

“QUESTO MATRIMONIO (COSÌ?) NON S’HA DA FARE”: IL PARERE 2/13 DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SULL’ADESIONE DELL’UNIONE EUROPEA ALLA CONVENZIONE EUROPEA SUI DIRITTI DELL’UOMO

di *Nicole Lazzerini**

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il contesto giuridico. - 2.1. *Segue*: il progetto di accordo di adesione. - 3. Il parere della Corte. - 4. Commento. - 5. Osservazioni conclusive.

In its Opinion 2/13 of 18 December 2014, the Court of Justice affirmed that the Draft Agreement on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights does not safeguard the specific characteristics of the EU legal order; hence, it declared its incompatibility with the EU Treaties. The accession process has therefore come to a halt. This situation is in tension with the duty of the Union to accede to the European Convention laid down by Article 6, par. 2. TEU. More than this, the reasons that led the Court to deliver a negative opinion create concerns from the point of view of the protection of human rights. The essay offers a critical analysis of the Court’s reasoning and points at its hostility towards external control by the European Court of Human Rights, which underpins the entire Opinion.

* Assegnista di ricerca in diritto dell’Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza di Parma.

1. Introduzione

Il 18 dicembre 2014 la Corte di giustizia (di seguito, “Corte”) ha reso pubblico il suo secondo¹ parere negativo alla prevista adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (Roma, 4 novembre 1950; “di seguito, CEDU”). La Corte, deliberando in sessione plenaria, ha rilevato lapidariamente che “[l]’accordo sull’adesione dell’Unione europea alla [CEDU]² non è compatibile con l’articolo 6, paragrafo 2, TUE, né con il Protocollo (n. 8) relativo [al medesimo articolo]”³.

Probabilmente, tra gli “addetti ai lavori” in pochi avrebbero scommesso su un parere nettamente positivo⁴. In un ideale listino scommesse, la valutazione dell’Avvocato Generale Kokott, resa pubblica lo stesso giorno del parere, avrebbe forse attirato più puntate: “[l]’esame del Progetto di accordo, condotto sulla base dei criteri giuridici enunciati nell’articolo 6, paragrafo 2, TUE e nel Protocollo n. 8 nonché alla luce della Dichiarazione n. 2, non ha rivelato elementi che possano sostanzialmente mettere in discussione la compatibilità con i Trattati della prevista adesione dell’Unione alla CEDU. Il Progetto di accordo necessita unicamente di alcune modifiche e/o integrazioni relativamente modeste, che potrebbero essere realizzate senza serie difficoltà”⁵.

Invero, non tutte le modifiche individuate come necessarie dall’Avvocato generale appaiono davvero minime o di facile realizzazione⁶. Ad ogni modo, le prime reazioni della dottrina, di segno prevalentemente (molto) critico⁷, suggeriscono che un parere

¹ Cfr. sezione 2 *infra*.

² *Ibidem*.

³ Corte di giustizia (Seduta Plenaria), *Adesione della Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo* (2/13), parere 18 dicembre 2014, non ancora pubblicato in *Raccolta*.

⁴ Come emerge dalle considerazioni svolte nella sezione 4, sotto alcuni aspetti il Progetto di accordo è obiettivamente carente o problematico.

⁵ *Presa di posizione dell’Avvocato generale Kokott sul procedimento di parere 2/13* (“Presa di posizione”), presentata il 13 giugno 2014, paragrafi 278-279.

⁶ In particolare, sono vicini i rilievi critici della Corte e dell’Avvocato generale sui meccanismi tecnici “cardine” del Progetto di accordo, ossia le procedure del convenuto aggiunto e del previo coinvolgimento della Corte, sui cui si vedano le sezioni 2.1 e 4, punti e) e f), *infra*.

⁷ Numerosi sono stati i *posts* dedicati al parere, subito dopo la sua pubblicazione, o comunque a poca distanza dalla stessa, da autorevoli Autori, tra i quali si ricordano, in senso molto critico, L.F.M. BESSE-LINK, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, in *Verfassungsblog*, 2014, S. DOUGLAS-SCOTT, *Opinion 2/13 on EU accession to ECHR: a Christmas Bombshell from the European Court of Justice*, *ibidem*, T. LOCK, *Oops! We did it again – the CJEU’s Opinion on EU Accession to the ECHR*, in *Verfassungsblog*, 2014, S. PEERS, *The CJEU and the EU’s accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, in *EU Law Analysis*, 2014, L.S. ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull’adesione dell’UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, in *SIDIBlog*, 2014, e S. VEZZANI, *“Gl’è tutto sbagliato, gl’è tutto da rifare!”: la Corte di giustizia frena l’adesione dell’UE alla CEDU*, in *SIDIBlog*, 2014. In una certa misura più “comprensiva” dell’approccio della Corte, C. FAVILLI, *La Corte di giustizia rinvia a data da destinarsi l’adesione dell’Ue alla Cedu*, in *Questione giustizia*, 2015. Si distingue dal coro per ottimismo C. BARNARD, *Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: looking for the silver lining*, in *EU Law Analysis*, 2015. L’attuale Presidente della Corte EDU Spielmann ha espresso disappunto per il parere 2/13 durante il suo discorso di apertura dell’anno giudiziario 2015 (Strasburgo,

(così) ampiamente negativo non solo non era auspicabile ma neanche atteso. Ciò che più sorprende sono, in effetti, gli argomenti alla base del responso negativo. Accanto ad alcuni aspetti critici del Progetto di accordo in parte prevedibili, la Corte individua una serie di presunti attriti tra il sistema CEDU e quello dell'Unione che risultano ben meno condivisibili. Così, pur muovendo dalla premessa che “un accordo internazionale [come la CEDU], il quale preveda l'istituzione di un giudice incaricato dell'interpretazione delle sue disposizioni e le cui decisioni vincolino le istituzioni, ivi compresa la Corte, non è in linea di principio incompatibile con il diritto dell'Unione”⁸, il parere sembra suggerire che l'adesione non può avvenire se non al costo di snaturare o l'uno o l'altro sistema.

Non si può negare che alcune delle modalità tecniche dell'adesione previste nel Progetto avevano più probabilità di creare un *lawyers' Paradise* che un sistema di tutela più lineare e snello a vantaggio delle vittime di violazioni di diritti fondamentali⁹. Da questo punto di vista, in effetti, la “drammaticità” dell'esito negativo del parere si stempera. Tuttavia, nessuno degli argomenti svolti dalla Corte sembra tenere conto che l'obiettivo ultimo dell'adesione è quello di rafforzare, rendendola più effettiva, la tutela dei diritti fondamentali in Europa. Il tenore generale del parere suggerisce piuttosto che il controllo esterno della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito, “Corte EDU”) sull'operato dell'Unione, ivi inclusa la sua Corte di vertice, rimane per quest'ultima un prezzo ancora troppo alto.

