checo de 31 de enero de 2012, ÚS 5/12, en la que, por primera vez, un Tribunal Constitucional nacional ha aplicado la doctrina de los contralímites al considerar la un acto comunitario como *ultra vires*.

européo se activan a través de las jurisdicciones constitucionales estatales, es difícil delimitar o prever su realización, por lo que la uniformidad del Derecho europeo queda permanentemente en entre dicho, haciéndose depender, en última instancia, de lo que cada tribunal constitucional considere a nivel interno, pues se atribuyen el rol de guardianes de las identidades constitucionales⁴⁹ frente al papel del TJ como guardián de la eficacia uniforme del Derecho europeo.

En mi opinión, la primacía del Derecho europeo y los contralímites nacionales a su eficacia, han supuesto una dialéctica entre tribunales muy fructífera desde el punto de vista del Derecho Constitucional Europeo. Prueba de ello es la doctrina sobre la protección de los derechos fundamentales en la UE⁵⁰ y la reciente incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales a los Tratados. Pero sobre el terreno práctico han dado lugar a una gran inseguridad jurídica. Los límites nacionales a la eficacia del Derecho europeo, en lo que ahora nos interesa, impiden de forma particular que pueda concretarse un contenido común del propio principio de primacía, pues sus contornos variarán dependiendo de cada jurisdicción constitucional.

Los planteamientos constitucionales sobre las relaciones entre ordenamientos tienen un importante contenido de naturaleza político-constitucional. Las relaciones entre el ordenamiento europeo y los ordenamientos nacionales son un problema abierto con perfiles heterogéneos en cada Estado⁵¹, cuya solución requiere de avances en el modelo de integración y de decisiones político-constitucionales⁵². La causa de la inmadurez de la estructura de las relaciones entre ordenamientos (y de los problemas jurisdiccionales) se encuentra de nuevo en las disfunciones democráticas y constitucionales en el proceso de integración europea, que ha

⁴⁹ Ver sobre el caso español, por ejemplo, AZPITARTE SÀNCHEZ, *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho derivado*, Madrid, 2002, y ID, *El tribunal constitucional español como máximo intérprete de la constitución nacional: su relación con el Tribunal de Justicia*, en prensa.

⁵⁰ CÀMARA VILLAR, *Los Derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 2, 2004.

⁵¹ VECCHIO, *Primacía del Derecho europeo y contralímites como técnicas para la relación entre ordenamientos*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 17, 2012.

⁵² Ver, por ejemplo, BALAGUER CALLEJÓN, *La constitucionalización de la Unión europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal*, en GARCÍA HERRERA, *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, 1997.

intensificado el papel que juegan las jurisdicciones en el mismo⁵³. En mi opinión, la perspectiva de las relaciones entre ordenamientos se ha centrado en la cuestión de la reconducción de la pluralidad ordinamental hacia una unidad sistemática, y en esta cuestión la ciencia jurídica puede ofrecer pocas alternativas, puesto que las respuestas definitivas sólo pueden aparecer sobre el plano político⁵⁴.

La solución que structure las relaciones entre ordenamientos en perspectiva constitucional al tiempo que respete la necesaria uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho europeo sólo puede venir dada por una debate democrático que reordene el proceso de integración europea en términos constitucionales. Por ello, la definición del principio de primacía, desde esta perspectiva, suele quedar abierto, tanto en su contenido como en sus funciones. El estudio de la primacía desde estos problemas es útil para discernir las carencias constitucionales de la UE, pero no para desarrollar su contenido concreto y sus efectos. Desde esta perspectiva la primacía conduce a un punto muerto.

Sin embargo desde un marco técnico-jurídico, creo que el principio de primacía puede adquirir un contenido más homogéneo que, al mismo tiempo, ofrezca una dimensión constitucional suficiente desde la que sacar nuevas conclusiones. Es decir, desde una perspectiva político constitucional la primacía debe observarse como un potencial riesgo de las estructuras constitucionales de los Estados miembros, provocado por las deficiencias democráticas de la UE que impiden un resultado acabado de la estructuración entre ordenamientos. Pero en sentido concreto, en la selección por el juez ordinario de la disposición aplicable al caso concreto, la primacía también puede desplegar una dimensión constitucional capaz de concretar su contenido y de ser, quizás, compartida por las jurisdicciones constitucionales. Esta dimensión vincula a la primacía y a la Comunidad de Derecho.

Como hemos dicho, lejos de centrar la cuestión de la primacía en la estructuración de la pluralidad ordinamental, ésta puede adquirir una relevancia constitucional indudable en el

⁵³ Ver BALAGUER CALLEJÓN, *Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 7, 2007.

⁵⁴ En cierto sentido el propio Tribunal Constitucional español, en la DTC 1/2004, cit., sobre relaciones entre ordenamientos trata de distinguir entre planteamientos propios de oportunidad política (tales como la reforma constitucional en aras de una mejor integración del Derecho europeo) y de planteamientos jurídicos. Ver FJ 4.

ámbito de la integración desde sus posibilidades de garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos frente a la actuación de los poderes públicos. Desde las posibilidades de invocación por los ciudadanos de la primacía, en garantía de pretensiones subjetivas fundadas en Derecho europeo, ante la jurisdicción y frente a los Estados, este principio puede pasar así de ser un potencial riesgo para los sistemas constitucionales a alumbrarse como una herramienta esencial de control del poder. Un principio de dimensión constitucional más que un riesgo potencial al sistema constitucional interno.

5. Puntos de Desencuentro en el contenido de la primacía: el TJ y los Tribunales constitucionales

Para realizar un análisis del principio de primacía que nos permita arrojar algo de luz sobre el mismo se hace necesario prescindir, en un principio, de aquellos puntos de desencuentro (como los que se observan en el estudio de los contralímites y los problemas de jurisdicción) para centrarse en los elementos comunes destacados por el TJ y los tribunales constitucionales. Para ello, a continuación, se describirá brevemente cuál es el contenido que el TJ ha observado en el principio de primacía en el momento de su creación. Posteriormente expondremos los principales problemas que los Tribunales constitucionales han observado sobre la primacía desde una perspectiva formal de la estructuración de las relaciones entre ordenamientos. Observaremos entonces desacuerdos conceptuales y estructurales que no encuentran una solución jurídica en el actual grado de desarrollo de la integración europea. Si el lector conoce este desarrollo podrá prescindir tranquilamente de la lectura de este apartado.

6. Planteamiento del TJ sobre el principio de primacía: condición existencial y juez comunitario

Los principios de primacía y eficacia directa nacieron, en su origen, desde la cuestión de la relación de los ordenamientos nacionales con el Derecho europeo. Para resolver esta cuestión el TJ concretó mediante las Sentencias *Van Gend en Loos* y *Costa c. ENEL* la naturaleza del Derecho europeo, y lo hizo consagrando ambos principios como pilares del

ordenamiento europeo. El Derecho europeo, según esta jurisprudencia, conformaba un ordenamiento autónomo. Esta autonomía, como ya sabemos, derivaba de cuatro ideas:

- el Derecho europeo es distinto al Derecho nacional y al Derecho internacional pues los Estados han cedido competencias soberanas a sus Instituciones creando un ordenamiento nuevo;
- sus sujetos son tanto los Estados como los ciudadanos;
- el Derecho europeo puede ser invocado por los ciudadanos ante los jueces nacionales en garantía de su cumplimiento y en garantía de los derechos que a éstos concede;
- el Derecho europeo despliega unos efectos propios en el orden estatal gracias a que, por ser autónomo, consta de herramientas propias de garantía de su eficacia (primacía y eficacia directa)⁵⁵.

De esta forma el TJ reconoció al Derecho europeo como un ordenamiento autónomo, y en consecuencia, los conflictos entre éste y el Derecho nacional comenzaron a resolverse, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, a través de los mecanismos tradicionales de relaciones entre ordenamientos encontrados en cada sistema constitucional⁵⁶.

Esta primera expresión de la naturaleza del Derecho europeo como “ordenamiento” permitió que se volcase sobre el Derecho europeo toda la teoría tradicional de las Fuentes del Derecho tal y como era utilizada a nivel nacional. Puesto que el Derecho europeo constituía un ordenamiento autónomo, la ciencia jurídica tendió al inicio a estructurar las relaciones

⁵⁵ Esencialmente la *STJ Van Gend & Loos*, de 5 de febrero de 1963, en el párrafo 7 de los considerandos sobre el fondo «ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional» y en *STJ Costa c. Enel* 15 de julio de 1964, párrafo 10 de los Fundamentos de Derecho «a diferencia de los Tratados Internacionales ordinarios, el Tratado CEE creó un Ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado...».

⁵⁶ La clave del problema surge precisamente de la concepción italiana de las relaciones entre ordenamiento nacional y ordenamiento internacional en términos dualistas. El dualismo Italiano fue expuesto por ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, 1905, para un resumen de sus exposiciones me remito al útil trabajo de GAJA, *Positivism and dualism in Dionisio Anzilotti*, en *European Journal of International Law*, n. 3, 1992, pp. 123 y ss. Para una somera definición de los sistemas dualistas y monistas cito literalmente a DE WITTE: «Monism and dualism become genuinely alternative doctrines when taken in a narrower sense, i.e. when comparing the actual attitude taken towards International law within each constitutional system: dualist countries are those where the attitude is taken that International treaties cannot, as such, display legal effects in the municipal sphere, so that their norms must be ‘transplanted’ into national law before they can become operational there. Monist countries, then, are those where the view prevails that international norms are, upon their ratification and publication, ‘received’ within the nations legal order while preserving their nature of international law», en DE WITTE, *Direct effect, supremacy, and the nature of the legal order*, cit., pp. 178-179.

entre Derecho europeo y Derecho Constitucional nacional a la manera de las relaciones entre el ordenamiento doméstico y el internacional. Sin embargo las soluciones internas planteaban tal heterogeneidad que ponían en peligro la finalidad de la primacía: la eficacia uniforme de las disposiciones comunitarias.

El análisis del Derecho europeo a través de la teoría nacional de fuentes del Derecho planteó cuestiones inquietantes: ¿cuál era la metodología adecuada para reconducir la relación entre ordenamientos hacia la unidad sistemática?, exigencia tradicional de todo sistema normativo⁵⁷; y aún más perturbador, ¿cuál debía ser la fuente última de validez de las disposiciones de este ordenamiento autónomo europeo y de ese sistema normativo? En resumen, la idea de la autonomía del Derecho europeo planteaba la cuestión científica de la “validez” del Derecho europeo, cuestión que, en principio, sólo podía tener dos respuestas: o el Derecho europeo conformaba un ordenamiento originario con una fuente de validez propia, o el Derecho europeo derivaba su validez de los ordenamientos nacionales⁵⁸.

De la jurisprudencia del TJ pueden deducirse algunas respuestas iniciales. Debe entenderse que, como señaló Pescatore, el TJ ofrece una visión muy concreta movido por una idea particular de la UE⁵⁹. La afirmación del TJ sobre la autonomía del ordenamiento europeo conllevaba la idea de que sus disposiciones debían tener unos mecanismos propios de garantía de su eficacia en el momento de integrarse en los ordenamientos nacionales, puesto que el

⁵⁷ Tal afirmación muestra un enfoque doctrinal propio de Santi Romano, como alega BALAGUER CALLEJÓN, «...para la teoría normativista de Santi Romano, el ordenamiento jurídico no es una mera agrupación de normas, sino una unidad en sí misma(...) en cuanto unidad se trata de algo distinto de los elementos que la integran», p. 83 y ss. Con MODUGNO podemos afirmar que seguir esta pauta nos permitiría tratar al “todo” que representa el ordenamiento jurídico como una unidad respecto de otras unidades y afirmar que «las relaciones entre ordenamientos [en el ámbito internacional y respecto de otros ordenamientos que se afirman como soberanos, generales o políticos] no pueden nunca ser de por sí relaciones de subordinación, sino siempre relaciones de coordinación». «...Todo está en reconocer a otros ordenamientos para estrechar con ellos relaciones jurídicas, así que deberá decirse que, en rigor, todos los otros ordenamientos están respecto a este en posición de subordinación en cuanto necesitados de reconocimiento... lo cual es un absurdo que se puede evitar reconociendo que todos los ordenamientos, en cuanto tales, o sea, en cuanto que efectivos, se ponen en principio en un plano de igualdad, frente a todos los otros, soberanos o no», así cfr. MODUGNO, op. cit., pp. 253 y 255, la traducción es propia.

⁵⁸ Ver BALAGUER CALLEJÓN, *La constitucionalización de la Unión europea y la articulación entre ordenamientos*, cit. pp. 594 y 596.

⁵⁹ “The reasoning of the Court shows that the judges had ‘une certaine idée de l’Europe’ of their own, and that is this idea which has been decisive and not arguments based on the legal technicalities of the matter”, ver PESCATORE, *The Doctrine of Direct effect: an infant disease of Community Law*, en *European Law Review*, n. 8, 1983, p. 157.

Derecho europeo debería aplicarse de manera uniforme y con una eficacia equivalente en todos y cada uno de los Estados miembros. Si las disposiciones europeas no contasen con herramientas autónomas para su eficacia entonces ésta se haría depender de los ordenamientos nacionales y sus normas internas dando lugar a la des-uniformidad. Es decir, la autonomía del Derecho europeo dependería de que en él pudiesen encontrarse herramientas propias de garantía⁶⁰ de su eficacia uniforme frente a los Estados y los ciudadanos, de lo contrario el Derecho europeo dejaría de cumplir la función para la que había sido creado⁶¹.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina han reconocido al principio de primacía como condición “existencial de la Comunidad”, como elemento clave de garantía de la eficacia autónoma del Derecho europeo⁶². En definitiva, el TJ quería remarcar que el Derecho europeo no ostentaba el estatus derivado de las Constituciones nacionales, pues de ser así su eficacia y grado de cumplimiento podría ser distinto en cada Estado miembro, sino que éste se imponía por sí mismo, por su propia autoridad en tanto que ordenamiento autónomo. Sólo así el ordenamiento europeo se haría efectivo, pues vendría a cumplir su función esencial: ser un Derecho común para toda Europa, aplicado de manera uniforme en todos los Estados

⁶⁰ Como bien expresa NETTESHEIM, «según el criterio del TJCE, el principio de primacía reside en la pretensión de vigencia de las normas jurídicas del Derecho de la Unión: el Derecho de la Unión no confía al Derecho nacional su colocación jerárquico-normativa — al contrario que el Derecho Internacional — sino que toma por sí mismo esa decisión», en *El significado constitucional de la primacía del derecho*, cit., p. 281.

⁶¹ Es lo que se ha llamado por el TJ el “efecto útil” del Derecho europeo. Ver *STJ Variola*, C-34/73 de 10 de octubre de 1973. DE WITTE, considera que «the only decisive argument for supremacy, in my view, is the effect utile argument: if states accept legal duties at the International level, they should be prepared to allow for the translation of those duties into daily practice, by means of judicial and other instruments» en *Direct effect, supremacy, and the nature of legal order*, cit., p. 183. También en *STJ* 13 de febrero de 1969, Walt Wilhelm, asunto 14/68 expresa el TJ que «no serán aplicables disposiciones [nacionales] capaces de comprometer el efecto útil del Tratado». El TJ, ya en su primera jurisprudencia de los años sesenta, parece haber considerado primordial, para el cumplimiento del Derecho europeo, el asumir el parámetro “político” de la efectividad como una cuestión existencial de la Comunidad, y ha llegado a elevar a la efectividad del Derecho europeo al rango de principio general del Derecho comunitario. Así por ejemplo los asunto *Brasserie du Pecheur*, C- 46,48/93, FJ. 95; Opinión del Abogado General en el asunto *Hedley Lomas*, C-5/94, FJ 174-176; *Simmenthal*, C-106/77, FJ 22-23; *Factortame*, C-213/89, FJ 21; o *Köbler*, C-224/01, FJ 33.

⁶² ¿Podemos reconocer esta eficacia del Derecho europeo como un elemento esencial, en términos jurídicos, de la “validez-existencia” del Derecho europeo en tanto que efectividad del ordenamiento europeo? La primacía como principio existencial del Derecho europeo es una afirmación de PESCATORE, *The Doctrine of Direct effect: an infant disease of Community Law*, cit., pp. 150 y ss..

miembros y frente a todos los ciudadanos. Sólo así el Derecho europeo cumpliría con su efecto útil, resolver conflictos de ámbito europeo⁶³.

La eficacia uniforme del Derecho europeo, se convertía pues en una premisa esencial para su autonomía como ordenamiento, y el principio de primacía se convertían en un elemento clave del mismo⁶⁴.

Las consecuencias derivadas de este principio se expresaron en la Sentencia *Simmenthal*⁶⁵ en una doble versión. Por un lado, el TJ erigió al “juez nacional en juez comunitario” ordinario dotándolo de nuevas competencias y obligaciones, «el hacer

⁶³ «En una Comunidad, las reglas comunes deben permanecer comunes, lo que, por las propias circunstancias, impide a uno de los miembros de esa Comunidad invocar cualquier especificidad orientada a justificar un tratamiento diferenciado» ver la intervención de PUISOCHET, *La primacía del derecho comunitario*, en *La articulación entre el Derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Madrid, n. 95, 2007, p. 30. En literatura italiana, para una explicación del problema de la sentencia *Costa c. ENEL* en derecho interno, ver ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Turín, 1987, p. 127. También TESAURO, *Diritto comunitario*, Pádua, 2005, IV ed., pp. 160 ss. El núcleo de la argumentación de *Costa c. ENEL* es la uniformidad. Así en MAYER, *Supremacy-Lost*, en *Walter Hallstein Institute Paper 2/06*, también en DANN - RYNKOWSKI, (eds.), *The Unity of The European Constitution*, Berlin, 2006, pp. 87-96: «The ECJ's core justifications for the primacy of European law are independence, uniformity and efficacy of Community law». Con claridad lo explica LA PERGOLA: «frente al ordenamiento de la Comunidad, que es uno, existe, en efecto, la pluralidad de los ordenamientos de los Estados miembros. Cada uno de estos últimos coexiste con el ordenamiento comunitario y debe adecuarse a las exigencias del mismo. Tal resultado ha sido en efecto conseguido en todos los Estados miembros, de modo que ha resultado satisfecho un requisito fundamental del proceso de integración. Si el resultado conseguido ha sido común, queda, como un hecho que las previsiones normativas... y las soluciones jurisprudenciales puedan, naturalmente, variar entre los distintos ordenamientos nacionales. [...] El fenómeno que estudiamos se gobierna por el criterio según el cual la pluralidad y la coexistencia de ordenamientos nacionales, no puede, ni debe obstar al funcionamiento del sistema comunitario considerado en su unidad». En LA PERGOLA, *La articulación del Derecho Comunitario y del Derecho interno: la experiencia italiana*, Granada, 1996, p. 8. También ISAAC expuso «el logro de los objetivos de la Comunidad, la realización de un mercado común, imponen la aplicación uniforme del Derecho comunitario, sin la cual no existe integración. La primacía del Derecho comunitario no proviene, pues, de no se sabe qué jerarquía entre autoridades nacionales y comunitarias, contraria a la base de la construcción europea, sino que se basa en que esta regla debe prevalecer aun so pena de dejar de ser común; y si no es común, deja de existir y no hay más Comunidad» ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona, 1991, pp. 175 y ss.. El TJ ha querido justificar la primacía del Derecho europeo sobre el nacional precisamente en la necesidad ‘existencial’ del ordenamiento de la Unión de «no contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho Comunitario», la expresión es literal de la STJ *Tanja Kreil*, FJ 16, de 11 de enero de 2000; igualmente en la STJ *Johnston* de 15 de mayo de 1986, FJ 26. Este parece ser el objetivo esencial de la integración y del principio de primacía como garantía. En doctrina, por todos, me remito a DE WITTE, *Direct effect, supremacy, and the nature of the legal order*, cit., pp. 177-210.

⁶⁴ En este sentido la importante diferenciación en cuanto a la centralización en la producción de normas y la descentralización en su aplicación que conlleva el ordenamiento europeo y que lo distingue del derecho internacional y del nacional ver ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario*, Barcelona, 1995, pp. 174 y ss..

⁶⁵ CELOTTO, *Normas comunitarias y derecho italiano*, en *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, II, 2010. Pero la doctrina italiana es unánime en este sentido, AA. VV., *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milán, 1978, en particular las contribuciones de CAPELLI, CAPURSO, LUZZATTO, UDINA y MIGLIAZZA.

*inaplicable de pleno derecho (...) toda disposición contraria de la legislación nacional existente»*⁶⁶. El juez nacional debía garantizar la eficacia de las disposiciones europeas en el momento de resolución de litigios concretos, y toda disposición nacional que pudiese impedir ese resultado debería ser inaplicada conforme a los procedimientos internos. Por otro lado, en algunos Estados la inaplicación de determinadas disposiciones nacionales (con rango de ley) sólo podía realizarse a través de procedimientos nacionales que obligaban al reenvío de la cuestión a los Tribunales constitucionales internos, en ese trámite la interpretación uniforme del Derecho europeo podía quedar en entre dicho, además de su naturaleza autónoma, pues sólo el TJ puede realizar una correcta interpretación o determinación de la validez de las disposiciones comunitarias garantizando su uniformidad. Para ello el TJ prohibió que los jueces ordinarios pudiesen dirigirse a los Altos tribunales, y exigió, en virtud de la primacía que inaplicasen las disposiciones internas contrarias a Derecho europeo de manera inmediata y por sí mismos⁶⁷.

⁶⁶ Ver FERNÁNDEZ SEGADO, *El juez nacional como juez comunitario...*, cit., pp. 57 y ss. Igualmente ALONSO GARCÍA, *El juez español y el derecho comunitario*, Valencia, 2003; ID. *Juez nacional como juez europeo a la luz del Tratado constitucional*, Conferencia presentada en la Universidad Carlos III de Madrid, del 5 al 7 de septiembre de 2004, en el ámbito del congreso «*The national constitutional reflection of European Union Constitutional Reform*». También RODRÍGUEZ IGLESIAS - BARQUERO, *Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, en *Revista Fundamentos. Cuadernos Monográficos de teoría del Estado, Derecho público e historia constitucional*, n. 4, 2006. MARTÍNEZ SIERRA, *La recepción constitucional del derecho comunitario*, Valencia, 2007, espec. pp. 88 y ss. De todos ellos es destacable la idea de que la doctrina *Simmenthal* y la actitud del juez nacional en la activación del principio de primacía fue recepcionado en España a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 28/1991. De nuevo con LA PERGOLA: «He aquí por qué el juez nacional, vistiendo las ropas de órgano encargado de la aplicación difusa del derecho comunitario, debe, como se resolvió en el caso *Simmenthal* de 1978, no aplicar, cuando es necesario, de propia iniciativa, cualquier disposición nacional, aún posterior, sin tener que esperar su previa remoción por vía legislativa o mediante cualquier otro procedimiento constitucional», LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2003, pp. 2423 y ss. Versión en español en LA PERGOLA, *El juez constitucional italiano ante la primacía y el efecto directo del derecho comunitario. Notas sobre unas jornadas de estudio*, en COLNERIC - EDGARD - PUISOCHET - RUIZ JARABO, (Eds.), *Une communauté de droit, Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlín, 2003, pp. 255 y ss..

⁶⁷ La Corte Costituzionale italiana había seguido un proceso de continua evolución de su doctrina por el diálogo establecido entre los jueces nacionales y el TJ inaugurado en la sentencia *Costa c. ENEL*. En la Sentencia de la Corte Costituzionale n. 14 de 24 de febrero de 1964, se consideró que el artículo 11 permitía la ejecución del Tratado de una manera “permisiva”, es decir, sin influir en el sistema de fuentes interno, por lo que los Tratados se aplicaban con rango de ley ordinaria. En consecuencia los conflictos entre ordenamientos se resolvían por medio del instituto de derogación cronológica. Tras la STJ *Costa* la Corte Costituzionale cambia su doctrina cronológica y mediante Sentencia n. 183, de 27 de diciembre de 1973, la famosa sentencia *Frontini v. Amministrazione delle Finanze*, asume la primacía de estas, si bien se reserva un ámbito de actuación determinado por los principios fundamentales y las disposiciones constitucionales (en este sentido ver

Esta última advertencia señalaba un carácter controvertido⁶⁸ pues, más allá de cuestiones formales sobre fuentes del Derecho nacional, emplazaban la jurisdicción del TJ como última

CANNIZZARO, *EU Law and national constitution. A pluralist constitution for a pluralist Legal order?*, en Astrid on line, <http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Studi-e-ri/Archivio-2/CANNIZZARO.PDF>, última consulta 16 de diciembre de 2010). En la Sentencia de la Corte Costituzionale n. 232 de 30 de octubre de 1975, (*Sentencia Industrie Chimiche Italia Centrale*), así como en las sentencias n. 205 de 28 de julio de 1976 y n. 163 de 29 de diciembre de 1977 sienta las bases de la doctrina de la identificación de las vulneraciones del Derecho Comunitario por el legislador italiano con infracciones del texto constitucional, en concreto el artículo 11 CI. Esta identificación, ligada al sistema interno del control judicial del sistema de fuentes, conducía a imponer al juez ordinario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cada vez que llegaba al convencimiento de una contradicción de la ley con el Derecho Comunitario; en la medida en que tal contradicción implicaba, según el razonamiento de la Corte, una vulneración de la cesión de soberanía operada en virtud del artículo 11, tal inconstitucionalidad suponía inmediatamente la entrada en juego del monopolio de la Corte respecto de los juicios negativos de constitucionalidad de la ley, activado por el juez ordinario a través del planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Para un acercamiento a ambas sentencias y sobre su superación por la Sentencia de la Corte Costituzionale "*Granital*" ver LA PERGOLA, *La articulación del Derecho comunitario y del derecho interno: la experiencia italiana*, cit., pp. 30 y ss.. Es contra esta doctrina jurisprudencial frente a la que reacciona inmediatamente el TJ con la sentencia *Simmenthal* de 1978. Ver en este sentido ALONSO GARCÍA, *El juez español y el Derecho comunitario*, Valencia, 2003, pp. 20-21. Como expresa CELOTTO: «Los recorridos emprendidos por la jurisprudencia italiana han sido tortuosos, incómodos y, en ocasiones, confusos, afrontando una resistencia de base de nuestro ordenamiento nacional hacia una apertura incondicional al sistema comunitario, resistencia que ha complicado no poco el hallazgo de soluciones plausibles para tales contradicciones. Por otra parte, los márgenes de maniobra de los operadores nacionales en la búsqueda de tales soluciones afrontaban una notable limitación de fondo: la exigencia de garantizar la eficacia directa e inmediata de las normas comunitarias, de la que procede inevitablemente su prevalencia sobre las normas internas que sean incompatibles» en *Normas comunitarias y derecho italiano*, cit., p. 73. Sobre los diferentes modelos de justicia constitucional Europa y los fundamentos del ordenamiento en el mismo me remito a OLIVETTI - GROPPI, (ed.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milán, 2003, espec. pp. 78 y ss. la introducción de GROPPI que expone «il modello europeo di giustizia costituzionale, nonostante la presenza in esso di elementi propri del modello statunitense a seguito Della introduzione del controllo concreto, continua a negare ai giudici comuni la possibilità di disapplicare le leggi contrarie alla Costituzione: resta un sistema a privilegio del legislatore», p. 16 y ss..

⁶⁸ El TJ erigió al juez nacional en juez comunitario, encargado de cumplir con el principio de primacía, y de inaplicar la norma nacional contraria a Derecho europeo. Pero esta obligación alteraba sustancialmente el sistema de jurisdicción constitucional y el sistema de fuentes de determinados Estados, puesto que en sistemas de jurisdicción constitucional concentrada, el juez nacional ordinario, no puede, por principio, inaplicar normas con rango legal *motu proprio*. Como se sabe, en tales sistemas, es competencia exclusiva de los jueces constitucionales discernir sobre la legitimidad de las leyes, pues al ser producidas por órganos constitucionales cargados de contenido democrático, se presumen válidas, y sólo pueden dejar de aplicarse por su derogación o por su declaración de inconstitucionalidad. El caso *Simmenthal* disponía que el juez debía inaplicar la norma nacional sin esperar o solicitar "*la derogación previa (...) por vía legislativa o cualquier otro procedimiento constitucional*" (FJ 22), cautela necesaria para impedir que la eficacia de las disposiciones europeas pudiese diferenciarse de unos Estados a otros perdiendo uniformidad. Esta doctrina imponía, por tanto, la obligación de inaplicación de la ley nacional contraria a Derecho comunitario por el juez ordinario en todos los Estados miembros, cuestión que podía solucionarse siempre y cuando relegase sus consecuencias al ámbito de la aplicación del Derecho, pues las leyes democráticas de los Estados sólo pueden reputarse nulas por contradicción con la Constitución nacional. El problema de la inaplicación de disposiciones nacionales con rango legal se solucionó en el momento en que el TJ tomó conciencia de que las consecuencias del desplazamiento de la norma nacional eran un problema menor siempre y cuando se garantizase la aplicación de la norma europea de manera uniforme. Así se expresa, por ejemplo, en la tardía sentencia *IN.CO.GE* '90, FC- 10, 22/97, de 22 de octubre de

autoridad en materia de relaciones entre ordenamientos⁶⁹ y, en consecuencia, situaba los Tratados como fundamento de la eficacia interna del Derecho europeo⁷⁰.

Formalmente el TJ estaba señalando en los Tratados la justificación última de la eficacia del Derecho europeo en el ámbito interno, y materialmente las consecuencias de este planteamiento podían dar lugar, por las carencias constitucionales del Derecho europeo que hemos comentado, a una vulneración de las propias Constituciones nacionales, y por tanto, de principios y derechos de carácter fundamental.

7. Planteamiento de los órganos constitucionales nacionales sobre las relaciones entre ordenamientos.

El TJ realizó un razonamiento que radicaba la particular eficacia del Derecho europeo (primacía) en los Tratados. La autonomía del ordenamiento europeo exigía que la eficacia de sus normas en los ordenamientos nacionales emergiese de un único lugar, de forma que,

1998 en la que el TJ cejó en sus pretensiones y reconoció que la primacía no tenía que suponer, por regla general, la “inexistencia” de la disposición nacional contraria a Derecho europeo, su nulidad, sino que suponía simplemente el deber del juez de “descartar la aplicación de esa norma” (FJ 21), dejando la determinación de los efectos de la inaplicación a lo que se dispusiese entre los distintos procedimientos del ordenamiento jurídico. La primacía actuaría como un principio estructural o como un principio de resolución de conflictos según los ordenamientos nacionales. Reenviada esta cuestión a las particularidades de cada ordenamiento, sin embargo, el problema de la contradicción entre el Derecho europeo producido por las Instituciones y las Constituciones nacionales no se resolvió. En una distinción final entre ambas vertientes: OHLINGER, *Unity of legal system or legal pluralism: the Stufenbau Doctrine in present-day Europe*, en JYRANKY, (Ed.), *National constitutions in the era of integration*, Londres, 1999, p. 169, que expresa literamente: “this idea is manifest in a wide range of possible legal effects, depending on the overall legal system concerned as well as on the legal material relevant in the concrete case. In analysing these effects, one would have to distinguish between those affecting the level of normative validity, on the one hand, and those affecting the level of application of norms on the other”.

⁶⁹ Para una distinción de las diversas reconstrucciones de las relaciones interordinamentales me remito a ITZCOVICH, *L'interpretazione del diritto comunitario*, en *Materiali per una Storia Della Cultura Giuridica*, 38, n. 2, 2008, pp. 42-49.

⁷⁰ CELOTTO, *Normas comunitarias y Derecho italiano*, cit. “La aplicación interna del Derecho europeo ha necesitado de las herramientas adecuadas para garantizar su eficacia y para que los Estados hayan podido ‘digerir’ los efectos que ello provoca a nivel interno”. La idea de la autonomía del ordenamiento europeo como ordenamiento originario debe ser matizada en este sentido, puesto que como alguna doctrina ha remarcado, una cosa es que el parámetro de validez del derecho comunitario derivado deba ser el propio ordenamiento jurídico comunitario —y no los ordenamientos jurídicos nacionales—, con los tratados constitutivos en la cúspide, y otra muy distinta que éstos se impongan frente a su razón de ser, que no es otra que la cesión de soberanía operada por los Estados miembros al amparo de sus respectivas Constituciones. En este sentido ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Madrid, 2007, p. 195 y ss. También FERNÁNDEZ SEGADO, *El juez nacional como juez comunitario...*, cit..

frente a cualquier conflicto entre ordenamientos, la solución pudiese componerse a través de parámetros uniformes por el juez nacional, y en determinadas situaciones apoyándose en el TJ como máximo interprete de los Tratados. En cualquier caso, permitir interceder a los Tribunales constitucionales en tales conflictos podría hacer peligrar la eficacia uniforme de las disposiciones europeas y, en último lugar, la autonomía del Derecho europeo.

Por lo general, la idea de autonomía del ordenamiento europeo, había obtenido cierto consenso entre los jueces nacionales, y en consecuencia, durante los años 60 los Tribunales constitucionales se abstuvieron de conocer sobre cuestiones que conllevasen la resolución de conflictos entre disposiciones nacionales y disposiciones europeas, pues por la propia autonomía del orden europeo se consideraban incompetentes para juzgar sobre los actos comunitarios conforme a parámetros constitucionales internos⁷¹. Correspondía al TJ como sumo intérprete de los Tratados interpretar y determinar la legitimad del Derecho comunitario de manera uniforme.

Conforme a la doctrina *Simmenthal* en el momento de la selección de normas aplicables al caso concreto, el juez nacional, debía inaplicar la norma nacional sin esperar a la decisión de las jurisdicciones constitucionales internas o la acción del legislador estatal. Pero como hemos señalado, pronto se empezaron a hacer palpables conflictos de carácter constitucional, pues salían a la luz los riesgos de la aplicación sistemática en el ámbito nacional de disposiciones europeas que carecían de garantías constitucionales suficientes en la producción del Derecho y que podían llegar a desplazar principios basilares del constitucionalismo nacional. Los derechos fundamentales de las Constituciones nacionales⁷², la garantía del principio democrático en la producción de las disposiciones europeas, o los fundamentos de la atribución competencial a la UE fueron los principales problemas materiales que impedían

⁷¹ Con BALAGUER CALLEJÓN, definimos: “por conflicto normativo hay que entender aquella situación de incompatibilidad que se produce entre dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento y tienen el mismo ámbito de validez, en virtud del cual la aplicación de una de las normas conduce a resultados contrarios a los que se genera la aplicación de la otra”, BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, Vol. I., Madrid, 1991, pp. 141 y ss..

⁷² Es el caso de la Sentencia *Solange I* de 29 de mayo de 1974, BVerfGE 37, 271, y de la Sentencia *Frontini* de la Corte Costituzionale n. 183 de 1973. De gran ayuda la exposición de DE MIGUEL BÀRCENA, *Los derechos fundamentales como manifestación de la Europa federal*, consultado en: www.acoes.es/congresoVIII/documentos/JosuDeMiguelBarcena.pdf, última consulta el 27 de diciembre de 2010. Igualmente CARTABIA, *El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia*, en *Revista española de Derecho europeo*, n. 22, 2007.

aceptar a los Tribunales constitucionales no sólo la eficacia absoluta del Derecho europeo sobre el Derecho nacional, sino principalmente, que esta derivase en exclusiva de los Tratados y por tanto que el TJ tuviese el monopolio sobre el control de validez del Derecho europeo⁷³.

Los tribunales constitucionales de los Estados reaccionaron ante tales situaciones reforzando su autoridad como garantes de las disposiciones y principios constitucionales, y por tanto, su competencia para intervenir, en caso de conflicto entre disposiciones europeas y

⁷³ NEUWAHL, *The Treaty on European Union: a step forward the protection of human rights?*, en NEUWAHL - ROSAS, *The European Union and Human Rights*, 1995, p. 3 y ss. con el que se comenzó la andadura en la integración política. La ampliación competencial y las nuevas políticas comunitarias provocaron que la discusión previa a la ratificación del Tratado se viese afectada por las limitaciones consideradas por la Sentencia del TCFA *Maastricht*, de 12 de octubre de 1993, imponiendo de nuevo la reflexión sobre la democracia en Europa, la cuestión de la cesión de soberanía y la exigencia de establecer límites a la integración, especialmente negando la posibilidad de atribuir el *Kompetenz-Kompetenz* a la Comunidad. El TCFA se atribuyó de nuevo en esta ocasión la competencia de juzgar la legitimidad de las disposiciones de Derecho comunitario derivado para controlar que los actos emanados de las Instituciones europeas se mantuviesen dentro de los límites que se habían previsto al hacer la correspondiente atribución de derechos de soberanía, (BverfGE 75, 223), en un aparente “paso atrás” (ver VIDAL, *Alemania*, cit., p. 65). Estos límites serían relativizados a lo largo de la llamada “guerra de las bananas”, desde la primera decisión del mismo tribunal, *Bananas* de 25 de enero de 1995 hasta la última, de 7 de junio de 2000, a la manera del planteamiento y matización realizado en la dialéctica entre las Solange I y II. En la última decisión de esta saga el TCFA afirma que en principio se considera incompetente para decidir sobre la protección de los derechos fundamentales en los actos comunitarios, dada la jurisdicción del Tribunal de Luxemburgo siempre activable a través del artículo 234 TCE. Continuaba exponiendo que el control nacional sólo podría ser operado en casos de violaciones continuadas y sistemáticas de derechos, demostrando una insuperable inadecuación de las instancias comunitarias de tutela. (Para una explicación de las múltiples sentencias sobre el caso *Bananenmarkt* ver ALTER, *Stablishing the Supremacy of European Law*, Oxford, 2002, p. 110 y ss.. También PALERMO, *La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 1999-2000* en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2001, pp. 3301 y ss.). Igualmente del Tratado de Niza (ver al respecto CARTABIA, *Italia en Europa: problemas nuevos y viejos. A la luz del tratado de Niza y de la reforma constitucional de las regiones*, en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 13, 2001, pp. 215- 247). El Tratado Constitucional supuso un punto de inflexión para todos los tribunales constitucionales de los Estados miembros sobre las exigencias de la integración europea, sobre su soberanía constitucional. Sin embargo, no impidió que el debate continuase. (Ver por ejemplo la Sentencia del TCFA, de 1 de octubre de 2004, BverfGE, 117, 307, *Görgülü*, en la que se retoma el discurso de los “contralímites” en el ámbito del derecho de familia -reunificación familiar- de los extranjeros y el derecho de la personalidad. Ver en doctrina POLLICINO, *Tolleranza costituzionale, controlimiti e codificazione del primato del diritto comunitario*, en *Quaderni Costituzionali*, www.forumcostituzionale.it/site/index3.php?option). También debe destacarse la Sentencia del TCFA, de 18 de julio de 2005, con la que se declara la inconstitucionalidad de la normativa alemana que traspone la Decisión Marco del Consejo sobre el “European Arrest Warrant Act”. La desaparición del proyecto constitucional y su “convalidación” en el Tratado de Lisboa (TUE y TFUE), trajo consigo nuevas advertencias. Concretamente la reciente sentencia *Lissabon* del TCFA, que vuelve a poner el dedo sobre la llaga europea del desarrollo del verdadero principio democrático, reservándose e imponiendo de nuevo las herramientas internas de garantía sobre posibles vulneraciones de las estructuras constitucionales básicas de Alemania. Más recientemente, como en otras ocasiones, estas exigencias se han matizado en la decisión del TCFA que pone fin a la saga jurisprudencial *Mangold II*. En ella, el Alto tribunal constitucional, ha vuelto a demostrar que en la teoría, los términos, adquieren un cariz más crítico que en la práctica, donde se impone una verdadera dialéctica pacífica y la cooperación jurisdiccional.

constitucionales, en la esfera de la eficacia interna de las normas europeas⁷⁴. Los Tribunales constitucionales comenzaron a reconsiderar su posición sobre la autonomía del Derecho europeo en determinados casos en los que los valores o principios constitucionales pudiesen verse afectados por la eficacia de las disposiciones comunitarias⁷⁵.

Al entrar a conocer sobre tales cuestiones, los Tribunales constitucionales, en nombre de la supremacía constitucional, se erigieron en garantes últimos del proceso de integración interna del Derecho europeo⁷⁶. El fundamento utilizado para ello fue que las disposiciones

⁷⁴ A partir de aquí se inicia una verdadera lucha jurisprudencial sobre la consideración del fundamento de unidad del sistema. La necesidad de unidad plantea el debate sobre la autonomía derivada del ordenamiento europeo de las Constituciones nacionales, puesto que, como advierten PRECHAL y ROERMUND, el derecho requiere de la unidad, o más bien de la percepción de movimiento hacia una (virtual) unidad de todos los agentes que participan del mismo, pues de lo contrario un ordenamiento jurídico no puede cumplir con su finalidad, a saber, reducir, si no resolver, el conflicto a través de una autoridad. Por esa razón, sus diversos elementos deben ser susceptibles de ser considerados como punto último de autoridad que en gran medida sea aceptada por aquellos que están interesados en tener un ordenamiento jurídico común. Cfr. PRECHAL - ROERMUND, la cita literal es: «law requires unity, or rather the perception of movement towards (virtual) unity by the principal norm-setting agents involved, otherwise a legal order cannot deliver what it promises, namely to reduce, if not to end, conflict by authoritative decision-making. For that reason, its various elements (actions, procedures, roles, players, scenes...etc) should be susceptible to being considered as pointing to final authority... being largely accepted by those who are interested in having a legal order in the first place». Ver PRECHAL - ROERMUND, *Binding unity in EU legal order: an introduction*, en PRECHAL - ROERMUND (eds.), *The Coherence of EU Law. The search for Unity in divergent concepts*, New York, 2008, pp. 1-19. Ver también BACIGALUPO SAGGESE, *El sistema jurisdiccional de la Unión europea en el sistema de garantías*, en LINDE PANIAGUA y otros, *Organización del Estado y la Unión Europea*, 2000, p. 242; También RODRÍGUEZ IGLESIAS, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, en RODRÍGUEZ IGLESIAS - LIÑAN NOGUERAS, (Dirs.), *El Derecho comunitario Europeo y su aplicación judicial* (Rodríguez Iglesias - Liñan Nogueras, Dirs.), Madrid, 1993, p. 385.

⁷⁵ Efectivamente, los tribunales constitucionales reaccionaron frente a la monopolización por el TJ de la competencia sobre la validez del Derecho europeo asumiendo un espacio propio y marcando límites en torno a las disposiciones constitucionales propias, límites que relativizaban la autonomía del ordenamiento europeo conduciéndolo a una necesaria articulación interordinamental, al tiempo que flexibilizaban el carácter absoluto de la primacía del Derecho europeo. Pueden destacarse las reacciones de la Corte Constitucional Italiana y el Tribunal Constitucional Alemá. Para un extraordinario análisis del proceso Italiano de aceptación de la primacía me remito a CELOTTO, *Italia*, en TAJADURA - DE MIGUEL, (Coord), *Justicia Constitucional y Unión Europea*, Madrid, 2008, pp. 217 y ss..

⁷⁶ La cuestión parecía ser más formal que material, pues aunque los tribunales constitucionales “rebelados” (Alemania e Italia) asumieron que los derechos constitucionales “por el momento” estarían a salvo con la doctrina comunitaria de los derechos fundamentales (STCFA *Solange* II 1986 y SCCI *Granital* 1984) devolviendo las competencias acaparadas al TJ, sin embargo, no aceptaron nunca los efectos absolutos del principio de primacía, que suponía aceptar el desplazamiento de sus normas constitucionales frente a un Derecho derivado producido con escasas garantías para los derechos fundamentales y una dudosa legitimidad democrática. Los Tribunales constitucionales europeos (empezando por el alemán y el italiano) analizaron la configuración jurídica comunitaria desde la teoría constitucional estatal, terminando por concluir que en el ámbito europeo no existía un sustrato o un fundamento constitucional suficientemente democrático que permitiese, por efecto de la primacía, el desplazamiento de la regulación constitucional sobre materias de contenido imprescindible para los sistemas constitucionales, como los principios y valores básicos de los sistemas constitucionales democráticos y el Estado de Derecho (doctrina de los contralímites).

que permiten la eficacia del Derecho europeo a nivel interno no residían en los Tratados, sino en la Constitución interna. Es decir, el fundamento último de eficacia del Derecho europeo, y en consecuencia las herramientas para su garantía (primacía), debían derivar de los artículos constitucionales que determinan el procedimiento de atribución de competencias soberanas de los Estados a las Instituciones europeas⁷⁷. Por tanto, el resultado de la atribución competencial (el Derecho europeo derivado) no podría prescindir del marco constitucional del que provenía. Los Tribunales constitucionales estatales se reservarán así un ámbito de intervención en la interpretación y consideración de la eficacia del Derecho europeo, marcado por una lógica puramente nacional que, en aras de la garantía de principios y valores fundamentales, les permitan otorgarse la última palabra sobre la aplicación del Derecho europeo en el ámbito interno.

Utilizar disposiciones constitucionales para determinar la eficacia de las normas europeas en el ámbito estatal, utilizar parámetros nacionales para juzgar la norma europea, suponía socavar el carácter autónomo que predicaba de él el TJ⁷⁸. Esta actuación podía derivar, en la práctica, en la quiebra de la aplicación uniforme del Derecho europeo en todos los EEMM, provocando, por un lado, una aleatoriedad en la aplicación del Derecho europeo, pues según la decisión de cada Tribunal Constitucional, atendiendo a parámetros internos y heterogéneos, se permitiría a las disposiciones europeas desplegar eficacia o no en cada Estado. Por otro lado, hará temblar la construcción teórica de la autonomía y efectividad del

⁷⁷ La idea principal de los Tribunales es que, ciertamente, los ordenamientos nacionales y comunitario son distintos, entendiéndose el primero como “general” y el segundo como “parcial”, si bien los primeros se encuentran “condicionados” por el segundo. Debe subrayarse, por tanto, que la previsión del poder de desaplicación de las normas internas por obra de la primacía del Derecho europeo, incluso aquellas de naturaleza legislativa, se condujo en ambos casos al artículo 11 de la Constitución italiana, o el artículo 24 de la Ley fundamental de Bonn o el artículo 93 de la Constitución española. Por tanto, el poder de desaplicación bajo el esquema de la primacía, en opinión de los tribunales constitucionales, se ha fundamentado siempre en la propia Constitución nacional y en las cláusulas constitucionales que permiten atribuir soberanía a las Comunidades y no en los propios Tratados, por lo que no debe estipularse la desaplicación como una premisa de “superioridad” o “generalidad” del ordenamiento comunitario, como dispone PACE, *La Sentenza Granital, ventitrè anni dopo*, en *Studi sulle integrazione europea*, n. 3, 2007. Igualmente lo afirma SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Turín, 1196, pp. 13 y ss., ID, *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive*, en *Quaderni Regionali*, 2006, p. 628.

⁷⁸ Ver el Décimo considerando de la STJ *Costa c. ENEL*, cit. Con más dureza se expresa el TJ en la STJ de 6 de mayo de 1980, en el asunto *Comisión c. Bélgica*, C- 102/79, FJ. 15: “un Estado miembro no puede alegar dificultades internas o disposiciones de su ordenamiento jurídico nacional incluso constitucional para justificar la falta de respeto a las obligaciones y plazos resultantes de una norma comunitaria”.

ordenamiento europeo, pues el Derecho europeo encontraría, en última instancia, la base (y límite) de su eficacia doméstica en las Constituciones nacionales.

Aunque la causa primordial de la intervención de los Tribunales constitucionales es la doctrina de los contralímites (la garantía de principios y derechos constitucionales que pueden verse quebrantados por la eficacia del Derecho europeo, y por tanto la insuficiencia democrática y constitucional de la Unión), la cuestión de fondo es una verdadera lucha entre los tribunales constitucionales y el TJ por arrogarse la autoridad última sobre la eficacia de las disposiciones europeas, por determinar las pautas de relación entre ordenamientos. En el fondo se trataba de establecer el tribunal competente para discernir sobre la eficacia del Derecho europeo en el territorio estatal, pues según fuese el TJ o los Tribunales internos se utilizarían como fundamento de la integración, de la eficacia del Derecho europeo y de la reconstrucción sistemática del Derecho, o las Constituciones nacionales o los Tratados comunitarios. En definitiva conllevaría establecer el fundamento último desde el que reconstruir sistemáticamente la relación entre ordenamientos⁷⁹.

Lo que se ha considerado un diálogo entre tribunales, se había convertido en una batalla por arrogarse la posición de última autoridad en la determinación de la eficacia del Derecho europeo⁸⁰.

⁷⁹ Ver, sobre el caso español, AZPITARTE SÀNCHEZ, *El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución nacional: su relación con el Tribunal de Justicia*, en prensa.

⁸⁰ Como sabemos, la gráfica expresión del “diálogo entre Tribunales” que ha configurado los caracteres de la integración, y concretamente de la centralidad de los derechos fundamentales y el principio de primacía como lugar de encuentro y desencuentro en la jurisprudencia del TJ y de la jurisdicción constitucional de los estados miembros, pertenece a PANUNZIO, un ejemplo en *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, en PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Nápoles, 2007, pp. 1 y ss.. Utilizado comúnmente por la doctrina, ver también CARTABIA, *El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia*, en *Revista española de Derecho europeo*, n. 22, 2007. Sobre la reconstrucción de los principios fundamentales del derecho comunitario a través del diálogo entre tribunales ver CÀMARA VILLAR, *Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional*, cit., p. 14. AZPITARTE SÀNCHEZ, *Del Derecho constitucional común europeo a la Constitución europea. ¿Cambio de paradigma en la legitimidad de la Unión?*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 16, 2005. No obstante aun podemos decir con el profesor BALAGUER CALLEJÓN que en el actual estadio de transición en que nos encontramos [y decimos “aun” y “actual” conscientemente, puesto que a pesar de la aprobación del Tratado de Lisboa la provisionalidad del ordenamiento jurídico europeo no es sino expresión de su carácter dinámico y flexible] existe una carencia de reglas precisas que regulen las relaciones entre los ordenamientos estatales y el comunitario, ver BALAGUER CALLEJÓN, *La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal*, en GARCÍA HERRERA, (dir.) *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, 1999, pp. 592 y ss.. Con GIORGI y TRIART podríamos señalar las deficiencias estructurales previas que impiden una correcta articulación de las jurisdicciones en los problemas

8. La imposibilidad de encontrar contornos nítidos sobre el principio de primacía desde la perspectiva de la reconstrucción sistemática de las relaciones entre ordenamientos

Lo que nos interesa en este punto de nuestra exposición es que, en este diálogo jurisprudencial entre el TJ y los Tribunales nacionales, lo que trataba esencialmente de reafirmarse sobre bases sólidas era el principio de primacía, primacía que podía ser puesta en cuestión por el entendimiento y el tratamiento jurídico que correspondía a los derechos desde una perspectiva constitucional interna. El análisis de la jurisprudencia de los Altos tribunales internos conduce a constatar que en ella el «lenguaje superficial» es el de los derechos fundamentales y los principios constitucionales, pero «su estructura profunda» responde netamente a la idea de la primacía⁸¹.

Pero esta idea de la primacía incluye una dimensión político-constitucional, que muy difícilmente podría resolverse por vía jurisdiccional. Como se observa, la cuestión de la eficacia del Derecho europeo en relación a las Constituciones de los Estados miembros adquiere un alto contenido valorativo, y dentro de esta cuestión el principio de primacía se presenta como verdadera expresión del lugar que ocupan las fuentes nacionales y europeas en la integración europea.

La doctrina ha observado que, lo que a menudo existe tras los mecanismos de resolución de conflictos normativos, es un verdadero posicionamiento sobre la organización y

entre ordenamientos nacionales y europeo, GIORGI - TRIART, *National judges, Community judges: Invitation to a journey through the looking glass on the need for jurisdictions to rethinking the intersystematic relations beyond the hierarchical principle*, en *European Law Journal*, 14, n. 6, 2008.

⁸¹ WEILER, *Methods of protection: towards a second and Third generation of protection*, en CASSESE - CLAPHAM - WEILER, (Eds.), *Human Rights and the European Community: Methods of protection*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, pp. 555 y ss.. También SICILIA ONA, *Derechos fundamentales y Constitución europea*, Vitoria, 2006, p. 28. El riesgo de deformidad en la aplicación del Derecho europeo y la relativización de la primacía es denominada como “reestatalización” del ordenamiento comunitario por CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, 1999, pp. 74-76. PI LLORENS, expone que :«[es] poco razonable pensar que el TJ no fuese consciente de la importancia del tema de los derechos fundamentales. Probablemente la preocupación del TJ por defender la autonomía del Derecho comunitario en un momento en que el principio de primacía no estaba consolidado, explique mejor por qué se mostró cauteloso en este tema y no recogió las consideraciones apuntadas por los abogados generales en aquel momento», consideraciones que decían encontrar en el Derecho “escrito” de la Unión suficientes argumentos para proteger derechos fundamentales expresos y concretos. PI LLORENS, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona, 1999, p. 23. Especialmente ver CÀMARA VILLAR, *Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional*, cit., p. 16.

la estructuración de las fuentes del Derecho en un sistema jurídico y, por lo tanto, sobre la posición que ocupan los diversos poderes existentes a nivel nacional y supranacional⁸². La primacía aparece a menudo en los discursos jurisprudenciales sobre las relaciones entre ordenamientos como el momento de fundamentar jurídicamente la eficacia del Derecho europeo o en los Tratados o en las Constituciones nacionales. Una u otra opción entraña consecuencias importantes como cuál sea la jurisdicción competente para conocer en última instancia de determinados conflictos entre ordenamientos. Por ello tanto el TJ como los Tribunales constitucionales se erigen, en ocasiones contemporáneamente, en última autoridad en materia de eficacia del Derecho europeo a nivel estatal.

Como hemos expuesto brevemente, se observa que los Tribunales constitucionales, como intérpretes de las constituciones nacionales, han aceptado el planteamiento del TJ sobre la autonomía del orden europeo, pero siempre que ello no entrañe un posicionamiento de infraordenación de sus normas supremas, de sus Constituciones⁸³.

Por ello, los Tribunales constitucionales continúan reservándose espacios de decisión sobre la eficacia del Derecho europeo, y continúan limitando la extensión del principio de primacía conforme a parámetros constitucionales internos⁸⁴, algo que ha comenzado a adquirir relevancia y forma mediante el control de los actos del poder público nacional cuando actúan en aplicación del Derecho europeo (la declaración de actos europeos *ultra vires*⁸⁵).

Si la ordenación de las fuentes nacionales y europeas (sobre todo en relación con la Constitución nacional y el Derecho derivado) no termina de aclararse, entonces, todo ello impide que la primacía pueda acertar un contenido concreto y uniforme en los diversos

⁸² BALAGUER CALLEJÓN, *El Sistema de fuentes en la Constitución europea*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 2, 2003; ID, *En el XXV aniversario de la Constitución: de las fuentes del Derecho al ordenamiento jurídico y a las relaciones entre ordenamientos*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 6, 2003.

⁸³ VECCHIO, *La decisione 2010 – 205 DC del Conseil constitutionnel francese e la decisione C – 188/10 della Corte di Giustizia: il superamento della dottrina Simmenthal e le possibili ricadute sul sistema italiano*, en *Giustizia amministrativa*, n. 3, 2010.

⁸⁴ VECCHIO, *Primacía del Derecho europeo y contralímites...*, cit..

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Checa ÚS 5/12 de 31 de enero de 2012.

EEMM, pues su definición se hace depender de aquellos límites a la eficacia del Derecho europeo determinados de manera individual por cada Tribunal constitucional⁸⁶.

Esta batalla jurisdiccional encuentra su raíz en la imposibilidad de reconducir hacia una unidad sistemática la relación entre ordenamientos. Este sistema se encuentra en formación, en continuo desarrollo. El estudio de la primacía en esta situación conduce a un callejón sin salida, impide ofrecer un contenido más concreto del mismo. El problema, en mi opinión, reside precisamente en que la primacía no permite resolver problemas de estructuración entre ordenamientos, pues este principio jurídico requiere previamente, desde esta perspectiva, profundas reformas y decisiones en el proceso de integración de carácter político constitucional. La primacía, como herramienta de garantía autónoma de la eficacia del Derecho europeo, no permite resolver cuestiones que vayan más allá de su ámbito natural, el ámbito de la selección de la norma aplicable al caso concreto por el juez ordinario. Las relaciones entre ordenamientos requieren de una estructuración a través de mecanismos que, previamente, han debido ser acordados mediante procedimientos políticos y democráticos.

⁸⁶ El consenso alcanzado respecto del principio de primacía se desvanecía, sin duda, cuando los conflictos se suscitan con disposiciones de rango constitucional por su alto contenido “valorativo”, como lo califica CANNIZZARO, *Il pluralismo dell'ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità*, en *Quaderni Fiorentini*, n. 31, Vol. I, 2002, pp. 245 y ss. Este autor considera que tienen alto contenido valorativo aquellos conflictos entre una disposición europea y una disposición de rango constitucional, por el valor supremo y normativo de las mismas. La aplicación del principio de primacía en tales situaciones, como es voluntad del TJ, parece adquirir un cariz que supera su naturaleza de principio de resolución o conflictual (en la que hay consenso) y “juega” con valores e intereses fundamentales, de carácter *político-constitucional*, naturaleza que no es aceptada por los Tribunales y Cortes Constitucionales europeas cuando la resolución del caso pueda significar una disfunción del normativismo de sus constituciones respectivas por la no aplicación de las mismas, una quiebra del carácter supremo de la Constitución. Como advierte TAJADURA el principio jurídico de supremacía constitucional es uno de los tres principios básicos del constitucionalismo contemporáneo (junto al principio democrático y al liberal –garantía de los derechos y libertades frente al Estado-) es, precisamente la traducción jurídica del principio político democrático, y su imposición sólo ha sido alcanzada tras un largo proceso de evolución histórica del constitucionalismo. La supremacía constitucional, una vez asumida, se impuso sobre todas las normas jurídicas, incluyendo las normas internacionales independientemente de la adscripción monista o dualista de la tradición de su ordenamiento: “la subordinación de las normas jurídicas internacionales a la Constitución es un dato que no puede ser puesto en cuestión”, ver TAJADURA, *Constitución y democracia en la Unión Europea*, en TAJADURA - DE MIGUEL, (Coord), *Justicia Constitucional y Unión Europea*, Madrid, 2008. Debe decirse que la negativa a la aplicación del principio de primacía por los tribunales constitucionales, en escasas ocasiones se apoya en «un nacionalismo retrógrado, en el miedo a la pérdida de soberanía, ni en un estatismo superficial de los Tribunales constitucionales, sino que en verdad es expresión de la salvaguarda de la dignidad de la persona y del Estado constitucional», KOTZUR, *Federalismo, Regionalismo y descentralización local como principios del espacio constitucional europeo*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 1, 2004, p. 56.

Para profundizar en el contenido de la primacía, debemos asumir que existen inmensas carencias político-constitucionales en el nivel actual de integración europea, pero para obtener algún resultado, es necesario prescindir de ellos (al menos en cuanto a las conclusiones que el principio de primacía pueda aportar) y centrarnos en ámbitos concretos de selección de la norma aplicable al caso, de lo contrario nos encontraremos con condicionantes demasiado variados en cada Estado como para ofrecer unos contornos precisos del principio.

La primacía, debe ser estudiada desde la aplicación del Derecho europeo en la resolución de conflictos concretos y, en este momento, curiosamente, pueden aparecer lugares comunes de conexión entre las jurisdicciones.

9. Las garantías de la primacía según el TC español: la tutela judicial efectiva como premisa

Lo expuesto más arriba no quita que, en mi opinión, puedan encontrarse algunos elementos consensuados sobre el contenido del principio de primacía en la jurisprudencia constitucional y la europea.

Primero, el contenido y alcance del principio de primacía se ha de valorar en cada uno de los Estados miembros, pero en la mayoría de ellos su empleo por el juez nacional en el momento de la aplicación del Derecho, en el momento de la selección entre disposiciones válidas de la norma aplicable al caso concreto, parece una idea pacífica. Segundo, aunque los efectos de la primacía sobre las normas nacionales contrarias dependen de los procedimientos y del sistema de fuentes interno (inaplicación, validez, nulidad, derogación posterior...), el efecto general es la pérdida de eficacia de la norma nacional. Es decir, la primacía se desenvuelve en la mayor parte de los casos en el ámbito de aplicación del Derecho a través del juez nacional como juez comunitario.

Como debemos atender a cada ordenamiento para concretar el significado de la primacía, y dado que se desarrolla de manera central en el momento de aplicación de disposiciones válidas, se me permitirá atender, como ejemplo, al modelo español, modelo que considero similar al de los Estados vecinos. Desde estas premisas, en el ámbito aplicativo, puede intuirse un comienzo de acuerdo sobre la primacía entre el TJ y la jurisprudencia del

TC. Un cierto consenso sobre su contenido, que además configura a este principio de forma que podría satisfacer al mismo tiempo a la exigencia de eficacia uniforme del Derecho europeo (desde parámetros comunitarios) y la garantía de las disposiciones constitucionales (particularmente el sistema constitucional de fuentes y los derechos fundamentales). Este contenido mínimo aparece cuando se recubre a la primacía de determinadas garantías procedimentales de naturaleza europea, concretamente, del planteamiento de la cuestión prejudicial.

Expondré a continuación, y brevemente, el desarrollo de la jurisprudencia del TC español en relación con el principio de primacía.

10. El Tribunal constitucional español y la primacía: garantías a la inaplicación de la ley

Desde principios de los años 90, el TC español decidió no entrar a considerar cuestiones sobre el conflicto entre disposiciones nacionales y disposiciones europeas, dejando la resolución del asunto al juez ordinario sobre la base de la primacía. Siguiendo la doctrina Simmenthal, para el TC la primacía debía tener como efecto la inaplicación de la norma nacional contraria, su pérdida de eficacia en el litigio concreto, y además, debía inadmitir cualquier demanda que se le presentara sobre la contradicción entre disposiciones nacionales y europeas, respetando así la uniformidad de la norma europea, las atribuciones del juez ordinario y el espacio de autonomía del Derecho europeo⁸⁷.

El TC, en el inicio, afirmó reiteradamente que los conflictos entre disposiciones nacionales y disposiciones europeas tenían carácter infraconstitucional, es decir, que el Derecho europeo no suponía un canon de constitucionalidad de las normas españolas (parámetro de su validez) por lo que no le competía la resolución de tales conflictos⁸⁸.

⁸⁷ Cuando España se integró en la UE en 1986, el TJ hubo de recordarle las particularidades de la doctrina Simmenthal a través de la STJ de 11 de junio de 1989, asunto *Ford España*, C- 170/88, pues el parecido de su sistema de justicia constitucional con el Italiano en este sentido era obvio y entrañaba los mismos riesgos para la uniformidad del Derecho europeo.

⁸⁸ «Es una labor de los órganos judiciales, en su caso mediatizados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ninguna intervención puede tener este tribunal a través de la cuestión de inconstitucional que en su caso tratarán de promover aquellos, pues tratándose de verificar únicamente la acomodación de una norma nacional a otra del Derecho comunitario europeo, la primacía de este exige que sean

Sin embargo, esta actitud inicial del TC tuvo que ser matizada. El problema principal, igual que en Italia, lo representaban los conflictos de normas comunitarias con disposiciones con rango de ley. En el sistema constitucional español, el único capacitado para inaplicar normas con rango de ley es el Tribunal Constitucional, el juez nacional, por lo general, ante la duda sobre la aplicación de una ley debe plantear cuestión de inconstitucionalidad al órgano constitucional competente encargado de declarar su validez conforme a parámetros

sólo aquellos órganos los encargados de asegurar directamente la primacía de este... » STC nº 28 de 14 de febrero de 1991, FJ 5 y 6, igualmente pueden verse las SSTC 64/1991, 132/1989, de 18 de julio de, FJ 2; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 2; 180/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 372/1993, de 13 de diciembre, FJ 4; 386/1993, de 23 de diciembre, FJ 2; 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; 13/1998, de 22 de enero, FJ 3. La fundamentación sigue de cerca el argumento del Consejo de Estado Francés en el *Asunto NICOLO, Sentencia de 20 de octubre de 1989*, según la cual el Tratado se superpone a la ley siempre, con independencia de que esta sea posterior o anterior. Para el Consejo de Estado «la violación de la Constitución que resultaría del desconocimiento de un tratado internacional es realmente demasiado indirecta para poder ser censurada como tal. Sin duda, adoptando una ley incompatible con un tratado anterior, el legislador atenta contra el principio de supremacía de la norma internacional (...) pero (...) esta disposición no puede ser entendida de forma que el desconocimiento de un tratado por el legislador se convierta en una causa de inconstitucionalidad de la ley». Como podemos observar, la naturaleza suprema que los tratados internacionales tienen en el ordenamiento francés conducen a resultados diferentes de ambas sentencias, si bien, ambas consideran la infracción constitucional demasiado indirecta como para entender la vulneración de sus preceptos como causa-efecto de la ley interna contraria al Derecho comunitario. Además el TC se pronuncia conforme a la doctrina mayoritaria. ALONSO GARCÍA, *El juez español y el Derecho comunitario*, Madrid, 2003, p. 29, considera que el TC debe tener competencia para juzgar al menos las leyes reivindicativas de la cesión de competencias, SANCHEZ LEGIDO, *El Tribunal Constitucional y la Garantía Interna de la aplicación del Derecho Comunitario en España (a propósito de la STC 58/2004)*, en *Derecho privado y Constitución*, n. 18, 2004, pp. 387 y ss., pero era necesario superar la situación causada al reconocer al art. 93 como un simple precepto “orgánico procedimental” (antes de DTC 1/2004) y parte de la doctrina pretendía también que el TC se inmiscuyera en la aplicación del Derecho comunitario y su cumplimiento (LÓPEZ CASTILLO, *Constitución e integración*, Madrid 1996, pp. 456 y ss; SÁIZ ARNAIZ, *El derecho comunitario ¿parámetro de la constitucionalidad de las leyes internas? (a propósito de la sentencia n. 384 de 1994, de la Corte Costituzionale italiana)*, en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 21, 1995, pp 571) ... y también quienes por razones de seguridad jurídica consideran que el TC debe jugar como legislador negativo depurando las normas con rango de ley contrarias al DC (MANGAS MARTÍN, *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, 2 ed., Madrid, 1993, p. 140) pero hay que recordar que el TC debe ajustarse a la doctrina Simmenthal que le impide conocer de un conflicto previamente a la inaplicación del Derecho nacional. Afirmar la supremacía de la CE sobre cualquier norma es, sin duda, la mejor forma de evitar las confrontaciones con un sistema, negarle, como principio, relevancia y carácter constitucional, GONZÁLEZ CAMPOS, *La posición del Tribunal Constitucional en la articulación entre tribunales comunitarios y tribunales nacionales*, en GRACIA DE ENTERRÍA, (Dr.) - ALONSO GARCÍA, (Subdr.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, p. 500. También, DE MIGUEL, *Juez nacional y aplicación del Derecho Comunitario en la jurisprudencia constitucional*, en http://www.acoes.es/comunicacion_mesa3_VI.html, consultado 18. 08. 2008. Para BIGLINO CAMPOS la negativa a considerar las disposiciones comunitarias como canon de constitucionalidad proceden de entender la relación entre el ordenamiento comunitario y el nacional en términos dualísticos y no de integración, como correspondería al actual estadio del proceso europeo. BIGLINO CAMPOS, *La primacía del derecho comunitario: la perspectiva española*, en *Revista General de Derecho Comunitario*, n. 3, 2007, p. 12, www.iustel.com.

constitucionales. Sólo tras un juicio sobre su validez, la ley nacional puede dejar de aplicarse por el juez nacional.

Como sabemos, esta posibilidad se prohibió con la STJ Simmenthal, pues el juez nacional debe inaplicar de oficio aquellas normas con rango de ley contrarias a una disposición europea, so pena de incurrir en una aplicación disforme de la misma durante el tiempo que dure el procedimiento de control por el juez constitucional. El TC consideraba, además, que el conflicto entre disposiciones comunitarias y europeas se realizaba en un marco infraconstitucional, sobre la determinación de la eficacia de unas y otras y no sobre el terreno de la validez. El juez nacional ordinario, conforme al principio de primacía y los postulados del TC, debía inaplicar de oficio las normas con rango legal incompatibles con el Derecho comunitario, pero esta actuación, dado el rango de la ley en el sistema constitucional interno, debía recubrirse de ciertas garantías para evitar una vulneración del sistema constitucional de fuentes⁸⁹.

En el ámbito de la relación de normas nacionales y europeas, hubo diversas inaplicaciones de la ley nacional por el juez ordinario que dieron lugar al planteamiento de diversos recursos de amparo ante el TC. Según los demandantes, el juez nacional no debía haber considerado estas leyes nacionales contrarias al Derecho europeo, por lo que la inaplicación había sido arbitraria quebrando el sistema de fuentes vigente y, vulnerando así el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los recurrentes⁹⁰.

Que la primacía se entendiese como herramienta de selección de la norma aplicable al caso, que fuese una herramienta exclusiva del juez nacional, no impedía al TC realizar cierto control sobre la actuación del juez. El juez nacional, al actuar como juez comunitario, no

⁸⁹ La doctrina española ha considerado que el principio de primacía inviste al juez nacional ordinario de poderes sobre la inaplicación de normas con rango de ley que suponen una verdadera alteración constitucional, una mutación. Ver MUNOZ MACHADO, *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 59. Flexibilizando esta afirmación ver BALAGUER CALLEJÓN, *La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal*, en GARCÍA HERRERA, (dir.) *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, 1999, pp. 592 y ss.

⁹⁰ STC 28/1991, de 14 de febrero, 64/1991, de 22 de marzo, 201/1996 de 9 de noviembre, 180/1993, de 31 de mayo.

dejaba de estar sometido a la Constitución en tanto que poder público, y sus decisiones, en cualquier litigio, podían suponer una vulneración de derechos fundamentales⁹¹.

Para el TC, en relación con el Derecho europeo, aunque la primacía exigía la inaplicación de normas nacionales contrarias, inaplicar una ley sin un fundamento suficiente suponía una vulneración de la tutela judicial efectiva. En estos casos el TC sí se consideró competente para conocer de los recursos de amparo contra actos judiciales⁹². Al inaplicar la norma con rango de ley conforme a la primacía de una disposición europea, el juez debía motivar correctamente su decisión. En los asuntos APESCO y FOGASA, precisamente, el TC admitió a trámite dos recursos de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva provocada por una inaplicación de la ley insuficientemente fundamentada⁹³.

El TC debía dirimir la suficiente fundamentación de la inaplicación de la ley por el juez, pero para ello debía basarse en parámetros de control puramente internos, pues dada la autonomía del ordenamiento europeo, en ningún caso podía entrar a conocer sobre el conflicto concreto entre normas, ni mucho menos sobre la interpretación del Derecho europeo o su eficacia. Pero lo relevante es que, en estas decisiones, el TC no sólo utilizará como parámetro para determinar la correcta actuación del juez el ordenamiento constitucional interno, sino que afirmará que determinadas normas comunitarias pueden tener una utilidad instrumental para verificar la consistencia o inconsistencia de las infracciones de los poderes públicos⁹⁴. Era

⁹¹ No obstante aun podemos decir con el profesor BALAGUER CALLEJÓN que en el actual estadio de transición en que nos encontramos [y decimos “aun” y “actual” conscientemente, puesto que a pesar de la aprobación del Tratado de Lisboa la provisionalidad del ordenamiento jurídico europeo no es sino expresión de su carácter dinámico y flexible] existe una carencia de reglas precisas que regulen las relaciones entre los ordenamientos estatales y el comunitario, ver BALAGUER CALLEJÓN, *La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal*, en GARCÍA HERRERA (dir.) *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, 1999, pp. 592 y ss..

⁹² Para un análisis de la jurisprudencia del TC respecto de la doctrina de la inaplicación de la ley por los órganos judiciales ordinarios, y respecto a la no constitucionalidad de la materia europea en comparación de sus argumentos con aquellos del Consejo de Estado Francés y la Corte Constitucional Francesa me remito a ALONSO GARCÍA, *La facultad del juez ordinario de inaplicar la ley interna posterior contraria al Derecho Comunitario*, cit., pp. 203 y ss.. Igualmente me remito de nuevo a SÁNCHEZ LEGIDO, op. cit., pp. 387-443. También, DE MIGUEL BÀRCENA, *Juez nacional y aplicación del derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española*, en REVENGA SÁNCHEZ, (coord.), *El poder Judicial: VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2009, pp. 631-648.

⁹³ SSTC 28/1991, cit., y 180/1993, cit..

⁹⁴ Ver STC 64/1991, de 22 de marzo, y 180/1993, de 31 de mayo. Ver también SSTC 201/1996, de 9 de noviembre, donde se recoge ya una doctrina consolidada.

obvio, si debía controlar la suficiente fundamentación de la utilización del principio de primacía por el juez, debería conocer, indirectamente, de fundamentos comunitarios⁹⁵.

En estas sucesivas sentencias, el TC español, experimentará una evolución respecto de sus planteamientos anteriores, pues aunque continuará negando el carácter constitucional del conflicto entre disposiciones nacionales y europeas, comenzará a aceptar la posibilidad de utilizar el Derecho europeo como parámetro auxiliar para determinar la infracción constitucional de los poderes públicos nacionales. El Derecho europeo se presentará como una herramienta, a tener en cuenta, para establecer el canon de validez de los actos de los poderes públicos españoles (en estas ocasiones el TC utilizaba como fundamento de su decisión el artículo 10.2 de la CE, la utilidad hermenéutica de los Tratados internacionales en materia de derechos constitucionales).

Es la STC 58/2004 donde se concretará aun más esta afirmación, consumando un cambio doctrinal. El TC admitirá a trámite una demanda de amparo contra una decisión judicial que inaplicaba una norma nacional, con rango de ley, por su contradicción con otra disposición europea. Los demandantes alegaban la falta de fundamentación de la inaplicación de la ley y, en consecuencia, una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por vulneración del sistema de fuentes vigente.

⁹⁵ Se plantea aquí una cuestión trascendental de la doctrina jurídica sobre la integración europea. El problema de los sistemas de jurisdicción constitucional concentrada y la sustancial ampliación de los poderes del juez nacional en tanto que juez comunitario encargado de ajustar el principio de primacía. Durante el Siglo XX la instauración del normativismo constitucional concedió un enorme poder político interpretativo del ordenamiento jurídico a los jueces, que de esta forma se alejaban de su función exclusivamente aplicativa de la “sacrosanta” ley propia del Estado liberal. Si bien en tanto que poder del Estado, el poder judicial ha sido limitado de forma sustancialmente material por la Constitución normativa, imponiéndole límites externos tales como su actuación exclusiva en caso de litigio, necesidad de sometimiento de la causa a su competencia y resolución del caso concreto y particular. La posibilidad de suspender la eficacia de la ley para su examen constitucional o su sometimiento a un tribunal específico en materia constitucional, es propia de los sistemas eminentemente anglosajones de jurisdicción constitucional difusa, y desde la perspectiva continental desforma la clásica separación de poderes, concediendo al juez un enorme poder político que nos lleva a advertir, parafraseando a BICKEL, «las dificultades de la compatibilidad del control judicial con el gobierno democrático» (*The Least Dangerous Branch; The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Heaven, 1976, p. 75. obra en la que comenta los conocidos enfrentamientos entre el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos y el gobierno Roosevelt). Para un comentario sobre la nueva extensión de los poderes del juez en la nueva época de la globalización jurídica, y sobre la complementación entre el juez aplicador de la constitución, los Tribunales de corte constitucional y la normatividad de la constitución ver ORDÓÑEZ-SOLÍS, *Los jueces europeos en una sociedad global: Poder, Lenguaje y Argumentación*, en *Noticias de la Unión Europea*, n. 279, 2008, pp. 93-105.

El TC volverá a afirmar que la inaplicación de la ley por el juez nacional debe recubrirse siempre de garantías objetivas que contribuyan a comprobar la verdadera contradicción entre disposiciones. Esta garantía objetiva de la primacía será situada definitivamente en un procedimiento europeo: la cuestión prejudicial ante el TJ. Es decir, el TC acudirá a la cuestión prejudicial y a la doctrina del acto claro como canon de control de la actuación del juez nacional⁹⁶.

En los Fundamentos jurídicos de esta sentencia se puede observar que el TC considerará que la inaplicación por parte del juez de normas con rango de ley sólo es posible por el efecto de la primacía (principio que el TC considera parte del sistema constitucional de fuentes), y para evitar un error en la interpretación de la norma europea, una inaplicación errónea de la ley, cuando existan dudas sobre la interpretación o sobre la validez de la disposición europea aplicable, el juez debería motivar su decisión mediante el planteamiento de una cuestión prejudicial al TJ. Antes de inaplicar una norma nacional con rango de ley, el juez español se vería “objetivamente” obligado a plantear cuestión prejudicial, pues así se impediría un error en la interpretación del Derecho comunitario y en la inaplicación de la norma con rango de ley. De no presentarse la cuestión prejudicial, la decisión del juez, sería susceptible de atentar contra el derecho fundamental de la CE al juez predeterminado por la ley o a la tutela judicial efectiva por la vulneración del sistema de fuentes vigente.

Es decir, para el TC, el planteamiento de cuestión prejudicial por el juez nacional, es un requisito previo a la primacía. Pero no sólo eso, la cuestión prejudicial se erige como garantía interna del derecho a la tutela judicial efectiva, y alcanza tal importancia que el TC objetiva hasta el máximo la obligación del juez de reenvío al TJ declarando que la “*existencia o inexistencia de duda (...) no puede entenderse en términos de sujeción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (...) sino como la inexistencia objetiva, clara y terminante de duda alguna en su aplicación*”⁹⁷. Es decir, antes de que el juez seleccione la norma aplicable al caso conforme al principio de primacía, debe sujetarse a la

⁹⁶ FJ 8 de la STC 58/2004. La Resolución motivada por un órgano especial y la audiencia previa constituyen dos garantías procedimentales frente a la posibilidad de la declaración de ilegitimidad de una disposición con rango legal que goza de presunción de validez al ser aprobada por un parlamento democráticamente elegido. Las garantías del procedimiento se entrelazan con la necesidad de seguridad jurídica de todo ordenamiento.

⁹⁷ FJ 13 de la STC 58/2004.

garantía de la cuestión prejudicial, para evitar errores interpretativos. De esta forma la inaplicación de la ley nacional estará suficientemente fundamentada y no vulnerará el derecho a la tutela judicial efectiva⁹⁸, vulneración que podría dar lugar a que el TC interviniese en el asunto a través del recurso de amparo.

11. Tutela judicial efectiva, primacía y cuestión prejudicial

Lo que me parece trascendental en este punto es la conexión entre el principio de primacía, el derecho a la tutela judicial efectiva y la cuestión prejudicial. Esta conexión ha ido concretándose en decisiones posteriores del TC (SSTC 194/2006 y 78/2010) que, aunque han modulado el carácter de obligación objetiva del juez de planteamiento de cuestión prejudicial

⁹⁸ FJ 10 STC 58/2004, opción que recuerda la sentencia Granital de la Corte Costituzionale de 1987, num. 170-1984, de 8 de junio (Giurisprudenza Costituzionale, 1984, pp. 1098 y ss) en la que la Corte resolvía su periplo jurisprudencial de enfrentamiento y reencuentro con el principio de primacía y la tradición dualista alegando que «il regolamento comunitario va, dunque, sempre applicato, sia che segua, sia che preceda nel tempo le leggi con esso incompatibili; e il giudice nazionale investito della relativa questione potrà giovare dell'ausilio che gli offre (...) la questione pregiudiziale di interpretazione». La doctrina de los límites a la integración comunitaria del Tribunal Constitucional alemán, sentenció la competencia del TJ para garantizar los derechos fundamentales vertebrados en las tradiciones constitucionales comunes y el CEDH, y “entre tanto” la Comunidad contase con un nivel de protección de los derechos equiparable al positivado en el *Grundgesetz*, el Tribunal alemán no intervendría en el examen de conformidad entre el Derecho europeo y el nacional. Sin embargo, lo más destacable de la Sentencia Solange II de 22 de octubre de 1986, sería la inclusión del TJ en la categoría constitucional interna de «juez legal» a los efectos del art. 101.1 circunstancia de enorme trascendencia por cuanto suponía establecer un ensamblaje funcional entre la jurisdicción nacional y la comunitaria encargada, esta última, de pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación del Derecho comunitario, y a partir de tal pronunciamiento se abría la vía del recurso de amparo (Verfassungsbeschwerde) o de queja constitucional en aquellos supuestos en los que no se respetara la obligación de plantear la cuestión prejudicial. Ver LÓPEZ CASTILLO, *La cuestión del control de constitucionalidad de las normas comunitarias del derecho derivado en la República Federal Alemana*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 23, 1988. A partir de esta doctrina el Tribunal Constitucional alemán puso en práctica esta nueva visión con ocasión de la sentencia de 8 de abril de 1987 en la que se admitía el recurso de amparo de un particular por el no planteamiento de la cuestión prejudicial, hecho que vulneraba la vía abierta de garantía de acceso de los ciudadanos a través del juez nacional al juez de Luxemburgo, con la consecuente violación del derecho a la tutela judicial efectiva. En esta nueva sentencia se determinaban los casos en los que la demanda de amparo podría ser admitida: a) cuando el órgano jurisdiccional se separase de la interpretación del TJ, b) cuando al estimar la doctrina del TJ improcedente no plantease la cuestión. Esta decisión se vertebra sobre el criterio de arbitrariedad, desde el que el TC español ha alcanzado la resolución comentada. El paralelismo en el razonamiento de la doctrina de ambos tribunales es más que notable. Ver FERNÁNDEZ SEGADO, *El juez nacional como juez comunitario...*, cit., pp. 58 y ss..

previa a la desaplicación de la ley, han profundizado en los vínculos entre éste incidente procesal comunitario, el derecho a la tutela judicial efectiva y la primacía⁹⁹.

Lo relevante de esta jurisprudencia se encuentra en la profundidad que adquiere el contenido del principio de primacía. El TC considera que la primacía requiere de garantías que lo hagan compatible con la tutela judicial efectiva, y esta garantía se encuentra en la cuestión prejudicial, herramienta esencial para la aplicación uniforme del Derecho europeo.

El contenido de la primacía es identificable con las garantías de todo proceso y, concretamente, con el derecho a la tutela judicial efectiva. Ante esta identificación la cuestión prejudicial se erige como garantía procedimental del sistema de fuentes tanto interno como europeo, pero también de los derechos fundamentales del particular respecto del proceso judicial interno.

Estas relaciones pueden suponer un lugar común entre los postulados del TJ y del TC, pues, la cuestión prejudicial es garantía de una uniforme aplicación del Derecho europeo, pero a la vez, es salvaguarda del sistema de fuentes interno cuando la primacía desplaza a una disposición legal, garantía del procedimiento cuya vulneración puede dar lugar a la activación de la tutela especial de los derechos desarrollada por el TC, el recurso de amparo¹⁰⁰. Como veremos a continuación tanto el TC como el TJ consideran la cuestión prejudicial como una garantía esencial de la aplicación del Derecho europeo en el ámbito interno: para el TC es garantía del sistema de fuentes interno y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; para el TJ es garantía de la aplicación uniforme del Derecho europeo, además de conceder unidad al ordenamiento a través de la interpretación sistemática que colma lagunas y ofrece coherencia y plenitud al Derecho europeo.

⁹⁹ En este sentido se había considerado en la doctrina que la incorrecta aplicación del derecho aplicable podía constituir, concretamente, una vulneración del artículo 24 CE, GARCÍA y BANO LEÓN, *El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, en *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 29, 1990, pp. 210 y ss. Sobre la naturaleza del artículo 234 TCE ya se había pronunciado en diversas ocasiones el TC, argumentando siempre que no constituía canon de constitucionalidad la infracción del planteamiento de cuestión prejudicial, y que por tanto, tal carencia, no podía ser observada por el mismo. STC 111/1992, STC 210/1996, STC 180/1993. Ver un resumen sobre la posibilidad de controlar la correcta aplicación del Derecho europeo por el Tribunal Constitucional español en DE MIGUEL, *Juez nacional y aplicación del derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española*, en REVENGA SÁNCHEZ, (Coord.), *El poder judicial: VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2009, p. 7.

¹⁰⁰ Ver AZPITARTE SÁNCHEZ, *El Tribunal constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, cit..

12. Cuestión prejudicial como garantía de derechos de los ciudadanos según el TJ

Como sabemos, según el artículo 267 TFUE, la cuestión prejudicial es un incidente procesal comunitario que establece la posibilidad del juez nacional de reenviar cuestiones sobre la interpretación o la validez de las normas europeas de las que esté conociendo en un litigio concreto en el nivel interno.

La cuestión prejudicial ha supuesto desde los orígenes la herramienta esencial para garantizar la aplicación uniforme del Derecho europeo en todos los Estados miembros (la idea principal del principio de primacía), pero también ha sido identificada por el TJ como un instrumento clave de la tutela judicial efectiva de los ciudadanos europeos.

Ya desde *Van Gend en Loos* el artículo 177 TCEE se consideró un argumento clave para fundamentar la eficacia directa de los Tratados y la voluntad originaria de que los ciudadanos pudiesen invocar pretensiones subjetivas de Derecho europeo ante los tribunales nacionales: *«que, además, la función del Tribunal de Justicia en el marco del artículo 177, cuya finalidad es garantizar la unidad de interpretación del Tratado por los órganos jurisdiccionales nacionales, confirma que los Estados han reconocido al Derecho comunitario una eficacia susceptible de ser invocada por sus nacionales ante dichos órganos»*¹⁰¹.

El TJ, además, ha profundizado en su jurisprudencia en el deber del juez de reenvío prejudicial, y su fundamentación parece realizarse en torno a la idea de la correcta garantía de los derechos de los ciudadanos. Mediante su jurisprudencia ha tratado de profundizar en dos ideas sobre el artículo 267 TFUE: primero, objetivar al máximo la duda del juez como elemento desencadenante del reenvío tratando de reforzar la obligación de planteamiento; segundo, presentar la cuestión prejudicial como una alternativa a los ciudadanos para acceder a la jurisdicción del TJ.

¹⁰¹ Párrafo 6º del apartado B de la Sentencia *Van Gend en Loos*.

13. La cuestión prejudicial como obligación objetiva del Juez nacional

En primer lugar, el problema principal de la cuestión prejudicial ha sido que se ha configurado en los Tratados como una herramienta de colaboración y diálogo entre jurisdicciones, por lo que, a priori, es un incidente procesal voluntario. Los jueces nacionales tienen discrecionalidad para decidir cuándo es pertinente el reenvío al TJ, pues los Tratados sólo determinan la obligación para los tribunales a los que surjan “dudas” sobre la interpretación o la validez del Derecho comunitario y cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso jurisdiccional de Derecho interno¹⁰². Aun para éstos tribunales la discrecionalidad para determinar cuándo se encuentran ante una “duda razonable” sobre la interpretación o la validez de una disposición europeo como refuerza el carácter dialéctico del planteamiento.

No obstante, por la importancia de este mecanismo para la configuración del Derecho europeo como ordenamiento y su uniformidad, el TJ ha tratado de objetivar la obligación del juez, configurando el reenvío prejudicial como una auténtica obligación y no como una mera herramienta de cooperación semivoluntaria entre tribunales. Así las Sentencias *Cilfit* y *Foto-Frost*¹⁰³ suponen dos ejemplos.

¹⁰² Ver artículo 267 TFUE. En doctrina Ver RAMOS ROMEU, *Law and politics in the application of EC law: Spanish Courts and the ECJ 1986-2000*, en *Common Market Law Review*, n. 43, 2003, pp. 395-421. SARMIENTO, *La Cuestión prejudicial comunitaria y el Tribunal Supremo*, en prensa; ver también ID, *De Gorriones y jueces: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2006*, en http://www.danielsarmiento.es/pdf/gorriones_jueces.pdf, última consulta 14 de octubre de 2008. BARNARD, SHARPSTON, *The changing face of article 177 references*, en *Common Market Law Review*, n. 34, 1997, pp. 1113-1171. KOMÁREK, *Federal elements in the community legal system: building coherence in the community legal order*, en *Common Market Law Review*, n. 42, 2005. POIARES MADURO, *We the Court, The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998. LENAERTS, *Preliminary ruling procedure*, en CURTIN, HEUKELS (Eds.), *Institutional Dynamics of European Integration: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. II, 1994.

¹⁰³ La doctrina CILFIT formulada por primera vez en el asunto del mismo nombre STJ 6 de octubre de 1982, C-283/81, *Srl. CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA. V. Ministry of Health (1982) ECR 3415*, recoge la obligatoriedad de plantear cuestión prejudicial por órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso (artículo 234 TCE). Desde el inicio, esta obligación había sido obviada en múltiples ocasiones por los tribunales nacionales bajo la razón de que la cuestión de Derecho europeo no albergaba ninguna duda razonable al juzgador. En el asunto *Cilfit* el TJ se encontrará frente a una elección. Otorgar a los tribunales nacionales ese margen de discrecionalidad de la duda razonable (acto claro) o restringirlo erigiéndose en órgano absoluto de monopolio de la interpretación del Derecho europeo. El TJ aceptó tal doctrina pero la restringió concienciando a los tribunales de la necesidad de ser responsables cuando hiciesen uso de su propio criterio. En el FJ 16 de esta sentencia afirma «la correcta aplicación del Derecho comunitario

En la primera de ellas, el TJ introdujo la doctrina francesa del *acte claire* en el ámbito europeo, según la cual, incluso los jueces de última instancia que tengan dudas sobre la interpretación del Derecho europeo, podrían estar eximidos del planteamiento de la cuestión prejudicial si la respuesta a sus dudas pudiese deducirse de manera clara. Pese a lo que pudiese parecer a priori, el TJ no estaba flexibilizando las condiciones de la cuestión prejudicial. Por el contrario, para acogerse a la doctrina del acto claro determinó unos requisitos para el juez que terminaban por configurar la cuestión prejudicial de interpretación como una auténtica obligación en todas y cada una de las situaciones. Así el TJ permitía exceptuar la obligación del planteamiento de la cuestión prejudicial a los jueces de última

debe ser tan obvia como para no dejar espacio a ninguna duda razonable ni respecto a la forma en que la cuestión presente debe ser resuelta». Añade, además, el requisito de que la disposición y la forma en que se interprete para resolver el caso concreto debe ser entendida con la misma obviedad por el resto de tribunales de los estados miembros. A este respecto advierte de la necesidad de tener cuidado con las características propias del ordenamiento europeo, esto es, respecto a la existencia de diversas lenguas y traducciones de las disposiciones y tratados europeos, que son igualmente válidos, además de la presencia continua en tal discernimiento de los objetivos de la Comunidad interpretados a la luz del Derecho comunitario como un todo. Nuestro TS ha recogido en múltiples ocasiones esta jurisprudencia indicando que el juez sigue gozando de un margen de discreción incluso cuando «se trata de un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de posterior recurso judicial de derecho interno» (STS 1.7.1999, STS 8.7.1999, 10.7.1999, 15.7.1999) según esta doctrina CILFIT no será necesario el planteamiento de la cuestión : a) cuando la cuestión sea irrelevante para resolver el litigio, b) cuando la norma comunitaria tenga un sentido claro, c) la duda haya sido idéntica a otra aclarada en una cuestión anterior (FJ 20). De esta forma según el TS sólo al juez le corresponde valorar su necesidad, de manera que la cuestión prejudicial no se convierta en una vía de recurso abierta a las partes de un litigio, debiendo así decidir el planteamiento de la misma *sólo si es necesario aplicar disposiciones de Derecho europeo*, existe una duda sobre el significado o la validez de una norma europea, o se presenta una imposibilidad para el juez ordinario de resolver por sí mismo dicha duda sin poner en riesgo la uniformidad interpretativa y aplicativa del Derecho europeo. Respecto a esta pretensión de sólo presentar el planteamiento de cuestión prejudicial cuando se derivase un asunto exclusivamente bajo el prisma del Derecho comunitario (STS 22.9.1992, RAJ 1999/6604, asunto NIKE) HINOJOSA MARTÍNEZ y SEGURA SERRANO consideran que la intención «de aislar al Derecho comunitario resulta contraria a los principios de primacía y efecto directo», HINOJOSA MARTÍNEZ - SEGURA SERRANO, *La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 1999*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 8, 2000, pp. 565-592. De hecho el propio TJ ha mantenido también que se puede referir una cuestión prejudicial en la situación en la que una disposición nacional se base en o haga referencia al Derecho comunitario, incluso si la consecuencia es que el ámbito del Derecho comunitario se extienda a las disposiciones nacionales. Ver C-217/05 *Confederación española de empresarios de Estaciones de Servicio v. Compañía española de Petróleos. S.A. de 14 de diciembre de 2006*. Sobre este punto me remito a LEFEVRE, *The interpretation of Community Law by the Court of Justice in Arenas of National Competence*, en *European Law Review*, n. 29, 2004, pp. 501 y ss.. Cuando hacemos referencia a la cuestión prejudicial hablamos en sentido general tanto de la cuestión de interpretación como de la cuestión de validez, si bien, como sabemos, la cuestión prejudicial de validez deja un menor margen de discrecionalidad al juez ordinario. Si por un lado el juez ordinario puede dirimir cuándo una disposición europea sea completamente legítima, bajo su único criterio, el juez ordinario no puede declarar por sí solo la invalidez de una disposición europea aun siendo órgano jurisdiccional cuyas decisiones sean susceptibles de posterior recurso. Ver Asunto FOTO-FROST, C-314/85, Firma FOTO-FROST v. Hauptzollamt Lübeck-Ost, 1987, ECR-4199. Ampliaremos este tema más abajo.

instancia cuando, a pesar de suscitarse dudas sobre la interpretación del Derecho europeo¹⁰⁴: «la correcta aplicación del Derecho comunitario [podía] imponerse con tal evidencia que no dej[ase] lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada»¹⁰⁵, exigiendo que «el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia»¹⁰⁶, teniendo en cuenta que «los textos de Derecho comunitario están redactados en varias lenguas y que las diversas versiones lingüísticas son auténticas por igual; por tanto, la interpretación de una disposición de Derecho comunitario supone una comparación de las versiones lingüísticas»¹⁰⁷, y observando que «incluso en caso de exacta concordancia de las versiones lingüísticas, el Derecho comunitario utiliza una terminología propia»¹⁰⁸, y por lo tanto «cada disposición de Derecho comunitario debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de ese Derecho, de sus finalidades y de su grado de evolución en la fecha en la que debe hacerse aplicación de la disposición de que se trata»¹⁰⁹.

La doctrina ha considerado estas condiciones “leoninas”¹¹⁰, y ha entendido que el TJ buscaba realmente reforzar la obligación de la cuestión prejudicial hasta tal punto que sólo la existencia de un precedente exacto del TJ pudiese permitir que el juez nacional no estuviese obligado al planteamiento¹¹¹.

¹⁰⁴ STJ Cilfit, cit, FJ 17.

¹⁰⁵ *Idem*, FJ 16.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Ver FJ 18, STJ 6.10.1982, C-283/81.

¹⁰⁸ *Idem*, FJ 19.

¹⁰⁹ Ver FJ 20, STJ 6.10.1982, C-283/81.

¹¹⁰ Así se expresa SARMIENTO, *Las interpretaciones estratégicas del Derecho comunitario y la doctrina del acto claro*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 9, 2006.