Questo risultato non è solo problematico alla luce dell'obbligo di adoperarsi per realizzare l'adesione che il Trattato di Lisbona ha posto in capo all'Unione¹⁰. Nella sostanza, esso “stride” rumorosamente con la previsione, contenuta nell'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito, “Carta”), secondo cui lo standard CEDU costituisce un livello minimo derogabile solo *in melius* per quelle disposizioni della Carta che tutelano diritti fondamentali già garantiti dalla Convenzione. Poiché la Carta contiene disposizioni corrispondenti a tutti i diritti fondamentali contenuti nel testo della CEDU, nonché in alcuni suoi Protocolli addizionali, dal punto di vista sostanziale la Convenzione è già integrata nel diritto dell'Unione, e con lo *status* di diritto primario. Le Spiegazioni¹¹ della Carta aggiungono che, per ricostruire il significato e la portata dei diritti corrispondenti, si deve tenere conto anche della pertinente giurisprudenza della Corte EDU. Pertanto, se un atto dell'Unione, o un atto di uno Stato membro che si colloca “nell'ambito di applicazione diritto dell'Unione”¹², non soddisfa

30 gennaio 2015). Tra i primi commenti si vedano, anch'essi di tono critico, E. SPAVENTA, *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union After Opinion 2/13*, in corso di pubblicazione in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, e V. ZAGREBELSKY, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *SIDI Forum*, 2015.

⁸ Parere, par. 182.

⁹ C. FAVILLI, *La Corte di giustizia rinvia a data da destinarsi l'adesione dell'Ue alla Cedu*, cit.

¹⁰ Cfr. art. 6, par. 2, TUE, su cui si rimanda anche alla sezione 2, *infra*.

¹¹ GUUE C 303, 14 dicembre 2007, p. 17 ss.

¹² L'art. 51(1) della Carta, rubricato “Campo di applicazione”, recita: “Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione”. In *Åkerberg*

lo *standard* CEDU, esso è per ciò stesso, rispettivamente, invalido o incompatibile con il diritto UE, in relazione al corrispondente parametro costituito dalla Carta.

A ben vedere, dal parere emerge che il diritto dell'Unione, come interpretato dalla sua Corte, tollera già – o comunque potrebbe tollerare –¹³ qualche “deviazione” dalla situazione appena descritta.

Il presente scritto si propone di mettere in luce le principali criticità delle argomentazioni svolte dalla Corte, con l'auspicio di fornire un contributo utile non solo al già vivace dibattito sul parere 2/13 ma anche alla necessaria fase di riflessione da questo aperta. Dopo aver ricostruito brevemente il contesto giuridico del parere (sezione 2), e aver ripercorso i principali passaggi dello stesso (sezione 3), saranno esaminati i rilievi critici della Corte rispetto ai molti profili di incompatibilità individuati (sezione 4). Chiudono lo scritto delle brevi riflessioni considerazioni *pro futuro* (sezione 5).

2. Il contesto giuridico

A seguito della revisione di Lisbona, l'art. 6, par. 2, TUE stabilisce che “l'Unione europea aderisce alla [CEDU]”. Questa disposizione ha superato il preliminare ostacolo all'adesione evidenziato dal parere 2/94, in cui la Corte rilevò che i Trattati all'epoca vigenti non attribuivano la competenza necessaria ad aderire alla CEDU¹⁴. L'art. 6, par. 2, TUE ha anche posto in capo all'Unione un vero e proprio obbligo di adoperarsi affinché l'adesione si realizzi¹⁵.

De jure condito, poiché l'Unione europea non è parte contraente della Convenzione, i ricorsi proposti nei suoi confronti davanti alla Corte EDU sono irricevibili *ratione personae*. Quest'ultima è invece competente a conoscere i ricorsi proposti dagli individui nei confronti di uno o più Stati membri per violazioni della Convenzione poste in essere nell'attuazione del diritto dell'Unione. La Corte EDU ha tuttavia affermato che, quando il diritto dell'Unione europea non lascia alcun margine di discrezionalità agli Stati membri, opera una presunzione relativa di equivalenza del livello di tutela dei diritti fondamentali garantito nell'ordinamento dell'Unione rispetto a quello della Convenzione¹⁶. Pertanto, la Corte EDU non effettuerà il suo controllo esterno sulla conformità del-

Fransson (causa C-617/10), sent. 26 febbraio 2013, non ancora pubblicata in *Raccolta*, in particolare paragrafi 17-23, la Corte ha chiarito che la disposizione secondo cui la Carta si applica “agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione” va intesa nel senso che la Carta, come già i principi generali, rileva rispetto a tutte le norme nazionali che cadono “nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea”.

¹³ Il riferimento è, rispettivamente, ai casi della PESC e alla giurisprudenza della Corte sul bilanciamento tra diritti fondamentali e principio della fiducia reciproca nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: si vedano, a tal proposito, le osservazioni *sub b)* e *g)* nella sezione 4, *infra*.

¹⁴ Corte, *Adesione della Comunità europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo* (2/94), parere 28 marzo 1996, in *Raccolta*, 1996, p. I-1759 ss.

¹⁵ A poca distanza di tempo dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il Protocollo n. 14 alla CEDU (1° giugno 2010) introduceva nell'art. 59 CEDU un paragrafo *ad hoc* secondo cui “[l']Unione europea può aderire alla Convenzione”. Veniva in tal modo eliminato l'ostacolo preliminare posto dalla Convenzione, l'adesione alla quale era in precedenza aperta ai soli Stati.

¹⁶ Corte EDU, sent. 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c.*

la condotta dello Stato membro alla CEDU, tranne ove sia dimostrato che, in relazione al caso di specie, nell'ordinamento dell'Unione esista una manifesta carenza di tutela. Il controllo esterno si svolge, invece, nel modo "ordinario" quando l'asserita violazione deriva dal modo in cui uno Stato membro ha esercitato la discrezionalità ad esso concessa circa le modalità di attuazione di un obbligo di diritto UE.

Con l'adesione, anche l'Unione sarebbe sottoposta al controllo esterno di compatibilità dei suoi atti, azioni e omissioni con la Convenzione; l'interpretazione della stessa fornita dalla Corte EDU sarebbe vincolante, ai sensi del diritto internazionale, per le istituzioni dell'Unione, compresa la Corte di giustizia. A sua volta, quest'ultima potrebbe interpretare la Convenzione in quanto fonte in senso formale del diritto dell'Unione, ma le sue pronunce non vincolerebbero la Corte EDU¹⁷.

Il diritto primario dell'Unione pone, tuttavia, anche una duplice serie di "paletti", ossia sotto profilo del (complesso) *iter* procedurale per la conclusione e l'entrata in vigore dell'accordo di adesione¹⁸, e delle modalità con cui deve realizzarsi l'adesione. In questa sede, conviene soffermarsi sulla seconda serie di prescrizioni.

L'art. 6, par. 2, TUE precisa che l'adesione "non modifica le competenze dell'Unione definite dai trattati". Il Protocollo n. 8 al TUE e al TFUE¹⁹ individua poi una serie di questioni che devono essere affrontate nell'accordo di adesione. Esso deve "garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione, in particolare per quanto riguarda: a) le modalità specifiche dell'eventuale partecipazione dell'Unione agli organi di controllo della convenzione europea; b) i meccanismi necessari per garantire che i procedimenti avviati da Stati non membri e [i ricorsi individuali] siano indirizzat[i] correttamente, a seconda dei casi, agli Stati membri e/o all'Unione"²⁰. Parimenti, "l'accordo [di adesione] deve garantire che l'adesione non incida né sulle competenze dell'Unione né sulle attribuzioni delle sue istituzioni", precisa che nessuna disposizione dell'accordo "[deve incidere] sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della [CEDU] e, in particolare, riguardo ai suoi protocolli, alle misure prese dagli Stati membri in deroga alla [CEDU] ai sensi del suo articolo 15 e a riserve formulate dagli Stati membri nei confronti della [CEDU] ai sensi del suo articolo 57"²¹. Da ultimo, il Protocollo n. 8 stabilisce che "[n]essuna disposizione del[l]'ac-

Irlanda, ric. n. 45036/98.

¹⁷ La stessa Corte di giustizia ricostruisce in tal modo gli effetti dell'adesione nel parere 2/13, ai paragrafi 181-185.

¹⁸ L'adesione dell'Unione richiede la conclusione di un apposito accordo internazionale tra questa e gli Stati membri del Consiglio d'Europa. Sul piano interno, alcune specifiche formalità sono richieste dall'art. 218 TFUE, che prescrive la previa approvazione del Parlamento europeo e la delibera all'unanimità da parte del Consiglio; inoltre, la decisione di quest'ultimo sulla conclusione dell'accordo di adesione entrerà in vigore solo dopo essere stata approvata da tutti gli Stati membri, conformemente alle rispettive norme costituzionali.

¹⁹ Protocollo (n. 8) relativo all'articolo 6, paragrafo 2 del Trattato sull'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

²⁰ *Ibidem*, art. 1.

²¹ *Ibidem*, art. 2.

cordo di adesione deve avere effetti sull'[articolo 344 TFUE]²². Quest'ultima disposizione attribuisce alla Corte di giustizia giurisdizione esclusiva sulle controversie tra gli Stati membri relative all'interpretazione e all'applicazione del diritto UE, stabilendo che “[g]li Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal trattato stesso”²³.

I negoziatori²⁴ hanno dovuto, dunque, elaborare il contenuto del Progetto di accordo in modo tale da riconciliare le esigenze legate alle “caratteristiche specifiche” dell'Unione e del suo diritto con gli obiettivi dell'adesione e la natura del sistema CEDU. Il complesso negoziato si è protratto dal luglio 2010 all'aprile 2013, quando è stata presentata la versione rivista di un “pacchetto” di cinque strumenti, ritenuti ugualmente necessari per realizzare l'adesione, tra i quali il Progetto di accordo di adesione e il Progetto di relazione illustrativa dello stesso. Tali strumenti hanno formato l'oggetto della richiesta di parere con cui la Commissione, ai sensi dell'art. 218, par. 11, TFUE²⁵, ha investito la Corte di giustizia della questione della compatibilità con i Trattati del Progetto di accordo²⁶.

2.1. Segue: il progetto di accordo di adesione²⁷

Come sottolinea il Progetto di relazione illustrativa dell'accordo al paragrafo 38, “with the accession of the EU, there could arise the unique situation under the Convention system in which a legal act is enacted by a High Contracting Party and implemented by another”. Ciononostante, la scelta dei negoziatori è stata quella di prevedere che gli atti degli Stati sono attribuiti agli stessi anche quando sono stati posti in essere in attuazione di un obbligo di diritto UE²⁸. Questa soluzione, che è in linea con il diritto internazionale generale e la giurisprudenza della Corte EDU, è stata preferita a quella dell'attribuzione all'Unione delle condotte degli Stati membri, quando essi danno attua-

²² *Ibidem*, art. 3.

²³ Sebbene il testo dell'art. 344 TFUE fa riferimento alle sole controversie relative ai Trattati, la Corte ha precisato che la disposizione copre anche le controversie relative al diritto derivato: cfr. *Commissione c. Irlanda* (causa C-459/03; cd. *Mox Plant*), sent. 30 maggio 2006, in *Raccolta*, p. I-4635, in particolare paragrafi 150-152.

²⁴ I negoziati relativi all'accordo di adesione sono stati condotti dalla Commissione europea per l'Unione e dal Comitato direttivo per i diritti umani per il Consiglio d'Europa, prima tramite un gruppo informale di lavoro (“CCDH-UE”) e successivamente per mezzo di un gruppo *ad hoc* (“47+1”).

²⁵ Sebbene questa disposizione non prevede un obbligo di richiedere un parere preventivo alla Corte, nel caso del Progetto di accordo la richiesta di parere era stata preannunciata al momento della presentazione degli strumenti di adesione.

²⁶ La richiesta è stata proposta il 23 agosto 2013.

²⁷ In questa sezione ci si limita a ricordare solo i contenuti del Progetto di accordo che sono stati oggetto di rilievi critici da parte della Corte. Per un'analisi più ampia si rimanda a P. GRAGL, *A Giant Leap for European Human Rights? The Final Agreement on the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights*, in *CMLR*, 2014, p. 13 ss.

²⁸ Cfr. art. 1, par. 4, del Progetto di accordo.

zione al diritto UE senza avere margine di discrezionalità²⁹.

Allo stesso tempo, però, l'art. 3 del Progetto di accordo istituisce il meccanismo del convenuto aggiunto, che consente all'Unione di divenire parte in un procedimento dinanzi alla Corte EDU scaturito da un ricorso nei confronti di uno o più Stati membri, quando la dedotta violazione della Convenzione avrebbe potuto essere evitata solo violando obblighi posti dal diritto dell'Unione³⁰. Anche gli Stati membri possono divenire convenuti aggiunti in un procedimento dinanzi alla Corte EDU scaturito da un ricorso nei confronti dell'Unione, quando l'allegata violazione della Convenzione avrebbe potuto essere evitata solo disattendendo obblighi posti dal diritto primario dell'Unione³¹.

Nei casi in cui opera il meccanismo aggiunto, l'eventuale responsabilità è di regola solidale³². Ciò permette di evitare interferenze della Corte EDU sul riparto delle competenze tra l'Unione e i suoi Stati membri stabilito dai Trattati. Al contempo, viene assicurata all'Unione la possibilità di prospettare dinanzi al giudice di Strasburgo l'interpretazione "corretta" delle norme di diritto UE in questione. In particolare, il Progetto di accordo prevede che, quando l'Unione è convenuto aggiunto, deve essere dato "sufficiente tempo" alla Corte di giustizia per pronunciarsi sulla compatibilità con la Convenzione europea delle norme dell'Unione in questione, se non ha già avuto modo di valutare tale aspetto³³. Il Progetto si limita a prevedere questa procedura e precisare che essa non incide sui poteri della Corte EDU; la disciplina del sistema di previo coinvolgimento è stata rimessa alle misure di applicazione dell'accordo da adottarsi a livello interno dell'Unione (cd. norme interne).