¹¹¹ No basta con que el juez nacional se someta al precedente judicial establecido por el TJ, sino que además, como ha señalado RUIZ JARABO, exigen que el juez nacional emprenda «un estudio empírico de los ordenamientos jurídicos de los otros veinticuatro Estados miembros para lograr el convencimiento psicológico de que todos y cada uno de sus homólogos confirmarían la correcta aplicación de la norma europea». Así se expuso RUIZ-JARABO COLOMER en las Conclusiones del asunto *Gaston Schul*, C-461/03, presentadas el 30 de junio de 2005: “Además, la sentencia advirtió de las exigencias interpretativas inherentes a la naturaleza propia del Derecho comunitario, ya que: por un lado, utiliza términos y conceptos autónomos, que no siempre coinciden con los equivalentes en los sistemas nacionales; por otro lado, cada disposición ha de situarse en su contexto y entenderse a la luz del conjunto normativo en el que se inserta, de su finalidad y de su grado de evolución. La sentencia CILFIT llamó la atención asimismo sobre el carácter plurilingüístico del Derecho comunitario, redactado en diferentes idiomas, actualmente en veinte, con el expreso reconocimiento de autenticidad a todas

En la segunda decisión, *Foto-Frost*, el TJ obligará de manera objetiva al planteamiento de la cuestión prejudicial de validez en todos los casos y en todas las instancias jurisdiccionales (con la excepción relativa de las medidas cautelares *Zuckerfabrik*¹¹²) pese a que en los Tratados no se hacía distinción. Las dudas sobre la validez de una disposición europea derivada exigían siempre y en todo momento el planteamiento de la cuestión prejudicial de validez ante el TJ.

Este desarrollo jurisprudencial ha presentado a la cuestión prejudicial como una obligación del juez nacional más que como una herramienta de cooperación, tal y como derivaba de los Tratados. Las dos sentencias comentadas han permitido que autorizada doctrina considere que la cuestión prejudicial ha dejado de ser un procedimiento de diálogo entre tribunales en términos horizontales y bilaterales (CRAIG y DE BURCA) para convertirse en un procedimiento vertical y multilateral (dada la importancia del precedente del TJ)¹¹³. Un procedimiento de carácter obligatorio impuesto por la condición esencial del Derecho europeo de desplegar una eficacia uniforme sobre todos los Estados miembros. Esta condición sería un fundamento suficiente que permitiría configurar la cuestión prejudicial como un incidente

las versiones. En suma, el test propuesto era inviable en el momento de su formulación, pero en la realidad del año 2005 resulta disparatado, pues no responde a la preocupación histórica con la que se adoptó, la de reconducir los excesos de la teoría del acto claro en que habían incurrido algunos tribunales de última instancia de los Estados miembros”.

¹¹² STJ de 21 de febrero de 1991, C- 143/88 y 92/89.

¹¹³ Ver CRAIG y DE BURCA, *EU Law. Texts, cases and materials*, en Oxford University Press, Oxford, 2008, 2 ed., p. 461. No comparte completamente esta idea WEILER: “As a matter of fact, this new line of cases probably represents (...) a departure of the European Court from an ethos of presenting itself as *primus inter pares* and maintaining a zone of autonomy for national jurisdiction, even at the price of non-uniformity in the application of Community law, in order to achieve the prize of increased effectiveness, even at the cost of a potential tension in the critical relationship between the European Court and national courts. And this impression seems not to be eased by the assurances of the President of the Court, speaking in his extra-judicial capacity but on behalf of all its members, that “from our perspective, the relationship between the ECJ and national constitutional courts is one of cooperation. It is certainly true that EU law may enjoy supremacy over national law and that, most of the times, EU law may also be directly applicable in Member States’ legal orders. However, that does not mean that national supreme courts, and especially national constitutional courts, are institutionally subordinate to the ECJ. On the contrary, the judicial architecture of the European Union and the Member States’ judiciaries must be viewed as parallel systems, coexisting within the same supranational structure, and having, in principle, their own proper areas of jurisdiction”. Ver WEILER, *The Least-Dangerous Branch: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration* en ID., *The Constitution of Europe: Do the New Clothes Have a New Emperor? and Other Essays on European Integration*, Cambridge, 1999, pp. 188-222. En un sentido muy similar al de CRAIG - DE BURCA ver SKOURIS, *The Position of the European Court of Justice in the EU Legal Order and its Relationship with National Constitutional Courts*, conferencia presentada en el Bled, Slovenia, el 30 de septiembre de 2004. Disponible en <http://www.usrs.si/media/zbornik.pdf>.

procesal obligatorio para el juez nacional, y no como un mero instrumento voluntario de apoyo en el momento de resolver un caso concreto.

Lo que me interesa destacar es que, pese a que se reitera una y otra vez en la jurisprudencia del TJ, que la cuestión prejudicial no supone un recurso para las partes, la objetivación de la obligación de planteamiento de cuestión prejudicial y sus requisitos, se presentan de tal forma que, finalmente, la menor duda sobre la interpretación o la validez de la disposición europea planteada por una de las partes en el litigio nacional podría suponer como desencadenante la obligación del juez de reenvío, aproximando este instrumento hacia una configuración más propia del recurso¹¹⁴. El TJ, al reforzar las condiciones en sus sentencias, obliga al planteamiento de la cuestión prejudicial en casi todos los casos, de manera que el planteamiento de una duda sobre la validez o la interpretación del Derecho europeo por una de las partes en un litigio nacional podría suponer una condición suficiente para obligar al juez nacional a suspender el procedimiento y reenviar la cuestión ante el TJ.

14. Cuestión prejudicial y tutela judicial efectiva

En segundo lugar, se observa en la evolución de la jurisprudencia del TJ una incipiente configuración de la cuestión prejudicial como una alternativa (recurso) para las partes. Pese a que el TJ ha afirmado una y otra vez que la cuestión prejudicial no es un recurso para las partes, dado que así se dispone en los Tratados, en la lectura de su jurisprudencia parece abrirse esta posibilidad.

En mi opinión, este ha sido un desarrollo consciente por parte del TJ que trae causa de la escasa legitimación de los particulares, presentada en los Tratados, para acceder a la jurisdicción de Luxemburgo en defensa de pretensiones fundamentadas en Derecho europeo.

¹¹⁴ Como un ejemplo más de la doctrina que no ha compartido desde el inicio la idea de que la cuestión prejudicial no sea realmente un procedimiento accesible a las partes del proceso, me remito a ALTER - SLAUGHTER, *The European Courts and national Courts – Doctrine and jurisprudence*, SLAUGHTER - SWEET - WEILER (Dirs.), Oxford, 1988. También DE BURCA - WEILER, *The european Court of Justice*, en *Oxford University Press*, 2001, pp. 7 y ss., cuestionan si el TJ no ha buscado desarrollar un particular rol constitucional por sí mismo como una «corte de los ciudadanos» o una asamblea participativa, pero concluyen que respecto de la percepción expresada por algunos de sus jueces vocales en sus escritos extra-judiciales, el TJ ha resistido ante las varias rutas procesales ofrecidas como opciones ante él para transformarse en una forma más abierta de este tipo.

Efectivamente, las vías de recurso que establecen los Tratados (recurso directo y recurso por incumplimiento) limitan o prohíben el acceso de los particulares a la jurisdicción del TJ¹¹⁵, por lo que los ciudadanos encuentran menos garantías de tutela de sus derechos que otros actores de la Unión¹¹⁶. Por un lado, hemos visto las reticencias tradicionales del TC para conocer sobre conflictos derivados de la aplicación del Derecho europeo, y por otro, el reenvío de sus asuntos al TJ depende, formalmente, de la apreciación discrecional del juez nacional de una duda. Este último punto trata de resolverse a través de la objetivación de la duda del juez (observada doblemente en la jurisprudencia Cilfit y Foto-Frost, además de en la Jurisprudencia del TC 58/2004), el TJ parece haber impulsado una nueva mutación del procedimiento de la cuestión prejudicial.

Causa una verdadera perplejidad la escasez de mecanismos en los Tratados de revisión de las decisiones judiciales cuando se trata de la aplicación del Derecho europeo, pese a que el juez nacional como juez comunitario es la piedra angular del sistema jurídico de la integración, no existen verdaderos mecanismos de *judicial review* sobre la aplicación del Derecho europeo, entendido este como idea esencial del constitucionalismo normativo. Esta reivindicación ha sido realizada por el propio TJ, pero como no se ha hecho eco en los Tratados el TJ la ha canalizado en algunas ocasiones a través de la cuestión prejudicial.

Las restricciones a los particulares para acceder al *judicial review* por parte del TJ han sido muy criticadas por la doctrina¹¹⁷ conforme avanzaba el proceso de integración. Y ciertamente la jurisprudencia del TJ en este sentido resultaba incoherente con el papel que los

¹¹⁵ Arts 263 y 265 y ss del TFUE.

¹¹⁶ Es el caso, por ejemplo, del recurso directo de anulación del artículo 263 párrafo cuarto del TFUE (230.4 TCE). Conforme a ese procedimiento de control de validez del Derecho europeo, en principio, “toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones previstas en los párrafos primero y segundo, contra los actos de los que sea destinataria o que le afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución.”

¹¹⁷ Por ejemplo ARNULL, *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the Treaty*, en *Common market Law Review*, n. 32, 1995, pp. 44 y ss.. MANCINI, *The role of the supreme courts at the national and international level: a case study of the Court of Justice of the European Communities*, en YESSIOU-FALTSI, *The role of the supreme courts at the national and international level*, Oxford, 1998, pp.421 y ss.. LENAERTS, *The legal protection of private parties under the EC Treaty: a coherent and complete system of judicial review?*, en Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini, Vol. II, 1998, pp. 591 y ss.. CRAIG - DE BURCA, *EU Law: Texts, cases and materials*, Oxford 2003, pp. 487 y ss.. CHALMERS, et alt., *European Union Law*, Cambridge, 2007, pp. 420 y ss..

jueces de Luxemburgo han desempeñado en la construcción de la “Comunidad de Derecho” o el reconocimiento de los derechos fundamentales en la UE.

Paradigmático resulta el asunto *Unión de Pequeños Agricultores (UPA)*¹¹⁸, asunto en el que el TJ dispondrá que *“procede recordar que la Comunidad Europea es una comunidad de Derecho cuyas instituciones están sujetas al control de conformidad de los actos que adoptan con el Tratado y con los principios generales del Derecho, de los que forman parte los derechos fundamentales. Por consiguiente los particulares deben poder disfrutar de una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario...”*¹¹⁹(...) el Tratado, mediante sus artículos 173 y 184 (actualmente 277 TFUE), por una parte, y mediante su artículo 177 (268 TFUE) ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a garantizar el control de la legalidad de los actos de las instituciones, confiando dicho control al juez comunitario. En dicho sistema, las personas físicas o jurídicas que debido a los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 173 párrafo cuarto (263TFUE), del Tratado, no puedan impugnar directamente actos comunitarios de alcance general, tiene la posibilidad, según los casos, de invocar la invalidez de tales actos bien de manera incidental ante el juez comunitario, en virtud del artículo 184 del Tratado, bien ante los órganos jurisdiccionales nacionales, e instar a estos órganos, que no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de tales actos a que soliciten un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre este extremo por medio de la cuestión prejudicial”¹²⁰.

El TJ repetirá una idea ya asentada en su jurisprudencia: corresponde a los Estados miembros prever un sistema de vías de recurso y de procedimientos que permita garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva¹²¹. Pero ante la falta de legitimación de los particulares para interponer recurso directo de nulidad ante el TJ, o acudir por otros medios, el

¹¹⁸ Conclusiones presentadas el 21 de marzo de 2002, en el asunto *UPA*, C-50/00.

¹¹⁹ Ver STJ *UPA* FFJJ 37 a 41.

¹²⁰ Ver STJ *UPA* FFJJ 37 a 41.

¹²¹ Así se ha expuesto en diferentes ocasiones, estableciéndose el principio de la tutela judicial efectiva como principio general del Derecho comunitario, por ejemplo, en STJ *Ministerio Público y Gomes Valente*, C-393/98. Este principio ha sido incluido en los propios Tratados. Conforme al artículo 19.1 TUE: Los estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión. Ver al respecto CRAIG - DE BURCA, *Text, cases and materials*, Oxford, 2000.

juez de Luxemburgo, contemplará el sistema “completo de vías de recurso” que establecen los Tratados en el que la cuestión prejudicial de validez reemplaza a los mecanismos directos ante el TJ¹²².

Para el TJ la cuestión prejudicial tiene diversas y trascendentes funciones: es un instrumento esencial para otorgar eficacia uniforme a las disposiciones europeas mediante las dudas interpretativas planteadas por los jueces nacionales. Además permite la unidad del ordenamiento europeo mediante el control de validez del Derecho derivado conforme a los Tratados. Por otro lado permite otorgar coherencia y plenitud al conjunto del Derecho europeo conformándolo como ordenamiento¹²³. Por último, su desarrollo jurisprudencial ha permitido su configuración como garantía de la tutela judicial de los ciudadanos.

Sin embargo, se trata ahora de subrayar que, en la evolución de la jurisprudencia del TC y del TJ en torno a la primacía, parece encontrarse un nexo común que vincula al principio fundamental con una serie de garantías adecuadas tanto para el ámbito constitucional como para el europeo: la primacía al enlazarse con la cuestión prejudicial adquiere una función esencial como garantía de tutela de derechos de los particulares, tanto en su vertiente interna como en su vertiente europea. La primacía, debido a los difícilmente solucionables conflictos suscitados desde su vertiente de elemento de relación entre ordenamientos, ha desarrollado un contenido propio desde la perspectiva aplicativa del Derecho. Desde su vertiente como instrumento de selección de la norma aplicable al caso concreto se ha recubierto de garantías que congenian la exigencia de uniformidad del Derecho europeo y la tutela de derechos de los ciudadanos a través de la garantía de la cuestión prejudicial, especialmente, cuando éstos fundamentan pretensiones subjetivas en disposiciones europeas ante el juez nacional y fuerzan el reenvío prejudicial, reenvío que puede concluir con una sentencia que obligue al juez a inaplicar el acto nacional estatal o a declarar la ilegitimidad de la norma europea.

¹²² Así lo cree también y lo expresa RUIZ JARABO en las conclusiones de 28 de abril de 2005 en el asunto *Atzori et alt.*, C- 346, 529/03. En este sentido en doctrina ver DE BURCA - WEILER, consideran que el TJ ha elevado a la cuestión prejudicial a la función equivalente del recurso por incumplimiento y el recurso directo. Cfr. DE BURCA – WEILER, op. cit., p. 28.

¹²³ *Ibidem*.

15. Primacía como garantía de la tutela judicial efectiva de los ciudadanos europeos a través de la cuestión prejudicial

Llegados a este punto creo que pueden asentarse algunas conclusiones. El propio concepto de Unión Europea necesita de la uniformidad aplicativa de su Derecho. Esta es la finalidad de la integración europea. El Derecho europeo debe surtir eficacia uniforme en todos los Estados miembros, debe desplegar iguales efectos en todos los Estados. El Derecho europeo, se asienta en su necesaria eficacia uniforme, eficacia que se despliega en ámbitos de validez territorial, personal, y temporal idénticos a los del Derecho de cada Estado miembro. Es normal, por tanto, que surjan conflictos entre disposiciones pertenecientes a ordenamientos diversos. Para que el ordenamiento europeo responda entonces a su máxima de eficacia uniforme el TJ dotó a las normas europeas de primacía.

La primacía fue muy contestada por los jueces y tribunales constitucionales, pues su aparición suscitaba infinidad de conflictos de carácter constitucional. Para evitar estos conflictos se concedió al principio de primacía un contenido mínimo: la obligación del juez nacional de inaplicar la norma nacional que resultase contraria al Derecho europeo (Simmenthal). El resto de su contenido o las consecuencias de la inaplicación se remitieron a lo establecido o permitido por los sistemas de fuentes nacionales.

El TC español, como se vio en el apartado anterior, se ha posicionado en este sentido. La primacía del Derecho europeo es una cuestión de naturaleza infraconstitucional. Es el juez ordinario el encargado de establecer cuándo debe inaplicarse la norma nacional conforme al principio de primacía, pues la contradicción entre una disposición nacional y otra disposición europea no hace surgir una vulneración indirecta de la Constitución. De esta forma el TC otorgaba a la primacía una funcionalidad exclusivamente aplicativa, se convertía en una herramienta de resolución de conflictos normativos, un mecanismo de selección de la norma aplicable al caso concreto en situaciones en las que el juez nacional se enfrentaba con una antinomia de naturaleza comunitaria. La primacía yace en el terreno de los principios de resolución de conflictos entre disposiciones nacionales y disposiciones europeas en el momento de la composición de la norma aplicable a casos concretos.

Sin embargo, se ha visto que en determinadas situaciones esta definición del principio de primacía no ha sido suficiente ni siquiera para el propio TC. Concretamente, cuando el juez nacional considera que una norma con rango de ley debe ser inaplicable por ser contraria a una disposición europea, el TC ha debido profundizar en el contenido del principio de primacía. Sin revisar su naturaleza infraconstitucional ha puesto el principio de primacía en relación con la cuestión prejudicial y la tutela judicial efectiva de los derechos de los particulares. De esta forma se garantizaba un correcto uso de la misma. Como se ha observado, desde la STC 58/2004 el TC refuerza el carácter obligatorio del planteamiento de la cuestión prejudicial cuando la primacía obliga al juez a inaplicar una norma con rango de ley, sólo así se fundamenta adecuadamente la primacía del Derecho europeo sobre el nacional y se impide una vulneración del art. 24 de la CE, la tutela judicial efectiva. Para blindar esta garantía, el TC ha objetivado los criterios del juez nacional a la hora de decidir si plantear o no la cuestión prejudicial, reutilizando la doctrina *CILFIT del TJ* como garantía del propio sistema de fuentes interno.

Como se observa, aunque el TC y el TJ hayan seguido la misma dinámica que sus colegas europeos, estableciendo una dialéctica basada en la separación de ámbitos de validez de los ordenamientos y tratando de distanciar al máximo sus competencias, en el nivel inmediatamente inferior a la Constitución sus discursos convergen en la utilidad de la cuestión prejudicial como garantía de la tutela judicial efectiva.

El TC asume la cuestión prejudicial como una garantía de su propio sistema de fuentes, y objetiva las posibilidades del juez para su planteamiento. También el TJ ha seguido la misma dinámica, objetivando los criterios del planteamiento de la cuestión prejudicial. Claro está que lo ha hecho guiado por un objetivo diverso: la aplicación uniforme del Derecho europeo y el acceso de las partes a su jurisdicción. El caso es que tanto TC como TJ entienden la cuestión prejudicial como una garantía de los efectos de la primacía: uno en el momento de la inaplicación de normas con rango legal por el juez ordinario, el otro como procedimental del objetivo de la primacía, es decir, la garantía de la aplicación uniforme del Derecho europeo.

Pero no es éste el único punto de encuentro. La cuestión prejudicial se configura también como una salvaguarda de los derechos de los particulares. Para el TC la inaplicación

de la ley sin previa resolución del TJ supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El TJ sitúa en la cuestión prejudicial el punto clave para que los particulares puedan disfrutar de una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario, pues en las demás vías de recurso encuentran serias dificultades.

Se observa entonces que la primacía se impregna, en el ámbito de la aplicación de las normas, con una garantía tanto para el ordenamiento nacional como para el comunitario: la cuestión prejudicial.

Cuestión prejudicial que se conecta directamente con los particulares a los que se aplica finalmente la norma derivada del conflicto. De esta forma para el TJ la cuestión prejudicial protege la uniformidad interpretativa de la disposición europea, para el TC el sistema de fuentes interno. Pero en última instancia los dos tribunales consideran que, en el litigio concreto, más allá de cuestiones de forma, la cuestión prejudicial repercute sobre los derechos de los particulares presentes en el litigio. Se observa entonces que la primacía tiene una influencia directa sobre los derechos de los particulares, en tanto que puede ser invocada por ellos, en defensa de sus derechos, frente a normas nacionales dando lugar, si es necesario, el planteamiento de la cuestión prejudicial, momento en que sus litigios se presentan ante el TJ como tribunal supranacional.

Dicho de otro modo conforme al propio TJ, si la cuestión central de la integración es la uniformidad en la aplicación del Derecho europeo, y en consecuencia que éste tiene primacía sobre el nacional; la consecuencia práctica es que el juez nacional, apoyado en el mecanismo prejudicial, debe dar satisfacción a las pretensiones que los ciudadanos invoquen ante él fundadas en Derecho europeo, frente a las normas o actos de los Estados que se consideren contrarias, garantizando a un tiempo uniformidad y tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos.

El TJ, mediante la construcción jurisprudencial de las posibilidades de los ciudadanos de invocar el Derecho europeo en garantía de pretensiones subjetivas ante el juez nacional, (*Van Gend en Loos* y *Costa c. ENEL*) encuentra la piedra angular de la garantía del cumplimiento uniforme del Derecho europeo. Así lo dispuso el propio TJ en la STJ de 5 de

marzo de 1996, asunto *Br  sserie du Pecheur*¹²⁴ (C-46,48/93) al afirmar que “el propósito de invocar normas de Derecho europeo “directamente aplicables” acaba siendo “asegurar que las disposiciones de Derecho europeo prevalecen sobre las disposiciones nacionales”.

Los jueces nacionales, como jueces comunitarios, son los encargados de tutelar los derechos atribuidos a los particulares por el Derecho comunitario¹²⁵. En esta misión, entre sus potestades, se encuentra la obligación de inaplicar normas nacionales contrarias al Derecho europeo. Por lo tanto en la tutela de los derechos concedidos por el ordenamiento europeo, se garantiza al mismo tiempo la uniformidad del Derecho europeo. Incluso en aquellos casos en los que el juez no considere la necesidad de inaplicar la norma nacional y con ello puede poner en peligro la eficacia uniforme del Derecho europeo, la invocación del Derecho europeo por el particular puede condicionar, o impulsar, la duda del juez sobre su interpretación o su validez, y una vez objetivados al máximo los criterios CILFIT y FOTO-FROST por el TJ - e incluso por el TC-, la invocación del ciudadano puede conducir el asunto directamente ante el TJ.

Por ello, el TJ ha convertido la cuestión prejudicial en un procedimiento jurisdiccional clave para la garantía de la tutela judicial efectiva de los ciudadanos europeos. Pues aquí, la invocación por el particular, viene a señalar aquellos momentos conflictivos de relación entre ordenamientos, las posibles antinomias, constatando en litigios materiales concretos las posibles fallas para la uniformidad y unidad del ordenamiento europeo. La ampliación de las posibilidades de invocación del Derecho europeo por el particular permiten el desarrollo de la integración entre ordenamientos caso por caso.

En este mismo sentido con CURTIN y MORTELMANS podemos decir que la tutela judicial de los intereses jurídicos de los particulares se convierte en la verdadera clave de todo el edificio jurisprudencial sobre la efectividad del ordenamiento europeo¹²⁶. O igualmente con CARANTA, que la invocación por los particulares ante los jueces nacionales de sus

¹²⁴ STJ *Br  sserie du Pecheur*, de 5 de Marzo de 1996, asunto C-46,48/93, FJ. 7.

¹²⁵ STJ *Verholen*, de 11 de julio de 1991, C- 87/88/89/90.

¹²⁶ “The vigilance of the interest individuals is truly the cornerstone of the whole jurisprudential edifice for the effectiveness of Community law” dirán CURTIN - MORTELMANS, *Application and enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third generation Script*, pp. 423-466, en CURTIN - HEUKELS (eds.), *Institutional Dynamics of European Integrations. Essays In Honour of Henry G. Schermes*, Vol. II, Dordrecht/Boston/London, 1994.

pretensiones fundadas en Derecho europeo se ha considerado una poderosa herramienta para forzar el cumplimiento de los Tratados por los Estados miembros¹²⁷, e igualmente la necesaria eficacia del Derecho europeo.

Como observamos entonces, el principio de primacía, más allá de las cuestiones de relación entre ordenamientos, absorbe un contenido constitucional desde las posibilidades de invocación por el ciudadano/particular del Derecho europeo ante el juez nacional: la garantía de derechos de los ciudadanos frente a la actuación anticomunitaria de los poderes públicos nacionales.

Por el contrario, el TJ se ha situado, en mi opinión, en el ámbito práctico de la aplicación concreta de las normas en casos reales, de manera que nos descubre una ampliación del concepto y el contenido del principio de primacía, contenido que no por fundarse en el momento de la selección de la norma aplicable al caso carece de, o deja de aportar, un contenido constitucional en la construcción de la integración.¹²⁸

El principio de primacía entra en acción en el momento de la selección de la norma aplicable al caso concreto suscitado ante el juez, especialmente cuando se descubre una posible contradicción entre disposiciones nacionales y europeas. Por tanto, si ampliamos las posibilidades de invocación del Derecho europeo ante los jueces nacionales (especialmente por los particulares en defensa de pretensiones fundadas en el ordenamiento europeo, “talón de Aquiles” del ordenamiento jurídico internacional), y si se involucra a los particulares en el litigio concreto en el momento en que surge la duda sobre la interpretación o validez de las disposiciones europeas, y si éstos pueden apremiar al juez en el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJ, entonces, no sólo se estimulan los procedimientos de garantía de la eficacia uniforme del Derecho europeo en el momento de su aplicación, sino que, en mi

¹²⁷ También CARANTA, *Judicial protection against member states: a new ius commune takes shape*, en *Common Market Law Review*, 32, 1995, pp. 703-726, afirmará: “in fact, actions by individuals in national courts have always been considered a powerful tool to force Member States to comply with their obligations» p. 710. Ver también MASSERA, *L'amministrazione e i cittadini nel diritto comunitario*, 1993, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 19, p. 47. También JOLIET, *La protection juridictionnelle des particuliers contre les manquements étatiques*, en *Rev. Fr. Dr. Adm.*, 1994, nota 7, p. 867.

¹²⁸ Acercarse al principio de primacía desde la práctica, desde asuntos concretos invocados por los ciudadanos tiene una virtud que no deriva de la discusión en el nivel constitucional, superestructural, pues “una aproximación demasiado teórica mientras que permitiría una posible explicación a posteriori, no nos equipararía con las herramientas necesarias para comprender el razonamiento del TJ”. Ver en este sentido YOUNG - LENZ - TYNES, op. cit..

opinión, consciente o inconscientemente, el TJ permite incluir al ciudadano en la construcción de la integración, pues lo estimula a reivindicar la eficacia del Derecho europeo ante los tribunales y ha “delatar” los incumplimientos de los poderes públicos nacionales.

En definitiva, el ciudadano, desde esta construcción, se sitúa en un lugar privilegiado en el momento trascendental de la integración, la aplicación del Derecho europeo para la resolución de conflictos sociales cotidianos. El ciudadano pasa a convertirse en actor de la primacía, y esta comienza a llenarse de un contenido que integra todas las posturas de los Altos tribunales (sobre relaciones entre ordenamientos), pero ahora desde la infraestructura de la integración en la que también aparece el particular: continúa siendo acicate de la uniformidad aplicativa del Derecho europeo, pero paralelamente se contempla como garantía de la tutela de los derechos de los ciudadanos. Extremo éste último que necesariamente aceptan tanto el TC como el TJ.

Por ello creo que debemos centrarnos en las posibilidades del principio de primacía en el ámbito práctico de la aplicación de las normas en los casos concretos por el juez nacional. Sólo desde esta perspectiva se puede observar el verdadero contenido del principio de primacía, el contenido más o menos consensuado —implícitamente— por el TJ y el TC. Este contenido pasa inexorablemente por el estudio de las posibilidades de invocación del Derecho europeo por los particulares ante el juez nacional pues, en este momento, la primacía adquiere una relevancia central como garantía de la uniformidad en la aplicación del Derecho europeo y como garantía de la tutela de derechos de los ciudadanos.

Ante la actuación de los poderes públicos nacionales, ahora, el ciudadano se encuentra con una nueva posibilidad, la de fundar sus pretensiones subjetivas en Derecho europeo e invocar normas europeas ante la jurisdicción nacional. De esta forma el ciudadano puede invocar el principio de primacía, pretender que se inaplique el acto nacional que contradice sus pretensiones subjetivas fundadas en una disposición comunitaria. En este momento el ciudadano contribuye a la eficacia del Derecho europeo, pues considera que sus intereses pueden sostenerse sobre el Derecho europeo, y puede incluso forzar el planteamiento de una cuestión prejudicial para que el asunto se resuelva por el TJ.

Como se observa, la UE en este sentido presenta un contenido constitucional innegable, sirve de campo de juego en el que, a nivel nacional, ofrece nuevas posibilidades a los



**Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna**

ciudadanos para resistir los actos nacionales. El Derecho europeo, como Derecho supranacional, ofrece las herramientas suficientes para permitir el desarrollo de la Comunidad de Derecho, donde ciudadanos y poderes públicos se encuentran sometidos a un nuevo nivel de Derecho destinado a garantizar las pretensiones subjetivas de los ciudadanos frente a sus Estados.

Por supuesto, debe tenerse siempre en cuenta que, la calidad democrática y la profundidad del desarrollo de auténticos derechos en la Unión Europea son dos elementos esenciales para que esta idea triunfe.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna

EUROPA E POVERTÀ

Salvo Andò

Professore ordinario di Diritto comparato nell'Università Kore di Enna

Nei giorni scorsi i sindacati hanno organizzato in tutti i paesi dell'Unione europea grandi mobilitazioni per la difesa del lavoro e del welfare. All'Appello dei sindacati hanno risposto moltissimi cittadini preoccupati sempre più delle conseguenze che le politiche dell'austerità producono sulle condizioni di vita di intere popolazioni. Ci troviamo di fronte a processi di esclusione sociale di massa, tali da mettere seriamente in crisi quei principi di eguaglianza e giustizia sociale su cui si sono fondati le "democrazie emancipanti" di questo dopoguerra. Le nuove povertà prodotte dalla perdita del lavoro e dalla sua sempre minore remunerazione rischia di creare contrasti sociali molto seri, se si considera che si allunga sempre più la distanza fra i redditi medi dei lavoratori e quelli di una ristretta casta fatta da top manager, alti burocrati e professionisti di successo. Tutto ciò comporta una crisi di quei valori che hanno consentito il formarsi di forti legami sociali rivelatisi essenziali per fronteggiare le diverse emergenze che hanno caratterizzato un difficile dopoguerra.

L'avvio del processo di integrazione europea, attraverso le prime comunità, ha dato un importante supporto all'estendersi ed al consolidarsi di un'economia sociale di mercato che, attraverso la redistribuzione del reddito, ha creato un forte consenso sociale intorno alle istituzioni e creato così le condizioni perché le abitudini della democrazia potessero diffondersi anche in paesi privi di significative tradizioni democratiche. Non c'è da sorprendersi se, oggi, i cittadini europei, contestando l'Europa dell'austerità che si preoccupa soprattutto di difendere la tenuta dell'euro, si schierino contro una visione dell'Europa che appare quanto mai lontana da quella per la quale si batterono i padri fondatori.

Costoro non pensavano soltanto ad abbattere le barriere doganali per far circolare la ricchezza e consentire un più facile accesso alle risorse a paesi che di essi erano sprovviste - facendo così venire meno una delle cause delle tante guerre europee -, ma miravano attraverso la collaborazione dei governi nazionali a promuovere forme di lotta alla povertà mai sperimentate a livello continentale e basate su politiche di sostegno allo sviluppo.

Si trattava in un certo senso di estendere l'esperienza dello Stato sociale a paesi che lo Stato sociale non avevano mai conosciuto o comunque di consolidarlo dove le ferite recenti della guerra erano ancora troppo profonde per permettere a ciascun paese di realizzare una vera coesione sociale attraverso una politica della crescita che desse pari opportunità a tutti cittadini, assistendo in primo luogo i non abbienti.

Nel momento in cui l'Europa appare ai suoi cittadini come un'Europa matrigna, che smentisce le tradizioni di solidarietà che hanno costituito il costante punto di riferimento dell'intero processo di integrazione, svoltosi continuativamente nel corso dei decenni seppur con alterne vicende, è del tutto comprensibile che i cittadini europei protestino, che lamentino una scarsa attenzione da parte dei governi verso i problemi sociali e viceversa una eccessiva attenzione verso i destini di quei poteri forti che sono i veri responsabili della crisi che affligge l'Occidente.

Il mondo giovanile, in particolare, ormai da anni manifesta in modo anche violento contro l'ingordigia dei banchieri. Esso è la prima vittima della politica di decimazione dello Stato sociale-come non ricordare le rivolte degli indignados che hanno messo a ferro e fuoco nei mesi passati tante città europee – e si rifiuta di accettare la crisi dello stato sociale, spiegata come necessaria proprio da quel mondo dell'alta finanza che attraverso spericolate speculazioni ha prodotto il dissesto economico.

Crea poi reazioni sempre più rabbiose il fatto che coloro i quali attraverso la speculazione finanziaria hanno messo in ginocchio tanti paesi in Occidente, oggi drenino risorse che potrebbero essere destinate allo sviluppo, cioè a finanziare le imprese, ad aiutare le famiglie in difficoltà, per garantire il diritto al lavoro e un efficiente sistema di ammortizzatori sociali.

I giovani e gli altri “esclusi” ritengono non a torto che il neoliberismo sia la causa principale di questo inarrestabile processo di impoverimento dei paesi occidentali, e ritengono, altresì, che i governi abbiano subito passivamente i diktat dei mercati senza fare nulla per mettere sotto controllo la speculazione finanziaria. A ciò si riferiscono gli indignados quando lamentano un furto di futuro ai loro danni.

La difesa della moneta europea in assenza di una politica sociale che comporti una difesa dei diritti rischia di produrre una vera e propria guerra tra le generazioni che si riflette

anche nella vita delle famiglie, caricandole di responsabilità che esse da sole, senza l'aiuto dello Stato, non sono in grado di sostenere.

Com'è stato giustamente osservato da tanti il neoliberismo dopo aver generato la crisi oggi pretende di essere il suo rimedio, il suo antidoto. La difesa della dittatura del mercato spesso assume i toni settari con cui un tempo si difendevano le ideologie politiche che dividevano il mondo. Si fa sempre più strada l'idea di una demarcazione necessaria, all'interno dell'Unione europea, tra paesi ricchi che devono guidare l'Unione e paesi poveri che devono subire decisioni spesso oggettivamente ingiuste.

I temi della giustizia sociale che sembravano negli anni della prosperità europea costituire delle priorità all'interno dell'agenda dei governi, perché si riteneva che compito essenziale degli Stati dovesse essere nelle cosiddette società dei due terzi -i due terzi dei cittadini inclusi nell'area del benessere- quello di assistere quel terzo di società escluso, paiono oggi cancellati, perché travolti dalle polemiche contro l'assistenzialismo nemico dello sviluppo. E ciò pur in presenza di nuove aree di povertà che comprendono coloro che si ritenevano ormai definitivamente garantiti.

Di fronte al deperimento di un sistema di diritti individuali e collettivi, che hanno costituito il vanto dello stato sociale europeo, il cittadino europeo vive l'Unione europea come la causa del peggioramento delle sue condizioni di vita, e teme che la "cessione" di altre quote di sovranità possa indebolire ulteriormente il sistema delle garanzie apprestato dallo Stato sociale.

Di fronte a questa percezione di abbandono da parte della mano pubblica, l'Europa dei mercati si configura come un'entità lontana e astratta.

Chi sono i mercati, si chiedono i cittadini europei, quante persone possono decidere per conto di essi e quale legittimazione democratica hanno per decidere sul loro futuro?

L'Europa diviene una presenza ingombrante che interferisce abusivamente sul patto tra capitale, lavoro e welfare che ha consolidato il processo democratico. Il mercato così vissuto è il protagonista della grande asimmetria democratica che si è realizzata tra decisori e destinatari delle decisioni, e il suo potere d'imperio privo di contrappesi democratici rischia di far saltare quel tavolo di compensazione dei conflitti che ha consentito di far convivere all'interno di una società ben ordinata le classi più deboli, il ceto medio e le classi dominanti,

sulla base di un patto che attraverso la mobilità sociale garantiva ad un numero sempre più alto di persone di poter accedere alla tranquillità economica.

Il rischio è che assumendo come unico obiettivo solo quello di salvare la moneta unica, divenuta il solo baluardo del processo di integrazione, non si garantisce l'unità politica dell'Europa e si mette a dura prova la coesione sociale degli Stati si creano quindi le condizioni perché l'Europa sia sempre più disunita.

L'Europa comunitaria non ha vissuto mai momenti difficili come quello oggi vissuto dall'UE, perché mai ha rischiato di perdere concretamente di vista quell'obiettivo di un'unità funzionale alla realizzazione di una vera giustizia sociale in grado di creare solidarietà tra gli Stati prevenendo controversie e conflitti.

E se l'Europa appare lontana e ostile ai suoi cittadini è del tutto comprensibile che questi si sentano garantiti nei loro diritti solo dal proprio Stato e si mostrino sempre più disinteressati ai destini del processo di integrazione. Essi avvertono che l'Unione europea ormai fa poco o nulla perché essi siano cittadini europei in senso pieno, proprio perché titolari di diritti sociali.

L'Europa appare sempre più distratta di fronte al compito storico di assicurare una dimensione sociale al processo di integrazione, dando così un significato concreto allo status di cittadino europeo. E del tutto distratti in questo senso appaiono le forze politiche nazionali che non hanno dato vita a dei partiti europei che si potessero fare carico di questo problema agendo autonomamente.

L'Europa che doveva diventare più grande ed unita negli anni in cui fu guidata da una grande personalità politica come Delors, appare oggi più divisa e più stretta, se si considera che emergono all'interno di essa una parte dominante ed una parte dominata, una parte che giudica come un peso insostenibile le politiche solidaristiche e un'altra che ritiene tali politiche essenziali perché il processo di integrazione prima o poi possa riprendere il suo corso.

La divisione che di fronte alla crisi si registra, però, è una divisione che non può solo spiegarsi sulla base dei livelli di ricchezza prodotti e quindi redistribuiti in ciascun territorio, perché riguarda la stessa filosofia dello stare insieme. L'Europa non è più unita nella diversità, ma è disunita a causa di essa, soprattutto a causa dei diversi livelli di ricchezza degli Stati. E



**Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna**

siccome i diritti costano, prescrivere, da un lato, standard ineludibili in materia di funzionamento ottimale dello Stato di diritto e di svolgimento del processo democratico, e poi, dall'altro, non fare in concreto nulla per farsi carico delle sfavorevoli eredità storiche lasciate in alcuni paesi dai vecchi regimi negatori di ogni libertà costituisce un atto di intollerabile ipocrisia.

L'Europa è più divisa che mai su questioni di fondo perché c'è chi ritiene, e non sono pochi, che con la crisi i tempi sono divenuti maturi per definire un nuovo assetto dell'Unione, basato su un nucleo di Stati che decidono attraverso un direttorio ad hoc, e altri Stati che devono prendere atto delle decisioni assunte dai "grandi" Stati. Il buon funzionamento dell'Unione dovrebbe, insomma, essere assicurato dal principio di disegualianza tra gli Stati.

Non è questa l'Europa unita nella diversità sognata dai padri e così definita nel TUE. La disegualianza sarebbe il primo passo verso la paralisi del processo di integrazione che dovrebbe portare l'Europa ad assumere tutti i connotati di un soggetto politico.

Sta accadendo che la divisione sempre più profonda che si viene a verificare tra un'Europa tutt'altro che solidale ed un'Europa economicamente più debole - e che chiede comprensione e tempi adeguati per rientrare nei canoni previsti dai custodi del rigore economico - produca conflitti che non scaturiscono soltanto dalla diversa capacità economica degli Stati, ma anche dal diverso modello di sviluppo che l'Europa vuole perseguire. Il fatto che la Germania e altri paesi settentrionali promuovano una campagna contro greci, spagnoli, italiani, portoghesi, che sarebbero la peste dell'Unione europea perché incapaci di attuare politiche di rigore in grado di difendere la forza dell'euro, dimostra che la moneta unica è solo il pretesto per spaccare il continente. Vi sono ragioni culturali che stanno alla base del conflitto. La forza dell'Europa non può venire dal fatto che essa si divida in gruppi omogenei a secondo dell'ammontare del Pil nazionale, ma dalla capacità di fondere queste diverse realtà tenuto conto che la responsabilità della crisi non sono soltanto dei paesi del sud fiscalmente irresponsabili, ma sono anche dei paesi del Nord che a suo tempo hanno aggirato le regole comunitarie rompendo nel 2003 il patto di stabilità e crescita.

Si è trattato di scelte politiche rispetto alle quali gli altri Stati europei sono stati costretti a subire. L'attuale crisi è figlia anche di questi strappi. Adesso alcuni studiosi e osservatori politici, come è stato da più parti osservato, si sono spinti persino a spiegare, per giustificare

la irreversibile rottura dell'Europa così come è, che le differenze fra le due Europe sono disegnate dallo spartiacque tra protestantesimo e cattolicesimo. Si tratta dello stesso ragionamento a suo tempo fatto da Huntington che individuava nella religione il fattore chiave che avrebbe creato nuovi conflitti di civiltà su scala mondiale. Secondo questo punto di vista, la crisi deriva dal fatto che il sud è rimasto estraneo all'etica protestante del lavoro nel senso weberiano del termine.

Insomma, siamo di fronte ad una sorta di “ellenizzazione” del discorso economico (KRUGMAN), quasi che rispettando le regole fissate a Maastricht l'Europa sia in grado di prevenire qualunque crisi economica, ovunque essa si produca e qualunque frattura essa determini all'interno dell'Unione.

Ad aver prodotto la crisi, però, non è stato solo il peso dell'Europa meridionale che ha infranto le regole di Maastricht - già fatte a pezzi da francesi e tedeschi -, ma è stato il rifiuto dei paesi del Nord ad accettare fino in fondo lo spirito dell'Unione europea, preoccupandosi di curare lo stato di salute dell'Europa monetaria senza perseguire l'obiettivo di realizzare gradualmente l'Europa politica.

Sino alla crisi economica di questi anni, che ha rivelato la debolezza dell'euro di fronte ad una speculazione finanziaria organizzata da ambienti che puntano molto sul fallimento dell'Europa politica, le differenze in Europa riuscivano a coesistere. Esse non erano un problema per lo sviluppo del processo di integrazione.

Il rimedio ai problemi che si sono considerati non può venire da analisi affrettate che insistono sulle differenze culturali, bensì risolvendo nodi economici che hanno molto a che fare con il completamento del processo di integrazione. Si tratta non solo di adottare meccanismi di aggiustamento della bilancia dei pagamenti, ma di mettere a punto meccanismi di protezione dell'euro che riguardano un ripensamento delle istituzioni comunitarie, che non possono che passare attraverso il conseguimento di una diversa identità politica dell'unione europea.

La bagarre scatenata dalle misure imposte dall'Europa agli Stati membri i per proteggere l'euro non ha nulla a che vedere con un conflitto di civiltà del tipo di quello teorizzato da Huntington all'indomani della fine della guerra fredda.



**Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna**

C'è un'Europa che guarda allo stato di salute della finanza e che si vuole dissociare dai paesi che si dibattono nelle difficoltà che affliggono l'economia reale per uscire dalla crisi. Ci troviamo di fronte a un conflitto tra due indirizzi che riguardano il modo come affrontare la crisi; c'è chi si preoccupa solo di assicurare i mercati, c'è chi ritiene invece di doversi battere per la difesa dei diritti. Ebbene, finora l'Europa si è limitata a prendere atto delle tensioni esistenti senza avere una strategia per venire a capo di essi.

E' un'Europa, quella attuale, che arretra di fronte alle grandi sfide che una crisi economica così difficile e prolungata impone, che non pare in grado di mettere in discussione il proprio modello di sviluppo. È una Europa paurosa, nella quale si moltiplicano sempre più le ossessioni securitarie. Essa non riesce a affrontare la crisi ripensando al rapporto tra i paesi del Nord e centro Europa ed i paesi del sud, così come non riesce a far sentire la propria voce di fronte ai preoccupanti segnali, che emergono da alcuni paesi in cui il rifiuto di accettare i vincoli che lo Stato di diritto impone comporta rischi di involuzioni autoritarie. L'Europa finora si è limitata a prendere atto in questo senso delle riforme costituzionali che stanno stravolgendo il tessuto democratico di paesi come l'Ungheria e Romania che pur avevano superato gli esami di affidabilità democratica a cui furono sottoposti per entrare nella Unione europea, ma che adesso stracciano disinvoltamente gli impegni a suo tempo sottoscritti.

Anche di fronte a questi problemi l'Europa è costretta a fare di necessità virtù. Essa così dimostra al mondo di non potere più essere, in tempi di crisi, il continente della democrazia e dei diritti. Ben altra reazione si era avuta negli anni scorsi di fronte alle predicazioni xenofobe di Haider, governatore della Carinzia.

Insomma ,si parla di unità politica dell'Europa, ma concretamente ogni giorno si possono misurare gli arretramenti che si compiono sul piano della cultura dei diritti e della pratica democratica.

Ma l'Europa dimostra tutta la propria debolezza, tutta la propria impotenza anche in politica estera.

L'Europa vent'anni fa, all'indomani della caduta nei muri, inseguiva il sogno di diventare attore globale, forte della conseguita unità tedesca e dall'allargamento dei suoi confini verso i paesi dell'Europa dell'est.



**Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna**

Si candidava ad essere il laboratorio di un modello di “governance parziale” della globalizzazione, in quanto macroregione in grado di fare coesistere diverse identità nazionali all'interno di una organizzazione di stati che tendeva a divenire un vero e proprio stato federale. Riteneva, l'Europa di vent'anni fa, forte delle sue tradizioni di patria dei diritti, di potere contaminare con la sua cultura costituzionale paesi usciti da dittature durissime e prolungate, riuscendo a conciliare libero mercato e tutela del lavoro, massima occupazione e diritti dell'ambiente, stabilità politica e diritti della partecipazione democratica. Attraverso la Commissione di Venezia ha assistito i paesi dell'est che passavano dalla dittatura alla democrazia senza assumere un piglio imperialista e senza pretendere un adeguamento repentino dei nuovi regimi alle tradizioni costituzionali europee.

È stato un momento magico quello per l'Europa. Ogni traguardo sembrava a portata di mano.

Il grande contributo che essa dava ai paesi dell'est europeo che venivano a ricongiungersi all'Europa, non pareva peraltro doverla distogliere dai doveri storici a cui riteneva di potere adempiere verso i paesi della sponda sud del mediterraneo, soprattutto da quando essa si era allargata verso sud con l'ingresso prima di Spagna e Portogallo, e poi della Grecia, di Malta e di Cipro. Gli accordi di associazione con paesi come la Tunisia, e poi l'avvio del processo di europaerariato con la Conferenza di Barcellona (1995) sembravano peraltro gli atti concreti di una politica mediterranea che assumeva i paesi della sponda sud come interlocutori necessari, per i forti storici legami da essi stabiliti con l'Europa, e non dei normali partner da coinvolgere in un politica di vicinato, come quella che si rivolgeva ai paesi dell'est non candidati ad entrare nell'UE. In questo senso l'avvio della istruttoria per l'ammissione della Turchia nell'UE costituiva un atto dal forte valore simbolico indirizzato all'intero mondo musulmano.

L'attacco alle “due torri”, la passiva condivisione delle guerre per la democrazia dichiarate dai Bush jr. ,che dovevano costituire atti di doverosa solidarietà verso popolazioni oppresse e non guerre “imperiali” ,e infine, la crisi economica hanno visto il prevalere dell'Europa della paura sull'Europa del coraggio e della grande progettualità. L'Europa si è mossa rispondendo ad impulsi emotivi, sentendosi aggredita nelle sue certezze: la certezza di un benessere prodotto da un capitalismo in grado di garantire processi di accumulazione



**Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna**

inesauribili, la certezza di una identità culturale in grado di assorbire le culture diverse delle comunità di immigrati che sceglievano di vivere nei suoi territori, e che adesso venivano vissute come una minacciosa certezza di potere usare i territori della sponda sud come luoghi di sfruttamento di materie prime acquisite a basso prezzo così da consentire ai cittadini europei di vivere al di sopra delle proprie possibilità.

L'Europa ha avuto paura di tante incertezze, di un destino oscuro, degli extracomunitari, soprattutto se islamici percepiti come potenziali nemici decisi a destabilizzare la sua tranquillità, la sua sicurezza dentro i propri confini e fuori di essi. E si è chiusa, come sempre le è accaduto di fare nei momenti di difficoltà, al mondo esterno, al mondo delle diversità che accoglie nel proprio seno, divenendo così culturalmente più povera, mortificando le proprie tradizioni di libertà e facendo prevalere le tendenze razziste provenienti da una destra politica che alimenta a fini elettoralistici l'allarme sociale prodotto dalla società multietnica.

La storia europea del secondo millennio insegna che proprio nei momenti di chiusura l'Europa ha registrato una preoccupante decadenza, creando le condizioni per l'emergere del nazionalismo guerrafondaio e di una condizione di isolamento internazionale. I tempi di splendore della civiltà europea sono invece legati alle aperture che si sono avute nel continente nei confronti delle altre civiltà e che hanno consentito l'emergere di società pluraliste, la coesistenza pacifica di diverse religioni, in grado di garantire il progresso culturale e lo sviluppo economico.

È paradossale che l'Europa disconosca oggi le tradizioni dello Stato sociale nato nel continente proprio nel momento in cui gli Stati Uniti del Presidente Obama rifiutano i miti di un neoliberismo egoista per dare protezione a chi non ha mai potuto sperimentare, così come è avvenuto da più di un secolo in Europa, il senso di sicurezza che solo uno stato "compassionevole" può dare agli individui. Nella campagna elettorale che l'ha visto opposto al liberista Romney, che difendeva i privilegi dei ricchi contro i diritti dei poveri ritenuti un peso insostenibile per la nazione, Obama ha spiegato che i diritti sociali sono diritti fondamentali perché consentono alla persona di realizzarsi non solo nella sua relazione con gli altri esseri umani ma come membro di un gruppo sociale che va salvaguardato nella sua articolazione; che i diritti sociali sono necessario complemento dei diritti civili e delle libertà dal momento che nessuno può fruire di essi senza un minimo di sicurezza sociale. Non c'è una

vera libertà se si assume lo Stato come antagonista che si estranea dalla condizione umana, ma solo se si può contare sull'aiuto dello Stato per esercitare i diritti.

Se l'austerità finanziaria dovesse essere fine a se stessa e non finalizzata alla crescita economica nel contesto delle sistema europeo, il rischio è che via via si “rompano” non soltanto i paesi che dalle agenzie di rating vengono giudicati come paesi deboli e inaffidabili, ma anche i paesi che hanno un rating da tripla AAA. E a poco vale ,sul piano internazionale, il rafforzamento della fiducia nell'euro se all'interno degli Stati europei prevale il disordine sociale che inevitabilmente porta alla instabilità politica. Uno Stato sociale vitale è essenziale per la crescita, che non può venire soltanto dal rigore finanziario. Ma la vitalità dello Stato sociale, che deve essere patrimonio comune di tutti i paesi europei, costituisce un elemento non secondario di impulso dello stesso processo di integrazione. E compito dell'Europa non è quello di deprimere gli sforzi che gli Stati fanno per conseguire questi risultati imponendo tagli lineari alla spesa sociale - perché i tagli lineari contraddicono con il principio dell'eguaglianza sostanziale che rappresenta il presupposto di tutti i diritti che connotano una democrazia emancipante - ma di fornire adeguati sostegni a quanto gli Stati già fanno per garantire le politiche della solidarietà.

L'Europa nei decenni scorsi si candidava al ruolo di attore globale, in grado di influire sulle decisioni da cui dipendeva la pace e l'ordine sociale del pianeta, e soprattutto a fare ciò in primo luogo nella regione mediterranea. Oggi, invece, l'Europa nel Mediterraneo conta poco pur in presenza di eventi che potrebbero avere conseguenze straordinarie sul futuro della regione e del continente africano. Le rivolte per la libertà verificatisi nei paesi della sponda sud via via paiono ignorate, sminuite nel loro significato da uno scetticismo che porta a guardare a quel mondo utilizzando stereotipi che avevano ragion d'essere ai tempi dei dittatori corrotti, amici dell'Occidente. Nel momento in cui sembra prevalere nei paesi arabi teatro delle rivolte una sincera voglia di libertà e di apertura verso l'Occidente più vicino, l'Europa si chiude, non erige ponti che possono favorire il dialogo ma muri per blindare le frontiere all'emigrazione tutta, quella legale e quella illegale. Il ricatto della destra populista ha avuto buon gioco nell'imporre una politica ostile al confronto tra le culture e al riconoscimento dell'identità. Non si parla più di un'alternativa mediterranea possibile al modello di sviluppo euroatlantico. L'Europa politica non è alle viste, mentre si realizza un'Europa preoccupata di



**Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna**

garantire l'ordine pubblico alle proprie frontiere, di limitare la libertà degli immigrati che sono diventati frattanto cittadini europei, soprattutto se è essi fanno parte della comunità dell'islam d'occidente. La società europea ha paura di uno sviluppo dei paesi della sponda sud del Mediterraneo perché questo sviluppo la potrebbe rendere più povera.

Di fronte a questi fenomeni, c'è bisogno di una paziente opera di ripoliticizzazione della società europea; da ciò dipende il futuro dell'Europa. Ma se l'Europa è soltanto una potenza che dà il meglio di se nella difesa di una moneta, è molto difficile che essa possa rivendicare con successo il ruolo di attore globale e soprattutto che i diritti dei propri cittadini possano essere difesi in forme tali da farli sentire cittadini europei.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna

CRISI ECONOMICA E CRISI COSTITUZIONALE IN EUROPA*

Francisco Balaguer Callejón

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet ad personam de Derecho Constitucional Europeo y Globalización

1. Il contesto costituzionale della crisi economica. Il significato della democrazia pluralista

La prima questione che deve essere affrontata è quella del contesto costituzionale anteriore allo scoppio della crisi economica, al fine di verificare ciò che realmente stiamo perdendo, non tanto a causa della crisi, quanto della ricostruzione ideologica che di essa si sta fornendo in Europa¹. Nello spazio costituzionale europeo, il principio di democrazia pluralista si era infatti affermato, sin dalla metà del secolo scorso, quale fondamento di tutti i sistemi costituzionali nazionali. In particolare, nei sistemi caratterizzati dalla presenza di una Costituzione normativa, sulla matrice comune del costituzionalismo – basata sulla limitazione del potere pubblico e sulla garanzia dei diritti – si era innestato un cambiamento storico che rendeva possibile la piena identificazione del “diritto costituzionale” come disciplina giuridica con un oggetto ben definito: le Costituzioni a carattere normativo fondate sulla democrazia pluralista. Pluralismo e normatività della Costituzione sono in rapporto di mutua implicazione poiché la democrazia pluralista esige, e al tempo stesso rende possibile, che la Costituzione risolva i problemi fondamentali della società attraverso il diritto.

Ciononostante, in alcuni sistemi costituzionali le funzioni essenziali riconducibili al costituzionalismo si sono potute realizzare senza la mediazione del diritto: tale assenza, in particolare, non ha impedito la garanzia dei diritti e la limitazione del potere politico sulla base di una formula di convivenza aperta al pluralismo. In altri sistemi, tuttavia, ragioni di carattere storico hanno reso impossibile una articolazione meramente politica del conflitto, ed il riconoscimento costituzionale della democrazia pluralista – unitamente al controllo del

* Traduzione dal castigliano di Angelo Schillaci.

¹ Alcune delle questioni che formano oggetto del presente lavoro sono state trattate nel mio precedente scritto: *El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional*, en *Estudios em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*, Coimbra, in corso di stampa.

potere della maggioranza – ha rappresentato il presupposto necessario di una formula costituzionale idonea a realizzare la funzione del diritto come strumento di soluzione dei conflitti e pacificazione sociale.

Simile trasformazione ha comportato, tra l'altro, una riformulazione del costituzionalismo liberale nel senso di un ampliamento del catalogo dei diritti in armonia con il principio dello Stato sociale²; di conseguenza, viene ridefinito il ruolo del potere pubblico in relazione ai diritti³, mentre si profilano congegni costituzionali idonei a condizionarlo anche giuridicamente.

Le Costituzioni normative segnano una fase nuova nello sviluppo del costituzionalismo proprio perché legano in maniera indissolubile il concetto di costituzione con l'idea di democrazia impedendo così, sul piano teorico, lo svuotamento del principio dello Stato di diritto, che diviene inapplicabile ad uno Stato non democratico. In altre parole, solo la democrazia rende possibile la piena soggezione dello Stato al diritto. Sul piano costituzionale, sebbene non ogni Costituzione democratica debba essere necessariamente normativa, non è immaginabile una Costituzione normativa che non sia democratica.

La democrazia pluralista si configura così come una preconditione della normatività della Costituzione, dal momento che il carattere normativo della Costituzione acquista significato solo sulla base del riconoscimento del pluralismo e del conflitto. Le norme giuridiche sono infatti essenzialmente fattori di ordine sociale destinati a gestire e pacificare conflitti potenziali, garantendo così la certezza del diritto e la pace sociale. A livello

² Cfr. il classico e pionieristico lavoro di HELLER, *Rechtsstaat oder Diktatur?* (Stato di diritto o dittatura?, 1929), nella raccolta di scritti dello stesso A. *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985. Sul principio dello Stato sociale, nella dottrina spagnola, cfr. DE CABO, *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986; GARCÍA PELAYO, *El Estado social y sus implicaciones* (1975), ora in ID. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, 4ª ed., Madrid, 1984; LÓPEZ LÓPEZ, *Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular*, in *Quaderni Fiorentini*, 25, 1996; JIMÉNEZ CAMPO, voce *Estado social y democrático de Derecho*, in GONZÁLEZ ENCINAR (a cura di), *Diccionario del sistema político español*, Akal editor, Madrid, 1984, come anche il mio lavoro *A dimensão constitucional do Estado social de Direito na Espanha*, in *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 2, Porto Alegre, 2008.

³ A proposito dei diritti sociali, cfr. GOMES CANOTILHO, *Metodología fuzzy y camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales*, in *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 6, 1998, pp. 35-50, nonché ID. *Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 1, 1988, pp. 239-260. Cfr. anche il lavoro ormai classico di HÄBERLE *Grundrechte im Leistungsstaat* (1971), ora in ID. *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/Ts., 1980.

costituzionale, il diritto assume il compito di risolvere conflitti fondamentali, i quali – al di fuori della cornice di una Costituzione normativa capace di gestirli – potrebbero rendere ardua, o addirittura impossibile la convivenza. Nelle società europee del dopoguerra tali conflitti sono stati articolati in un grande patto sociale (attorno alla formula di convivenza dello “Stato sociale di diritto”) che comprendeva, allo stesso tempo, un grande patto democratico (Stato costituzionale di diritto)⁴.

Entrambi gli elementi (sociale e democratico), già messi in discussione a partire dalla fine del XX secolo, hanno conosciuto un forte indebolimento nella prima decade del XXI secolo, entrando poi radicalmente in crisi per effetto dell'attuale situazione economica: in tale contesto, infatti, le risposte ai problemi di origine finanziaria prescindono dal circuito democratico e presentano un forte carattere antisociale, come si è visto, in maniera drammatica, a partire dal 2011.

A seguito degli ultimi sviluppi – che saranno oggetto del presente lavoro – si assiste, nello spazio pubblico europeo, all'affermazione di un preciso approccio ideologico alla crisi che sembra condurre inesorabilmente alla limitazione del pluralismo e all'indebolimento dell'obiettivo della giustizia sociale. Tale approccio si basa su posizioni di determinismo economico, secondo le quali la crisi può essere affrontata solo perseguendo soluzioni basate sull'equilibrio di bilancio ottenuto attraverso la riduzione della spesa pubblica e la restrizione dei diritti sociali, unitamente a riforme legislative fortemente restrittive dei diritti in materia di lavoro.

A preoccupare, dal punto di vista costituzionale, non è solo la natura delle misure che si tenta di imporre, ma il fatto che siano prospettate come unica alternativa possibile nel contesto della crisi economica. Simile approccio è evidentemente fallace ed ha conseguenze perverse: la limitazione del pluralismo, l'impossibilità di prospettare alternative democratiche e la strumentalizzazione dei meccanismi giuridici e costituzionali. In definitiva, perdono ogni valore il principio democratico e lo Stato di diritto.

⁴ Sicché è possibile affermare, con DE CABO, che la crisi dello Stato sociale comporta la crisi dello stesso Stato democrático e di diritto. Cfr. op. cit., pp. 10, 57.

2. La fallace ideologia della crisi

L'economia è, con ogni probabilità, l'unica delle scienze sociali che conserva la pretesa di predire con esattezza l'evoluzione delle condizioni e delle dinamiche che attengono al suo oggetto di studio, vale a dire i comportamenti sociali in ambito economico. Tale pretesa ha caratterizzato peraltro l'insieme delle scienze sociali nella prima fase di sviluppo del costituzionalismo – come ha notato García Pelayo – nel tentativo di estendere a tali discipline le acquisizioni proprie delle scienze naturali, determinando l'insorgere di un concetto di legge giuridica modellato su quello di legge naturale⁵.

Solo l'economia – come disciplina scientifica – mantiene attualmente tale aspirazione e ciò spiega l'atteggiamento di taluni osservatori, che prospettano le proprie soluzioni alla crisi come le uniche possibili. Dal punto di vista scientifico, ciò non è corretto, come dimostra il fatto che, in altri settori, vengano prospettate alternative differenti. Inoltre, quando un simile approccio viene tradotto in termini politici, le sue conseguenze sono assolutamente perniciose, promuovendo una restrizione delle alternative democratiche, basata su una premessa inaccettabile, vale a dire l'idea che esista un solo percorso per uscire dalla crisi economica nel contesto globale⁶.

⁵ “El mismo papel que desempeña la ley científica en el mundo del espíritu lo desempeñará la ley jurídica en el mundo del Estado. Lo mismo que la ley científica comienza por disolver el mundo abigarrado de las representaciones falsas, así también la ley jurídica es en sus comienzos disolvente; disolvente del mundo abigarrado de los antiguos vínculos estamentales, comarcales, de la autoridad por la gracia de Dios y de los privilegios que otorgaba la tradición; lo mismo que la ley científica es precedida de una actitud analítica, así también la ley jurídica, por estar, además, inserta en una concepción individualista de la sociedad, desintegra las antiguas instituciones hasta sus últimos elementos, hasta los individuos componentes o hasta una suma de competencias o un haz de derechos subjetivos; pero, del mismo modo que tras el trabajo de análisis viene el de síntesis, así también, correlativo al trabajo de disolución, va el de reducción a unas cuantas normas simples, hasta hacer surgir una nueva estructura social y política”; così GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, ristampa della 7ª ed. (1961), Madrid, 1984, p. 70.

⁶ Come segnala Eli Diniz, l'enfasi unilaterale sugli aspetti economici nel contesto della globalizzazione conduce ad un equivoco: “Se trata del presupuesto de un automatismo ciego del mercado globalizado. El proceso estaría sometido a una lógica férrea, a la que todos los países deberían ajustarse de modo ineludible y según un recetario único. El enfoque de carácter economicista implica, pues, una visión determinista, ya que el orden mundial se percibe como sometido a una dinámica incontrolable, de efectos inexorables, lo que, en última instancia, descartaría la existencia de alternativas viables. Efectivamente, si el proceso de globalización se presenta como inevitable, independiente de la intervención humana, adaptarse a esta dinámica de forma imperativa se convierte en la única salida posible. Esta adaptación es, no obstante, un *constructo* político en sí misma” (Cfr. DINIZ, *El Post-Consenso de Washington: globalización, Estado y gobernabilidad reexaminados*, IELAT (Instituto de Estudios Latino Americanos), DT.04.09, junio de 2009, p. 8).

Le differenze di approccio al problema tra gli stessi economisti mostrano chiaramente che non esiste un solo percorso per uscire dalla crisi e che la politica seguita in Europa, su impulso dei cosiddetti “mercati” e dei due Stati che attualmente hanno una posizione di preminenza nell’Unione, è solo una tra le molte possibili. I promotori di tali politiche tendono tuttavia a presentarle come le uniche possibili, tentando di giustificare con argomenti di scienza economica una sostanziale riduzione delle alternative democraticamente perseguibili.

La Costituzione pluralista individua la cornice all’interno della quale sono possibili diverse alternative di scelta in un sistema democratico: la limitazione di tali alternative è, pertanto, un fattore di natura costituzionale, che può essere determinato dalla stessa Costituzione o dal potere costituente, in casi eccezionali e per salvaguardare i valori fondamentali che sostengono il sistema democratico e la garanzia dei diritti.

Tale pretesa limitazione del pluralismo nasconde un’operazione ideologica basata su due errori. Da un lato, si attribuisce la responsabilità della situazione economica all’eccessiva spesa pubblica e al debito di determinati paesi, come la stessa Spagna; d’altro canto, si ritiene che l’unica possibilità di uscita dalla crisi consista nell’equilibrio di bilancio e nella contestuale riduzione della spesa pubblica in materia sociale.

Con riferimento al primo errore, bisogna affermare che, dal punto di vista economico, la sfiducia dei mercati nei confronti della Spagna non ha alcuna giustificazione obiettiva, come rivelano i numerosi studi economici nei quali si mettono a confronto la situazione della Spagna e quella del Regno Unito, individuando nell’appartenenza all’Eurozona la motivazione principale del trattamento che i mercati stanno riservando alla Spagna, laddove gli indicatori economici giustificerebbero un trattamento ben diverso. Nel caso spagnolo, la crisi non è stata prodotta dalla spesa sociale ma, originata dalla cd. “bolla” immobiliare, è stata aggravata dall’incapacità – derivante proprio dall’appartenenza all’Eurozona - di rispondere agli attacchi degli speculatori finanziari⁷.

In questa prospettiva, senza voler negare che esista – in Spagna come in altri paesi – un eccessivo deficit di bilancio e che sia necessario ridurre il debito pubblico, appare chiaro

⁷ Cfr. al riguardo lo studio di DE GRAUWE *The Governance of a Fragile Eurozone* (http://www.econ.kuleuven.be/ew/academic/intecon/Degrauwe/PDG-papers/Discussion_papers/Governance-fragile-eurozone_s.pdf).

che non sono queste le ragioni degli attacchi degli speculatori. Al contrario, esse vanno ricercate nell'appartenenza all'Eurozona che, ad esempio, ha impedito alla Spagna di “difendersi” attraverso la propria Banca centrale, come avviene nel Regno Unito per opera della Bank of England. Priva di controllo sulla propria moneta, a differenza del Regno Unito la Spagna non può ricorrere all'indebitamento sovrano ed è divenuta – come ha osservato condivisibilmente Paul Krugman – un “prigioniero” dell'Eurozona⁸. Solo la Banca centrale europea è in grado di rimediare alla situazione, ma non lo ha fatto.

La prova del fatto che il problema di fondo risiede nelle politiche della BCE si ricava dall'alleggerimento di tensione derivato – in relazione alla situazione italiana e a quella spagnola (con l'aumento dello “spread”) – dall'iniziativa di Mario Draghi di prestare denaro a basso interesse alle banche europee. Denaro che esse utilizzano, peraltro, per acquistare debito sovrano, contribuendo alla diminuzione dello “spread” ed ottenendo un beneficio importante. In questo momento, infatti, i cittadini spagnoli e italiani stanno pagando interessi molto elevati alle banche in relazione al prestito di denaro pubblico realizzato dalla BCE: le banche, in altre parole, ricevono denaro all'1% di interesse, ma guadagnano molto nell'acquisto di debito sovrano. Una soluzione senz'altro ingegnosa, che però avvantaggia unicamente le banche private e non risolve il problema di fondo.

Il secondo errore fondamentale – accanto a quello, appena visto, consistente nell'attribuire la responsabilità della crisi a paesi che, in realtà, sono vittime della loro appartenenza all'Eurozona – risiede nell'affermare che l'equilibrio di bilancio possa essere raggiunto solo attraverso il taglio della spesa sociale. La falsità di tale affermazione risulta con chiarezza, sol che si pensi alle importanti entrate che potrebbero realizzarsi attraverso l'aumento della pressione fiscale o un'intensificazione della lotta all'evasione⁹.

In relazione a qualunque intervento statale di natura fiscale, si afferma comunemente che lo Stato non ha la capacità, nel contesto della globalizzazione, di agire nei confronti di imprese che – pur essendo nazionali – presentano una dimensione globale e sono in grado di eludere gli obblighi fiscali in molti modi. Anche di tale argomento sono possibili

⁸ Cfr. l'articolo di KRUGMAN in *'The New York Times'*, del 28 novembre 2010, dal titolo *The Spanish Prisoner* (cfr. anche quello dell' 11 settembre 2011, dello stesso A. e con lo stesso titolo).

⁹ Nel caso spagnolo, si stima che l'evasione fiscale ammonti ad una percentuale di PIL tra il 20% e il 25%. Cfr.: <http://www.attacmadrid.org/d/11/090901191623.php>.

confutazioni. Tra le più recenti, si può ricordare l'esempio del caso "Inditex"¹⁰ o la proposta elettorale di Nicolas Sarkozy di revocare la cittadinanza francese a coloro che si trasferiscono all'estero per motivi fiscali, a meno di corrispondere all'erario la differenza corrispondente al guadagno realizzato attraverso l'elusione del fisco francese¹¹.

Certo, la lotta contro l'evasione fiscale non è facile nel contesto della globalizzazione. Ma è un percorso senz'altro possibile, benché alcuni governi preferiscano rinunciare a seguirlo, ricorrendo a misure come l'amnistia fiscale (la cui effettiva ricaduta positiva in termini di entrate è più che discutibile) che, peraltro, arrecano un danno non indifferente alla stessa credibilità delle politiche di contrasto dell'evasione¹².

In ogni caso, l'ideologia della crisi sta ottenendo il risultato di imporre la convinzione che non ci sia spazio per politiche fiscali differenti o per politiche di investimento. Il pluralismo costituzionale entra così in sofferenza, con la limitazione dei diritti sociali e del diritto al lavoro: questa viene ritenuta l'unica soluzione possibile, senza alternative democratiche di alcun tipo, fino al punto di consacrare tale opzione negli stessi testi costituzionali, per scongiurare qualunque approccio "eterodosso", attraverso politiche pubbliche differenti.

Allo stesso tempo, non si ammette la possibilità che sia l'Unione europea a reagire di fronte alle prevaricazioni del mercato e degli speculatori finanziari. In altre parole, non si aggrediscono le cause che hanno prolungato, aggravandola, la crisi economica, ma di quest'ultima si approfitta per imporre una determinata opzione politica.

Così, molti Stati europei appaiono oggi inermi, nel contesto della crisi economica, di fronte alle istanze globali che danneggiano la loro economia: si tratta di una autentica guerra economica, i cui obiettivi sono stati già da qualche anno caratterizzati – in modo invero poco

¹⁰ Quest'impresa spagnola, leader mondiale nel suo settore, dopo la diffusione sulla stampa della notizia che si era trasferita in Irlanda a fini fiscali, in relazioni a transazioni online, annunciò che dal gennaio 2012 avrebbe pagato tali imposte in Spagna. Cfr.: http://economia.elpais.com/economia/2011/09/15/actualidad/1316071978_850215.html.

¹¹ Cfr.: <http://www.elperiodico.com/es/noticias/internacional/sarkozy-propone-gravar-quienes-fijen-residencia-fiscal-extranjero-1536361>.

¹² Come è avvenuto con l'attuale governo spagnolo. Cfr.: http://economia.elpais.com/economia/2012/03/30/actualidad/1333111096_251883.html.

rispettoso, come “PIGS” (maiali, in inglese), dalle iniziali inglesi dei loro nomi: Portogallo, Italia (e Irlanda), Grecia e Spagna.

L'Unione europea, governata in questo processo esclusivamente da Francia e Germania, anziché far fronte - con i necessari mezzi finanziari, con misure di contrasto alla speculazione e con la promozione di una regolazione globale - alla guerra economica mossa nei confronti dell'euro, si è agganciata alla logica dei mercati, imponendo condizioni sproporzionate agli Stati membri “sotto attacco”.

3. Un dramma in tre atti

Gli effetti della tensione costituzionale tra un potere politico sempre più limitato, un potere economico senza freni ed istituzioni sopranazionali disorientate ed incapaci si sono mostrati molto chiaramente nei più recenti sviluppi della crisi nei quattro stati membri “meridionali” dell'Unione, già nel mirino della speculazione finanziaria: Portogallo, Italia, Grecia e Spagna. Nel caso del Portogallo, la crisi di governo del 2011 ha segnato un significativo mutamento di rotta nell'ancor breve storia del processo di integrazione. La politica europea, infatti, non solo è stata indirettamente responsabile della caduta del governo ma, all'indomani della crisi di governo, i *leaders* europei, guidati dal Presidente dell'Eurogruppo Jean Claude Juncker hanno affermato che – indipendentemente l'esito delle elezioni – il Portogallo avrebbe dovuto procedere alle riforme strutturali e soprattutto ai tagli previsti¹³. Così, nelle elezioni legislative del giugno successivo, agli elettori portoghesi non era lasciata alcuna autonomia decisionale: le decisioni erano state già prese fuori dal Portogallo e, a fugare ogni dubbio, intervenne la successiva richiesta di aiuto.

Un simile quadro, in realtà, non sorprende, perché così ha sempre funzionato, seguendo il modello fondativo, il processo di integrazione europea. Attraverso il trasferimento di processi decisionali a livello europeo, infatti, si è perseguito e raggiunto l'obiettivo di ridurre, se non addirittura di nascondere, i conflitti sociali e politici interni, eludendo il processo democratico. La democrazia pluralista si è così andata indebolendo all'interno degli

¹³ Cfr. 'El País' del 25 marzo de 2011: http://www.elpais.com/articulo/economia/Juncker/Gobierno/quien/gobierno/Portugal/tendra/hacer/recortes/elpepueco/20110325elpepueco_1/Tes.

Stati membri, proprio perché si è progressivamente limitata la possibilità di alternative, consustanziale alla nostra forma di comprensione del costituzionalismo democratico contemporaneo.

La crisi portoghese segna un pietra miliare nella perdita di qualità democratica delle dinamiche politiche e istituzionali negli Stati europei dal momento che, per effetto di un simile meccanismo di influenza non solo si è reso esplicito – di fronte alla cittadinanza – l'assioma secondo cui “ferma la scelta sulla composizione e l'orientamento del governo nazionale, le politiche si decidono in Europa” ma la situazione si è ulteriormente aggravata: se finora, infatti, l'argomento europeo assumeva la funzione di espediente formale per legittimare politiche nazionali sgradite, nel momento attuale l'influenza europea è una realtà¹⁴. Risulta infatti evidente che molti Stati europei non possiedono più la capacità di assumere decisioni concertate in Europa e si vedono obbligati a seguire politiche imposte in sede europea, con ciò mettendo in discussione il senso più profondo dell'assetto democratico degli Stati nazionali in seno all'Unione.

L'esercizio del potere politico per decidere non già il cambio di governo in uno Stato membro – la crisi, in Portogallo, era stata determinata dalla difficoltà di applicare un programma imposto in sede europea – ma le stesse politiche che tale Stato deve applicare, indipendentemente dall'esito delle elezioni, rappresenta un elemento di straordinaria rilevanza nell'articolazione della tensione tra Stato democratico, potere economico globalizzato ed istituzioni sopranazionali. Si tratta, evidentemente, di un fattore rilevante sul piano costituzionale, suscettibile di individuare una nuova norma fondamentale, in senso kelseniano, in relazione al titolare del potere ultimo sulla configurazione di un ordinamento giuridico, specie con riguardo all'eliminazione delle alternative, tipiche di un sistema democratico.

Una volta che lo Stato nazionale è stato subordinato ad un potere esterno, non chiaramente definito ma capace di limitare le condizioni costituzionali di esercizio del potere politico, appare comprensibile il “secondo atto” del dramma costituzionale europeo, vale a dire la formalizzazione specifica di tale potere esterno come potere costituente all'interno

¹⁴ V. *infra*, par. 4. *La dimensione europea della crisi costituzionale*.

dello Stato. Ciò è avvenuto in Spagna con l'ultima riforma della Costituzione¹⁵, che precede le altre e più rilevanti riforme che dovranno seguire, in applicazione del Trattato di stabilità, coordinamento e *governance* nell'Unione economica e monetaria¹⁶. Nel caso spagnolo, non c'era ancora accordo sulla stipula di un nuovo Trattato, né un'iniziativa delle istituzioni europee (un dibattito in seno al Parlamento o al Consiglio) che potesse legittimare una modifica della Costituzione, ma unicamente prese di posizione informali da parte di autorità europee – peraltro sprovviste di competenza in tal senso – giunte a “raccomandare” a due Stati membri l'approvazione di riforme costituzionali¹⁷ al fine di “placare l'ira” dei mercati¹⁸.

La promozione di tali riforme si è cioè affidata ad un potere di mero fatto, che si manifesta attraverso le dichiarazioni alla stampa da parte di *leaders*, contatti informali o lettere di “raccomandazioni” da parte del Governatore della BCE. A fronte all'assenza di formali attribuzioni dell'Unione in tal senso, in questo, come in altri casi, si è deciso di ricorrere a procedimenti informali che vanno ben al di là delle competenze dell'Unione, mettendo peraltro in discussione principi fondamentali del processo di integrazione europea come il principio delle competenze di attribuzione o il principio di sussidiarietà.

¹⁵ Riforma dell'art. 135 Cost. spagnola, 27 settembre 2011 (BOE del 27-9-2011).

¹⁶ Cfr.: http://european-council.europa.eu/media/639250/02_-_tscg.it.12.pdf.

¹⁷ Nelle parole della lettera datata 5 agosto 2011 ed inviata da Mario Draghi e Jean-Claude Trichet (rispettivamente Governatore entrante e uscente della BCE) al Presidente del Consiglio dei Ministri italiano, pubblicata dal '*Corriere della Sera*' il 29 settembre 2011 (online su: http://www.corriere.it/economia/11_settembre_29/trichet_draghi_inglese_304a5f1e-ea59-11e0-ae064da866778017.shtml?fr=correlati): “In view of the severity of the current financial market situation, we regard as crucial that all actions listed in section 1 and 2 above be taken as soon as possible with decree-laws, followed by Parliamentary ratification by end September 2011. A constitutional reform tightening fiscal rules would also be appropriate”.

¹⁸ La pretesa di “calmare” i mercati con riforme costituzionali e legislative non appare appropriata in relazione alla guerra spietata che gli speculatori finanziari stanno conducendo contro l'euro. Una guerra che sta garantendo loro benefici economici rilevanti e che non sembra essere stata mai arrestata da simili riforme. Ad esempio, dopo la riforma della Costituzione spagnola, lo “spread” è salito. Si dovrebbe dubitare del fatto che i mercati siano al corrente della circostanza che la Spagna possiede qualcosa di così stravagante come una Costituzione democrática (si ricordi che molti degli speculatori provengono da Paesi autoritari, e ciò spiega molte cose). Una buona prova di ciò è data dal fatto che, il 19 ottobre 2011, una agenzia di *rating* diffuse una nota sulla “Repubblica di Spagna”, provocando così la sorpresa generale: <http://www.expansion.com/2011/10/19/mercados/1319060457.html?a=3b0ec98442bd89b11495f60da8e9f5f2&t=1333818311>.

La riforma spagnola – attraverso la quale l'UE “entra dalla finestra” nella Costituzione¹⁹ - ha seguito un procedimento assai rapido, caratterizzato dall'accordo tra governo e principale partito di opposizione e dall'assenza di referendum (in questo caso, facoltativo), nel timore che il coinvolgimento della cittadinanza potesse generare instabilità nei mercati. La negazione del referendum conferma, se mai ve ne fosse bisogno, l'indebolimento della democrazia nello spazio pubblico nazionale. La sola eventualità di sottoporre a referendum una revisione della Costituzione – atto democratico fondamentale – è vista con sfiducia e sospetto²⁰.

Diviene comprensibile, allora, come il terzo atto del dramma abbia preso le mosse dal momento in cui il Primo Ministro greco ha proposto la celebrazione di un referendum in merito al secondo “piano di salvataggio”²¹. Il solo annuncio della possibile convocazione di un referendum ha risvegliato i più bassi istinti del mercato, provocando al tempo stesso l'aspra reazione dei *leaders* europei. Ad esempio, il Presidente francese Sarkozy dichiarò che “sebbene sia legittimo concedere al popolo la possibilità di pronunciarsi, il piano di salvataggio greco approvato dall'Eurozona è l'unica soluzione possibile al problema del

¹⁹ Uno degli obiettivi della riforma, come indicato nella Relazione di accompagnamento è quello di “rafforzare l'impegno della Spagna nei confronti dell'UE”. Dunque, a partire da questo momento, la Costituzione spagnola offre un'immagine di Europa, finora assente dalla nostra Carta fondamentale. Si tratta, tuttavia, di una immagine che non soddisfa: i riferimenti all'UE sono relativi ai limiti imposti ai poteri pubblici nazionali (lo Stato e le Comunità autonome “non potranno”, l'ammontare del debito pubblico delle Amministrazioni “non potrà”). L'immagine appare, dunque, fortemente negativa: l'Europa che limita e proibisce, riducendo le possibilità di attuare politiche pubbliche di sviluppo sociale. Né, d'altra parte, può dirsi che si tratti di un'immagine che rafforza l'impegno spagnolo nei confronti dell'UE, allontanando i cittadini dall'idea di Europa, veicolando un modo di intenderla che appare incompatibile con i valori e i principi che ispirano la cultura costituzionale europea: un'Europa che limita e vieta, in luogo di una Europa che può offrire uno spazio di libertà, giustizia e solidarietà. Ciononostante, è l'immagine di Europa più in linea con il momento attuale. D'altro canto, dal momento che è stata proprio l'UE a stimolare tale riforma costituzionale (in assenza peraltro di una decisione adottata secondo le procedure stabilite dal diritto dell'UE), è comprensibile che – anche al di là delle intenzioni – la Costituzione restituisca un'immagine negativa dell'Unione: la stessa che peraltro, disgraziatamente, inizia a farsi strada tra i cittadini.

²⁰ La riforma dell'art. 135 Cost. è entrata in vigore lo stesso giorno della sua pubblicazione (27 settembre 2011). Nella relazione di accompagnamento, sorprendente per molti aspetti, vi è un richiamo allo Stato sociale come principio ispiratore della riforma medesima: “l'equilibrio di bilancio assume un valore strutturale, condizionando la stessa capacità di intervento dello Stato, in una con la conservazione e lo sviluppo dello Stato sociale proclamato all'art. 1.1 della stessa Costituzione, nonché la prosperità presente e futura dei cittadini”.

²¹ Cfr. El País del 31 ottobre 2011: http://economia.elpais.com/economia/2011/10/31/actualidad/1320049984_850215.html.

debito greco”²². Allo stesso modo, il presidente dell'Eurogruppo sostenne che la bocciatura referendaria del piano di salvataggio avrebbe provocato il “default” della Grecia²³.

Così, l'Unione europea decise di congelare gli otto miliardi di euro di prestito alla Grecia – corrispondenti al secondo piano di salvataggio – fino al superamento delle incertezze sul referendum, con la conseguenza di impedire la convocazione del referendum stesso, provocando la formazione di un governo di unità nazionale, con la sostituzione – l'11 novembre del 2011 – del Primo ministro Papandreu con un “tecnico”, nella persona dell'ex Governatore della Banca centrale greca e vicepresidente della BCE Lukas Papademos.

Anche in Italia, infine, si è avuta una crisi di governo, che ha portato alla sostituzione del Governo Berlusconi con un esecutivo “tecnico” guidato da Mario Monti, il 16 novembre del 2011: anche questo avvicendamento fu determinato dalla crisi del debito, dall'impennata dello “spread” fino a livelli assai elevati, unitamente alla diffusa sensazione che il Governo Berlusconi non fosse in grado di realizzare le riforme chieste dai mercati.

Tanto il governo greco quanto quello italiano hanno meritato l'appellativo di “tecnico”, con forti dubbi in merito alla loro legittimazione democratica. A tale proposito, poco si può dire, dal momento che entrambi sono stati nominati nel rispetto delle procedure democratiche stabilite in Costituzione. Diverso deve invece essere il giudizio sulla loro qualifica di “governi tecnici” e sulla contestuale presunta “sospensione della politica” a cui avrebbero dato luogo. In verità, non si tratta di governi tecnici, e la politica non è stata sospesa. Si tratta, e non potrebbe essere altrimenti, di governi pienamente “politici” che nascondono dietro il profilo tecnico l'autentica natura del compito che è stato loro affidato: l'imposizione di una politica ben determinata, con conseguente forte limitazione del pluralismo costituzionale.

4. La dimensione europea della crisi costituzionale

Il modello di integrazione seguito sinora in Europa²⁴ ha reso inutilizzabili le funzioni delle Costituzioni nazionali in un vasto ambito di esercizio del potere pubblico. Da un lato, il

²² Cfr.: <http://elperiodico.com/es/noticias/economia/sarkozy-insiste-que-plan-europeo-para-grecia-unica-via-posible-1204084>.

²³ Cfr.: http://economia.elpais.com/economia/2011/11/01/actualidad/1320136376_850215.html.

controllo del potere e la garanzia dei diritti costituzionali, resi più vischiosi dal trasferimento di decisioni in uno spazio europeo privo di cittadinanza²⁵. D'altro canto, la stessa funzione di gestione del conflitto interno è vanificata dallo stesso modello di integrazione, che trasforma il conflitto sociale e politico interno in istanza "nazionale" da far valere in sede europea²⁶.

Negli ultimi tre anni, ed in particolare nel corso del 2011, si è prodotta, come si è visto, una trasformazione importante nello schema di relazioni tra Unione europea e paesi della "zona Euro", particolarmente colpiti dalla crisi economica anche in conseguenza delle forti limitazioni che l'adozione della moneta unica impone alle singole politiche economiche. Fino ad ora, infatti, il modello di integrazione aveva consentito di imputare all'Europa politiche impopolari e restrittive in relazione ai diritti. Si trattava, tuttavia, di un mero espediente di carattere formale, giacché erano gli stessi Stati ad adottare tali decisioni in accordo con i propri partner in seno al Consiglio. Nel linguaggio economicista che caratterizza il discorso pubblico negli ultimi tempi, si potrebbe affermare che l'UE era la "banca cattiva" alla quale venivano trasferiti i "titoli tossici", liberando i governi nazionali da scomode responsabilità politiche ed altrettanto scomodi limiti di carattere costituzionale.

Al contrario, dall'inizio della crisi tale espediente formale è divenuto realtà, dal momento che allo stato attuale sono effettivamente le istituzioni europee, dirette dal tandem franco-tedesco, ad adottare le decisioni – talora anche al di fuori della cornice istituzionale dell'Unione – e ad imporre agli Stati politiche che i governi sono costretti a seguire anche senza aver partecipato al procedimento della loro adozione. Di fronte all'incapacità dell'Europa di risolvere i problemi derivanti dalla crisi, rispondendo unita agli attacchi degli speculatori finanziari, i governi nazionali dell'Eurozona non possono più trasferire i "titoli tossici" – ancora più tossici per la comune appartenenza all'Eurozona – in sede europea e, per

²⁴ Cfr. al riguardo il mio, *Le Corti Costituzionali e il processo di integrazione europea* in AA. VV., *Annuario 2006 - La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Jovene, Napoli 2010, pp. 257-308.

²⁵ Cfr. il mio *Federalismo e integração supranacional. As funções do Direito constitucional nos processos de integração supranacional no contexto da globalização*, in BARBOSA RAMOS (a cura di) *Constituição e federalismo no mundo globalizado*, EDUFMA, São Luis, 2011, pp. 24-47.

²⁶ Cfr. il mio *Diritto e giustizia nell'ordinamento costituzionale europeo*, in *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, a cura di CANTARO, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011.

la prima volta, scontano le conseguenze di un modello di integrazione che sino ad oggi li aveva favoriti.

Bisogna segnalare, innanzitutto, che l'indebolimento della Costituzione e della democrazia pluralista che ha interessato, negli ultimi mesi gli Stati europei non è un fatto nuovo. Già da molto tempo si assiste, a livello globale, al condizionamento delle politiche economiche nazionali da parte di soggetti esterni²⁷. In Europa, d'altro canto, l'esercizio di vero e proprio potere costituente da parte delle istituzioni europee in relazione agli Stati membri viene pacificamente ammesso²⁸, dando luogo ad una autentica frammentazione del potere costituente²⁹.

Più che di un cambiamento, potrebbe pertanto parlarsi di una ulteriore tappa di un processo evolutivo che sta provocando il progressivo indebolimento del potere statale, strutture costituzionali incluse. Nel caso europeo, questa "tappa" è caratterizzata da un approfondimento del deficit democratico del diritto costituzionale europeo nei suoi differenti livelli³⁰, che si manifesta nella diffusa disattenzione verso i processi interni di decisione, nonostante l'estrema rilevanza delle decisioni adottate a livello europeo.

Nei casi a cui si è fatto riferimento in precedenza (Portogallo, Spagna, Grecia e Italia), le linee di azione politica "raccomandate" dalle istituzioni europee non sono state precedute da un dibattito democratico in seno al Parlamento, né sono state adottate dal Consiglio

²⁷ Si ricordi il tanto discusso "Consenso di Washington" e i suoi effetti negativi sull'America Latina.

²⁸ P. Häberle parla di "europeizzazione" della teoria del potere costituente e del potere di revisione costituzione, nonché dell'Europa come potere costituente mediato o indiretto, con riferimento tanto all'UE quanto al Consiglio d'Europa. Cfr. HÄBERLE, *Europa -eine Verfassungsgemeinschaft?*, in Id. *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 94-5. Cfr. in senso più ampio, la ricostruzione di questo A. relativa allo Stato costituzionale cooperativo: HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, (1978), ora in *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996. Cfr. anche VON SIMSON, *Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965. Nella dottrina spagnola, cfr. MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.

²⁹ Cfr. i miei *El status constitucional de la reforma y la fragmentación del Poder Constituyente*, in AA.VV., *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Vol. I, Madrid, 2002, pp. 99-130 e *La reforma constitucional en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales de dimensión europea*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2008.

³⁰ S'intende con "Diritto costituzionale europeo" in senso stretto il diritto costituzionale dell'UE e, in senso lato, il diritto costituzionale dei diversi spazi costituzionali che interagiscono nell'area europea, includendo quello Stato, con la sua struttura territoriale (ivi comprese, dunque, le Costituzioni dei Länder o gli Statuti di autonomia. Cfr. al riguardo il mio lavoro sul diritto costituzionale europeo, contenuto in: BALAGUER CALLEJÓN (a cura di), CÁMARA VILLAR, LÓPEZ AGUILAR, BALAGUER CALLEJÓN, MONTILLA MARTOS, *Manual de Derecho Constitucional*, 6ª ed., Vol. 1, Tecnos, Madrid, 2011, capítulo IX.

attraverso procedimenti ai quali lo Stato interessato potesse prendere parte, esprimendo il proprio voto. Tutto al contrario, il Presidente dell'Eurogruppo o, di volta in volta, il Governatore della BCE, hanno mosso pressioni nei confronti degli Stati attraverso procedimenti informali, indicando loro il percorso da seguire tanto a livello legislativo quanto a livello costituzionale.

Non rappresenta una giustificazione sufficiente di tali pressioni, il fatto che esse si muovano all'interno della "logica" dei Trattati. Non solo perché diverse sono le vie che i Trattati tracciano per il perseguimento degli obiettivi stabiliti; ma anche perché non è opportuno e corretto che da istanze prive di competenza e di legittimazione democratica provengano interventi tanto rilevanti per lo spazio democratico e costituzionale degli Stati membri.

In realtà, l'Europa si sta muovendo per iniziativa degli Stati che mantengono un certo potere economico nel quadro della crisi (Francia e Germania) e, pertanto, in una logica lontana da quella democratica. Sono questi Stati a formulare i messaggi che poi vengono riprodotti da istituzioni sopranazionali di secondo grado (in una prospettiva democratica, indipendentemente dalla loro rilevanza sul piano economico) condizionando, limitando o dirigendo direttamente la politica economica degli altri Stati dell'Eurozona.

Non si tratta, pertanto, di un governo democratico dell'economia in Europa, ma di un governo dell'Europa dal punto di vista economico, per giunta secondo l'approccio degli Stati che mantengono il maggior potenziale economico e non sono stati ancora oggetto di attacchi da parte degli speculatori. Ciò comporta che il punto di partenza di ogni intervento sia l'accettazione incondizionata delle pressioni dei mercati, nella cui logica si muovono tutte le soluzioni che si stanno prospettando in Europa (anche se non secondo le procedure formali di decisione proprie dell'UE) per affrontare la crisi.

5. La dimensione nazionale della crisi costituzionale

Il declino del diritto costituzionale, particolarmente accentuato in Europa nei primi anni del XXI secolo anche per effetto della crisi economica, si deve intendere come crisi delle funzioni storiche della Costituzione, ormai esercitate non solo nella cornice dello Stato

nazionale: esso si proietta, pertanto, su tutti gli spazi costituzionali, anche infra- e sopranazionali.

Per ciò che riguarda l'UE, la crisi è stata generata da un modello di integrazione che ha impedito lo sviluppo delle funzioni storiche del diritto costituzionale, rendendo assai ardua la formazione di una specifica identità costituzionale europea. In ambito statale, tutto al contrario, ad una forte identità costituzionale non corrispondono ancora adeguate trasformazioni derivanti dal processo di integrazione sopranazionale nel contesto della globalizzazione.

Si potrebbe così parlare di un sovradimensionamento del livello costituzionale statale rispetto a quello sopranazionale, che ha ragioni storiche e corrisponde ad un sovradimensionamento dello spazio pubblico statale rispetto alle reali possibilità dello Stato di risolvere i problemi dei cittadini. La responsabilità politica e i meccanismi costituzionali di controllo continuano ad essere concentrati al livello statale benché molte delle tradizionali competenze dello Stato siano state trasferite alle istituzioni sopranazionali.

In ambito sopranazionale, tuttavia, lo spazio pubblico appare sottodimensionato, così come insufficienti sono gli strumenti di controllo costituzionale sui poteri pubblici europei, ciò che agevola l'insorgere di dinamiche di influenza come quelle che hanno interessato Portogallo, Spagna, Grecia e Italia in questo "*annus horribilis*" del diritto costituzionale che è stato il 2011. Pertanto, è necessario un ridimensionamento degli spazi pubblici, per adeguarli alla realtà delle dinamiche di potere cui corrispondono. Attualmente, la scarsa densità democratica dello spazio pubblico europeo ha annullato ogni capacità di risposta dei cittadini alle decisioni che, adottate in ambito europeo, si impongono agli Stati.

Tali decisioni si sono spinte fino all'estremo di incidere sul sistema costituzionale interno e sulla democrazia pluralista, mettendo seriamente in discussione la permanenza dei patti costituenti che hanno caratterizzato lo sviluppo dello Stato nazione in Europa nel secondo dopoguerra, incentrati sul principio dello Stato sociale e dell'intervento pubblico in economia. Di fronte alle pressioni derivanti dalla globalizzazione, le istituzioni sopranazionali europee stanno tradendo in maniera clamorosa e patente il loro obbligo di protezione nei confronti degli Stati membri, nel quadro dei doveri di solidarietà che derivano dal comune progetto europeo.

Il motto dell'Unione Europea ("Unita nella diversità") sembra mutare in "divisa nelle avversità", per il modo con cui si stanno (o meglio, non si stanno) affrontando i problemi generati dalla crisi economica e dalle pressioni dei mercati. I riflessi di tale situazione sul diritto costituzionale e sulla democrazia pluralista sono evidenti.