Il Progetto di accordo stabilisce, invece, le modalità di attivazione del meccanismo del convenuto aggiunto. Tale qualifica può essere assunta o su accettazione dell'invito in tal senso formulato dalla Corte EDU, ovvero su richiesta dell'Unione o dello Stato membro, previa valutazione da parte della Corte EDU, alla luce degli argomenti della Parte contraente interessata, della plausibilità della sussistenza dei presupposti della partecipazione³⁴. È inoltre previsto che, in via di eccezione alla regola generale della responsabilità solidale del convenuto e del convenuto aggiunto, la Corte EDU può affermare la responsabilità esclusiva dell'uno o dell'altro, sulla base degli argomenti di entrambi e sentite le osservazioni del ricorrente³⁵.

Infine, con riguardo al problema posto dall'art. 344 TFUE, l'art. 5 del Progetto di accordo precisa che i procedimenti dinanzi alla Corte non devono essere intesi come procedure di risoluzione delle controversie ai sensi dell'art. 55 della CEDU³⁶.

²⁹ Cfr. G. GAJA, *Accession to the ECHR*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (a cura di), *EU Law after Lisbon*, OUP, Oxford, 2012, p. 180 ss., in particolare p. 190.

³⁰ *Ibidem*, art. 3, par. 2. La situazione descritta individua quella più comune, ma non è presentata dal Progetto di accordo e dal Progetto di relazione illustrativa (cfr. par. 48) come l'unica in cui l'Unione potrebbe divenire convenuto aggiunto.

³¹ Progetto di accordo, art. 3, par. 3.

³² *Ibidem*, art. 3, par. 7.

³³ *Ibidem*, art. 3, par. 6.

³⁴ *Ibidem*, art. 3, par. 5.

³⁵ *Ibidem*, art. 3, par. 7.

³⁶ L'art. 55 CEDU (Exclusion of other means of dispute settlement) recita: "The High Contracting

3. Il parere della Corte

Quasi un terzo dei 258 paragrafi del parere sono dedicati alla sintesi degli argomenti (paragrafi 71-143) presentati dalla Commissione, dal Consiglio, dal Parlamento europeo e da 24 Stati membri (tutti tranne Croazia, Lussemburgo, Malta e Slovenia), prima con le osservazioni scritte e poi nell'udienza pubblica del 5 e 6 maggio 2014³⁷. Tutte le istituzioni e gli Stati membri intervenuti hanno concluso nel senso della compatibilità del Progetto di accordo con il diritto UE, pur non necessariamente condividendo le valutazioni della Commissione su ogni punto.

La presa di posizione della Corte è racchiusa nei paragrafi da 144 a 258. Tuttavia, il vero e proprio esame circa la compatibilità del Progetto di accordo si svolge a partire dal paragrafo 178. Prima la Corte ha affrontato la questione preliminare della ricevibilità del parere (paragrafi da 144 a 152), precisando che essa non è inficiata dal fatto che le norme interne non sono state ancora adottate; peraltro, esse, in quanto diritto interno dell'Unione, non potrebbero formare oggetto del procedimento di parere. In seconda battuta (paragrafi da 155 a 176), la Corte ha ricostruito il "quadro costituzionale [nel rispetto del quale] vanno interpretati e applicati in seno all'Unione i diritti fondamentali quali riconosciuti in particolare dalla Carta"³⁸, insistendo, in particolare, sul fatto che l'Unione per sua natura è diversa da uno Stato, e che le sue caratteristiche specifiche si riflettono nel principio di attribuzione delle competenze, nella autonomia dal diritto degli Stati membri, nel principio del primato del diritto dell'Unione e nell'effetto diretto delle disposizioni di questo diritto che soddisfano certi requisiti.

Nel merito, la Corte ha individuato sette principali profili di incompatibilità del Progetto di accordo con le caratteristiche specifiche e l'autonomia del diritto dell'Unione.

In primo luogo³⁹, esso non esclude la possibilità che gli Stati membri, avvalendosi della previsione di cui all'art. 53 CEDU secondo cui lo standard della Convenzione costituisce sempre e soltanto un *minimum floor*, facciano prevalere il proprio livello di tutela su quello della Carta, così aggirando l'art. 53 della stessa, come interpretato dalla Corte nella sentenza *Melloni*⁴⁰.

In secondo luogo⁴¹, il Progetto non salvaguarda adeguatamente il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri, in particolare nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Così come strutturato dalla Corte, tale principio si basa sulla presunzione (quasi assoluta) che il livello di protezione dei diritti fondamentali all'interno dell'Unione soddisfa lo standard della Carta. Pertanto, ciascuno Stato membro non può esigere che un altro Stato membro garantisca uno standard più elevato di quest'ultimo, né può

Parties agree that, except by special agreement, they will not avail themselves of treaties, conventions or declarations in force between them for the purpose of submitting, by way of petition, a dispute arising out of the interpretation or application of this Convention to a means of settlement other than those provided for in this Convention".

³⁷ Un interessante resoconto non ufficiale dell'udienza è fornito da S.O. Johansen.

³⁸ Parere, par. 177.

³⁹ *Ibidem*, paragrafi 187-189.

⁴⁰ *Melloni* (causa C-399/11), sent. 26 febbraio 2013, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁴¹ Parere, paragrafi 190-195.

verificare il rispetto da parte di quello Stato dello standard UE in un caso concreto, “salvo casi eccezionali”.

In terzo luogo⁴², il Progetto di accordo potrebbe pregiudicare l'autonomia ed efficacia della procedura di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, poiché non si occupa del coordinamento tra quest'ultima e il meccanismo, istituito dal Protocollo (n. 16) alla CEDU, che consente alle “alte giurisdizioni” degli Stati parte di chiedere un parere non vincolante alla Corte EDU sulla interpretazione della Convenzione.

In quarto luogo⁴³, il Progetto non assicura il rispetto dell'art. 344 TFUE, in quanto non esclude la possibilità che gli Stati membri sottopongano alla Corte EDU, ai sensi dell'art. 33 CEDU, una controversia relativa alla violazione della Convenzione da parte di un altro Stato membro o dell'Unione stessa, in un caso che si colloca entro l'ambito di applicazione della Carta.

In quinto luogo⁴⁴, ad avviso della Corte la disciplina del meccanismo del convenuto aggiunto è suscettibile di interferire con la ripartizione delle competenze prevista dai Trattati. Ciò in quanto, qualora l'Unione o gli Stati membri chiedano di intervenire, l'attivazione del meccanismo non è automatica, ma subordinata ad una valutazione da parte della Corte EDU. Inoltre, in via di eccezione alla regola della responsabilità solidale, quest'ultima può dichiarare responsabile solo il convenuto o il convenuto aggiunto.

In sesto luogo⁴⁵, la procedura del previo coinvolgimento della Corte di giustizia non assicura che la decisione sulla necessità dell'attivazione della stessa sia presa dalla competente istituzione dell'Unione e sia vincolante per la Corte EDU. Inoltre, l'attivazione è consentita quando è necessaria una pronuncia sulla interpretazione del diritto primario UE o sulla validità del diritto secondario dell'Unione, ma non anche sulla interpretazione di quest'ultimo.