Naturalmente, le considerazioni che precedono non sono intese a nascondere la gravità della crisi economica, né a negare che l'equilibrio di bilancio rappresenti una formula di buon governo che deve animare l'orizzonte della politica economica dell'UE e degli Stati membri. Tuttavia, l'equilibrio di bilancio non può fungere da alibi per imporre politiche pubbliche presentate come inevitabili, quando invece non lo sono. L'ideologia della crisi ed i suoi errori stanno conducendo l'Europa in una situazione drammatica dal punto di vista costituzionale, e non perché tutte le soluzioni proposte siano inaccettabili dal punto di vista democratico. Molte di queste debbono poter essere discusse sul piano politico e possono ambire ad essere perseguite attraverso consultazioni elettorali democratiche. Altre possono certo risultare in contrasto con le costituzioni nazionali, richiedendo riforme sostenute dal necessario consenso. Al contrario, è senz'altro antidemocratico squalificare come "economicamente non perseguibile" e pertanto politicamente trascurabile ogni contraria proposta, incentrata sull'aumento della pressione fiscale, la lotta contro l'evasione, la ridefinizione delle funzioni della BCE al fine di proteggere gli Stati membri dalla pressione degli speculatori, ecc.

Parimenti inaccettabile dal punto di vista costituzionale è l'assunzione di decisioni – senza alcuna possibilità di alternative diverse da quelle dettate dalla pressione economica di singoli Stati – prima della celebrazione dei processi elettorali. Il problema non sussisterebbe, beninteso, ove a decidere fosse una Unione Europea strutturata in modo democratico, attraverso procedimenti aperti alla manifestazione di volontà da parte della cittadinanza europea nel suo complesso.

Non esiste, inoltre, a causa della globalizzazione, una valida alternativa nazionale ai processi di integrazione sopranazionale. Gli attuali problemi dello Stato nazionale non hanno solo carattere interno, ma derivano, in larga misura, dall'intervento di istanze globali: le stesse soluzioni non possono che essere, per gran parte, di ordine sopranazionale e globale. Così, pertanto, il pieno risanamento della democrazia pluralista e delle funzioni del diritto



**Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna**

costituzionale - anche all'interno dello Stato nazionale – non potrà che muovere, nel futuro, dalla dimensione sopranazionale e dunque, nel nostro caso, europea.

Per questo è così importante rispettare le regole di decisione stabilite nei Trattati e la soggezione delle istituzioni europee al diritto. Così come è importante un necessario approfondimento democratico che leghi le decisioni fondamentali sui grandi problemi dell'Unione europea non ai governi di alcuni Stati membri, ma alla cittadinanza europea nel suo insieme.

SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE ED AIUTI DI STATO: IL REGOLAMENTO N. 360/2012 E LA SOGLIA *DE MINIMIS* PER LE COMPENSAZIONI DEGLI OBBLIGHI DI SERVIZIO PUBBLICO

Claudio Costantino

Dottorando di ricerca presso la Facoltà di Scienze Economiche e Giuridiche dell'Università degli Studi Kore di Enna

1. Il ruolo dei servizi d'interesse economico generale nell'ordinamento europeo

I servizi d'interesse economico generale (per brevità "SIEG") rappresentano la *sedes materiae* privilegiata per comprendere natura, sviluppi e limiti dei rapporti tra Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea (per brevità "UE"). Questi, infatti, svolgono una funzione paradigmatica per motivare la logica costituente che ispira l'ordinamento UE nelle sue diverse aree d'intervento: tutela della concorrenza, servizi pubblici e modelli di gestione, sviluppo e crescita del mercato interno e rispetto dei diritti fondamentali¹.

Il settore dei servizi di interesse economico generale – con il quale ci si riferisce ai servizi erogati in regime di mercato che le autorità pubbliche considerano di rilievo generale e, pertanto, assoggettati a specifici obblighi di servizio pubblico² – costituisce il primo "banco

¹ Così, GALLO, *Considerazioni introduttive e piano dell'indagine*, in *I servizi di interesse economico generale, Stato mercato, welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010. In generale, sulla materia, vedi, PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001; BRUTI LIBERATI, DONATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, 2008; BASSI, CAMMELLI, CINTIOLI, CLARICH, MERUSI, NAPOLITANO, PERICU, RAMAJOLI, SORACE, TRAVI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010.

² Per quanto concerne la nozione dei servizi di interesse economico generale vedi CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. com.*, 2006; DI COMITE, *La nozione di impresa nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, in *Giur.it.*, 2004; URSI, *L'evoluzione della nozione di servizio economico generale nel processo di integrazione europea*, in *Nuove autonomie*, 2002; BRUTI LIBERATI, DONATI, *Le regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, 2008; BASSI, CAMMELLI, CINTOLI, CLARICH, MERUSI, NAPOLITANO, PERICU, RAMAJOLI, SORACE, TRAVI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010.

di prova”, nella percezione diretta ed immediata del cittadino, del ruolo degli Stati in una economia di mercato³. Tali servizi, infatti, si pongono al centro di una regolazione per scopi sociali, il cui intervento, in settori politicamente e socialmente sensibili, risponde a principi e logiche endogene rispetto a quelle che governano il mercato. Da qui, la questione, ampiamente dibattuta in dottrina, del bilanciamento tra esigenze del mercato e garanzie sociali sottese all'erogazione dei servizi essenziali⁴.

In generale, fino ad oggi, il legislatore europeo ha scelto di non definire la nozione di servizio pubblico⁵ per l'assenza di tale concetto in alcuni ordinamenti degli Stati membri (come quello inglese) ed in considerazione delle numerose differenze di significato che tale termine assume in altri sistemi giuridici nazionali. Pertanto, nell'ambito dell'ordinamento comunitario, con l'espressione “servizi di interesse generale” si è inteso indicare un concetto più ampio rispetto alla mera nozione di “servizio pubblico”.

La Commissione europea (per brevità, la “Commissione”), al riguardo, ha chiarito che il servizio d'interesse generale ricomprende sia i “servizi di mercato” sia i “servizi di non mercato”, che “le autorità pubbliche considerano d'interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico”⁶. I servizi di mercato, quindi, corrispondono ai SIEG,

³ Sul ruolo degli Stati nell'autonomia di mercato vedi BASTIANON, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano, 2005; BAVASSO, *Communication*, in *EU Antitrust Law: Market Power and Public Interest*, London - New York, 2003; BERNITZ RINGE, *Company Law and Economic Protectionism. New Challenges to European Integration*, Oxford-New York, 2010; BUENDIA, SIERRA, *Exclusive rights and state monopolies under Ec law. Article 86 (formerly article 90) of the EC Treaty*, Oxford, 1999; CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004; SZYSZCZAK, *The regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Oxford and Portland, 2007 (*Modern Studies in European Law*); TOSATO, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza: aspetti procedurali*, Milano, 2004; VAN BEAL, BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza. Con analisi della disciplina del procedimento antitrust in Italia*, Torino, 2009; VAN BEAL, BELLIS, *Competition Law of the European Community*, The Hague, 2005.

⁴ Sui rapporti tra esigenze di mercato e garanzie sociali vedi PRISCO, *Unione europea e limiti sociali del mercato*, 2002; TOSATO, *Osservazioni in tema di costituzione economica dell'Unione Europea*, in PANUZIO, SCISO (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Milano, 2002; GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici*, Milano, 2008; TEMPLE LANG, *Privatisation of Social Welfare: European Union Competition law Rules*, in DOUGAN, SPAVENTA (eds.), *Social Welfare and EU law*, Oxford, 2005; MANFRELOTTI, *Per una sintesi tra iniziativa economica privata e utilità sociale nel contesto dell'integrazione comunitaria*, in PRISCO (a cura di), *Unione europea e limiti sociali del mercato*, Torino, 2002.

⁵ I trattati UE contengono soltanto un unico riferimento al concetto di “servizio pubblico” e, precisamente, nell'articolo 93 TFUE relativo al regime degli aiuti di Stato in materia di trasporti.

⁶ Così la Comunicazione del 1996 nel paragrafo *Definizioni e terminologia*; il paragrafo 1.1 del Libro Verde; l'allegato n. 1 del Libro Bianco; il paragrafo 2.1 della Comunicazione del 2006.

cioè i servizi pubblici economici, mentre quelli di non mercato sono riferibili ai servizi sociali d'interesse generale, equivalenti in buona sostanza ai servizi pubblici sociali.

Orbene, considerato che l'obbligo di servizio pubblico è elemento costitutivo di entrambe le tipologie sopra menzionate, il *discrimen* sembrerebbe fondarsi sulla natura economica o meno del servizio erogato.

A tal proposito è opportuno evidenziare che, nel corso dell'ultimo decennio, gli Stati membri hanno disposto di un ampio margine di discrezionalità sia nel definire un determinato servizio come di interesse economico generale, sia nel determinare le modalità di finanziamento dei SIEG. La Commissione, invece, non potendo elaborare una definizione univoca e comune a tutti gli Stati membri a causa delle profonde e reciproche differenze, ha svolto il compito di vigilare sulla corretta interpretazione, da parte di ciascun Stato, della natura del servizio quale d'interesse economico generale⁷ e di valutare se gli eventuali aiuti di Stato possono produrre effetti distorsivi per la concorrenza nel mercato.

In realtà, le verifiche effettuate dalla Commissione – necessarie per garantire il rispetto della concorrenza tra gli operatori del mercato – risultano spesso estremamente complesse, per la difficoltà di assumere decisioni che possano armonizzarsi con le singole legislazioni nazionali ed in considerazione della repentinità con cui la stessa nozione di SIEG si evolve nei paesi membri e nel contesto europeo, sulla base delle esigenze dei cittadini, degli sviluppi tecnologici e del mercato, delle preferenze sociali e politiche dello Stato interessato. Del resto, anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea (per brevità, la “Corte” o la “CGE”) ha stabilito che i servizi di interesse economico generale presentano caratteri specifici ed in continua evoluzione rispetto alle altre attività economiche⁸. Infatti, aderendo a quanto chiarito nel Libro Bianco sui servizi d'interesse generale della Commissione “[...] nella discussione a livello europeo, le differenze terminologiche, le confusioni sul piano semantico, e le diverse tradizioni degli Stati membri hanno determinato [frequentemente]⁹ interpretazioni errate”¹⁰.

⁷ Causa T-289/03, *BUPA e altri/Commissione*, Racc. 2008, p. II-81, punti 166-169 e 172; causa T-17/02, *Fred Olsen*, Racc. 2005, p. II-2031, punto 216.

⁸ Causa C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Racc. 1991, p. I-5889, punto 27; causa C-242/95, *GT-Link A/S*, Racc. 1997, p. I-4449, punto 53; causa C-266/96, *Corsica ferries France SA*, Racc. 1998, p. I - 3949, punto 45.

⁹ *N.d.a.*

¹⁰ Cfr. Allegato 1 del Libro Bianco.

Sottolineando, dunque, il difficile inquadramento dogmatico della definizione riferita al servizio di interesse economico generale, preme evidenziare come la sua nozione, al centro di una rielaborazione sistematica e interpretativa, stia evolvendo da semplice garanzia per la parità di trattamento tra imprese pubbliche e private a strumento chiave per favorire il processo di liberalizzazione dei mercati europei. In Italia, ad esempio, le politiche di liberalizzazione sono state attuate in settori definibili di assoluto “interesse pubblico”, come il settore delle telecomunicazioni, quello del gas, dell’energia elettrica e quello del trasporto ferroviario.

Ciò posto, in questa sede non può non mettersi in rilievo che, nonostante le varietà interpretative sul concetto di servizio d’interesse generale ed a prescindere dalle singole definizioni attribuite da ciascun Stato membro, le diverse realtà nazionali presentano valori e principi comuni a tutti i paesi europei; tali principi sono stati anche fatti propri o riadattati dalla Commissione e dalla Corte, e consolidati, sotto l’aspetto normativo, in specifiche disposizioni all’interno dei trattati per l’importanza che i SIEG rivestono nella promozione della coesione sociale e territoriale.

Nello specifico, l’art. 14 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea¹¹ (per brevità, “TFUE”) – ex art. 16 del Trattato che istituisce la Comunità europea – attribuisce l’obbligo in capo all’Unione ed agli Stati membri di provvedere affinché sia garantita la corretta ed efficiente erogazione dei SIEG nei confronti degli utenti. Tali servizi si pongono al centro di politiche sociali e di sviluppo, condotte e amministrate dall’Unione nel quadro di un’integrazione positiva dei mercati e dei diritti. I SIEG, infatti, nonostante siano svolti in prevalenza da soggetti aventi finalità lucrative, sono funzionali al raggiungimento di obiettivi extraeconomici di ampia portata – appunto d’interesse generale – essendo finalizzati al

¹¹ Articolo 14 TFUE (ex articolo 16 del TCE): “Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi”.

soddisfacimento di esigenze di carattere sociale, ambientale, culturale e simili, facenti capo alla collettività.

Proprio la stessa portata applicativa dell'articolo 14 tende a chiarire che la valorizzazione delle esigenze sociali sottese ai servizi pubblici, oltre a realizzarsi attraverso il coinvolgimento delle autorità nazionali, richiede uno specifico intervento da parte dell'Unione europea anche se, dalla lettura della norma, non si rileva una netta linea di demarcazione tra le reciproche attribuzioni.

È opportuno in merito evidenziare che, sino ad oggi, all'articolo 14 TFUE sono stati attribuiti i caratteri ed i connotati della norma di rango "costituzionale", tanto da operare come parametro interpretativo principale in materia di SIEG sia per l'adozione degli atti di diritto derivato da parte delle Istituzioni UE, sia per la decisione delle controversie attivate innanzi ai giudici della CGE. Infatti, la sua rilevanza giuridica e la relativa collocazione all'interno di un trattato, la rendono vero e proprio parametro di legalità per la formazione del diritto derivato e per indirizzare il comportamento delle singole autorità nazionali.

In effetti, i valori comuni a tutti gli Stati, cui si riferisce l'articolo 14 TFUE, sono meglio descritti nel Protocollo n. 26 al Trattato di Lisbona che, pur non delineando un'unica ed onnicomprensiva nozione di SIEG, pone tre importanti punti fermi:

- a. il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti;
- b. la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse;
- c. un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente.

Il Protocollo, pertanto, nel fornire alcune linee guida per la regolamentazione dei SIEG ribadisce, in primo luogo, la competenza degli Stati membri rispetto alle Istituzioni dell'UE nel disciplinare con ampia discrezionalità tale settore. Sotto l'aspetto della qualificazione giuridica viene riconosciuta l'eterogeneità dei SIEG e la diversità tra bisogni ed esigenze dei diversi paesi, in base alla collocazione geografica ed il contesto sociale di riferimento. Infine,

vengono individuati alcuni principi comuni ed al tempo stesso indispensabili per tutte le tipologie di servizi nei diversi ordinamenti nazionali.

Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al suo articolo 36 "Accesso ai servizi d'interesse economico generale" stabilisce che "al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea".

La rilevanza sistematica e la portata applicativa delle norme precedentemente richiamate assume un'importanza crescente nel processo di regolamentazione dei SIEG rappresentando queste, ormai, un parametro normativo essenziale attraverso cui interpretare l'ampia normativa derivata, la giurisprudenza e gli atti di natura non vincolante dell'ordinamento europeo. Lo scopo di tali disposizioni consiste proprio nel conciliare le esigenze di apertura dei SIEG alla concorrenza con quelle propriamente di natura sociale connesse alla fruizione di servizi pubblici.

Infatti, l'Unione europea, nell'ultimo decennio, ha cospicuamente regolamentato i SIEG all'interno dell'ambito disciplinare del cd. Diritto Amministrativo Europeo – sottoposto a progressivo ampliamento e consolidamento dottrinale e giurisprudenziale – positivizzando la materia mediante disposizioni normative, vincolanti e non¹². Soprattutto nel corso degli ultimi anni, in ragione dell'interesse collettivo caratterizzante la natura stessa dei SIEG rispetto ad altre attività economiche, il legislatore comunitario si è concentrato sul tema del finanziamento di tali servizi.

Il diritto europeo, in particolare, consente agli Stati di compensare i maggiori costi sostenuti dalle imprese incaricate della gestione di tali servizi, al fine di agevolare lo svolgimento delle missioni d'interesse pubblico a loro affidate. Proprio l'erogazione da parte degli Stati di aiuti economici per l'esecuzione dei SIEG assolve l'esigenza di garantire l'erogazione del servizio pubblico.

¹² Sul punto, vedi CHITI, GRECO, *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, Giuffrè, 2010; CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2006; DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2008; CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011; DELLA CANANEA, FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010.

Di contro, è opportuno precisare che la possibile sovrapposizione dei ruoli svolti dallo Stato – ora come “potere pubblico” esercente una potestà regolamentare sul settore della concorrenza, ora come “proprietario” di imprese operanti nel mercato – rischia di compromettere il mantenimento di rapporti competitivi tra gli operatori economici, favorendo alcuni soggetti rispetto ad altri. Le imprese private, infatti, possono incontrare durante il loro operato limiti derivanti da una situazione di forzata convivenza, sugli stessi mercati, con aziende pubbliche che, con i propri processi di acquisizione, di produzione e di vendita, possono influire sui mercati di approvvigionamento dei fattori e delle utenze.

Invero, i fenomeni legati al binomio Stato-imprese, pubbliche o private, possono produrre nel mercato effetti sia positivi, che possono manifestarsi con l’incentivazione di misure utili allo svolgimento dell’attività imprenditoriale, sia negativi – a causa di “un’inevitabile intromissione dei poteri pubblici” nel sistema delle relazioni amministrative, economico e finanziarie di ciascun paese membro – nella forma di aiuto suscettibile di alterare il gioco della concorrenza. Dunque, il timore che si generi confusione tra le motivazioni e le responsabilità tipiche dello Stato come potere pubblico e come imprenditore trova giustificazione nell’esigenza di evitare che un rafforzamento della presenza pubblica nel mercato possa provocare effetti distorsivi della concorrenza, nonché incrinare il rapporto di uguaglianza tra imprese private e imprese pubbliche.

Il problema che si pone, allora, è comprendere sino a che punto una compensazione degli obblighi di servizio pubblico – derivante dalla prestazione di SIEG nel mercato da parte di imprese, pubbliche o private – possa ritenersi compatibile con le norme dei trattati, senza determinare una distorsione degli effetti concorrenziali.

Orbene, anche in considerazione dell’estrema importanza nel contesto sociale, economico, giuridico, che i SIEG rivestono a livello europeo, nel corso del 2012 sono stati emanati alcuni atti, vincolanti e non, da parte delle Istituzioni europee al fine di regolamentare specificamente il rapporto tra aiuti di Stato e servizi d’interesse economico generale e, soprattutto, per limitare, oltre una certa soglia, l’erogazione di compensazioni alle imprese derivanti dallo svolgimento di obblighi di servizio pubblico.

Oggi, infatti, con il Regolamento 25 aprile 2012, n. 360/2012 “Applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea agli aiuti di importanza

minore (*de minimis*) concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale” (per brevità, il “Regolamento n. 360/2012”) e con la cospicua normativa introdotta nel corso di quest’anno dalle Istituzioni europee, si è proceduto a regolamentare la materia ponendo un determinato massimale per l’erogazione di dette compensazioni¹³.

2. Le condizioni di compatibilità e i possibili effetti anticoncorrenziali degli aiuti alle imprese fornitrici di SIEG: una lettura degli articoli 106 e 107 del TFUE

Prima di passare in rassegna la recente evoluzione normativa in materia di servizi d’interesse economico generale, appare opportuno evidenziare i presupposti per i quali possa ritenersi sussistente la possibilità di qualificare come aiuto di Stato una compensazione finanziaria ad un’impresa incaricata della gestione di SIEG, alla luce di una lettura interpretativa dei capisaldi normativi del TFUE in materia, ovvero gli articoli 106 e 107.

L’articolo 106 del TFUE (ex articolo 86 del TCE)¹⁴ – norma chiave dei trattati in tema di intervento pubblico nell’economia – rappresenta una fonte normativa di primaria importanza per accertare la natura economica del servizio e per verificare la compatibilità della compensazione con il mercato, esprimendo l’esigenza di contemperare interessi nazionali e comunitari, strettamente interconnessi e riconducibili al bilanciamento tra sovranità statale nell’economia ed erogazione di servizi pubblici¹⁵.

¹³ Cfr. paragrafo 4 del presente articolo, *Il primo Regolamento sui SIEG ed il riconoscimento di un limite certo per le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico*.

¹⁴ Articolo 106 TFUE: “1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi.

2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione.

La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni”.

¹⁵ Sul punto si veda l’approfondita analisi di CERULLI IRELLI, op. cit., che sostiene: “Le imprese incaricate della gestione di tali attività possono essere sottoposte a regimi particolari (ovvero privilegiare regimi particolari), cioè derogatori rispetto alle norme del Trattato, “e in particolare alle regole della concorrenza”, laddove l’applicazione di queste norme “osti all’adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”, senza in ogni caso compromettere “lo sviluppo degli scambi in misura contraria agli interessi della Comunità”.

La *ratio* dell'articolo 106, consiste, per l'appunto, nel garantire un giusto equilibrio tra due interessi contrapposti: da un lato, la gestione da parte degli Stati di settori riservati e chiusi al mercato, al fine di consentire il conseguimento di scopi d'interesse generale; dall'altro, il vincolo posto dall'UE di sopprimere gli ostacoli e le restrizioni alle quattro libertà fondamentali e di garantire una concorrenza non falsata dal mercato. In tal senso, gli Stati membri sono legittimati ad attribuire diritti speciali o esclusivi a talune imprese, così poste in una condizione di privilegio rispetto ad altri operatori presenti sul mercato, purché ovviamente non vengano adottate misure contrarie alle norme dei trattati.

Come noto, l'articolo 106 del TFUE pone una deroga all'applicazione del regime concorrenziale, aprendo le porte all'affermazione di prerogative nazionali in materia di politica economica.

Al comma 1, infatti, si riconosce implicitamente agli Stati membri il diritto di imporre specifici obblighi di servizio pubblico agli operatori economici, stabilendo il divieto di emanare nei confronti di imprese pubbliche o titolari di diritti speciali o esclusivi, qualsiasi misura contraria ai trattati, al principio di non discriminazione ed alle regole di concorrenza. Oltre a stabilire una fondamentale garanzia sul fatto che i SIEG possono essere prestati e sviluppati nel mercato comune, tale disposizione ritiene legittimi i monopoli e le altre intrusioni dello Stato nell'economia e, al tempo stesso, sancisce il principio della parità di trattamento tra imprese private ed imprese collegate con i pubblici poteri degli Stati membri.

Il secondo comma del medesimo articolo, invece, stabilisce che le regole della concorrenza non possono essere chiamate in causa qualora la loro applicazione pregiudichi il perseguimento della missione affidata all'impresa incaricata di gestire un SIEG, fermo restando che tale esenzione non comprometta lo sviluppo degli scambi comunitari. Nello specifico, è prevista una deroga alla statuizione di cui al comma 1, solamente nei casi in cui dall'applicazione delle regole di concorrenza e delle altre norme dei trattati deriverebbero ostacoli all'esercizio dell'attività monopolistica o al raggiungimento degli obiettivi d'interesse collettivo.

In generale, la gestione del servizio deve essere soggetta alle regole del mercato, ma viene prevista un'eccezione all'applicazione delle regole sulla concorrenza laddove il rispetto di tali principi rischi di compromettere lo specifico interesse pubblico, il cui raggiungimento è

affidato al gestore incaricato¹⁶. Tale deroga consente alle imprese operanti nel settore dei SIEG di godere di un trattamento differenziato non solo rispetto al diritto *antitrust*, ma anche rispetto ad altre regole quali le norme sui monopoli a carattere commerciale, sugli aiuti di Stato e sulla libertà di circolazione.

Dunque, al fine di rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 106, paragrafo 2, del TFUE, la gestione dei SIEG deve essere affidata a imprese incaricate di una specifica missione da parte di un'autorità pubblica¹⁷, necessitando di una concessione di servizio pubblico che definisca gli obblighi reciproci. Ne consegue che gli oneri imposti alle imprese incaricate di svolgere SIEG sono, solitamente, controbilanciati dal conferimento di diritti esclusivi, attraverso cui mettere tali imprese in condizioni di svolgere il servizio in regime di monopolio o tramite il conferimento di diritti speciali, in virtù dei quali la relativa attività è riservata ad un *numerus clausus* di operatori economici.

Da una lettura congiunta delle predette disposizioni, si può evincere, pertanto, che la concessione ed il mantenimento di diritti speciali o esclusivi nei confronti dei gestori dei SIEG sono legittimi soltanto nei confronti di imprese che svolgono una missione d'interesse generale.

Occorre, ora, comprendere in quali casi una misura compensativa degli obblighi di pubblico servizio possa qualificarsi come aiuto di Stato e appurare quando la misura di aiuto rientri nel campo di applicazione di cui all'articolo 107 TFUE; a tal fine appare opportuno precisare, sin da subito, come tale operazione sia già, di per sé, particolarmente complessa, sollevando dubbi di ordine giuridico in merito alla ripartizione delle competenze tra Stati ed Unione e sulla progressiva riduzione dei poteri delle autorità nazionali nel mercato unico e nel welfare. Tale difficoltà è per di più accentuata in considerazione delle complessità che possono manifestarsi nell'accertare la natura economica o meno del servizio al fine di stabilire se questo possa rientrare nel campo di applicazione dei SIEG.

¹⁶ Ciò comporta che se le forze del mercato non saranno in grado di garantire l'erogazione adeguata del servizio, le autorità pubbliche potranno imporre agli operatori economici obblighi di servizio pubblico, ovvero concedere diritti esclusivi o speciali.

¹⁷ Si veda in particolare la causa C-127/73, *BRT/SABAM*, Racc. 1974, p. 313.

L'articolo 107 TFUE¹⁸, al primo comma, sancisce l'incompatibilità degli aiuti concessi dagli Stati con il mercato comune, nella misura in cui questi producano effetti distorsivi sugli scambi tra Stati membri. Tale disposizione rappresenta un vero e proprio parametro per valutare se i finanziamenti pubblici nei confronti di imprese esercenti SIEG possano essere considerati qualificati aiuti di Stato.

Tale attività di accertamento, di competenza esclusiva della Commissione, volta a verificare se l'aiuto rientri nel campo di applicazione dell'articolo 107 TFUE, impone un controllo su tutte le condizioni stabilite nella predetta disposizione ed, in particolare, sulla possibilità che le risorse pubbliche impiegate possano determinare un vantaggio per alcune imprese tanto da creare effetti distorsivi, anche potenziali, sul gioco della concorrenza.

A tal proposito, è opportuno mettere in evidenza che, l'articolo 107 si applica esclusivamente ad imprese che svolgono attività economiche; pertanto, come già sostenuto a livello metodologico, risulta necessario attribuire la corretta qualificazione giuridica al servizio che deve essere erogato, al fine di stabilire se questo rientri o meno nell'ambito di applicazione della norma in questione e di verificare se il prestatore di SIEG agisca come impresa.

La CGE ha costantemente definito l'impresa come qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento¹⁹;

¹⁸ Articolo 107 TFUE (ex articolo 87 del TCE): "1. Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza. 2. Sono compatibili con il mercato interno: a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti; b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali; c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione. Cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga la presente lettera. 3. Possono considerarsi compatibili con il mercato interno: a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale; b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse; c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune; e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione".

¹⁹ Cause riunite C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e altri*, Racc. 2000, p. I-6451.

secondo la giurisprudenza europea, infatti, la classificazione di un determinato soggetto come impresa, oltre a dipendere dalla natura delle attività da questa svolte, può desumersi da tre importanti corollari:

- a. lo *status* del soggetto esercente l'attività, ai sensi del diritto nazionale, è influente. Ad esempio, un soggetto che in base alla normativa nazionale è classificato come un'associazione o una società sportiva può tuttavia essere considerato come un'impresa ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE. L'unico criterio pertinente al riguardo è se esercita un'attività economica;
- b. se viene costituito un soggetto giuridico per conseguire utili non può dedursi, come automatismo, la diretta applicabilità delle norme in materia di aiuti di Stato. Sulla base della giurisprudenza della Corte, anche enti senza scopo di lucro possono offrire beni e servizi su un mercato²⁰. In caso contrario, è ovvio che i soggetti che non perseguono scopi di lucro non rientrano nel controllo in materia di aiuti di Stato;
- c. un soggetto è classificato come impresa in relazione all'attività specifica che esso svolge. Un soggetto che esercita attività a carattere sia economico che non economico è considerato un'impresa con riguardo alle prime.

Anche due soggetti con personalità giuridica distinta possono essere considerati un'unità economica ai fini dell'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato, sia pure nel caso in cui vi sia l'esistenza di una quota di controllo o di legami funzionali, economici e organici²¹. D'altra parte, un soggetto che di per sé non fornisce beni o servizi su un mercato non è un'impresa per il semplice fatto di possedere quote azionarie, in quanto un possibile controllo societario “[...] dà luogo soltanto all'esercizio dei diritti connessi alla qualifica di azionista o socio nonché, eventualmente, alla percezione dei dividendi, semplici frutti della proprietà di un bene”²².

²⁰ Cause riunite C-209/78 a 215/78 e C-218/78, *Van Landewyck*, Racc. 1980, p. 3125, punto 21; causa C-244/94, *FFSA e altri*, Racc. 1995, p. I-4013; causa C-49/07, *MOTOE*, Racc. 2008, p. I-4863, punti 27 e 28.

²¹ Causa C-480/09 P, *AceaElectrabel Produzione SpA/Commissione europea*, Racc. 2010, punti da 47 a 55; causa C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA e altri*, Racc. 2006, p. I-289, punto 112.

²² Causa C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA e altri*, Racc. 2006, p. I-289, punti 107-118 e 125.

Sotto un altro aspetto, in assenza di una specifica distinzione nei trattati tra servizi economici e non, la Corte ha offerto diversi spunti interpretativi al fine di definirne i rispettivi elementi distintivi senza, comunque, compiere una chiara classificazione²³. La CGE ha costantemente affermato che qualsiasi attività consistente nell'offrire beni e servizi in un mercato costituisce attività economica²⁴. Ciò anche in considerazione del fatto che l'esistenza di un mercato per determinati servizi può dipendere dal modo in cui tali servizi sono organizzati nello Stato membro interessato.

Inoltre, il carattere economico di taluni servizi può differire da Stato a Stato; del resto, per scelta politica o a causa degli sviluppi economici, la classificazione di un determinato servizio può modificarsi nel tempo e quella che oggi non è un'attività di mercato lo può diventare in futuro e viceversa.

La Corte ha anche sostenuto che la decisione di un'autorità di non permettere a terzi di svolgere un determinato servizio non esclude l'esistenza di un'attività economica²⁵; infatti, si può configurare un'attività economica anche nel caso in cui altri operatori siano disposti a fornire il servizio nel *relevant market*.

Dunque, poiché la distinzione tra servizi economici e non economici dipende dalle specificità politiche ed economiche di ciascuno Stato membro, non è possibile redigere un elenco esaustivo di attività che *a priori* non hanno mai carattere economico. Tale elenco non fornirebbe un'autentica certezza giuridica e sarebbe, quindi, di scarsa utilità.

Ciò posto, altresì, è necessario evidenziare che la *ratio* del divieto di cui all'articolo 107 è fondata sull'assunto che il vantaggio derivante dall'attribuzione di risorse pubbliche possa

²³ Causa C-519/04 P, *David Meca-Medina e Igor Majcen /Commissione*, Racc. 2006, p. I-6991, punti da 30 a 33; C-350/07, *Kattner Stahlbau*, Racc. 2009, p. I-1513, punti 66, 72, 74 e 75; conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro del 10 novembre 2005 nella causa C-205/03 P, *FENIN*, Racc. 2006, p. I-6295, punti 50 e 51.

²⁴ Causa C-118/85, *Commissione/Repubblica Italiana*, Racc. 1987, p. 2599, punto 7; C-35/96, *Commissione/Repubblica italiana*, Racc. 1998, p. I-3851, punto 36; cause riunite C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e altri*, punto 75.

²⁵ Si vedano le conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed nella causa C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/Transformación Agraria SA (Tragsa) and Administración del Estado*, Racc. 2007, p. I-2999, punti da 110 a 116, il regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, GU L 315 del 3.12.2007, p. 1, articolo 5, paragrafo 2, e articolo 6, paragrafo 1, e la Decisione 2001/501/UE della Commissione del 23 febbraio 2011, relativa all'aiuto di Stato C-58/06 (ex n. 98/05) al quale la Germania ha dato esecuzione a favore delle società *Bahnen der Stadt Monheim* (BSM) e *Rheinische Bahngesellschaft* (RBG) nel *Verkehrsverbund Rhein-Ruhr*, GU L 210 del 17.8.2011, p. 1, punti 208-209.

favorire ingiustificatamente imprese prive di merito e causare un danno per gli operatori del mercato; infatti, solo i vantaggi concessi direttamente o indirettamente mediante risorse pubbliche possono costituire aiuti di Stato, ai sensi dell'articolo 107 del TFUE²⁶.

A tal proposito, si rileva che il concetto di vantaggio ha una portata molto ampia tanto da ricomprendervi ogni guadagno economicamente apprezzabile percepito dall'impresa attraverso un intervento pubblico sotto qualsiasi forma. La giurisprudenza ha dato ampia dimostrazione della correttezza di tale assunto, dichiarando incompatibili con il Trattato una serie di vantaggi tra i quali gli sgravi di oneri sociali o di tassi di interesse, le esenzioni fiscali, la cessione di terreni o edifici a titolo gratuito, crediti d'imposta e vantaggi in natura, tutte quelle misure insomma che, indipendente dalla loro causa o scopo, sono atte ad importare un beneficio alla singola impresa destinataria e, di conseguenza, ad incidere negativamente sugli scambi e sulla libera concorrenza.

La Corte, inoltre, nell'ampio ventaglio di casi pratici che ha trattato, ha avuto modo di chiarire che la concessione, di licenze di occupazione o d'uso del demanio pubblico o di altri diritti speciali o esclusivi con un valore economico, senza procedere all'indizione di una gara o di una procedura ad evidenza pubblica può determinare un vantaggio per i beneficiari²⁷. Anche nel caso in cui gli Stati membri intendano finanziare un servizio di interesse economico generale mediante tasse o contributi versati da imprese o utenti e le somme vengano trasferite alle imprese incaricate di gestire suddetto servizio, la Corte ha dichiarato tale accordo di finanziamento un aiuto di Stato; in particolare, nella causa C-173/73, *Repubblica Italiana/Commissione*²⁸, la CGE ha statuito che i fondi alimentati mediante contributi obbligatori, imposti dalla legge e che vengono gestiti e ripartiti in conformità alla legislazione statale “[...] vanno considerati risorse statali, ai sensi dell'articolo 107 del TFUE, anche qualora siano amministrati da enti distinti dagli organi statali”. Analogamente, nella

²⁶ Cause riunite C-52/97 a C-54/97, *Viscido e altri*, Racc. 1998, p. I- 2629, punto 13, e causa C-53/00, *Ferring*, Racc. 2001, p. I-9067, punto 16. Si veda inoltre la causa C-379/98, *PreussenElektra/Schleswig*, Racc. 2001, p. I-2099.

²⁷ Causa C-462/99, *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH/Telekom-control-kommission*, e *Mobilkom Austria AG*, Racc. 2003, p. I-5197, punti 92 e 93; causa T-475/04, *Bouygues e Bouygues Télécom SA/Commissione*, Racc. 2007, p. II-2097, punti 101, 104, 105 e 111.

²⁸ Causa C-173/73, *Repubblica italiana/Commissione*, Racc. 1974, p. 709, punto 16. Si vedano inoltre la causa 78/76, *Steinike*, Racc. 1977, p. 595, punto 21 e la causa C-206/06, *Essent Netwerk*, Racc. 2008, p. 5497, punti 47, 57 e 96.

causa C-482/99, *Repubblica francese/Commissione*²⁹, la Corte ha confermato che il patrimonio di un'impresa pubblica costituisce risorsa statale perché soggetta al controllo dell'autorità pubblica e nella sentenza cause riunite da C-78/90 a C-83/90, *Compagnie Commerciale de l'Ouest*³⁰, ha stabilito che le misure finanziate mediante tributi parafiscali rappresentano, di fatto, misure finanziate mediante risorse statali.

Pertanto, qualora un'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale sia finanziata da risorse fornite da un'impresa pubblica e tale finanziamento sia riconducibile, anche indirettamente, al patrimonio pubblico, questo può costituire un aiuto di Stato ed essere dichiarato illegittimo dalla Commissione ai sensi dell'articolo 107 TFUE; in tal caso, scaturisce uno specifico obbligo di restituzione da parte del beneficiario dell'aiuto erogato nonché l'accertamento, da parte della Commissione stessa, dell'eventuale responsabilità dello Stato membro nei confronti dell'UE.

Invero, l'illegittimità dell'aiuto potrebbe desumersi a prescindere dalla natura dell'organismo che emette l'erogazione, quando vi sia una provenienza, anche indiretta, della sovvenzione da parte di una qualsiasi Pubblica Amministrazione o, ugualmente, se il vantaggio è nei fatti determinato da un soggetto privato incaricato di pubblico servizio. Anche qualora l'erogazione avesse la forma di finanziamento del capitale sociale, per consentire la partecipazione dell'ente erogante nella società beneficiaria, la somma versata potrebbe comunque essere considerata un aiuto di Stato.

In un altro caso – sentenza 10 luglio 1986, *Belgio/Commissione*³¹ – la Corte ha ritenuto che il socio privato può ragionevolmente conferire il capitale necessario per garantire la sopravvivenza dell'impresa che sia temporaneamente in difficoltà soltanto nel caso in cui, previa la dovuta riorganizzazione, questa sia in grado di ridivenire redditizia³². E, nello stesso

²⁹ Causa C-482/99, *Aiuti concessi dagli Stati, Art. 87, n. 1, CE, Aiuti concessi dalla Repubblica francese all'impresa Stardust Marine, Decisione 2000/513/CE. Risorse statali, Imputabilità allo Stato, Investitore avveduto in un'economia di mercato.*

³⁰ Cause riunite da C-78/90 a C-83/90, *Compagnie commerciale de l'Ouest e altri/Receveur Principal des Douanes de la Pallice Port*, Racc. 1992, p. I-1847, punto 35. Si vedano anche le cause riunite C-34/01 a C-38/01, *Enirisorse SpA/Ministero delle Finanze*, Racc. 2003, p. I-14243, punto 26.

³¹ Sentenza 10 luglio 1986, *Belgio/Commissione*, Causa C-234/84, Racc. p. 2263, punto 15 della motivazione.

³² Cause C-305/89, 21 marzo 1991, *Repubblica italiana contro Commissione*; C-342/96, 29 aprile 1999, *Spagna contro commissione*; T-16/96, 30 aprile 1998, *Cityflyer Express Ltd contro Commissione delle Comunità europee*; C-482/99, 16 maggio 2002, *Repubblica francese contro Commissione delle Comunità europee*; C-34/99, 28 gennaio 2003, *Repubblica federale di Germania contro Commissione*.

senso, la CGE ha avuto occasione di affermare che “[...] la Commissione ha giustamente considerato che un investitore privato, anche se avesse seguito una politica globale a lungo termine senza perseguire una redditività immediata, non avrebbe accettato, alle normali condizioni di un’economia di mercato, di procedere ai conferimenti di capitali effettuati [dalla impresa privata]³³ ed ha pertanto qualificato tali conferimenti aiuti di Stato”³⁴.

La CGE è giunta anche a ritenere che per aiuto di Stato debba intendersi “[...] il complesso delle sovvenzioni attribuite dagli stati o mediante risorse statali, senza che si possa distinguere a seconda che la sovvenzione sia attribuita direttamente dallo stato ovvero da enti pubblici o privati che esso istituisca o designi per amministrare la sovvenzione stessa”³⁵. Ad esempio, nell’ambito di una causa concernente il Trattato CECA³⁶, la Corte ha sostenuto che il concetto di aiuto è da intendersi in modo più ampio rispetto a quello di sovvenzione, dato che esso racchiude nella sua definizione non solo prestazioni positive del genere delle sovvenzioni, ma anche interventi che, in varie forme, “[...] alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un’impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono identici effetti”³⁷. La CGE, inoltre, ha ritenuto che l’entità relativamente esigua di un aiuto o le dimensioni modeste dell’impresa beneficiaria non escludano *a priori* che gli scambi tra Stati membri non siano stati compromessi³⁸.

³³ *N.d.a.*

³⁴ Causa C-305/89, 21 marzo 1991, *Repubblica italiana contro Commissione*.

³⁵ Cause C-290/83, 30 gennaio 1985, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese*; C-67/68 e 70/85, 2 febbraio 1988, *Kwekerij Gebroeders Van der Kooy BV e altri contro Commissione delle Comunità europee*; C-57/86, 7 giugno 1988, *Repubblica ellenica contro Commissione delle Comunità europee*; C-78/76, 22 marzo 1977, *Steinike & Weinlig contro Repubblica federale di Germania*; C-305/89, 21 marzo 1991, *Repubblica italiana contro Commissione delle Comunità europee*; C-303/88, 21 marzo 1991, *Repubblica italiana contro Commissione delle Comunità europee*; C-348/93, 4 aprile 1995, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana*; C-350/93, 4 aprile 1995, *Commissione contro Repubblica italiana*.

³⁶ Sentenza 23 febbraio 1961, causa C-30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autorità*, Racc. p. I, in particolare p. 39.

³⁷ Cause C-387/92, 15 marzo 1994, *Banco Exterior de España SA contro Ayuntamiento de Valencia*; C-295/97, 17 giugno 1999, *Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA contro International Factors Italia SpA*; T-204/270/97, 5 ottobre 1999, *Regno di Spagna contro Commissione delle Comunità europee*; C-66/02, 15 dicembre 2005, *Repubblica italiana contro Commissione delle Comunità europee*.

³⁸ D’altro canto, a più riprese la Commissione ha concluso che le attività avevano un carattere puramente locale e non pregiudicavano gli scambi tra Stati membri. Ad esempio nel caso di:

a) piscine utilizzate prevalentemente dalla popolazione locale (Decisione della Commissione nel caso n. 258/00 - Germania - Piscina ricreativa a Dorsten, GU C 172 del 16.6.2001, p. 16);

L'analisi sin ora effettuata è anche necessaria ai fini della valutazione delle condizioni di compatibilità della concessione pubblica con le possibili ricadute in termini di effetti anticoncorrenziali tra gli operatori del mercato. Nel merito, la Corte, al fine di determinare l'esistenza di effetti negativi sul mercato concorrenziale, ha più volte sostenuto che non rileva la dimensione regionale o locale in cui vengono erogati tali servizi, purché ciò non comporti una effettiva compressione della possibilità di fornire i medesimi da parte di imprese di altri Stati membri. Del resto non è del tutto escluso che una sovvenzione pubblica concessa a un'impresa attiva solo nella gestione di SIEG a livello locale o regionale e non in ambito transnazionale possa, tuttavia, incidere sugli scambi fra Stati membri.

Infatti, secondo quanto statuito nella celebre sentenza *Altmark*, che ha rappresentato, fino ad oggi, una delle principali linee guida per Stati membri e Istituzioni europee in materia di SIEG, “[...] quando uno Stato membro concede una sovvenzione pubblica a un'impresa, la fornitura di servizi può risultarne invariata o incrementata, con la conseguenza che le possibilità delle imprese aventi sede in altri Stati membri di fornire i loro servizi sul mercato di tale Stato membro ne risultano diminuite”³⁹. Tale assunto è applicabile a maggior ragione in quei settori in cui sia stata attuata e realizzata la liberalizzazione del mercato in quanto “[...] il fatto che un settore economico sia stato oggetto di liberalizzazione a livello comunitario evidenzia un'incidenza reale o potenziale degli aiuti sulla concorrenza, nonché gli effetti di tali aiuti sugli scambi fra Stati membri”⁴⁰.

Inoltre, è bene precisare che una volta stabilita l'entità e l'origine dell'aiuto, per decretare la legittimità dello stesso, l'articolo 107 TFUE richiede che venga attribuito ad uno o più operatori economici selezionati un vantaggio interno al mercato. In mancanza di un'operazione selettiva tra le imprese destinatarie dell'aiuto, che determini un vantaggio

b) ospedali locali esclusivamente destinati alla popolazione locale (Decisione della Commissione nel caso n. 543/01 - Irlanda - Contributi in conto capitale in favore degli ospedali, GU C 154 del 28.6.2002, p. 4.);

c) musei locali che è improbabile che attraggano visitatori stranieri (Decisione della Commissione nel caso n. 630/03 - Italia - Intervento a favore dei musei locali della Sardegna, GU C 275 dell'8.12.2005, p. 3);

d) eventi culturali locali, il cui pubblico potenziale è limitato a livello locale (Decisione della Commissione nel caso n. 257/07 - Spagna - Sovvenzioni per le produzioni teatrali nel paese Basco, GU C 173 del 26.7.2007, p. 2).

³⁹ Sentenza del 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*.

⁴⁰ Sentenza 13 febbraio 2003, causa C-409/00, *Spagna/Commissione*, Racc. p.1487, punto 75. Sul punto vedi anche causa C-222/04, 11 giugno 2009, *Repubblica italiana contro Commissione*.

diretto nei confronti di una specifica impresa, la misura non risulta contraria al diritto dell'Unione europea. Deve trattarsi, infatti, di un “[...], intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali [...] e, tale intervento, deve poter incidere sugli scambi tra Stati membri [...], deve concedere un vantaggio al suo beneficiario [...], deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza”⁴¹.

In definitiva, alla luce dell'analisi giurisprudenziale ed interpretativa dell'articolo 107, comma 1 del TFUE, possiamo convenire che vengono considerati aiuti di Stato gli interventi che, sotto qualsiasi forma, sono atti a favorire direttamente o indirettamente determinate imprese⁴² o che attribuiscono un vantaggio economico che l'impresa beneficiaria non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato⁴³. Pertanto, i vantaggi economici concessi alle imprese, l'idoneità ad alterare il regime della concorrenza, la provenienza pubblica dei benefici concessi, nonché il numero circoscritto dei destinatari, sono tutti indici sintomatici dell'esistenza di un aiuto incompatibile con il mercato comune.

A completamento dell'analisi sull'articolo 107 TFUE, i commi 2 e 3 elencano una serie di casi in cui gli aiuti di Stato possono essere ritenuti ammissibili con il Trattato. Il secondo capoverso prevede alcune deroghe *de iure* alle incompatibilità previste al primo comma e il terzo pone in rassegna una serie di agevolazioni pubbliche suscettibili di essere dichiarate compatibili con il mercato interno, previa valutazione da parte della Commissione. In particolare, alla lettera e), del terzo comma, si stabilisce che altre categorie di aiuti possono essere ritenute compatibili con decisione del Consiglio a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione.

A differenza delle disposizioni che precedono, qui si prevede l'intervento del Consiglio UE, chiamato all'esercizio di un potere normativo che non si palesa come derogatorio rispetto alla disciplina richiamata al comma 1 ma, piuttosto, sembrerebbe rivestire una portata integrativa rispetto alla competenza della Commissione europea che ha, per l'appunto, la funzione di proporre le ipotesi derogabili e, quindi, di interpretare le esigenze obiettive dell'ordinamento comunitario. La Commissione, infatti, ha l'onere di procedere alle

⁴¹ Sentenza del 24 luglio 2003, Causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*.

⁴² Sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa*, Racc. p. 1127, in particolare p. 1146.

⁴³ Cause C-39/94, 11 luglio 1996, *SFEI e altri*; C-342/96, 29 aprile 1999, *Spagna contro Commissione*.

valutazioni di ammissibilità dell'aiuto con metodo restrittivo, ponendo in attenta considerazione le esigenze del mercato, al fine di evitare eccessive limitazioni alla libertà di concorrenza. L'esame condotto dalla Commissione giungerà ad esiti positivi nel caso in cui gli aiuti siano necessari per il perseguimento di obiettivi di dimensione comunitaria⁴⁴, in modo tale che il sostegno per scopi nazionali non si traduca in un evento lesivo per il resto della Comunità.