Da ultimo⁴⁶, l'adesione nei termini contemplati dal Progetto consentirebbe alla Corte EDU di controllare il rispetto della CEDU da parte di atti, azioni od omissioni posti in essere nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune dell'Unione (PESC), anche al di fuori dei limitati casi in cui la Corte è competente a sindacarne la compatibilità con il diritto UE di rango primario e interposto. Ciò è in contrasto con la giurisprudenza della Corte secondo cui “la competenza ad effettuare un controllo giurisdizionale su atti, azioni o omissioni dell'Unione, anche in rapporto ai diritti fondamentali, non può essere attribuita in via esclusiva ad un organo giurisdizionale internazionale che si collochi al di fuori del quadro istituzionale e giurisdizionale dell'Unione”⁴⁷.

4. Commento

a) Sul potenziale pregiudizio per il primato del diritto UE derivante dall'art. 53 CE-

⁴² *Ibidem*, paragrafi 196-199.

⁴³ *Ibidem*, paragrafi 201-214.

⁴⁴ *Ibidem*, paragrafi 215-235.

⁴⁵ *Ibidem*, paragrafi 236-248.

⁴⁶ *Ibidem*, paragrafi 249-257.

⁴⁷ Parere, par. 256.

DU

Nonostante la formulazione molto simile, l'art. 53 della CEDU e l'art. 53 della Carta perseguono obiettivi diversi; pertanto, operano anche in modo differente. La prima disposizione, rubricata "Safeguard of existing human rights", stabilisce che "[n]othing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a Party". Essa riflette la natura complementare della CEDU rispetto agli ulteriori strumenti, nazionali e internazionali, di tutela dei diritti umani applicabili negli Stati contraenti: poiché la Convenzione intende garantire solo uno standard minimo non derogabile *in peius*, non è possibile invocare le disposizioni quando lo standard nazionale offre una protezione più elevata⁴⁸.

L'art. 53 della Carta, rubricato "Livello di protezione", chiarisce che "[n]essuna disposizione della [Carta] deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare della [CEDU], e dalle costituzioni degli Stati membri." Nella sentenza *Melloni* la Corte di giustizia ha chiarito che questa disposizione non introduce alcuna limitazione al principio del primato del diritto dell'Unione. Questo, secondo una consolidata giurisprudenza già operante per i diritti fondamentali *qua* principi generali⁴⁹, impone di risolvere sempre a favore della norma dell'Unione il contrasto tra questa e una norma nazionale, anche laddove quest'ultima abbia internamente *status* costituzionale e riguardi la tutela di diritti fondamentali. Esplicitando quella giurisprudenza, in *Melloni* la Corte ha affermato che laddove il legislatore dell'Unione, operando un bilanciamento tra obiettivi di natura diversa, ha adottato una normativa che determina in modo compiuto e conforme alla Carta il livello di protezione dei diritti fondamentali in gioco, non si potrà far prevalere lo standard eventualmente più elevato garantito da una Costituzione nazionale⁵⁰. Quest'ultimo è invece invocabile quando la situazione "non è del tutto determinata dal diritto dell'Unione", ma solo a condizione che non siano compromessi il primato, l'unità e l'effetti-

⁴⁸ E. CRIVELLI, *Articolo 55*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGRELBESKY (a cura di), *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, p. 774 ss.

⁴⁹ *Internationale Handelsgesellschaft* (causa 11-70), 17 dicembre 1970, in *Raccolta*, 1970, p. 1125, par. 4.

⁵⁰ Nel caso *Melloni*, dall'interpretazione della Costituzione spagnola fornita dal *Tribunal Constitucional* discendeva un livello di tutela del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva (art. 47 della Carta) più elevato di quello assicurato dalle norme della decisione quadro 2002/584/GAI (GUL 190, p. 1 ss., come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI, GUL 81, p. 24) in tema di esecuzione di un mandato di arresto europeo emesso in relazione ad una sentenza pronunciata *in absentia*. La Corte ha rilevato che "tale decisione quadro procede ad un'armonizzazione delle condizioni di esecuzione di un mandato d'arresto europeo in caso di condanna *in absentia*, che riflette il consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate *in absentia* raggiunte da un mandato d'arresto europeo" (par. 62).

vità del diritto dell'Unione⁵¹.

Proprio richiamando la sentenza *Melloni* la Corte ha rilevato che il Progetto di accordo è incompatibile con il diritto dell'Unione perché non prevede che “la facoltà concessa dall'art. 53 della CEDU agli Stati membri resti limitata, per quanto riguarda i diritti riconosciuti dalla Carta corrispondenti a diritti garantiti dalla citata convenzione, a quanto è necessario per evitare di compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta medesima, nonché il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione”⁵².

Se dal punto di vista del diritto internazionale dei diritti umani può apparire, come è stato osservato, “shocking”⁵³, l'affermazione della Corte non sorprende affatto in un'ottica puramente interna all'ordinamento dell'Unione. Come è stato correttamente ricordato, “l'Unione europea non è un'organizzazione a tutela dei diritti umani ed è dunque plausibile che l'armonizzazione possa determinare una diminuzione del livello di tutela dei diritti garantiti in un ordinamento [nazionale], anche di quelli fondamentali”; ciò, in particolare, alla luce del fatto che spesso la diminuzione di tutela di un diritto è condizione imprescindibile per avanzare quella di un altro diritto, ovvero di un altro aspetto o di una diversa categoria di beneficiari dello stesso diritto⁵⁴. Ovviamente, l'eventuale diminuzione non deve in nessun caso pregiudicare il *minimum floor* rappresentato dalla Convenzione, poiché in tal senso dispone espressamente l'art. 52, par. 3, della Carta.

Tanto premesso, non sembra che, in assenza di una norma di coordinamento quale quella prospettata dalla Corte, l'adesione porterebbe a uno “scontro frontale” tra l'art. 53 CEDU e la giurisprudenza *Melloni*.

Sotto il versante del diritto dell'Unione europea, il rischio di contrasto è scongiurato dalla precisazione della Corte relativa allo *status* della CEDU nel diritto UE *post*-adesione. Nel parere si legge che, per effetto dell'adesione, la CEDU diventerebbe parte del diritto dell'Unione “al pari di qualsiasi altro accordo internazionale concluso dall'Unione, a norma dell'art. 216, par. 2, TFUE”⁵⁵. In altre parole, la Convenzione sarebbe una fonte del diritto UE di rango non primario ma interposto, e quindi subordinata rispetto alla Carta⁵⁶. In qualità di norma di diritto UE, l'art. 53 CEDU non potrebbe quindi autorizzare (né tantomeno obbligare) le autorità nazionali degli Stati membri, giudiziarie e non, ad applicare il livello di protezione interno eventualmente più elevato

⁵¹ Cfr. *Fransson*, cit.

⁵² Parere, par. 189.

⁵³ S. PEERS, *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, cit.

⁵⁴ C. FAVILLI, *La Corte di giustizia rinvia a data da destinarsi l'adesione dell'Ue alla Cedu*, cit.

⁵⁵ Parere, par. 180.

⁵⁶ Questa soluzione non era scontata, alla luce dell'obbligo di aderire previsto dall'art. 6, par. 2, TUE. Si poteva, in effetti, pensare ad un ragionamento simile a quello svolto in relazione ai principi generali tratti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che, in forza del fondamento espresso nel diritto primario (ora all'art. 6, par. 3, TUE), hanno *status* di diritto primario, anziché di diritto interposto al pari degli altri principi generali. Invero, la questione dello status della CEDU come fonte del diritto dell'Unione è stata oggetto di discussione in udienza; di questa si trova eco nella presa di posizione l'Avvocato generale Kokott: cfr. paragrafi 200-204. In dottrina, sulla questione si veda P. GRAGL, *A Giant Leap for European Human Rights? The Final Agreement on the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights*, cit., p. 21.

di quello della Carta.

Sotto il versante della Convenzione europea, un individuo potrebbe in effetti proporre dinanzi alla Corte EDU un ricorso contro uno Stato membro, lamentando una violazione della CEDU in un caso nel quale la giurisprudenza *Melloni* impedisce l'applicabilità dello standard nazionale più elevato di quello della Carta. L'art. 53 CEDU non dovrebbe comunque intervenire a regolare il conflitto tra lo standard stabilito in conformità alla Carta e quello nazionale: se il caso rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, il livello di protezione rilevante è quello stabilito da quest'ultimo diritto, che, peraltro, di per sé già esige che non sia inferiore allo standard CEDU⁵⁷. Ovviamente, la valutazione della effettiva conformità spetterebbe alla Corte EDU, con effetto vincolante anche per l'Unione.

Se ciò è corretto, non è problematico tanto l'art. 53 CEDU in sé e per sé quanto, semmai, la possibilità che un caso che rientra nell'ambito di applicazione della Carta, secondo l'interpretazione datane dalla Corte di giustizia⁵⁸, non venga trattato come tale dinanzi alla Corte EDU⁵⁹. Un tale rischio non è del tutto escluso dalla disciplina dell'attivazione del meccanismo del convenuto aggiunto quale è contenuta nel Progetto di accordo. Infatti, quando è l'Unione a richiedere di diventare convenuto aggiunto, l'assunzione di tale qualità è subordinata ad una valutazione da parte della Corte EDU.

Sembra comunque assai probabile che, pur in assenza di un vincolo formale in tal senso, la Corte EDU terrebbe conto dell'interpretazione dell'ambito di applicazione della Carta da parte della Corte. Il Progetto di accordo precisa che la valutazione è svolta "alla luce degli argomenti presentati dalla [Parte contraente] interessata", e che essa è tesa ad accertare la mera "plausibilità" della sussistenza del presupposto di attivazione⁶⁰. Francamente, inoltre, non si vede per quale motivo la Corte EDU non dovrebbe accettare la richiesta dell'Unione, soprattutto alla luce delle possibili implicazioni negative per la vittima quanto all'esecuzione di una eventuale sentenza che dichiari la violazione della Convenzione⁶¹.

Semmai, una divergenza potrebbe verificarsi nei casi in cui il collegamento tra la norma nazionale *prima facie* all'origine della violazione e il diritto UE è più sfumato. La giurisprudenza della Corte sull'art. 51, par. 1, della Carta mostra che i confini dell'ambito di applicazione di quest'ultima sono tutt'altro che netti. Sotto questo profi-

⁵⁷ In forza dell'art. 52, par. 3, della Carta.

⁵⁸ Si veda la nota 12 *supra*.

⁵⁹ In effetti, al paragrafo 186 del parere, che precede i tre dedicati al mancato coordinamento tra l'art. 53 CEDU e l'art. 53 della Carta, si legge che "le valutazioni della Corte relative all'ambito di applicazione sostanziale del diritto dell'Unione, al fine in particolare di stabilire se uno Stato membro sia tenuto a rispettare i diritti fondamentali dell'Unione, non dovrebbero poter essere messe in discussione dalla Corte EDU".

⁶⁰ Progetto di accordo, art. 3, par. 5. Secondo la Commissione europea, il criterio della plausibilità sarebbe tale da assicurare che l'Unione intervenga in modo automatico come convenuta aggiunta ogniqualvolta l'allegata violazione della Convenzione sia rilevante rispetto all'ambito di applicazione del diritto UE; cfr. parere, par. 84.

⁶¹ Nello stesso senso L.S. ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, cit.

lo, l'assenza di valutazione da parte della Corte EDU della domanda di intervento come convenuto aggiunto dell'Unione appare la soluzione certamente più idonea a salvaguardare i confini del diritto UE.

b) Sul pregiudizio al principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri

A parere di scrive⁶², i rilievi critici della Corte circa il pregiudizio che l'adesione ai termini del Progetto determinerebbe al principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri costituiscono, insieme a quelli sugli ostacoli posti dall'attuale assetto della PESC, le parti meno condivisibili del parere e, senza dubbio, quelle più frustranti dal punto di vista delle vittime di violazioni di diritti fondamentali⁶³.

La Corte, dopo aver ricordato che il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri è una condizione essenziale per la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ribadisce quanto aveva già presentato come una necessaria conseguenza di tale principio nella sentenza *N.S.*⁶⁴: poiché gli Stati membri devono presumere che, all'interno di ciascuno di essi, il livello di protezione dei diritti fondamentali è conforme a quello della Carta, “risulta ad essi preclusa non soltanto la possibilità di esigere da un altro Stato membro un livello di tutela nazionale più elevato di quello garantito dal diritto dell'Unione, ma anche, salvo casi eccezionali, verificare se tale altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti fondamentali garantiti dall'Unione”⁶⁵. Sulla base di tale premessa, la Corte ha ritenuto che l'adesione ai termini del Progetto di accordo avrebbe l'effetto di contraddire “[la] natura intrinseca dell'Unione”, poiché “esigerebbe da uno Stato membro la verifica del rispetto dei diritti fondamentali da parte [non solo di uno Stato non membro dell'Unione ma anche] di un altro Stato membro”⁶⁶.

Come è stato prontamente osservato, la Corte “sembra (...) esigere una dichiarazione di equivalenza *a priori* fra gli standard dell'UE e quelli della CEDU [, che] non sarebbe facile da accettare per gli Stati terzi [poiché] non si vede come una tale pretesa potrebbe essere garantita (...) senza snaturare l'essenza stessa della Convenzione europea”⁶⁷. Tanto più ove si ricordi che nella sentenza *N.S.*, relativa al cd. sistema Dublino II⁶⁸, la Corte ha ancorato la possibilità di sollevare il velo della presunzione di equivalenza ad

⁶² E non solo: cfr. i commenti di C. FAVILLI, L.S. ROSSI, S. PEERS e S. VEZZANI citati *supra*.

⁶³ Peraltro, al pari della questione analizzata sopra, il tema del bilanciamento tra principio della fiducia reciproca e tutela dei diritti fondamentali non ha trovato spazio alcuno nella presa di posizione dell'Avvocato generale né, apparentemente, ha formato oggetto di discussione nell'udienza pubblica dinanzi alla Corte.