L'eventuale concessione dell'aiuto, pertanto, non può che presupporre un bilanciamento di interessi opposti da parte della Commissione: quello negativo relativo alla portata dell'aiuto e quello positivo del perseguimento di un fine meritevole che, senza il sostegno pubblico, non sarebbe possibile conseguire.

Va, inoltre, precisato che il pregiudizio al mercato è "presunto" e non necessita di essere provato dalla Commissione, in quanto la Corte ha considerato illegittime le misure che concedono aiuti con effetti pregiudizievoli anche solo potenziali. Ad esempio, in un mercato caratterizzato da molte piccole imprese "[...] un aiuto, anche modesto sul piano individuale, ma potenzialmente a disposizione di tutte le imprese del settore, o di una loro amplissima parte, può avere ripercussioni sugli scambi tra Stati membri"⁴⁵. La Commissione compirà, pertanto, un accertamento complessivo inerente a fattori di ordine economico e sociale, quali consistenza, forma e obiettivi perseguiti dall'aiuto.

Ed infatti nell'ambito di alcuni procedimenti volti a verificare la compatibilità con il Trattato delle misure d'aiuto, la Commissione ha ritenuto che "[...] se è pacifico che nei motivi della sua decisione deve quanto meno menzionare le circostanze nelle quali un aiuto è stato concesso, ove permettano di dimostrare che l'aiuto è atto a incidere sul commercio intracomunitario"⁴⁶, non è tenuta a dimostrare l'effetto reale degli aiuti già concessi. Se così

⁴⁴ Causa C-730/79, *Philip Morris*, sentenza 17 settembre 1980, Racc. p. 2671, ove trova collocazione il principio della *compensatory justification*, per il quale l'aiuto deve essere valutato da un punto di vista comunitario e ammesso solo quando l'obiettivo d'interesse comunitario non sia altrimenti conseguibile.

⁴⁵ Vedi sentenza 26 settembre 2002, *Spagna/Commissione*, punto 64, e 29 aprile 2004, causa C-372/97, *Italia/Commissione*, Racc. p. I-3679, punto 57. Sul punto, vedi anche C-71/04, 12 giugno 2007, *Budějovický Budvar, národní podnik e Anheuser-Busch contro l'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno*.

⁴⁶ Sentenza 14 ottobre 1987, causa 248/84, *Germania/Commissione*, Racc. p. 4013, punto 18.

fosse, infatti, questo requisito finirebbe col favorire gli Stati membri che versano aiuti in violazione degli obblighi di notifica⁴⁷.

Purtroppo, a fronte dei tanti interrogativi che si pongono sull'applicabilità delle disposizioni del Trattato relative agli aiuti di Stato nella materia dei SIEG, le indicazioni che si possono ricavare dall'esperienza attuativa sembrano in certi casi deludenti, sia per gli equivoci concettuali in cui talvolta incorrono che per l'incapacità di fornire sicure risposte a taluni di tali interrogativi⁴⁸.

3. Dalle quattro condizioni *Altmark* allo sviluppo di una regolamentazione europea in materia di SIEG

Come già ampiamente evidenziato nel paragrafo precedente, al fine di rientrare nel campo di applicazione della normativa sugli aiuti di Stato, le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico per lo svolgimento di servizi d'interesse economico generale devono incidere sugli scambi intracomunitari.

Sino agli anni 90, la Commissione ha ritenuto che le compensazioni finalizzate a rimborsare il costo effettivo risultante dalla prestazione di un'attività d'interesse economico generale, non costituissero un vantaggio economico, bensì un compenso per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico⁴⁹. L'importante, ha specificato la Commissione,⁵⁰ è che la misura compensativa non superi quanto strettamente necessario per l'assolvimento degli oneri di servizio.

Invero, la CGE, già nella sentenza *Altmark*⁵¹ del 2003, ha superato il predetto orientamento dettando quattro condizioni per le quali le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico non costituiscono aiuti di Stato. Secondo la Corte, "[...] nei limiti in cui un

⁴⁷ Vedi, in tal senso, sentenza 14 febbraio 1990, causa C-301/87, *Francia/Commissione, detta "Boussac"*, Racc. p. I-307, punto 33; C-114/00, 5 dicembre 2002, *Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum e V contro Commissione delle Comunità europee*.

⁴⁸ BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato*, in *astridonline.it*, p. 31.

⁴⁹ Decisione della Commissione del 8 febbraio 1995, avente per oggetto il regime fiscale concesso alle Poste francesi.

⁵⁰ Decisione della Commissione del 7 novembre 1996, concernente il finanziamento nei confronti dell'emittente pubblica RTP (*Radiotelevisão Portuguesa*).

⁵¹ Sentenza del 24 luglio 2003, Causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*.

intervento statale deve essere considerato come una compensazione diretta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere obblighi di servizio pubblico, cosicché tali imprese non traggono, in realtà, un vantaggio finanziario e il suddetto intervento non ha quindi l'effetto di collocarle in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto a quelle che fanno loro concorrenza, tale intervento non ricade nell'ambito di applicazione dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato. Tuttavia, affinché, in un caso concreto, una siffatta compensazione possa sottrarsi alla qualificazione di aiuto di Stato, devono ricorrere taluni presupposti [cumulativamente]⁵²:

- a)** [...] In primo luogo, l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro [...].
- b)** [...] In secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente, al fine di evitare che essa comporti un vantaggio economico atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto a imprese concorrenti. [...] Inoltre, la compensazione da parte di uno Stato membro delle perdite subite da un'impresa senza che siano stati previamente stabiliti i parametri di detta compensazione, allorché in un secondo tempo risulta che la gestione di alcuni servizi nell'ambito dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non è stata economicamente redditizia, costituisce un intervento finanziario che rientra nella nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'articolo (107, paragrafo 1, del trattato).
- c)** [...] In terzo luogo, la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole [...].
- d)** [...] In quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, in un caso specifico, non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività, il livello della necessaria

⁵² *N.d.a.*

compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi”⁵³.

La prima condizione della sentenza *Altmark* impone la definizione degli obblighi reciproci, tra autorità pubblica e impresa beneficiaria dell'aiuto che devono essere rispettati per la fornitura del SIEG. Questa condizione ricalca quanto già previsto dall'articolo 106, comma 2 del TFUE⁵⁴, a norma del quale le imprese incaricate della gestione di SIEG sono imprese cui è stata affidata una “specific mission”⁵⁵. In generale, lo svolgimento di una specifica missione di servizio pubblico implica la prestazione di servizi che un'impresa, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe – o non assumerebbe – nella stessa misura o alle stesse condizioni⁵⁶.

Inoltre, gli Stati membri o l'Unione possono collegare obblighi specifici a tali servizi utilizzando il criterio dell'interesse generale dell'attività. La CGE, infatti, ha ritenuto non opportuno attribuire obblighi di servizio pubblico ad un'attività che è già fornita o che può essere fornita in modo soddisfacente e a condizioni quali prezzo, qualità, continuità e accesso al servizio, coerenti con il pubblico interesse, da imprese operanti secondo le normali regole del mercato⁵⁷.

Un esempio calzante di questo principio è il settore della banda larga, per il quale la Commissione ha già fornito indicazioni precise quanto ai tipi di attività che possono essere considerate come SIEG. Nello specifico, la Commissione ritiene che, nelle zone in cui i privati hanno già investito in un'infrastruttura di rete a banda larga (o stanno per estendere ulteriormente l'infrastruttura di rete) e forniscono già servizi competitivi a banda larga con

⁵³ Causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, punti da 87 a 93.

⁵⁴ Causa T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA) e altri/Commissione*, Racc. 2008, p. II-81, punti 171 e 224.

⁵⁵ Si veda in particolare la causa C-127/73, *BRT/SABAM*, Racc. 1974, p. 313.

⁵⁶ Si veda in particolare l'articolo 2 del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70 (GU L 315 del 3.12.2007, p. 1).

⁵⁷ Causa C-205/99, *Analir*, Racc. 2001, p. I-1271, punto 71.

un'adeguata copertura, la creazione di una infrastruttura a banda larga concorrenziale non dovrebbe essere considerata un servizio di interesse economico generale. Di contro, quando gli investitori non sono in grado di fornire un'adeguata copertura a banda larga, sarà possibile concedere una compensazione degli obblighi di servizio pubblico a determinate condizioni⁵⁸.

Infine, sotto un aspetto meramente tecnico, la missione di servizio pubblico deve essere conferita, a seconda della legislazione degli Stati membri, mediante un atto legislativo o regolamentare, con un contratto o anche tramite atti amministrativi⁵⁹.

Passando alla seconda condizione della sentenza *Altmark*, l'autorità pubblica deve fissare *a priori* alcuni parametri in base ai quali calcolare la compensazione del servizio. Tali criteri devono rispondere ad esigenze di obiettività e di trasparenza, al fine di evitare che il vantaggio economico, atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto alle imprese concorrenti, si tramuti nella creazione di effetti distorsivi per la concorrenza.

L'intervento del prestatore del SIEG può essere autorizzato dalla pubblica autorità, anche se l'incarico venga attribuito su richiesta del medesimo⁶⁰. Infatti, in alcuni Stati membri, le autorità finanziano servizi messi a punto e proposti dal fornitore medesimo anche se, a dire l'ultima, è sempre la Pubblica Amministrazione che deve decidere se approvare o meno la proposta del fornitore prima di poter concedere qualsiasi compensazione⁶¹.

Sulla base alla terza condizione della sentenza *Altmark*, la compensazione non deve eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti, nonché di un margine di utile ragionevole. In particolare, richiamando le parole della sentenza, per "margine utile ragionevole" si deve intendere il tasso di remunerazione del

⁵⁸ Sul punto, vedi, Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale (2012/C 8/02) e la Comunicazione relativa agli orientamenti comunitari sull'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga in C 235 del 30.9.2009.

⁵⁹ In base alla prassi della Commissione in questi casi, tale atto o l'insieme di atti deve almeno precisare:

- a) l'oggetto e la durata degli obblighi di servizio pubblico;
- b) l'impresa e, se del caso, il territorio interessati;
- c) la natura dei diritti esclusivi o speciali eventualmente accordati all'impresa dall'autorità in questione;
- d) i parametri per il calcolo, il controllo e la revisione della compensazione;
- e) le modalità per evitare le sovracompensazioni e per il loro eventuale recupero.

⁶⁰ Causa T-17/02, *Fred Olsen*, punto 188.

⁶¹ È irrilevante se gli elementi necessari dell'atto d'incarico sono inseriti direttamente nella decisione di accettare la proposta del fornitore o in un atto giuridico distinto, ad esempio un contratto con il fornitore.

capitale⁶² che sarebbe richiesto da un'impresa media per valutare se prestare o meno il servizio di interesse economico generale per l'intera durata del periodo di incarico, tenendo conto del relativo livello di rischio. Quest'ultimo, infatti, dipende dal settore interessato, dal possibile tipo disservizio e dalle caratteristiche del meccanismo di compensazione⁶³. Pertanto, qualsiasi meccanismo relativo alla selezione del prestatore del servizio deve essere deciso in modo che il livello della compensazione venga determinato sulla base di tali elementi.

Infine, in base alla quarta condizione della *Altmark*, la compensazione offerta deve essere il risultato di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire i servizi al costo minore per la collettività, ovvero deve rappresentare l'esito di una comparazione con un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata dei mezzi necessari.

Il modo più semplice per le autorità pubbliche di soddisfare la quarta condizione *Altmark* consiste, dunque, nello svolgimento di una procedura di gara in modo aperto, trasparente e non discriminatorio. Infatti, nei casi in cui l'attività economica, oggetto del SIEG, venga aperta alla concorrenza, la decisione di fornire quel determinato servizio, mediante mezzi diversi dalla procedura di appalto pubblico che, a ragion di logica, dovrebbe garantire il minor costo e la maggiore trasparenza per la collettività, può provocare alterazioni sotto forma di ostacoli all'ingresso dei concorrenti e/o l'espansione del beneficiario su altri mercati⁶⁴. In base alla giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, una procedura di appalto pubblica tende ad escludere l'esistenza di aiuti di Stato in quanto consente di selezionare il candidato in grado di fornire il servizio al costo minore per la collettività.

Pertanto, qualora l'autorità pubblica decida di affidare a un terzo la prestazione di un servizio, è tenuta a conformarsi alla legislazione dell'Unione in materia di appalti pubblici,

⁶² Per "tasso di remunerazione del capitale" s'intende il tasso di rendimento interno che l'impresa ottiene sul capitale investito nell'arco di tempo corrispondente alla durata del progetto.

⁶³ Nei settori in cui non esiste un'impresa comparabile all'impresa incaricata del servizio di interesse economico generale, si può fare riferimento a imprese analoghe situate in altri Stati membri o, se necessario, a imprese di altri settori a condizione che si tenga conto delle peculiarità di ciascun settore.

⁶⁴ Le distorsioni possono altresì verificarsi sui mercati dei fattori produttivi. Un aiuto concesso ad un'impresa operante su un mercato non liberalizzato può incidere sugli scambi se l'impresa beneficiaria è presente anche su mercati liberalizzati. Sul punto vedi Cause riunite T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 e T-23/98, *Alzetta Mauro e altri/ Commissione delle Comunità europee*, Racc. 2000, p. II-2319, punti 143-147.

costituita dagli articoli da 49 a 56 del Trattato, dalle direttive in materia di appalti pubblici⁶⁵ e dalle norme settoriali⁶⁶. Anche nei casi in cui le direttive in materia di appalti pubblici non sono applicabili o lo sono solo parzialmente – come le concessioni di servizi e gli appalti pubblici di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE, comprendente vari tipi di servizi sociali – l'aggiudicazione deve comunque soddisfare i requisiti di trasparenza, di parità di trattamento, di proporzionalità e di riconoscimento reciproco fissati dai trattati⁶⁷.

Da un punto di vista pratico, per garantire il rispetto delle condizioni previste dalla quarta condizione *Altmark*, è sicuramente idonea l'indizione di una procedura aperta⁶⁸ conforme alle condizioni previste dalle norme sugli appalti pubblici; anche una procedura ristretta⁶⁹ può, tuttavia, soddisfare il predetto requisito, a meno che, senza validi motivi, venga impedito agli operatori interessati di presentare un'offerta. D'altro canto, il dialogo competitivo⁷⁰ o una procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara⁷¹ danno all'autorità aggiudicatrice un ampio margine di discrezionalità e possono limitare la partecipazione di operatori interessati. Quest'ultime procedure, infatti, possono essere considerate sufficienti per soddisfare la quarta condizione *Altmark* soltanto in casi eccezionali. È stato ritenuto, inoltre, che la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara⁷² non possa garantire la selezione di un offerente in grado di fornire i servizi in questione al costo minore per la comunità⁷³.

⁶⁵ Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che "coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali" e Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, "relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi".

⁶⁶ Si veda ad esempio il regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, GU L 315 del 3.12.2007, p. 1.

⁶⁷ Causa C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH/Telekom Austria AG*, Racc. 2000, p. I-10745, punto 60, e comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici (GU C 179 dell'1.8.2006, p. 2).

⁶⁸ Articolo 1, paragrafo 11, lettera a), della direttiva 2004/18/CE, articolo 1, paragrafo 9, lettera a), della direttiva 2004/17/CE.

⁶⁹ Articolo 1, paragrafo 11, lettera b), della direttiva 2004/18/CE, articolo 1, paragrafo 9, lettera b), della direttiva 2004/17/CE.

⁷⁰ Articolo 29 della direttiva 2004/18/CE.

⁷¹ Articolo 30 della direttiva 2004/18/CE, articolo 1, paragrafo 9, lettera a), della direttiva 2004/17/CE.

⁷² Articolo 31 della direttiva 2004/18/CE. Vedi anche l'articolo 40, paragrafo 3, della direttiva 2004/17/CE.

⁷³ Articolo 53, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18/CE, articolo 55, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/17/CE.

Per quanto riguarda, poi, i criteri di aggiudicazione – sia quello del prezzo più basso sia quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa⁷⁴ – essi si considerano sufficienti a soddisfare i requisiti della quarta condizione, purché siano strettamente collegati con l’oggetto del servizio fornito e consentano di selezionare l’offerta economicamente più vantaggiosa corrispondente al reale valore di mercato. In sede di predisposizione della procedura di gara, del resto, può risultare opportuno utilizzare un meccanismo di recupero per minimizzare, *ex ante*, il rischio di sovracompensazione del servizio.

Per soddisfare il requisito dell’“impresa gestita in modo efficiente”, richiamato nell’articolato della quarta condizione, gli Stati membri dovrebbero, applicare criteri oggettivi, economicamente riconosciuti, rappresentativi di una gestione soddisfacente.

Sul punto, la Commissione ha ritenuto che il semplice fatto di generare un utile non sia un criterio sufficiente per affermare che un’impresa è gestita in modo efficiente. Infatti, si dovrebbe tener conto anche del fatto che i risultati finanziari delle imprese, in particolare nei settori dei SIEG, possano essere fortemente influenzati dal loro potere di mercato o dalle norme settoriali a livello nazionale. Se lo Stato membro riesce a dimostrare che la struttura di costo dell’impresa incaricata della gestione del SIEG corrisponde alla struttura di costo media di imprese efficienti e comparabili del settore in questione, si può ritenere che l’importo della compensazione – che consentirà all’impresa di coprire i suoi costi compreso un utile ragionevole – rispetti la quarta condizione *Altmark*.

In ultimo, con il termine “impresa adeguatamente dotata dei mezzi necessari” si è inteso riferirsi ad un’impresa che ha le risorse indispensabili per adempiere agli obblighi di servizio pubblico e con “margine di utile ragionevole” si è indicato il tasso di remunerazione del capitale che sarebbe richiesto da un’impresa media per valutare se prestare o meno il servizio di interesse economico generale per l’intera durata del periodo di incarico, tenendo conto del livello di rischio⁷⁵.

⁷⁴ Articolo 53, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/18/CE, articolo 55, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/17/CE. Cause C-31/87, *Beentjes*, Racc. 1988, p. 4635, e C-225/98, *Commissione delle Comunità europee/Repubblica francese*, Racc. 2000, p. I-7445; C-19/00, *SIAC Construction*, Racc. 2001, p. 7725.

⁷⁵ Comunicazione 2012/C 8/02 della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale.

Dunque, oltre che sul piano teorico, la Corte ha richiesto la contemporanea sussistenza di tutte e quattro le condizioni *Altmark* affinché la compensazione degli obblighi di servizio pubblico non costituisca un aiuto di Stato. Nel caso in cui non sia soddisfatto anche solo uno di questi criteri e siano presenti le condizioni che configurano un aiuto di Stato, invece, la compensazione degli obblighi di servizio pubblico costituisce un aiuto di Stato e, pertanto, deve essere soggetta all'obbligo di notifica alla Commissione, secondo quanto previsto dall'articolo 108, comma 3 del TFUE ⁷⁶.

In considerazione del vuoto normativo in materia, nel corso degli anni il legislatore comunitario, basandosi sulla cospicua giurisprudenza elaborata dalla CGE, ha iniziato a regolamentare specificamente il settore dei SIEG. Infatti, alcune delle questioni di carattere procedurale, precedentemente richiamate, sono state parzialmente risolte mediante l'emanazione del cd. "Pacchetto Monti-Kroes" del 28 novembre 2005, con il quale si è inteso rilanciare l'attività di controllo e di vigilanza da parte della Commissione sull'erogazione di aiuti pubblici, sia sul piano normativo che di indirizzo politico, e con il quale si è altresì rimarcato il ruolo dell'articolo 106, comma 2, al fine di giustificare eventuali compensi concessi per l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico.

Nello specifico, il Pacchetto Monti-Kroes comprende due atti di natura vincolante ed uno di inquadramento generale che, di seguito, brevemente si illustrano:

a) la Decisione 2005/842/CE della Commissione "riguardante l'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2 del TCE, agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione di obblighi di servizio pubblico concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale".

Tale Decisione ha stabilito le condizioni per le quali l'eventuale erogazione di compensazioni per l'adempimento di obblighi di servizio pubblico siano considerate compatibili con il mercato interno e, pertanto, possano ritenersi esenti dall'obbligo di notifica di cui all'articolo 108, comma 3, TFUE. Le disposizioni ivi contenute rappresentano una sintesi dell'insieme degli atti adottati dalla Commissione dopo l'emanazione della sentenza *Altmark*

⁷⁶ Ad ogni modo, il fatto che una compensazione degli obblighi di servizio pubblico costituisca un aiuto di Stato non significa di per sé che non sia consentita, in quanto la compensazione può essere compatibile con il TFUE.

e rafforzano il ruolo dell'articolo 106, comma 2, TFUE, quale deroga all'applicazione del "tradizionale criterio della compensazione"⁷⁷.

b) la Direttiva 2005/81/CE relativa alla "trasparenza delle relazioni finanziarie tra Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese", con la quale la Commissione ha imposto l'obbligo di contabilità separata a qualsiasi impresa esercente un servizio pubblico, a prescindere dalla qualificazione della misura pubblica quale aiuto o meno. Ciò anche in considerazione del fatto che tale obbligo è indispensabile per le imprese che beneficiano di compensazioni per obblighi di servizio pubblico e che, al tempo stesso, svolgono altre attività economiche non d'interesse economico generale.

c) la Comunicazione relativa alla "disciplina degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico"⁷⁸, con cui la Commissione, così come nella Decisione 2005/842/CE, ha inteso sottolineare la rilevanza dell'articolo 106, comma 2, TFUE, quale unica norma capace di porre un freno ai limiti fortemente restrittivi delle quattro condizioni *Altmark*.

Su tali basi, il Pacchetto Monti-Kroes – disponendo, in sintesi, che l'articolo 106, comma 2, venga applicato anche qualora una o più delle quattro condizioni *Altmark* non sia rispettata – inizia a delineare una nuova linea direttrice basata sulla entità degli aiuti concessi: gli aiuti al di sotto di un certo tetto potrebbero rimanere esenti dall'obbligo di notifica alla Commissione e di *standstill*, di cui all'articolo 108, comma 3, TFUE e, viceversa, le altre tipologie di aiuti dovrebbero essere sospesi fino alla dichiarazione di compatibilità⁷⁹ con il Trattato da parte della Commissione.

Nel corso degli ultimi anni, con l'obiettivo di rielaborare e consolidare le disposizioni sui SIEG, la Commissione ha avviato una consultazione pubblica finalizzata a disciplinare ulteriormente tale settore, il cui esito ha determinato l'emanazione di un pacchetto normativo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 2012.

⁷⁷ Tale criterio, infatti, solamente per il fatto che vi sia stata una compensazione per la fornitura di un SIEG da parte di un'impresa, obbligherebbe lo Stato membro a procedere ai sensi dell'articolo 108, comma 3, TFUE con la notifica del progetto di aiuto alla Commissione.

⁷⁸ Comunicazione 2005/C 297/04.

⁷⁹ Tale decisione autorizzatoria avrebbe efficacia costitutiva con la conseguenza che gli aiuti erogati prima di tale dichiarazione di compatibilità sarebbero illegali e, pertanto, soggetti all'obbligo di recupero.

Il nuovo pacchetto apporta un contributo chiarificatore sui principi fondamentali in materia di aiuti di Stato a imprese fornitrici di SIEG ed introduce una serie di norme semplificate di portata ridotta o finalizzate al raggiungimento di un obiettivo sociale, che tengono conto degli aspetti relativi alla concorrenza solamente nei casi di dimensioni più ampie della sovvenzione. Nello specifico, sono stati adottati i seguenti provvedimenti:

a) “La Comunicazione della Commissione sull’applicazione delle norme dell’Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale”⁸⁰, integrativa rispetto alla passata struttura del pacchetto Monti-Kroes, esamina le norme in materia di aiuti di stato e relative alla gestione dei SIEG, al fine di chiarire i concetti fondamentali sulla compensazione degli obblighi di servizio pubblico.

Tale comunicazione risponde alle numerose richieste di maggiore chiarezza sul funzionamento del settore dei SIEG al fine di applicare nel modo più corretto possibile le norme in materia di aiuti di Stato alle compensazioni degli obblighi di servizio pubblico. Essa provvede, inoltre, a chiarire le definizioni di base, come la nozione di aiuto, di impresa e di attività economica o, ancora, quelle di servizi sociali ed universali, allo scopo di facilitare l'applicazione delle pertinenti norme. Molti di questi concetti sono il frutto di elaborazioni della CGE, i cui orientamenti devono essere chiaramente rispettati.

b) “La Decisione del 20 dicembre 2011 riguardante l’applicazione delle disposizioni dell’articolo 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell’Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale”⁸¹, individua le condizioni che rendono esenti dall’obbligo di notifica alla Commissione Europea le compensazioni degli oneri di servizio pubblico per talune categorie di SIEG.

Tale Decisione stabilisce che taluni tipi di compensazione costituenti aiuti di Stato compatibili con il Trattato a norma dell’articolo 106, comma 2, possono rimanere al di fuori dall’obbligo di notifica di cui all’articolo 108, comma 3, del TFUE.

⁸⁰ Comunicazione 2012/ C 8/02, op. cit..

⁸¹ Decisione 2012/21/UE della Commissione, del 21 dicembre 2011, GUEE n. 7 del 11.1.2012, p. 3.

La nuova Decisione di esenzione ha, inoltre, un campo di applicazione più esteso rispetto alla precedente del pacchetto Monti-Kroes. Infatti questa si applica anche a ospedali, a imprese operanti nell'edilizia sociale o a specifici servizi sociali (esigenze sociali in materia di assistenza sanitaria, servizi per l'infanzia, accesso e reintegrazione nel mercato del lavoro, assistenza e inclusione sociale) che prima non erano esentati dall'obbligo di notifica. Tale impostazione ha anche la finalità di ridurre gli oneri amministrativi per le autorità che concedono compensazioni per i servizi sociali, che non avranno più l'obbligo amministrativo della notifica alla Commissione di tali misure.

Riguardo le regole previste nella precedente Decisione di esenzione del Pacchetto "Monti-Kroes" è stata abrogata la disposizione che connetteva la soglia di compensazione annua al fatturato (inferiore a euro 100 milioni) delle imprese cui veniva conferita la gestione del servizio. Inoltre, l'esenzione si fonda su una soglia massima di compensazione che è scesa, rispetto alla precedente Decisione, da 30 a 15 milioni di euro, al fine di non sottrarre al controllo della Commissione contratti molto consistenti in settori importanti del mercato interno.

Le condizioni da soddisfare affinché l'aiuto possa essere esentato dalla notifica e, quindi, dal controllo preventivo della Commissione riguardano le modalità dell'incarico e l'importo della compensazione (che non può eccedere quanto necessario per coprire il costo netto determinato dall'adempimento degli obblighi di servizio nonché un margine di utile ragionevole); ciò anche in considerazione del fatto che il controllo su eventuali sovracompensazioni del servizio sarà inizialmente demandato agli Stati membri, i quali dovranno sempre essere in grado di fornire gli opportuni chiarimenti e le prove che la Commissione richieda. Inoltre, l'esenzione è stata estesa ad alcune categorie di SIEG, rispetto al precedente regime⁸².

⁸² Sono state incluse nell'oggetto dell'esenzione le prestazioni da parte di ospedali, quelle rispondenti ad esigenze sociali in materia di assistenza sanitaria, assistenza di lunga durata, servizi per l'infanzia, assistenza e accesso e reintegrazione nel mercato del lavoro, edilizia sociale e assistenza e inclusione sociale di gruppi vulnerabili - oltre quelli relativi ai collegamenti aerei o marittimi verso le isole (con un traffico annuale medio non superiore a 300.000 passeggeri nei due esercizi precedenti dall'incarico di gestire il servizio), e quelli relativi ad aeroporti e porti con un traffico annuale medio non superiore a 200.000 passeggeri per gli aeroporti e 200.000 passeggeri per i porti nei due esercizi precedenti dall'incarico di gestire il servizio).

Questa, pertanto, si propone di rendere il controllo sulla compensazione dei servizi di interesse economico generale più prevedibile per gli enti pubblici e per i fornitori e persegue l'obiettivo di una politica che promuova la fornitura di servizi più efficienti.

c) “La Comunicazione che reca la disciplina dell’Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico”⁸³, individua i casi di compensazione che restano estranei dall’ambito di applicazione della Decisione di esenzione e, come tali, soggetti all’obbligo di notifica alla Commissione europea, potendo essere dichiarati compatibili solo a condizione del rispetto dei criteri menzionati in precedenza.

La Comunicazione afferma subito – per valutare la compatibilità degli aiuti – che non possono essere pregiudicati i requisiti imposti dalla normativa dell’Unione in tema di concorrenza (in particolare gli articoli 101 e 102 del TFUE) né quelli in materia di appalti pubblici. Quindi, gli aiuti saranno dichiarati compatibili se necessari per la gestione dei SIEG e se non incidenti sullo sviluppo degli scambi in misura contraria all’interesse dell’Unione.

Per quanto attiene il calcolo della compensazione, invece, la Comunicazione introduce una metodologia precisa per stabilire l’ammontare della stessa ovvero il cd. “costo netto evitato”, per il quale il costo degli obblighi di servizio pubblico è calcolato quale differenza tra il costo netto di una società di gestione di un SIEG e il costo netto che l’azienda stessa dovrebbe affrontare in assenza dell’obbligo di servizio pubblico. Inoltre, nel definire il metodo di compensazione, la Comunicazione precisa che gli Stati membri devono introdurre incentivi a favore di una prestazione efficiente di SIEG di elevata qualità.

d) “La Comunicazione che approva il contenuto di un progetto di Regolamento della Commissione relativo agli aiuti di importanza minore (*de minimis*) per la prestazione di servizi di interesse economico generale specifica per i SIEG”⁸⁴, adesso superata dal Regolamento n. 360/2012.

⁸³ Comunicazione 2012/C 8/03, Disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico.

⁸⁴ Comunicazione della Commissione 2012/C 8/04 sull’approvazione del contenuto del progetto di regolamento della Commissione relativo agli aiuti di importanza minore (“*de minimis*”) per la prestazione di servizi di interesse economico generale.

4. Il primo Regolamento sui SIEG ed il riconoscimento di un limite certo per le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico

Dall'entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 994/98⁸⁵ è stato attribuito alla Commissione il potere di fissare un tetto al di sotto del quale gli aiuti che non corrispondono ai criteri di cui all'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, devono restare esclusi dalla procedura di notifica di cui all'articolo 108, paragrafo 3, del medesimo Trattato.

Sulla base della predetta funzione, la Commissione ha adottato il Regolamento (CE) n. 1998/2006, del 15 dicembre 2006 relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato agli aiuti d'importanza minore, cd. "*de minimis*", stabilendo che gli aiuti inferiori a 200.000 euro per impresa nell'arco di tre anni non rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE. Sotto tale soglia, quindi, la Commissione non è tenuta a verificare se l'aiuto concesso dallo Stato nei confronti dell'impresa sia lesivo per la concorrenza ed il mercato. Infatti, la qualificazione di un aiuto come *de minimis*, fa sì che esso non soggiaccia all'obbligo di previa notifica alla Commissione Europea al fine di stabilirne la relativa compatibilità con il mercato comune.

Dall'esperienza vissuta nel corso degli anni, la Commissione ha constatato che nell'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato alle imprese fornitrici di SIEG, ai sensi dell'articolo 106, comma 2, TFUE, il massimale al di sotto del quale può ritenersi insussistente il vantaggio concesso dall'impresa, sotto il profilo della lesione della concorrenza, può talvolta scostarsi dal massimale generale *de minimis* stabilito dal Regolamento (CE) n. 1998/2006. Ciò in considerazione del fatto che gran parte degli eventuali vantaggi ricevuti da imprese incaricate di obblighi di servizio d'interesse economico generale contribuiscono a compensare costi aggiuntivi connessi alla prestazione dei SIEG stessi.

Quindi, con l'emanazione del Regolamento n. 360/2012, l'Unione Europea ha deciso di introdurre, in aggiunta al Regolamento (CE) n. 1998/2006, una disciplina relativa esclusivamente alla materia degli aiuti concessi per la fornitura di SIEG fissando un massimale al di sotto del quale può ritenersi che i vantaggi concessi alle imprese fornitrici di SIEG, ai

⁸⁵ Regolamento (CE) n. 994/98 del Consiglio del 7 maggio 1998 sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato che istituisce la Comunità europea a determinate categorie di aiuti di stato orizzontali.

sensi dell'articolo 106, paragrafo 2, del TFUE, non incidano sugli scambi tra Stati membri e/o non falsino o minaccino di falsare la concorrenza.

Al riguardo, il Regolamento n. 360/2012 ha posto, esclusivamente per le imprese che forniscono SIEG, la soglia *de minimis* a 500.000 euro nell'arco di tre esercizi finanziari, al di sotto della quale tali aiuti si considerano automaticamente compatibili con le norme del Trattato. Ciò contribuisce a garantire la certezza del diritto, perché la soglia stabilita rappresenta un riferimento chiaro sotto il quale lo Stato membro è automaticamente in grado di sapere se la compensazione per il SIEG non costituisce un aiuto vietato dall'ordinamento europeo.

Peraltro, il Regolamento n. 360/2012 non pregiudica in ogni caso l'applicazione alle imprese che forniscono servizi di interesse economico generale del Regolamento n. 1998/2006 relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato agli aiuti d'importanza minore; in pratica, gli Stati membri hanno la facoltà di scegliere se basarsi sul Regolamento n. 360/2012 o sul Regolamento n. 1998/2006 per quanto concerne gli aiuti concessi per la prestazione di servizi di interesse economico generale. A tal proposito, in forza del dovere di collaborazione di cui all'articolo 4, comma 3, del Trattato sull'Unione europea, gli Stati membri sono tenuti a istituire modalità di controllo tali da garantire che l'importo complessivo degli aiuti *de minimis*, concessi alla medesima impresa per la prestazione di SIEG, non ecceda il massimale complessivo ammissibile.

In aggiunta, per assicurare la conformità alle disposizioni relative al cumulo con gli aiuti di cui agli altri regolamenti *de minimis*, nel caso in cui venga concesso un aiuto in base al Regolamento n. 360/2012, gli Stati membri informano l'impresa interessata dell'importo della sovvenzione e della sua natura *de minimis*.

Per quanto concerne la sua portata applicativa, il Regolamento n. 360/2012 non è utilizzabile nei settori della produzione primaria di prodotti agricoli, della pesca, dell'acquacoltura e del trasporto di merci su strada. Questo non si applica, altresì, alle imprese in difficoltà ai sensi degli orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà, non essendo idoneo a concedere tale tipo di aiuti. La sua portata applicativa, inoltre, lascia anche impregiudicata l'attuazione delle altre

disposizioni del diritto dell'Unione, in particolare quelle relative agli appalti pubblici e le condizioni derivanti dal Trattato e dalla normativa settoriale dell'Unione.

Entrando nel merito della novità normativa, il Regolamento n. 360/2012 detta una serie di requisiti affinché possa determinarsi la sussistenza di un aiuto compatibile e, nello specifico, che il massimale sia espresso in termini di sovvenzione diretta in denaro, che gli aiuti siano trasparenti e che non siano cumulati con altri aiuti di Stato – se un tale cumulo dà luogo a un'intensità d'aiuto superiore a quella fissata in un regolamento di esenzione o se siano cumulati con aiuti previsti dagli altri regolamenti *de minimis* fino al massimale di 500.000 euro previsto dal regolamento n. 360/2012 – e, infine, che non siano cumulati con alcuna compensazione riguardante lo stesso servizio di interesse economico generale, a prescindere dal fatto che costituiscano aiuti di Stato.

In particolare, l'articolo 2 del Regolamento n. 360/2012 chiarisce che per godere della nuova soglia *de minimis*, gli aiuti devono essere “trasparenti” ovvero che deve essere possibile calcolare con precisione l'equivalente della sovvenzione al lordo, senza che sia necessario compiere un'analisi su possibili rischi.

Ed, ancora, i vantaggi concessi non possono essere cumulati con altre compensazioni relative allo stesso servizio, a prescindere dal fatto che questi costituiscano o meno un aiuto di Stato a norma della sentenza *Altmark* o un aiuto di Stato compatibile con il mercato interno a norma della Decisione 2012/21/UE. *A fortiori*, l'articolo 2, al comma 5, specifica che se la soglia *de minimis* viene superata, l'aiuto non può beneficiare del Regolamento n. 360/2012 neanche per la parte non eccedente il massimale.

Infine, ai sensi dell'articolo 3, del medesimo Regolamento, gli Stati membri devono seguire, prima di concedere un aiuto *de minimis*, una serie di regole volte a garantire la trasparenza dell'erogazione dell'aiuto. Prima di concedere l'aiuto, infatti, lo Stato interessato deve ottenere dall'impresa una dichiarazione su eventuali aiuti *de minimis* ricevuti durante l'esercizio finanziario interessato e nei due precedenti. A tal fine, gli Stati membri registrano tutte le informazioni riguardanti tali misure con lo scopo di accertare che le condizioni del Regolamento n. 360/2012 siano soddisfatte.

Viene anche stabilito un obbligo per gli Stati di comunicare alla Commissione i dati relativi agli aiuti *de minimis* erogati nei dieci esercizi finanziari dalla data della concessione.

Nel merito, la Commissione ha il dovere di provvedere affinché siano osservate le disposizioni in materia di aiuti di Stato e, in particolare, affinché gli aiuti concessi secondo la norma *de minimis* siano conformi alle condizioni prestabilite.

In ultimo, su richiesta scritta della Commissione, lo Stato membro trasmette entro 20 giorni lavorativi, ovvero entro un termine più lungo fissato nella richiesta, tutte le informazioni che esso ritiene necessarie per accertare che siano state rispettate le condizioni del Regolamento, con particolare riferimento all'importo complessivo degli aiuti *de minimis* ricevuti dalle singole imprese.

5. Brevi considerazioni conclusive

Alla luce di tali evoluzioni normative e giurisprudenziali e delle considerazioni espresse nei paragrafi che precedono, possiamo notare come il settore dei SIEG, soprattutto nella fase iniziale di sviluppo sul mercato – in ragione dell'assenza di una regolamentazione specifica da parte del legislatore europeo e, probabilmente, per la complessità nel riuscire a definire un minimo comune denominatore per tutti gli Stati membri – è stato orientato da un cammino a volte “tortuoso” della giurisprudenza che, ad ogni modo, ha aperto la strada ad una sempre più corposa regolamentazione della materia. Infatti, da tale analisi, è emerso che il ruolo svolto dalla Commissione e dalle altre Istituzioni competenti, ha prodotto un panorama normativo sufficientemente in grado di limitare la produzione di possibili “effetti collaterali” sul mercato; non si tratta, pertanto, “di tracciare i confini di ciascun diritto in modo da delimitare gli ambiti ad ognuno riservati, che non possono essere invasi dall'esercizio da parte di altri del medesimo o di altri diritti; si tratta invece di disporre di regole del competere, cioè di regole che ammettono sia compromesso l'esercizio di questa libertà a causa dell'esercizio della medesima da parte di altri, ma che limitano i modi in cui ciò può avvenire”⁸⁶.

Il Regolamento n. 360/2012 introduce, dunque, una significativa semplificazione per le Amministrazioni pubbliche, nazionali e comunitarie, in quanto stabilisce una soglia chiara sotto la quale la compensazione per il SIEG non costituisce aiuto di Stato; ciò ha determinato la semplificazione delle procedure amministrative e degli oneri procedurali dovuti alla

⁸⁶ BRANCASI, op. cit., p. 13.

necessità di stabilire, di volta in volta, la natura e la portata dell'aiuto ed ha assicurato la certezza del diritto tra gli operatori economici beneficiari di tali concessioni, garantendo la possibilità di fruire di tali compensazioni entro un limite massimo determinato nel triennio.

Fermo restando che gli Stati membri, prima di attivare una compensazione al prestatore di SIEG, sia pubblico che privato, devono tenere in debita considerazione le esigenze di servizio pubblico – mediante una consultazione pubblica o attraverso altri strumenti adeguati per dar conto degli interessi di utenti e fornitori – essi mantengono un certo margine di discrezionalità riguardo le modalità secondo cui definire, organizzare e finanziare gli stessi⁸⁷.

Ad ogni modo, anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale e normativa in materia, la questione del finanziamento degli oneri di servizio pubblico sembrerebbe avere trovato un punto fermo nel ruolo della Commissione, unica istituzione in grado di assumere la decisione definitiva circa la compatibilità o meno dell'aiuto con le norme del Trattato, non avendo gli Stati membri alcun potere al riguardo.

⁸⁷ Anche nel caso in cui il mercato sia stato riservato a un'unica impresa (compreso un fornitore interno), la compensazione concessa dovrà essere oggetto del controllo sugli aiuti di Stato.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna

EFFICIENZA, COMPETITIVITÀ ED INNOVAZIONE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: ALCUNE CONSIDERAZIONI ECONOMICO-GIURIDICHE SUL MODELLO CONSIP*

Roberto Di Maria

*Professore Associato di Diritto costituzionale, nella Libera Università degli studi di Enna
"Kore"*

Carmelo Provenzano

*Assistant Professor di Economia applicata, nella Libera Università degli studi di Enna
"Kore"*

1. Introduzione

Per più di due secoli i processi di industrializzazione e di apertura internazionale sono stati caratterizzati dal ruolo svolto dalle politiche industriali. Queste sono ritornate in auge con la crisi economico-finanziaria iniziata nel 2008 e stanno caratterizzando un dibattito interdisciplinare che riguarda non solo gli aspetti meramente economici ma anche quelli giuridici¹. Per essere efficaci, esse necessitano infatti non soltanto di una comunità politica definita, dotata di un sistema di governo avente poteri per definire le regole dei comportamenti economici ed orientare l'evoluzione dell'economia ma, soprattutto, della presenza di istituzioni che abbiano competenze e strumenti per realizzarle e di un clima diffuso di consenso e di condivisione. A tal proposito, la Pubblica Amministrazione italiana ha iniziato un processo di riforma e innovazione caratterizzata da una politica di contenimento della spesa pubblica che si basa sulla razionalizzazione organizzativa dell'attività contrattuale delle Pubbliche Amministrazioni².

* Il presente contributo è frutto del lavoro congiunto dei due Autori; tuttavia, in particolare, a Roberto Di Maria si deve la redazione del par. 3, mentre a Carmelo Provenzano quella dei par. 1, 2 e 4. Nel par. 5 sono invece contenute le riflessioni conclusive, ricavate dalla comune riflessione dei Coautori.

¹ RODRIK, *Normanizing Industrial Policy*, working Paper n. 3, *Commission on Growth and development*, 2008.

² PIGA, *E pluribus unum? Una valutazione dell'esperienza Consip S.p.A.*, in *L'industria*, 2009, n. 2, p. 225-243.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna

Il centro della politica di riforma intrapresa è rappresentato dall'assegnazione dell'incarico a Consip S.p.A. di centralizzare e consolidare in convenzioni quadro nazionali le operazioni di approvvigionamento della Pubblica Amministrazione italiana e di ridefinire le procedure elettroniche per facilitare la velocità e l'efficienza dei processi di acquisto. In particolare, il *public procurement*, inteso come contratto di fornitura che disciplina il trasferimento di beni e servizi dal settore privato a quello pubblico, rappresenta un importante strumento attraverso il quale si può promuovere la diffusione di pratiche concorrenziali all'interno del mercato unico e sostenere le politiche industriali per la crescita di produttività dei singoli settori e dell'intero sistema economico³.

La Pubblica amministrazione, secondo una prospettiva di *Industrial Organization*, può essere considerata come una grande industria che ha l'obiettivo di produrre beni e servizi in modo efficiente attraverso l'impiego di fattori e risorse limitate. Questo tipo di approccio è basato sulla considerazione che l'efficienza della Pubblica Amministrazione può essere favorita da politiche industriali che promuovano un mercato unico basato su concorrenza, innovazione e incentivi.

In particolare, la prossima sezione analizzerà le determinanti dell'efficienza e della competitività del settore pubblico, la terza sezione tratterà gli aspetti normativi dell'*e-procurement* e i principi che guidano l'azione della Consip S.p.A. La quarta sezione affronterà l'impatto dell'innovazione del cambiamento tecnologico della Pubblica Amministrazione in termini di efficienza. Infine, nell'ultima sezione si effettueranno delle considerazioni conclusive circa le potenzialità e criticità della riforma della Pubblica amministrazione e del modello Consip.

2. Efficienza e competitività nel settore pubblico

Negli ultimi anni, la struttura industriale della Pubblica Amministrazione è stata oggetto di modifiche per migliorarne l'efficienza economica e favorire il raggiungimento di obiettivi

³ SCIANDRA, *Gli appalti pubblici nell'Unione Europea: regole e realizzazioni*, in *Studi e note di economia*, 2005, n. 2.

d'interesse pubblico⁴. Più in generale, la politica industriale è intesa come un insieme di misure volte ad incidere sulla struttura dei settori industriali e a favorire comportamenti efficienti in grado di migliorare le *performance* di mercato⁵.

In particolare, il processo di riforma della Pubblica Amministrazione mira al rinnovamento della struttura del settore pubblico e cerca, attraverso l'introduzione di strumenti economico-giuridici, di limitare i comportamenti *self-interested* e non benevolenti sia dei burocrati che dei politici⁶. Tale rinnovamento dev'essere orientato da una corretta visione del rapporto tra mezzi e fini e dalla consapevolezza che l'efficienza pubblica che si vuole raggiungere differisce dall'efficienza allocativa (o Pareto-efficienza) che caratterizza il mercato. La relazione tra obiettivi e mezzi utilizzati dalla Pubblica Amministrazione, a differenza delle imprese operanti nei settori privati, è soggetta al rispetto di alcuni canoni come quelli di trasparenza, coerenza e continuità⁷. Tuttavia, negli ultimi anni, l'orientamento seguito dal Governo Italiano riguardo l'efficienza è stato influenzato da una visione miope e da un approccio di breve periodo che ha prodotto nel tempo un clima di incertezza e aleatorietà. La produzione di beni e servizi pubblici, inoltre, non è stata effettuata sulla base di un processo di selezione accurato e di un controllo consapevole ed efficace da parte della Pubblica Amministrazione, ma è stata, invece, spesso caratterizzata da eccessi di spesa e dalla mancata di creazione di valore. A questi problemi, si aggiunge il fenomeno dell'*over-spending* delle unità organizzative decentrate, ossia lo scostamento tra il livello di spesa effettivo sostenuto e lo standard previsto (fabbisogno di spesa). Questa forma di *over-spending* non dipende solo da un problema di asimmetria informativa tra unità centrali e

⁴ PETRETTO, *La Riforma della Pubblica Amministrazione in Italia secondo un approccio Industrial Organization*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2008.

⁵ Cfr. LABORY, *La politica industriale in un'economia aperta e basata sulla conoscenza*, in *L'Industria*, 2/2006, p. 255-281; ID., *I nuovi termini della politica industriale europea: alcuni elementi di riflessione*, in *L'Industria*, vol. XXIX, 2008, n. 4, p. 643-662; PACK e SAGGI, *The case for industrial policy: a critical survey*, *World Bank Policy Research Working Paper* 3839, February 2006; PITELIS, *La politica industriale europea: prospettive e tendenze recenti*, in *L'Industria*, vol. XXVII, 2006, n. 2, p. 231-254; PURPURA, PROVENZANO, *L'industria Manifatturiera Siciliana tra Eccellenze e Ritardo di Sviluppo: Alcune considerazioni per la Politica Industriale* in *"Sicilia 2015. Obiettivo Sviluppo: un traguardo possibile"*. A cura di BUSETTA Ediz. Liguori 2009, 342-366.

⁶ COMITE, *Aspetti tecnologici ed efficacia gestionale dell'e-procurement in sanità. Il caso Azienda Ospedaliera San Paolo di Milano*, 2006, Trento.

⁷ PEDRINI, *Il principio di efficienza pubblica sotto il profilo economico: aspetti salienti ed evoluzioni possibili*, in *Amministrare*, 2009, n. 3, p. 453-483.

periferiche, ma anche da comportamenti burocratici privi di incentivi che eludono processi di *cost-minimization*; dalla mancata tutela della concorrenza nella fase degli acquisti; dall'assenza di economie di scala e di scopo e da un'errata formulazione dei livelli di domanda.

Secondo una prospettiva di "*industrial organization*" queste forme di inefficienza sono state causate anche dalla diffusione di incentivi *low-powered*⁸ e dai cosiddetti bilanci soffici (*soft budget constraint*). La Pubblica Amministrazione, infatti, può essere considerata come un nodo strategico di un *network* di relazioni contrattuali caratterizzate da problemi di *moral hazard* e *adverse selection*. Le unità della Pubblica Amministrazione (*principal*) devono a tal proposito incentivare i dipendenti e i fornitori prestatori di beni e di servizi (*agent*) a rispettare il contratto sia esso di lavoro o di acquisto. Tuttavia, i sistemi di retribuzione presenti, anche se teoricamente vogliono migliorare la qualità delle prestazioni fornite dagli agenti, in realtà, in Italia, sono solo formali e sono privi di una vera e propria valutazione delle *performance*. L'assenza di un legame forte tra retribuzione e risultati e quindi il problema degli incentivi *low-powered* scaturisce dalla rigida articolazione dei sistemi di classificazione delle posizioni occupate che non permette un'effettiva evoluzione dei sistemi retributivi.

Analogamente, l'inefficienza produttiva della Pubblica Amministrazione dipende dall'incapacità dei governi di imporre rigidi vincoli di bilancio (*hard budget constraint*) alle imprese pubbliche ed è originata da asimmetrie informative che portano al salvataggio d'imprese in fallimento. Infatti, molti progetti d'investimento con elevati *sunk cost* dovrebbero richiedere un'accurata analisi costi-benefici preventiva e positiva, ma ciò non si verifica in quanto non si hanno le informazioni tecniche da parte del *principal* di valutare la qualità e si ha l'atteggiamento scorretto degli *agent* di sottoporre progetti scadenti.

Inoltre, una delle cause principali della sindrome dei bilanci soffici (*soft budget constraint*) è strettamente connesso allo *spillover* dei trasferimenti e dei servizi offerti a livello locale, originato da minacce credibili da parte dei governi locali verso il centro. Anche le autorità centrali possono allentare il vincolo di bilancio nella misura in cui l'obiettivo di

⁸ DIXIT, *Incentives and organization in the public sector: an interpretative review*, in *Journal of Human Resources*, 2002, n. 37, p. 696 e ss..

un'elevata occupazione si ritenga superiore a quello dell'efficienza. In tal caso, non siamo in presenza di un problema di asimmetria informativa, ma di un accordo informale tra alcuni burocrati politicizzati che sostengono una politica ed una strategia industriale di sostegno all'occupazione e i potenziali votanti o sostenitori di questo indirizzo politico.

Nel tentativo di risolvere tutti questi problemi, la riforma del settore pubblico, è stata principalmente rivolta ad un cambiamento radicale di queste logiche inefficienti mediante nuovi meccanismi di programmazione e di controllo delle *performance*. Essa mira, dunque, ad una riprogettazione dell'offerta e della struttura produttiva sulla base delle *best practices* internazionali. In particolare, la *Spending Review*, cioè una revisione accurata delle attività dei centri di spesa e dei programmi da questi gestiti, costituisce una cruciale innovazione nello scenario della Pubblica Amministrazione. La razionalizzazione e il contenimento dei costi incrementano la competitività e l'efficienza della Pubblica Amministrazione e favoriscono una crescita economica sostenibile nel lungo periodo. Occorre, quindi, costruire un valido sistema di programmazione delle attività e della spesa pubblica mediante una struttura pluriennale del bilancio che indirizzi scelte allocative e di spesa di breve e di lungo periodo e che permetta il controllo dell'attività pubblica sia dal lato della domanda che dell'offerta⁹.

Mentre, da un lato, il controllo della domanda dei servizi pubblici necessita di una razionalizzazione ed una riorganizzazione della Pubblica Amministrazione che si fondi sulla ridefinizione e individuazione concreta dei beni e servizi cruciali e del loro livello di produzione; dall'altro lato, invece, il controllo dell'offerta riguarda la sostenibilità di tale produzione e più in generale il livello di competitività della Pubblica Amministrazione. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, le politiche di contenimento dei prezzi dei fattori produttivi, devono sottostare alle condizioni ottimali della concorrenza e alle forme di regolamentazione degli acquisti della Pubblica Amministrazione. Inoltre, il controllo dei costi deve fondarsi sia sulla ricomposizione intersettoriale della mobilità delle risorse e dell'occupazione che cerchi di sviluppare tecniche innovative *capital-intensive*, che su un

⁹ GIARDA, PETRETTO, PISAURO, *Elementi per una politica di governo della spesa pubblica*, in *Oltre il declino*, a cura di BOERI, FAINI, ICHINO, PISAURO, SCARPA, 2005, Bologna.

processo di riorganizzazione industriale che sfrutti *le economie di scala e di varietà* e riassorba i margini d'inefficienza.

3. Principi guida della Consip S.p.A. ed aspetti normativi dell'e-procurement

La spinta necessaria per la perseguibilità dei sopra elencati obiettivi deve arrivare, in termini generali, per il tramite di riforme strutturali della Pubblica Amministrazione; tali riforme dovrebbero basarsi, in specie, su regole e criteri coerenti con la razionalità economica: l'introduzione di elementi di concorrenza nella fornitura dei servizi pubblici attraverso gare a evidenza pubblica, per l'affidamento della loro gestione, nonché di meccanismi efficienti di selezione delle prestazioni e dei beneficiari; una riorganizzazione industriale, volta alla revisione dei comparti di produzione dei servizi pubblici, cioè al numero e alle dimensioni delle imprese della c.d. "industria P.A." la corrispondenza tra responsabilità di spesa e di gestione ed amministrazione; il passaggio da *public production* a *private production* – laddove ciò implichi un effettivo contenimento dei costi della P.A. – ossia se la delega e l'esternalizzazione del servizio non generino costi di transazione troppo elevati.

Invero, fino al 1997, le Amministrazioni statali operavano in un'ottica di centralizzazione degli acquisti, essenzialmente finalizzata al controllo della spesa; la principale struttura di riferimento era il "Provveditorato Generale dello Stato" (di seguito "P.G.S.") istituito nel 1923 con la funzione di *acquistatore* unico di beni e servizi, necessari al funzionamento della Pubblica Amministrazione, ovverosia l'ente che – assumendo le funzioni del precedente Economato Generale – si sarebbe occupato di *Public Procurement* in Italia per ottanta anni (1923-2001)¹⁰. Si trattava di un apparato potente, completamente centralizzato ma con ramificazioni locali, le cui competenze – in effetti estese a tutti i contratti pubblici di acquisizione (beni, servizi e lavori) su cui giudicava discrezionalmente – hanno permesso di guidare l'intera dimensione della domanda pubblica, a tal punto da condizionare pesantemente l'offerta e controllare la produzione.

¹⁰ Cfr. R.D. 18 gennaio 1923, n. 94 (cfr. «Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e della contabilità generale dello Stato») artt. 10, 35 e 632.

Il tramonto del P.G.S. iniziò con la legge 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. “legge Bassanini”); ed infatti proprio nel 1997 il ministro del Tesoro, On. Ciampi, tentò una rivisitazione critica sulla contrattualistica pubblica e sulla funzione di tale Ente, sì introducendo importanti modifiche ai meccanismi di spesa delle Amministrazioni centrali: tra le altre cose, le risorse finanziarie per l’acquisto di beni e servizi non vennero più stanziare in un unico capitolo dello stato di previsione del Ministero del tesoro, ma assegnate *direttamente* ai singoli ministeri. Con specifico riferimento al P.G.S., poi, si tentò di ridurne le funzioni e di orientarle più alla attività di consulenza. Pare di potersi affermare, però, come tale processo di riforma non abbia prodotto i risultati sperati: essa non riuscì infatti a coinvolgere la dirigenza, e si innestò in modo semmai conflittuale all’interno delle P.A.

È in questo contesto che la legge finanziaria per il 2000 introdusse un nuovo approccio, basato sullo strumento delle *convenzioni quadro*: convenzioni in base alle quali le imprese fornitrici prescelte accettassero, alle condizioni e ai prezzi stabiliti, ordinativi di forniture deliberate dalle Amministrazioni dello Stato, fino ad un ammontare predeterminato; il compito di concludere tali convenzioni quadro fu attribuito ad una società totalmente partecipata dal Ministero dell’economia e delle finanze, ovverosia la Consip S.p.A.¹¹.

Tale società – detenuta al 100% dallo Stato – è così delegata a stipulare convenzioni, in base alle quali le imprese fornitrici prescelte si sarebbero impegnate ad accettare, alle condizioni ed ai prezzi stabiliti, ordinativi di fornitura sino alla concorrenza di un quantitativo di beni o di servizi predeterminato; come società per azioni controllata dal Ministero dell’economia e della finanza (di seguito “M.E.F.”) la Consip riceve, quindi, l’incarico di ridisegnare i metodi per semplificare i processi di acquisto, rendendoli immateriali, più veloci ed efficienti e – a partire dal 2000 – il suo impegno nella trasformazione del sistema degli acquisti della Pubblica Amministrazione si è concentrato sul contenimento e sulla razionalizzazione della spesa pubblica, mediante lo sfruttamento delle economie di scala, un

¹¹ Cfr. legge 23 dicembre 1999, n. 488. Le Amministrazioni centrali e periferiche dello Stato avrebbero dunque avuto l’obbligo di aderire alle convenzioni, mentre tutte le altre pubbliche amministrazioni avrebbero potuto scegliere se aderire alle convenzioni oppure acquistare i beni confrontabili con quelli oggetto di convenzione, basandosi su prestabiliti parametri di qualità e prezzo.

maggiore potere contrattuale rispetto ai fornitori pubblici e la riduzione delle possibilità di corruzione¹².

Sul punto, in materia di *public procurement*, la normativa di riferimento per gli Stati dell'Unione Europea è stata la direttiva 2004/18/CE, in Italia recepita attraverso il d.lgs. 163/2006, più noto come «Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture»; tale direttiva fu emanata per coordinare precedenti normative al fine di semplificare, aggiornare e razionalizzare le procedure previste dall'impianto normativo preesistente¹³.

Quale società informatica del M.E.F., la Consip svolge dunque la funzione di *centrale di committenza* italiana per le pubbliche amministrazioni¹⁴. Tale scelta non è stata casuale: si trattava, infatti, di imputare ad un soggetto giuridico le attività previste dall'art. 26, l. 488/1999, che introduceva nell'ordinamento italiano le «convenzioni quadro»; sotto questo profilo «il legislatore avrebbe potuto utilizzare il Provveditorato generale dello Stato. Ma si

¹² È il coordinamento delle fasi di approvvigionamento – ossia il *public procurement* – a rappresentare la chiave di successo per l'attuazione della riforma: in specie, l'aggregazione a livello nazionale dei fabbisogni delle amministrazioni locali, la scelta e la stipula dei contratti di fornitura, le relazioni tra Consip ed amministrazioni locali nonché tra le amministrazioni locali ed i fornitori, sono le fasi critiche per assicurare, nel tempo, l'efficienza del processo di approvvigionamento consolidato, la qualità delle forniture, la trasparenza, la fiducia e la cooperazione, a livello sia centrale sia locale.

¹³ Il decreto recepisce inoltre la direttiva 2004/17/CE, recante il coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali. In particolare, l'art. 1 fornisce una serie di definizioni come, ad esempio, quella di «appalti pubblici», ovverosia «contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi [corsivo aggiunto, ndr.]». Sempre all'art. 1 è rilevante anche la definizione di «centrale di committenza»: «un'amministrazione aggiudicatrice che *acquista forniture e/o servizi* destinati ad amministrazioni aggiudicatrici, o *aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro* di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici [corsivi aggiunti, ndr.]». Invero l'idea di una centrale era già diffusa a livello europeo, ed infatti in alcuni Stati si erano già sviluppate tecniche di centralizzazione delle committenze che consentivano di aumentare la concorrenza e l'efficacia della commessa pubblica.

¹⁴ Cfr. l. 488/1999, art. 26, nel quale si stabiliva che il Ministero del Tesoro potesse stipulare apposite convenzioni quadro con imprese, individuate nel rispetto della normativa in materia di scelta del contraente, le quali si impegnavano ad accettare ordinativi di fornitura da parte delle amministrazioni dello Stato. Lo stesso articolo prevedeva, altresì, che l'amministrazione potesse avvalersi di società di consulenza specializzate, che svolgessero le procedure di gara per la scelta delle imprese con le quali stipulare tali convenzioni. Il decreto ministeriale affidò alla CONSIP l'attuazione del programma di razionalizzazione degli acquisti. Il d.lgs. 414/1997 è stato lo strumento attraverso cui il Governo ha poi affidato alla CONSIP le attività informatiche dell'Amministrazione statale, in materia finanziaria e contabile; con i decreti del Ministero del tesoro del 22 dicembre 1997 e del 17 giugno 1998 viene affidato, poi, alla stessa Società l'incarico di gestire e sviluppare i servizi informatici del Ministero. Nel 1999 viene affidata alla CONSIP anche l'attuazione del «programma per la razionalizzazione degli acquisti nella Pubblica Amministrazione»; in attuazione della legge finanziaria per il 2000 – con decreto ministeriale del 24 febbraio 2000 – il M.E.F. individuava nella CONSIP la struttura di servizio per gli acquisti di beni e servizi per le Pubblica Amministrazione.

preferì una scelta diversa, che rappresenta al tempo stesso un chiaro segnale di innovazione nella gestione della contrattualistica pubblica e dei relativi modelli organizzativi e gestionali superando una visione meramente formalistica, frutto di una impostazione, storicamente datata, caratterizzata dal «connubio» con le norme tipiche della funzione contabile»¹⁵. Come altresì asseverato in dottrina, infatti, «la creazione di una centrale di committenza nazionale è da considerarsi strumentale al raggiungimento di tre principali obiettivi: razionalizzare la spesa, garantire efficienza e trasparenza dei processi di acquisto e semplificare e modernizzare i processi ed i comportamenti di acquisto, con effetti indotti in termini di monitoraggio della spesa pubblica e di supporto fattivo alle dinamiche del mercato»¹⁶.

Per quanto riguarda la razionalizzazione della spesa, la creazione di una centrale di committenza per attuare una strategia di aggregazione della domanda può giustificarsi in presenza di due condizioni: se la domanda finale è omogenea, ovvero se le Amministrazioni acquistano beni simili; e se i beni da acquistare presentano un alto grado di standardizzazione, in termini di caratteristiche tecniche. L'effetto dell'aggregazione della domanda è l'aumento, in termini potenziali, del potere di negoziazione dell'acquirente pubblico nei confronti dei fornitori; infatti vi è un unico attore a livello centrale che si sostituisce ad una moltitudine di amministrazioni decentrate non coordinate su tempi e modi di acquisto.

In merito all'obiettivo di garantire efficienza e trasparenza nelle procedure di acquisto, invece, si può affermare il ruolo essenziale di queste caratteristiche per una coerenza delle fasi del processo di *procurement*: in particolare le amministrazioni – può rilevarsi – una volta accertate eventuali inadempienze dei fornitori, spesso non utilizzano gli strumenti contrattuali posti a difesa delle amministrazioni stesse (i.e. le penali) e quindi, un monitoraggio continuo delle dinamiche del mercato delle forniture da parte di una centrale di committenza, è fondamentale per contemperare le esigenze della domanda con quelle dell'offerta.

Infine la semplificazione e modernizzazione dei processi e dei comportamenti di acquisto, basata essenzialmente sulla *innovazione*: i processi di *public procurement* sono

¹⁵ FIORENTINO, *Modello Consip: il quadro normativo vigente*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, n. 2, p. 121-125.

¹⁶ BROGGI, *Consip: il significato di un'esperienza. Teoria e pratica tra e-procurement ed e-government*, 2008, Milano.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna

positivamente correlati, infatti, con fenomeni quali l'aumento delle soluzioni *Information and Communication Technology* (ICT) ed il sempre più elevato grado di centralizzazione degli acquisti; fenomeni che, peraltro, si influenzano reciprocamente: «in primo luogo, un maggior grado di centralizzazione spinge verso l'adozione di soluzioni innovative, poiché gli investimenti fissi, spesso considerevoli, diventano economicamente sostenibili dato il maggior volume di transazioni. Inoltre, l'adozione di soluzioni ICT a livello nazionale favorisce l'affermazione di uno o pochi standard tecnologici che riducono considerevolmente le barriere all'entrata per tutti gli operatori economici e, soprattutto, per le piccole e medie imprese»¹⁷.

Al fine di poter rispondere alle nuove esigenze ed adeguarsi ai cambiamenti accaduti nel tempo, la Consip si è peraltro costantemente evoluta, sotto il profilo sia strutturale sia funzionale: secondo una accurata sintesi dottrinale «l'originalità del modello Consip può essere espressa attraverso alcuni concetti chiave: *partnership*: Consip nasce come *partner* del Ministero dell'Economia e delle Finanze, in un quadro di riorganizzazione dei sistemi informativi e di apertura al mercato attraverso modalità di affidamento a gara europea. La responsabilità di Consip si estende su un arco completo di attività che vanno dalla gestione delle esigenze all'erogazione dei servizi, e iniziano ancor prima che le esigenze stesse siano espresse, attraverso un'attività di stimolo e promozione delle iniziative, necessariamente basata su capacità di visione strategica e di programmazione operativa degli interventi. *Midsourcing*: il ricorso al mercato attraverso contratti di durata definita comporta avvicendamento di fornitori, quindi rischio di discontinuità nell'erogazione dei servizi continuativi. Proprio per questo Consip è chiamata a garantire il presidio delle competenze e la capacità di intervento autonomo sulle aree strategiche del MEF. *Expertise*: Consip mantiene, sviluppa e valorizza le competenze sui processi strategici del MEF, sull'ingegneria del software e sulle architetture IT (*Information Technology*), per poi affidare al mercato la maggior parte delle attività»¹⁸.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ BROGGI, *Consip: una novità nella pubblica amministrazione*, Milano, 2006. Sotto il profilo organizzativo, la CONSIP presenta attualmente il seguente assetto: una Direzione Generale, tre Direzioni tecniche focalizzate sugli utenti di riferimento e varie strutture di Staff sia all'Amministratore Delegato (i.e. Amministrazione e Finanza,

Una delle componenti essenziali di tale ambizioso programma di razionalizzazione della spesa pubblica è rappresentata dall'introduzione dell'*e-procurement*, ovvero sia un sistema di procedure elettroniche di acquisto per ridurre i costi delle transazioni, abbreviare i tempi del ciclo di *procurement* e standardizzare la qualità delle forniture in tutta Italia. Tale modello è considerato, infatti, uno strumento agile e non burocratizzato nel panorama degli acquisti di beni e servizi: le Amministrazioni centrali e gli Enti dotati di autonomia hanno aderito alle convenzioni e – grazie all'azione della Consip – l'Italia è diventata *leader* in Europa nel settore del *public procurement*, ispirando anche la Commissione Europea a implementare processi innovativi in questo campo¹⁹.

Ed invero, già nella legge finanziaria del 2000 gli obiettivi del programma di razionalizzazione della spesa in Italia erano stati ben esplicitati: definire le strategie di acquisto; stipulare convenzioni competitive per le pubbliche amministrazioni; fornire strumenti di monitoraggio nelle pubbliche amministrazioni; definire modelli innovativi di *e-procurement*.

Nel 2001, le procedure Consip potevano essere attuate da ministeri, ASL ed università; nel 2002, la possibilità di attuare le procedure di acquisto viene estesa anche alle Province, ai Comuni, alle Comunità montane ed ai consorzi di Enti pubblici locali. Fors'anche in ragione del malcontento delle Amministrazioni e dei piccoli fornitori, nel 2003 è tuttavia abrogato

Risorse Umane e Organizzazione, Affari legali e Societari, *Corporate Identity*) sia al Direttore Generale (i.e. Operazioni, Progetti Speciali e Ufficio Studi). Le tre Direzioni tecniche, in particolare, sono: la "Direzione Finanza Pubblica" dedicata al supporto di compiti istituzionali della Ragioneria Generale dello Stato, del Dipartimento del Tesoro e della Corte dei conti; la "Direzione Sistemi Informativi" dedicata al supporto dei compiti del Dipartimento dell'Amministrazione Generale, del Personale e dei Servizi del Tesoro, del Dipartimento delle Politiche di Sviluppo e coesione, e degli uffici di diretta collaborazione con l'opera del Ministro nonché di altri servizi afferenti anche altre pubbliche amministrazioni; la "Direzione Acquisti in rete della Pubblica Amministrazione" dedicata specificatamente al supporto degli acquisti di beni e servizi per le amministrazioni pubbliche. Più in dettaglio, la "Direzione Acquisti in Rete della Pubblica Amministrazione" (di seguito "DARPA") – istituita nel marzo 2000 – si occupa essenzialmente del programma di razionalizzazione della spesa per beni e servizi della Pubblica Amministrazione; la composita articolazione del programma richiede, infatti, specifiche aree dedicate – da un lato – a mantenere il coordinamento delle attività ed a monitorare l'avanzamento ed i risultati e – d'altro lato – a garantire l'adeguato supporto allo sviluppo dei servizi innovativi di *e-procurement*.

¹⁹ FIORENTINO, *L'esternalizzazione delle attività amministrative: l'acquisto di beni e servizi da parte delle Pubbliche Amministrazioni e il patrimonio immobiliare dello Stato*, in *Economia dei Servizi*, 2009, n. 2, p.259-270. Peraltro, nel panorama europeo, la scelta di una centrale di committenza come strumento operativo non è sicuramente nuova: la proposta italiana si basa infatti su una serie di esperienze già sviluppate (Svezia, Finlandia, Regno Unito, Austria, Danimarca).

l'obbligo delle convenzioni: la necessità di modernizzazione, le esigenze di cassa e le pressioni derivanti dal sistema delle piccole e medie imprese hanno contribuito, infatti, a produrre uno stallo del sistema. Le condizioni di approvvigionamento dei *public utilities* potranno così essere negoziate liberamente dalle Amministrazioni, entro i parametri di qualità e prezzo imposti dalle convenzioni. Per tal motivo, proprio a partire dal 2003 inizia un effettivo processo di decentramento e la maggior parte delle amministrazioni tornano a ricorrere ai tradizionali metodi di approvvigionamento. Ed è in conseguenza della menzionata decentralizzazione che l'azione della Consip si focalizza, principalmente, su iniziative di continua innovazione delle diverse fasi del ciclo di *procurement* nei settori pubblici, offrendo a supporto delle amministrazioni competenze e capacità manageriali di tipo tecnico-informatico per la gestione dei processi di acquisto²⁰.

Dal manifesto dei valori e principi guida della Società emergono chiaramente gli obiettivi aziendali: *internalizzare* le conoscenze di alto livello su organizzazione, processi e

²⁰ Com'è infatti noto la Pubblica Amministrazione è considerata, economicamente, una "forma di fallimento" del mercato, in specie causato dalla presenza di un *monopsonio*: la Pubblica Amministrazione – unico acquirente nel mercato delle forniture dei beni pubblici – può essere indotta a sovraconsumare beni e servizi in maniera inefficiente; in questo senso, gli interventi di riforma del *public procurement* in Italia hanno avuto come obiettivi principali l'accrescimento dell'efficienza dell'offerta di beni e servizi resi dal settore pubblico, la razionalizzazione della spesa impiegata per acquisire materiali e risorse necessari al processo di produzione e in generale l'aumento della produttività delle organizzazioni pubbliche. In termini più analitici, Il "Program Management" è una struttura di supporto strategico-organizzativo che opera con compiti a valenza trasversale per il programma; definisce le linee strategico evolutive del programma, la raccolta di informazioni e la loro comunicazione alle strutture di competenza e infine rileva il grado di soddisfacimento del servizio erogato dai fornitori aggiudicatari delle convenzioni alla pubblica amministrazione. L'area "Mercati" (i.e. i "comparti" della P.A.) – oltre a promuovere il programma ed i suoi strumenti fra le Amministrazioni, per incrementare il tasso di adesione alle convenzioni – ha l'obiettivo di conoscere, acquisire e fidelizzare le amministrazioni utenti all'utilizzo degli strumenti del programma; principalmente è analizzata la domanda dell'Amministrazione – rilevando i fabbisogni e le dinamiche dei processi d'acquisto – per garantire che i servizi offerti dal programma siano rispondenti alle esigenze della stessa. L'area di razionalizzazione della spesa per beni e servizi (i.e. "Sourcing") è il centro di competenze merceologiche della "Direzione acquisti in rete", e si occupa di realizzare le strategie di approvvigionamento per gli acquisti di beni e servizi da parte delle amministrazioni; studia i mercati della fornitura e seleziona le categorie di spesa e da affrontare, gestisce i rapporti con il mercato della fornitura; sviluppa e gestisce le convenzioni quadro e analizza le iniziative merceologiche destinate ad essere gestite nell'ambito del mercato elettronico in condivisione con l'area "Strategie" per l'*e-procurement*. Inoltre sceglie le strategie di acquisto più appropriate per le varie categorie merceologiche, in base alle esigenze e alle modalità di acquisto delle pubbliche amministrazioni, produce la documentazione di gara e sovrintende alla stipula, gestione e monitoraggio delle convenzioni quadro. L'unità "Strategie per l'*e-procurement*" contribuisce alla definizione e applicazione degli strumenti di *e-procurement* ed alla sua diffusione fra le Amministrazioni pubbliche e le piccole-medie imprese. Infine, l'area "Sistemi informativi per l'*e-procurement*" si occupa dello sviluppo delle soluzioni strategico-evolutive di tutto il sistema informativo a supporto del programma di razionalizzazione: piattaforme di *e-procurement*, il portale internet degli acquisti in rete.

sistemi informativi dell'Amministrazione; *esternalizzare* le fasi realizzative dei progetti attraverso un ampio ricorso al mercato, nel rispetto delle regole nazionali e comunitarie; *promuovere* l'innovazione e il cambiamento nella Pubblica Amministrazione attraverso l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione. In materia di trasparenza, poi, la Consip – dopo aver pubblicato un codice etico, funzionale a rendere comprensibili agli operatori ed al pubblico il proprio *modus operandi* – ha definito le linee di condotta a cui sono improntati i comportamenti nelle relazioni interne e nei rapporti con l'esterno: al personale in azienda è imposta correttezza formale e sostanziale nel rapporto con gli utenti e con i fornitori, massima tutela dell'interesse pubblico e piena trasparenza, in ragione della natura sostanzialmente pubblica delle Consip nonché dell'entità delle risorse pubbliche affidate alla gestione della Società²¹. Ed anche in termini di risultati, l'indicatore per parametrarli è costituito dal grado di eccellenza della prestazione; ciò sia per consolidare l'apprezzamento da parte delle Amministrazioni, sia come presupposto della stessa ragion d'essere della Consip, istituita proprio per agevolare la crescita e l'efficienza dell'Amministrazione²².

A *latere* della attività della Consip, il MEF. vincola le Amministrazioni statali, centrali e periferiche ad inviare un prospetto revisionale del proprio fabbisogno di beni e servizi, grazie al quale sono individuati gli indicatori di spesa sostenibile necessari a soddisfare i fabbisogni delle Amministrazioni stesse; ciò al fine di costruire un sistema di *procurement* sempre più efficiente da un punto di vista gestionale. Rispetto poi al programma di razionalizzazione della finanza pubblica, importanza primaria riveste il sistema delle convenzioni per la conclusione di accordi quadro, sulla base dei quali le imprese fornitrici s'impegnano ad

²¹ È intuitivo che tutte le aziende abbiano il dovere di uniformare il proprio operato al principio di trasparenza nei confronti degli azionisti, del mercato di riferimento, dei consumatori, delle istituzioni incaricate di garantire il buon funzionamento dei mercati e, in genere, di tutti i portatori di interesse; e tuttavia tale necessità è ancora più forte quando l'azionista è un soggetto pubblico, poiché in questo caso il capitale di rischio è anch'esso pubblico. Sotto questo profilo, il summenzionato codice etico pone valori quali affidabilità, trasparenza, onestà, integrità morale e senso di responsabilità a fondamento della *mission* della CONSIP, insieme alla consapevolezza che l'etica dei comportamenti costituisce virtù e condizione indispensabile per il perseguimento degli obiettivi societari.

²² Il suddetto modello di organizzazione e gestione rispecchia i profili normativi imposti dal d.lgs. 231/2001, anche in ordine alla nomina di uno specifico organo di vigilanza con il compito di verificare il rispetto delle regole previste dal decreto stesso e il rispetto dei principi etici. In materia, cfr. DI MARIA, *La nuova responsabilità "sociale" dell'impresa alla luce del d.lgs. 231/2001*, in *Segno*, anno XXX, n. 257-258, Luglio-Agosto 2004.

accettare – a condizioni ed a prezzi stabiliti – ordinativi di fornitura da parte delle Amministrazioni, sino alla concorrenza di un predeterminato quantitativo o importo complessivo²³.

La conclusione degli accordi con i fornitori scelti avviene attraverso l'espletamento di una gara; lo svolgimento della procedura di gara e l'attivazione della convenzione sono precedute da indagini di mercato ed analisi della domanda delle diverse amministrazioni, svolte dalla Consip al fine di attuare una vera e propria strategia di acquisto. In tal senso, la Consip interagisce sia con le amministrazioni – condividendo le informazioni e raccogliendo le loro esigenze – sia con i fornitori, attraverso tavoli di confronto sulle diverse iniziative merceologiche e un dialogo costante e strutturato. Dopo aver predisposto la documentazione di gara, questa viene inviata alle Autorità di controllo (i.e. "Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato") per ottenere un parere di conformità²⁴.

Con la fase di stipula della convenzione – che precede l'attivazione della stessa – si conclude il ciclo di vita dello sviluppo di una convenzione, e si apre la fase di monitoraggio finalizzato ad assicurare alle pubbliche amministrazioni il livello di servizio atteso. Dopo aver identificato l'aggiudicatario, la Consip attiva i negozi elettronici relativi alle convenzioni quadro: le Pubbliche Amministrazioni possono così utilizzare tali negozi per emettere ordinativi di fornitura direttamente nei confronti delle imprese aggiudicatrici, con le quali intrattengono rapporti autonomi. I fornitori possono infatti interagire direttamente con la singola

²³ Il meccanismo sottostante alla stipula delle convenzioni quadro è il seguente: valutazione della domanda aggregata delle amministrazioni a livello nazionale; invito della Consip ai fornitori a manifestare proposte contrattuali per le forniture richieste; scelta delle migliori condizioni contrattuali per la quantità di beni e servizi domandati a livello nazionale; impostazione della piattaforma elettronica per eseguire le operazioni di acquisto *online*, da parte della Consip.

²⁴ Sul punto pare opportuno menzionare il provvedimento che disciplina le gare non concluse bandite dalla Consip, ossia il d.P.C.M. 11 Novembre 2004, n. 325, il quale «prevede che le gare Consip debbano conformarsi alla disciplina nazionale e comunitaria in vigore rispettando i principi generali in materia di trasparenza, pubblicità e concorrenza; per evitare tendenze monopolistiche da parte delle imprese aggiudicatrici, si stabilisce la facoltà delle amministrazioni che aderiscono ad una convenzione Consip di non acquisire i servizi accessori inseriti nella medesima convenzione. Inoltre, è demandato alla Consip il compito di emanare direttive in ordine ai tempi ed alle modalità di divulgazione delle informazioni ai soggetti interessati, nonché per acquisire, attraverso appositi formulari, informazioni precise e dettagliate rispetto all'aspetto qualitativo e quantitativo dei beni e dei servizi delle amministrazioni pubbliche»; cfr. FIORENTINO, *L'esternalizzazione delle attività amministrative*, cit..

amministrazione per quanto riguarda l'evasione dell'ordine e il pagamento, ma sono obbligati nei confronti di Consip a fornire un resoconto sui contratti stipulati.

4. Innovazione e il cambiamento tecnologico nella Pubblica Amministrazione

La riforma della Pubblica Amministrazione provoca un forte cambiamento tecnologico che permette la trasparenza degli acquisti mediante operazioni elettroniche, la riduzione dei costi di transazione per le gare d'appalto e per le negoziazioni condotte tramite procedure private e lo sfruttamento di economie di scala. Attraverso il sistema delle convenzioni quadro, nel caso di notevoli commissioni, viene abbassato il prezzo unitario dei beni e dei servizi acquistati e, in generale, vengono limitati gli sprechi delle risorse evitando la frammentazione e promuovendo la standardizzazione degli acquisti in tutto il territorio nazionale.

Inoltre, la Consip in quanto promotrice dell'innovazione della Pubblica Amministrazione, permette il raggiungimento di economie di scopo o di varietà e la massimizzazione dei benefici, attraverso lo strumento principale dell'*e-procurement*. Il nuovo sistema di *procurement*, infatti, permette di produrre più beni congiuntamente ad un costo inferiore rispetto a quelli che sarebbero sostenuti in aggregato da un insieme di amministrazioni ciascuna delle quali ne producesse uno solo.

La Consip, nelle vesti di "banditore walrasiano" favorisce l'equilibrio tra la domanda, che viene aggregata attraverso la centralizzazione del *public procurement* e l'offerta che può essere discontinua a causa delle economie di scala²⁵.

Le singole unità amministrative, sulla base dello schema fornito dalla riforma, devono fornire una risposta cooperativa e decentrata aderendo alle convenzioni ed acquistando i beni e i servizi in relazione alle loro dotazioni finanziarie ed ai loro bisogni operativi. Le convenzioni, dunque, forniscono dei prezzi e degli standard di riferimento specificati *ex ante*

²⁵ MARRA, *Centralizzazione e innovazione tecnologica nella riforma degli acquisti della Pubblica Amministrazione: un bilancio*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2007, n. 3, p. 487-522.

che orientano l'approvvigionamento di beni e servizi da parte della Pubblica Amministrazione²⁶.

Se si considera che, l'erogazione di beni e servizi da parte dei fornitori non può avvenire ad un prezzo inferiore a quello stabilito dalle convenzioni e che la domanda della Pubblica Amministrazione sarà nulla per prezzi più alti, si comprende allora come il ruolo della Consip sia cruciale nello svolgere un ruolo di coordinamento e di risoluzione di problemi di selezione avversa e rischi di *moral hazard*. Essa, in quanto gode di informazioni più precise rispetto alle unità della pubblica amministrazione, con riferimento alla qualità e alla quantità di offerta di beni e servizi, può favorire la riduzione dei fenomeni di corruzione e dello spreco di risorse. I rischi e le inefficienze legate alla qualità scadente dei beni e servizi acquistati, ai ritardi nelle consegne o alle frodi da parte dei fornitori, possono essere ridotti dall'intervento della Consip. La riforma tecnologica consente alle unità della Pubblica Amministrazione di adottare complessi servizi integrati attraverso la costruzione di *network* o *partnership* e di riqualificare le competenze e le risorse umane che esse hanno a disposizione.

Il ruolo di coordinamento svolto dalla Consip nel network di relazioni tra le amministrazioni e le aziende fornitrici opera su molteplici livelli: amministrativo, gestionale, normativo, economico, finanziario, tecnologico e commerciale. Uno degli effetti principali dell'*e-procurement* è stato anche quello di favorire dei rapporti di cooperazione e collaborazione tra acquirenti e fornitori, ottenendo dei vantaggi reciproci chiaramente di tipo economico. Grazie all'*e-procurement* è possibile ottenere molteplici servizi integrati che incrementano la produttività e rendono più efficiente la gestione degli spazi degli immobili.

Il supporto alle operazioni di *e-procurement* fornito da Consip si traduce nella consulenza fornita durante la fase di selezione degli acquisti e nell'assistenza rivolta durante la fase di erogazione materiale delle forniture. In queste fasi la Consip, deve assicurarsi, da un lato, che le amministrazioni acquirenti aderiscano alle convenzioni e acquistino i beni e servizi di cui hanno bisogno presso i fornitori prescelti e, dall'altro lato, che i fornitori selezionati si impegnino a garantire l'erogazione dei beni e servizi come stabilito nelle

²⁶ Ibidem.

convenzioni²⁷. La relazione tra Consip e le amministrazioni termina quando vengono rilevati i fabbisogni interni delle amministrazioni. Per svolgere queste funzioni, la Consip sostiene costi fissi legati soprattutto alla fase di stipula delle convenzioni e dei costi variabili connessi alla fase di attuazione delle convenzioni.

L'*e-procurement* costituisce uno strumento innovativo non solo tecnologico ma anche culturale ed organizzativo. Se da un lato, il processo d'informatizzazione rafforza i sistemi di controllo degli approvvigionamenti di beni e servizi e di monitoraggio della spesa pubblica, riduce la circolazione di documenti cartacei, snellisce procedimenti e tempi amministrativi e aumenta il numero e la qualità di fornitori a cui rivolgersi; dall'altro lato, la semplificazione delle procedure di acquisto permette un'evoluzione organizzativa delle singole unità amministrative che diventano più responsabili e maggiormente orientate al fabbisogno reale²⁸ e ad un risparmio economico consistente e durevole.

L'introduzione dell'*e-procurement* ha permesso, inoltre, l'utilizzo di aste telematiche e di un *marketplace* elettronico. Le aste telematiche possono essere distinte in due categorie principali: l'asta *weighted-score* o multiparametrica e l'asta inversa. Nella prima, sulla base di diverse condizioni, viene stipulato il contratto con maggior valore, nella seconda, invece, si stipula il contratto al prezzo inferiore con le offerte immediatamente visualizzate. Le aste sono obbligatorie per i contratti che superano la soglia dell'Unione Europea. Il *marketplace* elettronico è un mercato virtuale dove domanda (rappresentata da utenti autorizzati) e offerta (costituita da fornitori certificati) si incontrano per gli acquisti di beni di piccole quantità che stanno al di sotto della soglia UE e vengono fatti con una certa regolarità.

Nel *marketpalce* le condizioni contrattuali sono negoziate dalle parti con più facilità e l'intervento della Consip si limita alla ricerca e nell'immissione nel mercato dei migliori fornitori e alla loro certificazione. Nelle aste, invece, la maggiore complessità dei rapporti tra amministrazioni e fornitori e richiede un intervento di coordinamento della Consip più impegnativo.

²⁷ Ibidem.

²⁸ COMITE, op. cit.

Tuttavia, non bisogna correre il rischio di vedere la Consip come mera stazione appaltante o garificio, bensì occorre pensare ad essa come un propulsore di innovazione permanente²⁹. Essa, attraverso la reingegnerizzazione continua dei processi di acquisto e l'introduzione nelle amministrazioni di *know-how* e di competenze specifiche per le esigenze di coordinamento, deve consentire il rinnovo continuo della pubblica amministrazione.

5. Alcune considerazioni conclusive sulle potenzialità e criticità della riforma della Pubblica amministrazione e del modello Consip.

Il modello Consip, attraverso il sistema delle convenzioni, ha permesso la semplificazione delle procedure di gara, la contrazione dei tempi di approvvigionamento e la riduzione dei prezzi unitari dei beni e servizi e dei costi di definizione dei contratti. Il ricorso alla centrale Consip ha favorito, inoltre, un miglioramento delle competenze e della qualità degli acquisti della Pubblica Amministrazione³⁰.

Tuttavia, dall'analisi del ruolo e dell'operatività della Consip, emergono alcune necessità d'intervento in materia di concorrenza nel settore pubblico. I processi competitivi possono essere limitati dal meccanismo di *e-procurement* che consolida la reputazione di alcuni fornitori rafforzandone i loro vantaggi competitivi. La centralizzazione dei processi di acquisto e la rigidità delle procedure di offerta rappresentano per le imprese di piccola dimensione un ostacolo notevole. Inoltre, le elevate competenze e conoscenze tecniche richieste, i notevoli costi da sostenere per essere conformi alle norme vigenti e gli enormi investimenti *ex ante* da sostenere per realizzare il servizio, causano delle barriere all'entrata nel mercato delle forniture pubbliche e favoriscono la concentrazione del mercato. In altri termini, l'esclusione dal mercato di un numero considerevole di imprese, che non possono accedere alle procedure, può originare una struttura di mercato oligopolistica con implicazioni negative molto gravi in ambito di libertà di concorrenza.

²⁹ FIORENTINO, *Il Modello Consip nella finanziaria per il 2008*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, n. 5, p. 483-487.

³⁰ PIGA, op. cit.

È necessario dunque un processo di coordinamento tra Consip e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che garantisca effettivamente il principio di trasparenza, la correttezza delle procedure di gara e una più ampia partecipazione al processo di selezione. L'intervento dell'Autorità può consentire momentanei raggruppamenti di imprese di piccole dimensioni³¹ e segnalare la rigidità di alcuni criteri tecnici ed economici di selezione che possano ingiustamente e ingiustificatamente impedire l'accesso ad alcuni operatori³².

La *ratio* di queste forme di raggruppamento e di collaborazione tra imprese di piccole dimensioni è quello di garantire la partecipazione alla gara di un maggior numero di imprese possibile e di abbattere le barriere costituite dai requisiti dimensionali e tecnico-finanziari di volta in volta fissati dalle stazioni appaltanti³³.

Inoltre, l'intervento dell'*Antitrust* diventa rilevante nel caso di prodotti che per le loro specificità tecniche siano caratterizzati da elevati *switching costs* dal lato del consumo. In tal caso, l'Autorità, al fine di evitare ingiustificate restrizioni della concorrenza, ha il compito di aiutare Consip ad adottare ogni necessaria misura per il soddisfacimento della domanda che manifestasse bisogni di prodotti con specifiche tecniche differenti da quelle previste dal bando, non escludendo, per le relative commesse, la predisposizione di altre procedure di evidenza pubblica³⁴.

Le imprese di piccole e medie dimensioni possono, inoltre, essere aidate da una struttura di *governance* a rete³⁵ che favorisca forme di collaborazione e scambio di flussi informativi tali da eliminare le barriere all'entrata e che in parte risolva i problemi di un'eccessiva centralizzazione degli acquisti.

La mancanza di concorrenza nel mercato delle forniture pubbliche è dovuta all'applicazione di norme che non tengano conto degli elementi distintivi di ciascun territorio. La centralizzazione degli acquisti non può essere l'unica risposta all'efficienza e all'efficacia della Pubblica amministrazione. Le unità amministrative che la compongono, in quanto

³¹ AGCM, *Bandi predisposti dalla concessionaria servizi informatici pubblici-Consip S.p.a.*, Parere As125, in *Bollettino* n. 5, 2003.

³² AGCM, *Bandi di gara in materia di appalti pubblici*, Parere As187, in *Bollettino* n. 48, 1999.

³³ AGCM, op. cit., 2003.

³⁴ Ibidem.

³⁵ FIORENTINO, op. cit., 2008.



**Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna**

maggiormente radicate nel territorio di appartenenza, possono cogliere meglio le esigenze dei cittadini. Ne deriva che esse devono difendere la loro l'autonomia e sviluppare le competenze necessarie per valutare la qualità dei beni e servizi richiesti.

Il radicamento con il territorio di queste unità decentrate non deve costituire una fonte di corruzione ma un'occasione per meglio percepire i bisogni del territorio ed identificare le soluzioni specifiche richieste. Lo scambio di informazioni e di conoscenze tra centrale ed unità periferiche, attraverso, una struttura a rete può, non solo migliorare il processo di selezione delle imprese ma anche di rafforzare il processo di monitoraggio del comportamento delle imprese fornitrici.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna

NOTA BIBLIOGRAFICA

BROGGI, *Consip: una novità nella pubblica amministrazione*, Milano, 2006

BROGGI, *Consip: il significato di un'esperienza. Teoria e pratica tra e-procurement ed e-government*, Milano, Franco Angeli, 2008

COMITE, *Aspetti tecnologici ed efficacia gestionale dell'e-procurement in sanità. Il caso Azienda Ospedaliera San Paolo di Milano*, 2006, Trento, Uni Service

DI MARIA, *La nuova responsabilità "sociale" dell'impresa alla luce del d.lgs. 231/2001*, in *Segno*, anno XXX, n. 257-258, Luglio-Agosto 2004

DIXIT, *Incentives and organization in the public sector: an interpretative review*, in *Journal of Human Resources*, 2002, n. 37, p. 696 e ss.

FIORENTINO, *Modello Consip: il quadro normativo vigente*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, n. 2, p. 121-125

FIORENTINO, *L'esternalizzazione delle attività amministrative: l'acquisto di beni e servizi da parte delle Pubbliche Amministrazioni e il patrimonio immobiliare dello Stato*, in *Economia dei Servizi*, 2009, n. 2, p.259-270

GIARDA, *Dinamica, struttura e governo della spesa pubblica: un rapporto preliminare*, settembre 2011, Dipartimenti e Istituti di Scienze Economiche, Università Cattolica del Sacro Cuore

GIARDA, PETRETTO, PISAURO, *Elementi per una politica di governo della spesa pubblica*, in *Oltre il declino*, a cura di BOERI, FAINI, ICHINO, PISAURO, SCARPA, 2005, Bologna, Il Mulino

LABORY, *La politica industriale in un'economia aperta e basata sulla conoscenza*, in *L'Industria*, n. 2, 2006, p. 255-281

PACK, SAGGI, *The case for industrial policy: a critical survey*, in *World Bank Policy Research Working Paper* 3839, February 2006

NINNI, *I nuovi termini della politica industriale europea: alcuni elementi di riflessione*, in *L'Industria*, vol. XXIX, n. 4, 2008, p. 643-662

PEDRINI, *Il principio di efficienza pubblica sotto il profilo economico: aspetti salienti ed evoluzioni possibili*, in *Amministrare*, 2009, n. 3, p. 453-483



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna

PETRETTO, *La riforma della Pubblica Amministrazione in Italia secondo un approccio Industrial Organization*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2008, n. 1, p. 87-115

PITELIS, *La politica industriale europea: prospettive e tendenze recenti*, in *L'Industria*, vol. XXVII, n. 2, 2006, p. 231-254

PURPURA, PROVENZANO *L'industria Manifatturiera Siciliana tra Eccellenze e Ritardo di Sviluppo: Alcune considerazioni per la Politica Industriale* in "Sicilia 2015. Obiettivo Sviluppo: un traguardo possibile". A cura di P. BUSETTA. Ediz. Liguori 2009, 342-366

REITER, *Efficient allocation*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics*, a cura di EATWELL, MILGATE, NEWMAN, 1987, vol. 2

RODRIK, *Normanlizing Industrial Policy*, working Paper no. 3, *Commission on Growth and development*, 2008



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna

TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS E O PENSAMENTO DE CELSO LAFER

Jose Levi Mello Do Amaral Júnior

*Professor de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo – USP e Procurador da
Fazenda Nacional*

1. Breve síntese do artigo “A Constituição de 1988 e as relações internacionais: reflexões sobre o art. 4º”

Celso Lafer distingue as Constituições dos séculos XVIII e XIX daquelas do século XX, apontando que as primeiras são Constituições-garantia (que “essencialmente dispõem sobre a distribuição de competência dos poderes políticos e elencam direitos voltados para assegurar a liberdade”) enquanto as segundas são Constituições-programáticas (que “contêm normas definidoras de programas de ação e de linhas de orientação”)¹. São Constituições que “contêm, além de regras que atribuem competências, princípios gerais” que têm, entre seus objetivos, a “expansão axiológica do Direito”, o que abrange as relações internacionais. É o que se dá por meio do art. 4º da Constituição de 1988, que “constitucionaliza princípios nesta matéria que são muito abrangentes”². A seguir, Celso Lafer sintetiza de modo muito feliz o dispositivo constitucional: “O art. 4º da Constituição de 1988 é representativo da abertura ao mundo, inerente a um regime democrático.”³

¹ LAFER, *A Constituição de 1988 e as relações internacionais: reflexões sobre o art. 4º* in *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*, Barueri, 2005, p. 11-12. Nessa exposição inicial, Celso LAFER maneja a melhor doutrina brasileira, desde José Antonio PIMENTA BUENO até Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO e José Francisco REZEK, bem assim a melhor doutrina estrangeira, destacadamente, sobre dirigismo constitucional, José Joaquim GOMES CANOTILHO.