⁶⁴ *N.S. e altri* (cause riunite C-411/10 e C-493/10), sent. 21 dicembre 2011, in *Raccolta*, 2011, p. I-13905 ss., in particolare paragrafi 78-80.

⁶⁵ Parere, paragrafi 191 e 192.

⁶⁶ *Ibidem*, paragrafi 193 e 194.

⁶⁷ Così L.S. ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, cit.

⁶⁸ Regolamento (CE) del Consiglio 18 febbraio 2003, n. 343, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo, in GUUE 2003 L 50, p. 1 ss.

uno standard molto elevato, ossia l'esistenza di *carenze sistemiche* nello Stato membro competente a trattare la domanda di asilo, tali da dover ritenere che il trasferimento del richiedente in quello Stato implichi per lo stesso un rischio reale di trattamenti inumani o degradanti⁶⁹.

Anche dal punto di vista "interno" del diritto dell'Unione, la costruzione giuridica della Corte non convince del tutto. A parte il fatto che il Trattato stesso, e segnatamente l'art. 67, par. 1, TFUE, eleva piuttosto il rispetto dei diritti fondamentali a condizione imprescindibile per la realizzazione dell'area di libertà, sicurezza e giustizia⁷⁰, c'è una significativa differenza tra "rendere inoperanti" le sole obiezioni basate sul livello nazionale di tutela dei diritti fondamentali e, invece, "sterilizzare" anche quelle fondate sullo standard UE. È un dato storico, ribadito anche in sentenze recenti⁷¹, che la necessità di un sistema di protezione dei diritti fondamentali a livello dell'Unione risponde, prima di tutto, alla necessità di evitare che l'effettiva e uniforme applicazione del diritto UE possa essere paralizzata ogniquale volta quel diritto si scontri con il modo in cui un certo ordinamento nazionale tutela i diritti fondamentali "domestici". Ciò, per le ragioni già esposte nell'analisi del precedente motivo, è una condizione obiettivamente imprescindibile del processo di integrazione europea. Tutt'altra cosa, però, è affermare che gli Stati membri non devono farsi anch'essi garanti dello standard comune di tutela dei diritti fondamentali.

Si trascura, inoltre, che già l'art. 52, par. 3, della Carta impone che lo standard UE non scenda mai al di sotto di quello dei corrispondenti diritti garantiti dalla Convenzione, nell'interpretazione datane dalla Corte EDU.

⁶⁹ N.S. e altri, cit., par. 106, nonché, in termini simili, paragrafi 86 e 94. E addirittura nessun riferimento espresso a "casi eccezionali" si trova in *Zarraga* (C-491/10 PPU), sent. 22 dicembre 2010, in *Raccolta*, p. I-14247, paragrafi 70 e 71, sull'interpretazione delle disposizioni in materia di sottrazione di minori nel regolamento n. 2201/2003: "[poiché] i sistemi di riconoscimento e di esecuzione delle decisioni emanate in uno Stato membro istituiti da detto regolamento sono fondati sul principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri in ordine al fatto che i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali siano in grado di fornire una tutela equivalente ed effettiva dei diritti fondamentali, riconosciuti a livello dell'Unione, in particolare nella [Carta], (...) è quindi nell'ambito dell'ordinamento giuridico dello Stato membro d'origine che le parti interessate devono esperire i mezzi di ricorso che consentono di contestare la legittimità di una decisione certificata in forza dell'art. 42 del regolamento". Sul punto si vedano I. CANOR, *My Brother's Keeper? Horizontal Solange: «An Ever Closer Distrust Among the Peoples of Europe»*, in *CMLR*, 2013, p. 383 ss., in particolare p. 409-413, e J.-J. KUIPERS, *The (Non) Application of the Charter of Fundamental rights to a Certificate for the Return of a Child*, in *EHRLR*, 2012, p. 397 ss.

⁷⁰ "L'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri". Lo stesso rilievo è fatto da S. PEERS, *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, cit.

⁷¹ Si veda *Hernández* (causa C-198/13), sent. 10 luglio 2014, non ancora pubblicata nella Raccolta, par. 47 e giurisprudenza ivi citata: "occorre ricordare che il perseguimento dell'obiettivo della tutela dei diritti fondamentali nel diritto dell'Unione, per quanto riguarda sia l'attività dell'Unione sia l'attuazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, è motivato dalla necessità di evitare che una tutela dei diritti fondamentali variabile a seconda del diritto nazionale considerato pregiudichi l'unità, il primato e l'effettività del diritto dell'Unione".

c) Sul pregiudizio all'autonomia ed efficacia del rinvio pregiudiziale derivante dal Protocollo n. 16 alla CEDU

Il Protocollo n. 16 alla CEDU, aperto alla firma il 2 ottobre 2013, estende l'attuale competenza consultiva della Corte EDU⁷² prevedendo che la stessa possa rendere, su richiesta delle “highest courts and tribunals” degli Stati che lo abbiano ratificato, un parere su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli⁷³. Il meccanismo presenta delle indubbie analogie con il rinvio pregiudiziale, e come quest'ultimo presuppone che dinanzi alla giurisdizione richiedente sia pendente una controversia⁷⁴. Ci sono, tuttavia, anche delle nette differenze, quali la legittimazione limitata alle sole “più alte giurisdizioni”, il carattere sempre facoltativo della richiesta e, soprattutto, la natura non vincolante del parere⁷⁵.

L'entrata in vigore del Protocollo n. 16 richiede la ratifica da parte di almeno dieci Stati che sono parti contraenti della Convenzione⁷⁶. Alla data in cui si scrive, solo quattordici Stati hanno firmato il Protocollo, di cui 8 Stati membri dell'Unione (tra di essi l'Italia); nessuno ha però proceduto sinora alla ratifica⁷⁷.

Ad avviso della Corte, il meccanismo istituito dal Protocollo n. 16 “potrebbe, segnatamente quando vengano in discussione diritti della Carta che corrispondono a quelli riconosciuti dalla CEDU, pregiudicare l'autonomia e l'efficacia della procedura di rinvio pregiudiziale”; ciò in quanto, mancando, nel Progetto di accordo delle disposizioni di coordinamento, “non è escluso che una domanda di parere consultivo proposta ai sensi del Protocollo (...) da un giudice di uno Stato membro che [vi] abbia aderito (...) possa attivare la procedura di previo coinvolgimento della Corte, creando così un rischio di elusione della procedura di rinvio pregiudiziale”⁷⁸.

Le considerazioni della Corte relative al Protocollo n. 16 appaiono, a rigore, *ultra petita*⁷⁹. Il Progetto di accordo non prevede, infatti, l'adesione dell'Unione a tale Protocollo, il cui testo, coerentemente, non figurava tra quello degli strumenti allegati alla domanda di parere. Ciò premesso, anche in questo caso il timore della Corte è anche in questo caso comprensibile: la natura del rinvio pregiudiziale di “chiave di volta del si-

⁷² L'art. 47 CEDU attribuisce alla Corte EDU la competenza a rendere pareri consultivi su questioni giuridiche concernenti l'interpretazione della CEDU e dei suoi Protocolli solo su richiesta del Comitato dei ministri. Oltre che sotto il profilo della attivazione, questa competenza è particolarmente limitata anche dal punto di vista del possibile oggetto del parere, che non può riguardare problemi inerenti al contenuto e alla portata dei diritti e delle libertà della Convenzione ovvero questioni di competenza della Corte EDU o del Comitato dei ministri.