² LAFER, op. cit., p. 13.

³ LAFER, op. cit., p. 13.

Então, destaca como “clara nota identificadora da passagem do regime autoritário para o Estado democrático de direito” um dos princípios que regem as relações internacionais brasileiras: a prevalência dos direitos humanos (inciso II do art. 4º)⁴, cujo desdobramento “na prática diplomática brasileira tem sido uma política de Direito voltada para a adesão do Brasil aos Pactos Internacionais e Regionais de Direitos Humanos”⁵, política que entende reforçada pela Emenda n. 45, pois submete o país à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, em cumprimento ao art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (“O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.”)⁶.

A seguir, menciona a polêmica que envolve o § 2º do art. 5º da Constituição de 1988⁷, “pois arguiu-se que, a ser aplicado literalmente, ensejaria mudança constitucional por maioria simples”⁸. Por isso, foi acrescentado um § 3º ao art. 5º da Constituição de 1988, “em consonância com o art. 60, § 2º”⁹, para encerrar as controvérsias, declarando o que preexiste¹⁰.

Neste contexto, sustenta que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos incorporados ao Direito brasileiro:

(1) antes da Constituição de 1988, foram recepcionados com a hierarquia de normas constitucionais¹¹;

(2) após a Emenda n. 45, “para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao *iter* previsto no novo § 3º do art. 5º”¹²;

⁴ LAFER, op. cit., p. 14.

⁵ LAFER, op. cit., p. 15.

⁶ LAFER, op. cit., p. 15.

⁷ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”.

⁸ LAFER, op. cit., p. 15.

⁹ “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”.

¹⁰ LAFER, op. cit., p. 16.

¹¹ LAFER, op. cit., p. 16-17.

¹² LAFER, op. cit., p. 17.

(3) após a Constituição de 1988, mas antes da Emenda n. 45, “não podem ser encarados como tendo apenas a mera hierarquia de leis ordinárias”, pois integram “o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental”¹³.

Celso Lafer ensina que “o bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas”. Portanto, conclui que esses tratados “não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade”¹⁴.

Então, realça e fixa a relevância do inciso II do art. 4º da Constituição de 1988, que entende como “política jurídica exterior de Estado e não de governos, por ser uma das importantes notas identificadoras da passagem do regime autoritário para o Estado democrático de direito”¹⁵.

Depois, aprecia o art. 4º em seu conjunto normativo para sustentar¹⁶:

(1) o papel dos seus princípios “vai além da clássica função de proibir ou permitir” porque “claramente almejam promover ações de política externa”;

(2) a previsão desses princípios, em nível constitucional, permite ao Congresso Nacional e à opinião pública uma fiscalização e um controle mais específicos;

(3) as iniciativas de política externa, pela mesma razão, tornam-se suscetíveis de apreciação, em sua constitucionalidade, pelo Poder Judiciário.

¹³ LAFER, op. cit., p. 17.

¹⁴ LAFER, op. cit., p. 18.

¹⁵ LAFER, op. cit., p. 18.

¹⁶ LAFER, op. cit., p. 19.

Em uma sucessão de citações claras e eruditas¹⁷, Celso Lafer distingue os princípios do art. 4º de simples regras que apenas orientam sobre o que se pode ou se deve fazer. Os princípios do art. 4º “proporcionam-nos critérios para tomar uma posição diante de situações concretas que, no entanto, *a priori*, são indeterminadas, só adquirindo significado operativo no momento de sua aplicação a um caso concreto”¹⁸, ou seja, são “mandatos de otimização dos valores neles consagrados”¹⁹. Esses valores “referem-se à realidade internacional”, ou seja, precisam encontrar apoio na realidade e contêm “o significado vetorial de um dever-ser, que se projeta para o futuro”²⁰. Há, nisso, questões da maior complexidade, que faz compreender o potencial de ambiguidades contido no art. 4º (“pois alguns incisos apontam para uma orientação mais nacionalista e outros para uma orientação mais internacionalista”²¹). Assim, “a pluralidade de princípios e a ausência de uma hierarquia formal entre eles faz com que não possa existir uma ‘ciência’ sobre sua articulação, mas apenas uma prudência na sua ponderação”²² ou um “parar para pensar preceitos” em que “o lastro epistemológico da experiência é relevante”²³, em especial no que toca à colaboração prestada pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores ao Presidente da República²⁴.

¹⁷ LAFER, op. cit., p. 20-22.

¹⁸ No que cita Gustavo ZAGREBELSKY.

¹⁹ No que cita Robert ALEXU.

²⁰ No que cita Miguel REALE e a referência que ele fazia às notas objetivas de todo valor: realizabilidade e inexauribilidade.

²¹ No que cita Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO.

²² No que volta a citar ZAGREBELSKY e a otimização apreendida por ALEXU.

²³ No que cita Hannah ARENDT.

²⁴ LAFER, op. cit., p. 21-22.

2. Apreciação inicial do artigo “A Constituição de 1988 e as relações internacionais: reflexões sobre o art. 4º” cinco anos depois de sua publicação

Essa breve síntese ilustra a completude teórica e prática que Celso Lafer atinge ao ser, a um só tempo, um “intelectual militante” e um “observador participante”. Mais do que isso, chega a conclusões consistentes e equilibradas. Isso porque não resvala na teoria vazia, risco que ronda o nefelibata, ou na ação temerária, risco que ameaça o despreparado.

Com efeito, importa destacar, aqui, o entendimento de Celso Lafer sobre a posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos no sistema de fontes do Direito brasileiro.

O trabalho ora comentado de Celso Lafer insere-se em importante tradição, fortalecida após as duas Grandes Guerras do século XX, qual seja, aquela dos juristas que buscam no Direito das Gentes a prevenção contra a corrupção do Direito doméstico e uma melhor proteção para os direitos humanos. Aliás, a tese de cátedra de Celso Lafer já revelava essa preocupação, uma vez que a sua meta “é examinar as condições de possibilidade da afirmação dos direitos humanos num mundo onde os homens não se sentem em casa e à vontade, correndo o risco de descartabilidade”²⁵.

É natural que – na constância de regimes autoritários ou totalitários de governo – o Direito Internacional seja lembrado como recurso em favor da proteção humanitária que falta internamente. Ademais, o apelo à garantia proporcionada pelo Direito das Gentes tende a permanecer na transição desses para um regime democrático de governo.

A transição democrática experimentada pelo constitucionalismo brasileiro na década de 1980 e o processo constituinte de 1987-1988 o demonstram. Proporcionaram oportunidade para a afirmação de toda uma nova pletora de direitos e garantias fundamentais, mas a nova

²⁵ LAFER, *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, 1988, p. 8.

Constituição não deixou de invocar o plano internacional para uma máxima proteção dos direitos fundamentais.

Em verdade, o constitucionalismo brasileiro nunca deixou de afirmar direitos e garantias fundamentais. Porém, houve notórios hiatos de aplicação prática.

A Constituição de 1988 é emblemática na matéria: (1) colocou a declaração de direitos e garantias fundamentais no início do texto constitucional; (2) inovou e aprofundou o rol de direito e garantias fundamentais; (3) aperfeiçoou o conjunto de garantias, de modo a favorecer a efetivação dos direitos fundamentais.

Ademais, o rol de direitos e garantias constitucionais não é exaustivo, uma vez que o já citado § 2º do art. 5º da Constituição de 1988 funciona como cláusula de abertura. Em verdade, tem-se, aí, disposição tradicional do constitucionalismo brasileiro republicano. Já constava do art. 78 da Constituição de 1891²⁶, bastante similar à IX Emenda à Constituição americana de 1787²⁷.

João Barbalho atesta a similitude e explica que foi estabelecida “como cautela contra a má aplicação da máxima, demasiado repetida, que uma afirmação em casos particulares importa uma negação em todos os mais e vice-versa”²⁸.

Porém, vale destacar, a Constituição de 1988 inovou ao acrescentar à cláusula de abertura (§ 2º do art. 5º) referência aos “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. É precisamente dessa evolução histórica que nasceu a tese que atribui hierarquia constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Ademais, o art. 4º da Constituição de 1988, relativo aos princípios que regem o país

²⁶ “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.”.

²⁷ “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.”.

²⁸ BARBALHO, *Constituição federal brasileira*, Brasília, 1992, p. 344.

em suas relações internacionais – e “representativo da abertura ao mundo, inerente a um regime democrático”²⁹ – afirma a prevalência dos direitos humanos³⁰.

Não há dúvida: tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos são materialmente constitucionais, uma vez que versam assunto que é, sim, próprio à matéria constitucional³¹.

O problema é saber se têm *status* constitucional formal (ou seja, determinar se veiculam ou não normas formalmente constitucionais). Como já mencionado, neste particular há intensa polêmica entre juristas brasileiros. Importa voltar a ela.

3. Mecanismo constitucional de incorporação de tratados e convenções internacionais

Desde a Constituição do Império do Brasil, de 1824, o Direito pátrio pratica um mecanismo de incorporação da norma internacional em termos mais ou menos uniformes.

De início, o Chefe de Estado firma, no âmbito internacional, o tratado ou convenção (Constituição de 1988, art. 84, inciso VIII). Admite-se que a assinatura se dê por um plenipotenciário do Chefe de Estado (em geral, o Ministro de Estado das Relações Exteriores ou um Embaixador).

A seguir, o ato é submetido à aprovação definitiva do Congresso Nacional, o que acontece por meio de decreto legislativo (Constituição de 1988, art. 49, inciso I). Segundo explica Pontes de Miranda, o decreto legislativo é uma lei sem sanção, ou seja, um ato do Congresso Nacional que tem a mesma estatura de uma lei, mas que se completa sem a

²⁹ LAFER, *A Constituição de 1988 e as relações internacionais*, cit., p. 13.

³⁰ LAFER, *A Constituição de 1988 e as relações internacionais*, cit., p. 14.

³¹ LAFER, *A Constituição de 1988 e as relações internacionais*, cit., p. 17.

intervenção do Presidente da República. Manifesta uma competência que é exclusiva do Poder Legislativo³².

Enfim, aprovado, o ato internacional é promulgado. A promulgação se dá por meio de decreto presidencial. O decreto de promulgação não é imperativo constitucional ou legal. Trata-se de uma “praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império”³³.

Assim, parece tranquilo concluir que o tratado internacional, seja qual for a sua matéria – inclusive direitos humanos – ingressa no Direito brasileiro com *status*, com força, com hierarquia de lei. Mais especificamente, comporta-se como uma lei ordinária, porque a maioria requerida para a aprovação do decreto legislativo que recepciona o tratado é a mesma exigida para a aprovação de uma lei ordinária: a maioria simples (Constituição de 1988, art. 47).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assim entendia desde o Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, Relator para o Acórdão o Ministro Cunha Peixoto, julgado em 1º de junho de 1977, e reiterado, por exemplo, quando do indeferimento do Habeas Corpus n. 72.131-1/RJ, Relator o Ministro Moreira Alves, julgado em 23 de novembro de 1995 (sobre o Pacto de São José da Costa Rica), e quando da concessão parcial de medida cautelar nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-3/DF, Relator o Ministro Celso de Mello, julgada em 04 de setembro de 1997 (sobre a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT).

A Emenda n. 45 eliminou qualquer dúvida para o futuro, porque esclareceu qual é a posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos no sistema de fontes do Direito brasileiro.

³² PONTE DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*, tomo 3, 2ª edição, São Paulo, 1970, p. 142.

³³ REZEK, *Direito internacional público*, 6ª edição, São Paulo, 1996, p. 83.

Em outras palavras, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que sejam – ou melhor, desde que sejam – incorporados nos termos do processo de aprovação das emendas constitucionais (Constituição de 1988, art. 60) terão o *status* das normas constitucionais. É o que ensina Celso Lafer, em lição já citada: “para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao *iter* previsto no novo § 3º do art. 5º”³⁴.

Portanto, após a Emenda n. 45, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos incorporados segundo o mecanismo tradicional de recepção – por meio de decreto legislativo aprovado pela maioria simples a que se refere o art. 47 da Constituição de 1988 – terão, indubitavelmente, força de lei ordinária.

As duas vias convivem. O § 3º do art. 5º da Constituição de 1988 faculta a incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos por meio de um decreto legislativo com força própria de emenda constitucional – porque aprovado com maioria qualificada – e não exclui a recepção pelo mecanismo tradicional (decreto legislativo aprovado com maioria simples).

A maior virtude do novo dispositivo constitucional é sepultar a polêmica sobre a hierarquia dos tratados e convenções internacionais incorporados após a Emenda n. 45. Em verdade, não traz nenhuma novidade. Isso porque, já no modelo constitucional originário de 1988 nada impedia que o conteúdo de um tratado ou convenção internacional (sobre direitos humanos ou não, no todo ou em parte) fosse posto em uma proposta de emenda constitucional a ser deliberada nos termos do art. 60 da Constituição de 1988 e viesse a vigorar, por exemplo, como uma lei constitucional autônoma.

Porém, a polêmica permanece ao menos para uma parte dos tratados anteriores. “Tratados anteriores”, aqui, são aqueles recepcionados anteriormente à Constituição de 1988,

³⁴ LAFER, *A Constituição de 1988 e as relações internacionais*, cit., p. 17.

bem como aqueles recepcionados após a Constituição de 1988, mas anteriormente à Emenda n. 45.

Quanto aos primeiros (tratados internacionais sobre direitos humanos recepcionados antes da Constituição de 1988), repita-se, Celso Lafer entende que – por força do § 2º do art. 5º da Constituição de 1988 – foram eles recepcionados com *status* constitucional pela nova ordem constitucional³⁵. Não há decisão do Supremo Tribunal Federal sobre esse ponto. Porém, ao menos em dois precedentes cogitou-se em favor desta solução, um dos quais com expressa referência ao “douto magistério do eminente Professor CELSO LAFER”³⁶.

Quanto aos segundos (tratados internacionais sobre direitos humanos recepcionados após a Constituição de 1988, mas antes da Emenda n. 45), insista-se, Celso Lafer sustenta que também esses possuem hierarquia constitucional (defende que integram o “bloco de constitucionalidade” da ordem jurídica brasileira), pois compreende o § 3º do art. 5º como norma interpretativa que “nada mais fez do que declarar o que preexiste”³⁷.

Em três decisões recentes, revendo a sua própria jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal afirmou a suprallegalidade do Pacto de São José da Costa Rica³⁸. É significativo anotar que, nesses precedentes, o Ministro Celso de Mello – com base, precisamente, na obra

³⁵ LAFER, *A Constituição de 1988 e as relações internacionais*, cit., p. 16. O Ministro Moreira ALVES cogitou neste mesmo sentido ao votar no Recurso em Habeas Corpus n. 79.785-7/RJ, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 29 de março de 2000.

³⁶ Manifestações do Ministro MOREIRA ALVES no Recurso em Habeas Corpus n. 79.785-7/RJ, Relator o Ministro Sepúlveda PERTENCE, julgado em 29 de março de 2000, e do Ministro Celso DE MELLO no Habeas Corpus n. 87.585-8/TO, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, julgado em 03 de dezembro de 2008 (com citação de Celso LAFER).

³⁷ LAFER, *A Constituição de 1988 e as relações internacionais*, cit., p. 16-18. Por sua vez, Anna Cândida DA CUNHA FERRAZ defende posição diversa, argumentando que emenda constitucional não pode “retroagir para alcançar fatos ou situações pretéritas, ferindo o direito fundamental à segurança em qualquer dos seus significados, porquanto isso importaria em criar um caos jurídico insuportável ante uma Constituição suprema e rígida” (FERRAZ, *Os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004*, in *Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO)*, vol. 7, n. 1, 2007, p. 131).

³⁸ Habeas Corpus n. 87.585-8/TO, Relator o Ministro Marco AURÉLIO, Recurso Extraordinário n. 349.703-1/RS, Relator para o Acórdão o Ministro Gilmar MENDES e Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, Relator o Ministro Cezar PELUSO, todos julgados em 03 de dezembro de 2008.

ora comentada de Celso Lafer, de que transcreve longo excerto – modificou o seu entendimento pessoal sobre o assunto:

“(…) Após muita reflexão sobre o tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais:

(1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição);

(2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o ‘*iter*’ procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e

(3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade que é “*a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados*”).

(…)

Tenho para mim, desse modo, Senhora Presidente, que uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico – constitucionalmente consagrado (CF, art. 4º, II) – da ‘*prevalência dos direitos humanos*’ permitirá, a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto ao

relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro.

(...)”

A palavra empenhada pelo Estado brasileiro nas relações internacionais, por si só, justifica o reconhecimento de hierarquia supralegal a qualquer tratado ou convenção internacional, sobre direitos humanos ou não. É o que anima, por exemplo, o art. 98 do Código Tributário Nacional³⁹. No caso dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, é correta a construção que Celso Lafer faz a partir do inciso II do art. 4º da Constituição de 1988⁴⁰ (mormente porque não se restringe à mera invocação genérica do § 2º do art. 5º). Ademais, com isso, Celso Lafer sustenta a formação, no caso, de um bloco de constitucionalidade⁴¹. É o que também se pode cogitar a partir da compreensão do que seja preceito fundamental “decorrente desta Constituição” na forma do § 1º do art. 102 da Constituição de 1988, porque a própria norma constitucional enseja interpretação construtiva (definir o que vem a ser preceito fundamental decorrente da Constituição) que leva, ao natural, a um bloco de constitucionalidade⁴².

Por outro lado, conforme adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é preciso aguardar a reiteração do novo entendimento para: (1) confirmá-lo; ou (2) verificar eventual nova revisão jurisprudencial, desta feita, talvez (e possivelmente), em favor da hierarquia

³⁹ “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”.

⁴⁰ Que faz as vezes, em nível constitucional, do art. 98 do Código Tributário Nacional.

⁴¹ Note-se que, no caso francês, o bloco de constitucionalidade é constituído, em larga medida, justamente, por normas relativas a direitos, inclusive a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (FAVOREU, *Droit constitutionnel*, 4ª edição, Paris, 2001, p. 117-118).

⁴² A argumentação de Celso LAFER também me faz modificar antigo entendimento pessoal sobre o assunto (AMARAL JÚNIOR, *Tratados no ordenamento jurídico brasileiro*, in *Revista de estudos tributários*, nº 5, Editora Síntese, 1999, p. 18-31).

constitucional dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, como parece acenado durante os debates⁴³.

4. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Recentemente, o Direito brasileiro procedeu à primeira aprovação congressual de uma convenção internacional sobre direitos humanos com equivalência à emenda constitucional. Trata-se da “Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência” e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 (*vide* Decreto Legislativo – com força de Emenda Constitucional – n. 186, de 09 de julho de 2008 e Decreto – de promulgação da Convenção – n. 6.949, de 25 de agosto de 2009).

Não há dúvida sobre o caráter meritório da Convenção. Porém, o problema que se coloca, aqui, é outro. É necessário refletir sobre o impacto que exerce – no Direito pátrio – a incorporação de tratado internacional com força de emenda constitucional.

A fórmula normativa que consta do § 3º do art. 5º – “equivalentes às emendas constitucionais” – não deixa dúvida: o tratado internacional incorporado por meio da forma mais gravosa facultada pelo § 3º é alocado – no sistema de fontes brasileiro – no nível constitucional.

Nestas condições, o tratado internacional funciona como lei constitucional extravagante, ou seja, legislação de nível constitucional, mas não consolidada no corpo da Constituição documental (documento normativo denominado “Constituição”).

É o que se dá (no nível das normas primárias) entre o Código Penal e as leis penais extravagantes (leis penais outras, inclusive com tipos penais, não consolidadas no Código, mas que compõem com ele a legislação penal brasileira).

⁴³ FERREIRA FILHO, *Direitos humanos fundamentais*, 11ª edição, São Paulo, 2009, p. 103-104.

No nível superior, próprio às normas constitucionais, há uma consequência relevante. Normas que sejam aprovadas com nível constitucional (consolidadas ou não no texto constitucional documental) tornam-se parâmetro de controle de constitucionalidade. Como visto, Celso Lafer chama a atenção para esta circunstância⁴⁴.

O fato não é novidade no constitucionalismo pátrio. O sistema constitucional brasileiro já vai além da Constituição documental. A Constituição vigente possui 257 artigos. Porém, foi aprovada com um Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (hoje com 97 artigos).

Ademais, várias das 73 Emendas Constitucionais (aí incluídas as seis de Revisão) têm artigos autônomos, isto é, que veiculam normas com nível constitucional, mas que não foram incorporadas à Constituição documental. Postos de lado os artigos com cláusulas de revogação ou vigência, contam-se pelo menos 61 artigos constitucionais autônomos. Assim, o Direito pátrio possui algo em torno de 415 artigos em nível constitucional e com forma documental.

Com a promulgação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, o bloco de constitucionalidade brasileiro passa a ter, além daqueles 415 artigos, outros 68. Logo, a incorporação de ambos os textos internacionais amplia significativamente o parâmetro de controle de constitucionalidade brasileiro, porque passam a existir duas leis constitucionais extravagantes.

Tem-se, nisso, implicações que pedem cautela. Insista-se: não se quer, aqui, discutir o conteúdo da Convenção, mas avaliar o impacto dessa e de possíveis outras incorporações de tratados internacionais em nível constitucional.

Primeiro, são poucos os direitos humanos fundamentais que não têm proteção constitucional expressa no Direito brasileiro⁴⁵.

⁴⁴ LAFER, *A Constituição de 1988 e as relações internacionais*, cit., p. 19.

⁴⁵ Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO recomenda “ter consciência de que a multiplicação de direitos ‘fundamentais’ vulgariza e desvaloriza a idéia.” E acrescenta: “Philip Alston chama atenção, em interessante artigo, para isso. Assinala a tendência da ONU e de outros corpos internacionais de proclamarem, a torto e a

Segundo, é equivocado pensar que as liberdades tenham melhor proteção nos tratados internacionais do que na Constituição brasileira vigente. É o caso, por exemplo, da liberdade de reunião, pacífica e sem armas. No Pacto de São José da Costa Rica (artigo 15) a ela são admitidas restrições desconhecidas pela Constituição de 1988 (o art. 5º, inciso XVI, requer não seja frustrada outra reunião e exige, apenas, prévio aviso à autoridade competente).

Terceiro, a interação entre tratados internacionais com nível constitucional e a legislação interna infraconstitucional pode levar a situações delicadas. Por exemplo, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência adota conceito de capacidade mais amplo do que aquele do Código Civil brasileiro. É provável que se configure, aqui, caso de não recepção de dispositivos do Código Civil pela Convenção. Porém, quais seriam as consequências de não mais vigerem tais dispositivos do Código Civil? Poderão ocorrer, na prática, situações em que a jurisprudência venha a preferi-los, em detrimento da Convenção, o que não seria algo construtivo para a supremacia constitucional. Vale lembrar o caso da prisão civil do depositário infiel.

Quarto, da inexistência de disciplina regimental sobre o § 3º do art. 5º da Constituição de 1988 derivou uma tramitação parlamentar simplificada, potencialmente sujeita a sobressaltos e variações futuras. A opção não é sem dificuldades. Tome-se a seguinte hipótese: haveria ou não decisão pela aprovação do tratado se acaso ele não viesse a obter maioria de três quintos dos votos (Constituição de 1988, art. 60, § 2º), mas, sim, apenas maioria simples (Constituição de 1988, art. 47)?

A pergunta é pertinente porque – como visto acima – o § 3º admite duas formas de incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos: uma equivalente à lei ordinária e outra equivalente à emenda constitucional. Veja-se a seguinte

direito, direitos ‘fundamentais’, sem critério objetivo algum. E registra novos direitos em vias de serem solenemente declarados fundamentais – direito ao turismo, direito ao desarmamento – afora já propostos – direito ao sono, direito de não ser morto em guerra, direito de não ser sujeito a trabalho aborrecido, direito à co-existência com a natureza, direito de livremente experimentar modos de viver alternativos etc.” (FERREIRA FILHO, *Direitos humanos fundamentais*, cit., p. 67-68).

hipótese: nada impede que, não alcançada a maioria de três quintos, o tratado seja, ainda assim, considerado aprovado, porém com *status* de lei ordinária (maioria simples dos votos da Casa, presente a maioria absoluta dos seus membros). Esta possibilidade é, inclusive, objeto de projetos de resolução que tramitam no Congresso Nacional. Contudo, realizada uma tramitação simplificada na hipótese levantada (sem obtenção da maioria qualificada), alguém poderia concluir pela rejeição do tratado...

Enfim, é preciso prudência no modo de incorporar tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Primeiro, para não tumultuar um sistema de direitos que já é bastante abrangente. Segundo, para não gerar dúvidas sobre o nível de proteção dispensado a uma dada liberdade. Terceiro, para não resvalar em situações em que, na prática, venha-se a preferir a legislação infraconstitucional doméstica ao tratado ou convenção internacional equivalente à emenda constitucional. Quarto, para não se perder tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos em razão de tramitação cujo resultado favorável seja mais difícil de alcançar.

5. Necessidade de promulgação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados com equivalência às emendas constitucionais

Conforme exposto, no Direito brasileiro, por força de costume constitucional muito antigo, tratados internacionais estão sujeitos à promulgação por meio de decreto presidencial.

Importa examinar se tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados com equivalência às emendas constitucionais estão sujeitos ou não à promulgação por meio de decreto presidencial.

A questão deve ser enfrentada porque emendas constitucionais são promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (Constituição de 1988, art. 60, § 3º). Daí a pergunta: os tratados e convenções a que se refere o § 3º do art. 5º seriam equivalentes às emendas constitucionais também neste particular?

A resposta é negativa. Isso porque tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, enquanto atos internacionais que são, devem ficar sujeitos à cautela do Chefe de Estado quanto ao momento mais oportuno: (1) para assinatura no plano internacional; e (2) para eficácia do âmbito doméstico (observada a prévia e definitiva aprovação congressual requerida pelo inciso I do art. 49 da Constituição de 1988). Com efeito, a promulgação por meio de decreto presidencial é a oportunidade derradeira para que o Ministro de Estado das Relações Exteriores ofereça o seu conselho ao Presidente da República em um “parar para pensar preceitos” com vistas a uma prudente e correta aplicação dos princípios constantes do art. 4º da Constituição de 1988⁴⁶.

Qualquer eventual dúvida sobre o assunto parece superada com a promulgação da “Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência” e seu Protocolo Facultativo pelo Decreto n. 6.949, de 2009.

Conclusão

Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos são estratégicos para o fim de estabelecer uma completa e exaustiva rede humanitária de proteção e reduzir ou – situação ideal – eliminar o “risco de descartabilidade” a que se refere Celso Lafer⁴⁷.

Aqui, uma vez mais, é preciso “parar para pensar preceitos”⁴⁸, dado que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos repercutem sobre a própria ordem constitucional e, portanto, sobre o parâmetro de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos em geral.

Vale lembrar que a elaboração de tratados e convenções internacionais exhibe evidente déficit democrático. Não são elaborados por meio de representantes democraticamente eleitos

⁴⁶ LAFER, *A Constituição de 1988 e as relações internacionais*, cit., p. 21-22.

⁴⁷ LAFER, *A reconstrução dos direitos humanos*, cit., p. 8.

⁴⁸ LAFER, *A Constituição de 1988 e as relações internacionais*, cit, p. 22.

pelas populações implicadas. Quando muito, são aprovados pelos parlamentos nacionais envolvidos, mas o são – na maioria dos casos – sem a possibilidade de modificações parlamentares. São aprovados ou reprovados em bloco, ressalvada a eventual existência de cláusulas de reserva (porém, desde que admitidas pelo próprio tratado ou convenção internacional...).

Alexis de Tocqueville, com sua sensibilidade aguçada e capacidade de observação minuciosa, já percebia essa dificuldade relativamente à Constituição americana de 1787:

“Já vimos que a Constituição Federal confia a direção permanente dos negócios exteriores da nação às mãos do Presidente e do Senado, o que, até certo ponto, situa a política geral da União fora da influência direta e quotidiana do povo. Por isso, não se pode dizer de maneira absoluta que é a democracia que conduz, na América, os negócios exteriores do Estado.”⁴⁹

Portanto, além de regulamentar adequadamente o § 3º do art. 5º da Constituição de 1988, é preciso serenidade e comedimento em sua aplicação, de modo a não introduzir incoerências ou gerar desequilíbrios no parâmetro de controle de constitucionalidade brasileiro. Daí o acerto das sempre equilibradas palavras de Celso Lafer ao concluir o trabalho aqui comentado:

“Este juízo diplomático requer coragem que é, como ensina Bobbio, uma ‘virtude forte’ necessária para o ofício de governar. A coragem, como uma ‘virtude forte’, foi definida por Montesquieu como o sentimento de suas próprias forças. Na lição de Aristóteles, ela é, como toda virtude, um equilíbrio. No caso, um equilíbrio entre dois excessos condenáveis: o excesso do medo que leva à covardia da acomodação e o excesso de temeridade que, na sua inconsequência insensata, pode levar ao desastre.”⁵⁰

⁴⁹ TOCQUEVILLE, *A democracia na América*, 4ª edição, Belo Horizonte, 1998, p. 175.

⁵⁰ LAFER, *A Constituição de 1988 e as relações internacionais*, cit., p. 29.



**Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna**

O “intelectual militante” e “observador participante”, comprometido com a verdade do Direito, amigo do Estado de Direito, não resvala nesses excessos, ao contrário, encontra o equilíbrio. A trajetória de Celso Lafer o comprova.

Giurisprudenza

UN NUOVO CAPITOLO NELLA “SAGA” DEL *DATA RETENTION*: LA CORTE COSTITUZIONALE DELLA REPUBBLICA CECA DICHIARA L'INCOSTITUZIONALITÀ DEGLI ATTI DI ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 2006/24/CE

Fausto Vecchio

Assistant professor nell'Università Kore di Enna

Lo scorso 22 marzo, dichiarando l'incostituzionalità dei provvedimenti normativi interni che davano attuazione alle previsioni contenute nella Direttiva 2006/24/CE, l'*Ústavní soud* della Repubblica Ceca ha aumentato il numero di giurisdizioni costituzionali che hanno rilevato i problemi di costituzionalità nel dare attuazione alle disposizioni europee in materia di *data retention*: dopo le pronunce dei loro colleghi bulgari, romeni, tedeschi, ciprioti e ungheresi, anche i giudici di Brno hanno accolto le ragioni di quanti si sono lamentati dei pericoli connessi ad un sistema massivo di raccolta preventiva dei dati informatici ed elettronici. Dal punto di vista del diritto costituzionale europeo, la pronuncia ceca appare di grande interesse perché offrendo una nuova riconferma delle argomentazioni proposte dal *Bundesverfassungsgericht* in occasione della decisione sul mandato di arresto europeo, mostra il modo in cui si sta consolidando una certa concezione delle relazioni tra gli ordinamenti.

Nel ricostruire i fatti che hanno portato alla pronuncia dei giudici cechi può essere utile mettere in evidenza che la vicenda si svolge nel quadro di una procedura di controllo inaugurata da un gruppo di cinquantuno deputati che lamentano l'incostituzionalità della legge 125/2005 (Legge sulle comunicazioni elettroniche) e del connesso decreto 485/2005. I ricorrenti sostengono che imporre ai gestori dei *network* di telecomunicazioni l'obbligo di registrare tutti i dati relativi alle comunicazioni effettuate con i sistemi di nuova generazione (sms, mail, connessioni internet, telefonia voip, *ect.*) e l'obbligo di mettere queste informazioni a disposizione delle autorità investigative vale ad allontanare la Repubblica Ceca dagli schemi istituzionali propri dello stato di diritto: il sistema realizzato dalle norme

impugnate integra una chiara violazione dell'*art.* 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, senza rientrare nell'ambito delle limitazioni consentite dall'*art.* 4 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali (che nel sistema ceco ha rango costituzionale), viola gli *art.* 2, 3, 7 e 13 della Carta ceca (da cui la giurisprudenza nazionale generalmente desume l'obbligo costituzionale di non interferire con la vita privata). Inoltre, mostrandosi consapevoli del legame che corre tra le disposizioni oggetto del pronunciamento e la Direttiva 2006/24/CE, i ricorrenti chiedono al giudice costituzionale di sospendere il loro giudizio e di sollecitare un cambio di orientamento interpretativo da parte della Corte di giustizia: denunciando possibili violazioni dei Trattati, essi chiedono ai magistrati del Lussemburgo di rivedere il giudizio - espresso con la decisione C – 301/06, *Irlanda c. Parlamento europeo e Consiglio*, del 25 febbraio 2009 - secondo cui la pratica del *data retention* sarebbe conforme al diritto comunitario. Secondo il ragionamento giuridico alla base del ricorso, insomma, le norme impugnate, al di fuori della copertura offerta dal principio di proporzionalità, ledono alcuni diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento costituzionale, dall'ordinamento convenzionale e dall'ordinamento comunitario e pertanto, dopo l'accertamento pregiudiziale del giudice europeo, devono essere dichiarate incostituzionali.

Questa posizione viene contestata in maniera abbastanza tiepida dai rappresentanti istituzionali della Camera dei Deputati e del Senato che intervengono nel procedimento ai sensi dell'*art.* 42 e dell'*art.* 69 del regolamento della Corte. In particolare, lo *speaker* del Senato, dopo aver ribadito la correttezza formale dell'*iter* normativo seguito dai due provvedimenti si esprime in favore della costituzionalità delle norme impugnate perché ritiene che le violazioni denunciate non sussistano: la registrazione dei dati relativi alle comunicazioni (orario, durata, interlocutore *etc.*) è da tenere concettualmente distinta dall'intercettazione dei contenuti delle comunicazioni e non rientra nell'ambito delle norme invocate.

A fronte di una controversia che si incentra essenzialmente sul contenuto dell'obbligo costituzionale di non interferire con la vita privata dei cittadini, la Corte costituzionale mostra una grande sensibilità nei confronti della comparazione giuridica e, oltre a richiamare la propria giurisprudenza costituzionale, richiama i riferimenti normativi e i precedenti

giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo e di altri sistemi costituzionali (principalmente Germania e Stati Uniti). Risultato di questa analisi comparata è la conclusione secondo cui *«apart from the traditional definition of privacy in its space dimension (protection of the home in a broader sense) and, in connection with the autonomous existence and public authority, undisturbed creation of social relationships (in a marriage, family or society), the right to respecting private life also includes the guarantee of self-determination in the sense of primary decision-making of an individual about themselves»*. Partendo da questo concetto tanto ampio, i giudici costituzionali riconoscono che, a prescindere dalla mancanza di una norma che esplicitamente riconosca la possibilità di determinare le informazioni sensibili che sono accessibili ai terzi, il costituente ceco non si è limitato a riconoscere soltanto i classici diritti all'integrità psicofisica e all'inviolabilità delle comunicazioni private, ma secondo uno schema consolidato nelle esperienze democratiche ha riconosciuto un diritto all'*«informational self-determination»* e ha garantito la possibilità di disporre delle informazioni relative alle proprie comunicazioni.

Una volta smentita la ricostruzione proposta dallo *speaker* del Senato e una volta chiarito che la Carta ceca dei diritti fondamentali non si limita a garantire soltanto il contenuto delle comunicazioni, la Corte sceglie una via procedurale diversa da quella suggerita dai ricorrenti e preferisce invece imboccare la strada indicata dalla giurisprudenza costituzionale tedesca a partire dalla pronuncia sul mandato di arresto europeo (*BVerfGE*, 113, 273, *Darkanzali*, del 18 luglio 2005). Così, per risolvere la questione relativa alle modalità di intervento su provvedimenti che hanno origine da una previsione europea, i giudici di Brno statuiscono (senza addurre ulteriori argomenti) che la vicenda ha rilevanza esclusivamente interna perché la Direttiva europea lascia al legislatore nazionale i margini di spazio necessari per adempiere gli obblighi costituzionali. In effetti, diversamente da quanto avevano fatto i loro colleghi rumeni (sentenza 1.258/2009 dell'8 ottobre 2009), i giudici cechi non si spingono sino a censurare apertamente la Direttiva e, confinando le loro critiche in una parte significativamente intitolata *obiter dictum*, giustificano il loro intervento in relazione a previsioni lasciate alla disponibilità del legislatore nazionale: i provvedimenti di attuazione sono incostituzionali soltanto nella misura in cui non definiscono chiaramente le modalità di

intervento da parte del potere pubblico, non contemplano l'obbligo di informare l'interessato dell'avvenuto accesso alle sue informazioni sensibili, non specificano in maniera univoca i termini entro cui i provider sono obbligati a cancellare i dati raccolti, non limitano l'utilizzano dei dati alla prevenzione di determinate tipologie (particolarmente gravi) di crimini e non prevedono specifiche misure di prevenzione degli abusi. Insomma, come dire che, malgrado i dubbi e le perplessità espresse attraverso gli *obiter dicta*, l'incostituzionalità non deriva dalla astratta previsione di un meccanismo di *data retention*, ma piuttosto è la conseguenza delle modalità concrete con cui il legislatore ha trasposto l'atto normativo europeo.

Malgrado l'attenzione riposta dal giudice ceco e malgrado la pronuncia sia ispirata da una genuina (e da questo punto di vista apprezzabile) volontà di evitare che l'origine europea delle norme impugnate si trasformi in un pretesto per abbassare gli standard nazionali di protezione dei diritti fondamentali, la decisione offre spunti per una riflessione critica sulla configurazione delle relazioni degli ordinamenti. Infatti, per un verso è vero che in ragione della delicatezza delle prescrizioni della Direttiva e in ragione dell'atteggiamento troppo indulgente della Corte del Lussemburgo, la dichiarazione di incostituzionalità si rivela utile per bloccare (almeno provvisoriamente) e rivedere l'applicazione di una normativa che oggettivamente presenta alcuni profili abbastanza inquietanti. Per contro, però, al di là del fatto che la motivazione insiste su un profilo formale (la rilevanza esclusivamente interna delle previsioni impugnate) che mal si concilia con l'idea di costituzione materiale e con la concezione evolutiva di sovranità usate dallo stesso giudice costituzionale per giustificare la costruzione europea, appare assai discutibile la scelta di mutuare l'impianto argomentativo della decisione tedesca sul *data retention* e di non utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale: seguendo le orme della decisione con cui il *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG.*, 1 BvR 256/08, *Data retention*, del 2 marzo 2010) ha negato la necessità di adire l'istituzione giudiziaria sovranazionale e ha provveduto ad annullare direttamente le norme di attuazione della Direttiva 2006/24, l'*Ústavní soud* smentisce lo spirito collaborativo che, a detta di molti commentatori, ha fin qui caratterizzato la sua giurisprudenza "europea" e si espone alle stesse critiche che la dottrina ha riservato al Tribunale federale.

Alla luce di questa rapida disamina pare possibile concludere che, pur essendo dettata da un sincero desiderio di garantismo, la soluzione individuata per il caso in questione non appare complessivamente soddisfacente. Innanzitutto, dichiarando l'incostituzionalità totale degli atti impugnati, i giudici di Brno impediscono l'attuazione di una normativa comunitaria che per quanto problematica resta ancora formalmente vigente e, almeno teoricamente, espongono il loro paese al rischio di una procedura di infrazione. Inoltre, mostrando sfiducia nei confronti della giurisdizione del Lussemburgo, essi spezzano l'obbligo di leale collaborazione che dovrebbe ispirare le relazioni tra i giudici e contravvengono agli obblighi imposti dalla giurisprudenza europea sulla base dell'*art. 234 TCE* (ora *art. 264 TFUE*). Infine, ed è probabilmente il punto più rilevante, essi falliscono nell'obiettivo di riuscire a garantire adeguati standard di protezione dei diritti perché, per limitare le loro censure all'attività legislativa interna, essi hanno finito comunque per aprire la via ad una pratica che resta comunque assai discutibile. Preferibile sarebbe invece stato incalzare la Corte di giustizia affinché si decida a dichiarare l'invalidità di una direttiva che presenta evidenti problemi di costituzionalità e affinché finalmente scriva l'ultimo capitolo di una vicenda giurisprudenziale che ha già messo in luce le contraddizioni dell'attuale modello di relazioni tra gli ordinamenti e che ormai ha assunto i caratteri di una vera e propria "saga".

Recensioni



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna

***Droit international public* di D. RUZIÉ - G. TEBOUL, Paris Dalloz, 2012, 21° ed., Pag. I – IV Pag. 1 - 346**

***Droit européen* di J. C. GAUTRON, Paris Dalloz, 2012, 14° ed, Pag. I - VII Pag. 1 - 347**

I due volumi qui recensiti, rappresentativi delle rispettive sezioni di diritto internazionale pubblico e di diritto europeo nella ben nota collana dei *Mementos* dell'editore Dalloz, appaiono accomunati dal numero particolarmente elevato delle edizioni succedutesi nel tempo. Compaiono nel settore largamente collaudato della serie *droit public – sciences politiques*, secondo un formato tipografico suddiviso in un numero straordinariamente breve di parti, per una visione essenziale e completa della disciplina, ma ciascuna ben articolata in una pluralità di titoli capitoli e sezioni dettagliate e precise. Trattasi ovviamente di opere elementari di avvio all'insegnamento ed all'apprendimento degli studi giuridici, Preliminari alle più avanzate forme di tipo manualistico nonché ai veri e propri trattati di presentazione ed esposizione approfondita dell'intera materia euro-internazionale. Nel quasi mezzo secolo intercorso dalla loro prima apparizione la dottrina di lingua francese ha istituito due punti di osservazione particolarmente utili a seguire le complesse vicende evolutive della società internazionale e di quella europea in particolare. Il lungo periodo prescelto, dagli inizi ai successivi momenti di evoluzione conferisce un grande coefficiente di oggettività alle presenti trattazioni in esame, idonee a cogliere i lineamenti essenziali, nonché le interconnessioni tra le varie parti delle discipline esaminate. Ciò vale in modo particolare per gli ormai classici *Mementos* di Ruzié-Teboul ben attenti a cogliere tutti i punti di intersezione tra l'esperienza della società internazionale del suo insieme rispetto a quella della società europea, ben evidenziata come suo momento o fattore essenziale di sviluppo, fino a coglierne nell'altro *Mementos* di Gautron i singoli segmenti organizzativi e strutturali approdati fino all'attuale fase di integrazione particolarmente spinta ed evoluta del cosiddetto *Droit européen*.

Il primo volume qui esaminato ha dovuto affrontare in spazi espositivi volutamente limitati il largo campo dell'esperienza internazionalistica contemporanea, ben inquadrata in

una premessa introduttiva, nonché in cinque parti essenziali ed in una appendice finale dedicata al contenzioso presso la Corte internazionale di giustizia, repertoriata mediante l'illustrazione dei principali casi della sua giurisprudenza nelle controversie giuridiche tra stati dell'ultimo mezzo secolo. E' da segnalare all'attenzione del lettore il ruolo strategico assunto dalla sintetica e precisa esposizione introduttiva, dedicata all'esame preliminare dei caratteri fondamentali della società internazionale, nonché delle più note teorie giuridiche che la descrivono ed infine alle sue divisioni territoriali e materiali più rilevanti. Gli autori condividono in vero l'assunto ormai pacifico dalla dottrina internazionalistica francese, quasi unanime nell'individuare nell'"universalismo-regionalismo" della società internazionale, il vero e proprio modo per conciliarne unità e diversità. Trattasi ovviamente di un universalismo esaminato come somma di sub-sistemi regionali particolari e tra loro finitimi, da quello europeo a quelli contigui sia africano che islamico. Sempre nella predetta introduzione di uguale utilità appare la distinzione dei campi propri del diritto internazionale, tra un diritto dell'Intero "ambiente" umano ed un correlato diritto della "bio-etica" ovvero delle relazioni umane tra singoli e gruppi di individui e di persone singole o collettive. Come già detto l'opera si articola in cinque parti rispettivamente dedicate alle fonti giuridiche del diritto internazionale vigente ed osservato, nonché alla teoria generale del soggetto statale e dei beni-spazi pubblici internazionali, ed infine alle strutture organizzate della vita interstatale tanto impegnate per i relativi rapporti di cooperazione integrazione e di soluzione delle controversie internazionali. Naturalmente le dimensioni ridotte dell'opera non consentono quasi mai approfondimenti analitici, tanto nella parte introduttiva quanto in quelle espositive, ma ciò nonostante un inquadramento completo ed essenziale risulta sempre ricavabile da parte del lettore. Come si diceva innanzi l'intersezione sempre presente nel percorso euro-internazionale consentire agli autori di verificare come gli strumenti giuridici e le competenze utilizzate dagli Stati singoli, in realtà si trovino collocati e ripartiti in modo diverso se ad entrare in gioco come attori essenziali intervengono proprio l'Unione Europea o le Comunità europee nello spazio giuridico sicuramente loro proprio.

L'altro volume qui recensito oggetto persegue ovviamente finalità rispettose dell'autonomia ordinamentale e scientifica del settore definito e definibile come *Droit européen*. Invero anche nella dottrina d'oltralpe esistono particolari esigenze e sensibilità

dottrinali, ovviamente insoddisfatte dal possibile assorbimento della disciplina giuridica europea nel solo contesto del Diritto internazionale pubblico latamente inteso. La nozione adottata *strictu sensu* appare sapientemente tripartita secondo una complessa architettura a tre cerchi, a partire da quello proprio delle organizzazioni euro-internazionali sorte nel decennio degli anni quaranta del secolo scorso nei settori della sicurezza regionale e della salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, con specifico riferimento al sistema NATO o OCSE-Consiglio d'Europa. Solo in tale contesto organizzativo di diritto "antico", si transita al cerchio intermedio del vero e proprio diritto dell'integrazione, notoriamente rappresentato dal "Diritto comunitario" nel mezzo secolo delle sue origini e del suo sviluppo. Si approda solo nella parte finale all'esame dell'Unione Europea, secondo il sistema definito dal vigente Trattato di Lisbona. Alcuni cenni complementari concernono sviluppi del post-Lisbona, ancora inesplorati per effetto dell'applicazione iniziale del "nuovo" Diritto unionistico comunitario, ma soprattutto della sua strisciante "revisione" secondo le procedure e i metodi semplificati previsti dal medesimo Trattato. In vero proprio l'unione economica e monetaria europea (UEEM), descritta nella parte finale del volume si trova ad affrontare eventi straordinari previsti o prevedibili, determinati dalla crisi internazionale dei mercati finanziari e dalle ricorrenti difficoltà di piazzamento e di pagamento dei titoli del debito pubblico sovrano dei Paesi dell'euro-zona. Si tratta ovviamente di problematica ancora *in fieri*, suscettibili di determinare modelli diversi di unione economica monetaria nonché processi più o meno ristretti o allargati di unione con moneta unica o viceversa con monete nazionali sottoposte ad un regime unitario. Peraltro l'impostazione metodologica del volume consente di superare l'ottica anche ristretta dell'unione economica monetaria in un contesto ordinamentale più ampio di integrazione dotata di radici più antiche rispetto alle crisi normative più o meno ricorrenti dell'ultimo decennio.

In conclusione i volumi sopra indicati meritano la conferma di un più che favorevole apprezzamento, già loro riservato e confermato negli ambienti accademici e professionali anche nel nostro paese. La tradizionale ed ineguagliabile chiarezza semplicità e precisione del discorso, non fa mai velo alla serietà dei giudizi espressi e non è mai occasione di un esposizione sommaria o semplicistica. In sostanza trattasi di scritti che fanno onore alla dottrina euro-internazionalistica di lingua francese e sono senz'altro destinate a rimanere



**Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea
dell'Università Kore di Enna**

punto di riferimento nella più ampia comunità scientifica internazionale di estrazione accademica e non.

**Prof. Massimo Panebianco
Ordinario di Diritto internazionale**