⁷³ Protocollo n. 16, art. 1, par. 1.

⁷⁴ *Ibidem*, art. 1, par. 2.

⁷⁵ *Ibidem*, art. 5. Per un'analisi delle analogie e differenze con il rinvio pregiudiziale si rimanda a P. GRAGL, *(Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No. 16*, in *ELR*, 2013, p. 229 ss.

⁷⁶ Art. 7 Protocollo n. 16.

⁷⁷ I dati si riferiscono al 24 febbraio 2015.

⁷⁸ Parere, paragrafi 197 e 198.

⁷⁹ Lo nota S. VEZZANI, “*Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!*”: la Corte di giustizia frena l'adesione dell'UE alla CEDU, cit.

stema giurisdizionale istituito dai Trattati” è un dato difficilmente contestabile. Anzi, considerato che “le caratteristiche specifiche attinenti alla natura stessa del diritto dell’Unione” ribadite dalla Corte nella prima parte della sua presa di posizione sono state enucleate in sentenze rese in via pregiudiziale, il rinvio pregiudiziale appare invero l’architrave dell’intera costruzione giuridica dell’Unione. Ora, nei limiti dell’ambito di applicazione della Carta, anche la possibilità di una interferenza tra il meccanismo istituito dal Protocollo n. 16 e il rinvio pregiudiziale è un dato di fatto.

In effetti, la questione del rapporto tra le due procedure era già emersa durante l’udienza del 5-6 maggio 2014, sollecitata dal Presidente della Corte Skouris, che aveva chiesto alle parti di prendere posizione sulle implicazioni del Protocollo n. 16⁸⁰. In particolare, il Presidente evidenziava la possibilità che le alte giurisdizioni degli Stati membri preferiscano la richiesta di parere ai sensi del Protocollo al rinvio pregiudiziale sull’interpretazione della disposizione della Carta corrispondente a quella della CEDU in questione. Correttamente, l’agente della Commissione replicava che una tale opzione sarebbe in contrasto con l’obbligo di proporre il rinvio pregiudiziale che grava sui giudici di ultima istanza. Il Presidente dunque precisava il suo esempio alludendo all’ipotesi in cui tale obbligo non sussiste in quanto il rinvio è già stato effettuato da una corte di grado inferiore (*acte éclairé*).

Pare che la risposta della Commissione non sia stata soddisfacente. In realtà, nella situazione del secondo esempio la corte di ultima istanza è sì liberata dall’obbligo di proporre il rinvio, ma non è libera di disattendere l’interpretazione fornita dalla Corte: l’alternativa è tra conformarsi a quest’ultima o proporre essa stessa un rinvio pregiudiziale.

La discussione in udienza ha lasciato traccia nella presa di posizione dell’Avvocato generale Kokott, che, sebbene espressamente rilevando il carattere *ultra petita* del punto⁸¹, ha precisato che “l’art. 267, par. 3, TFUE, che impone ai giudici di ultima istanza degli Stati membri l’obbligo di rinvio pregiudiziale [alla Corte; esso] prevale sul diritto nazionale e dunque anche su un accordo internazionale eventualmente ratificato dai singoli Stati membri dell’Unione, come il Protocollo n. 16 della CEDU.”⁸². Peraltro, l’Avvocato generale ha anche correttamente evidenziato che l’eventualità pratica di una interferenza tra il meccanismo istituito dal Protocollo e il rinvio pregiudiziale non è una conseguenza specifica dell’adesione, ma piuttosto della ratifica del Protocollo da parte degli Stati membri⁸³. Sebbene questo non sembri un necessario corollario del generale obbligo di leale cooperazione con l’Unione di cui all’art. 4, par. 3, TUE, gli Stati membri potrebbero prevedere, all’atto della ratifica del Protocollo n. 16, che il meccanismo da questo istituito non interferisce con l’art. 267 TFUE. Tale previsione non sarebbe, comunque, altro che confermativa degli obblighi derivanti dall’art. 267 TFUE e dalla giurisprudenza della Corte ad esso relativa.

Invero, anche la Corte ha “raddrizzato il tiro” rispetto alla linea argomentativa seguita in udienza. Il *punctum dolens* è infatti individuato nella possibilità che una richiesta

⁸⁰ Si veda la prima parte del resoconto dell’udienza (nota 38 *supra*) *in fine*.

⁸¹ Presa di posizione, par. 138.

⁸² *Ibidem*, par. 141.

⁸³ *Ibidem*, par. 140.

di parere *ex* Protocollo n. 16 porti anche all'attivazione della procedura del previo coinvolgimento della Corte.

Questo rilievo non è del tutto convincente. L'art. 3, par. 5, del Progetto di accordo fa coincidere l'ambito di operatività della procedura del previo coinvolgimento con la situazione in cui l'Unione è convenuta aggiunta in un "procedimento" dinanzi alla Corte EDU. Dunque, il rilievo della Corte sul Protocollo n. 16 presuppone che il meccanismo del convenuto aggiunto operi anche in un procedimento attivato da una richiesta di parere, o, almeno, che una tale eventualità non sia esclusa. In realtà, la terminologia del Progetto di accordo, pur non escludendo in radice questa interpretazione ampia, è di maggior conforto alla tesi restrittiva. L'art. 3, par. 1, afferma che l'Unione (o uno Stato membro) può divenire convenuto aggiunto in "procedimenti" davanti alla Corte EDU "nelle circostanze previste dall'Accordo di adesione"; il paragrafo successivo precisa che l'Unione può diventare convenuto aggiunto in un procedimento instaurato da un "ricorso" (*application*) diretto contro uno o più dei suoi Stati membri. Un disincentivo ad abbracciare la tesi ampia è anche la complessità che altrimenti assumerebbe la procedura prevista dal Protocollo, i cui tempi sarebbero inevitabilmente destinati ad allungarsi; entrambi questi fattori potrebbero in definitiva scoraggiarne *tout court* l'utilizzo.

Comunque, anche ammettendo la praticabilità della tesi ampia, resterebbero valide le considerazioni svolte sopra sugli obblighi incombenti sui giudici nazionali di ultima istanza *ex* art. 267 TFUE.

d) Sugli effetti del previsto accordo di adesione sull'art. 344 TFUE

Con l'adesione verrebbe a determinarsi un conflitto di giurisdizione tra la Corte di giustizia e la Corte EDU. Divenendo la Convenzione una fonte in senso formale del diritto UE, eventuali controversie tra gli Stati membri, o tra questi e l'Unione⁸⁴, sulla sua interpretazione e applicazione cadrebbero, per effetto dell'art. 344 TFUE, entro la giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia se collegate al diritto UE. Tuttavia, ai sensi dell'art. 55 della CEDU, su tali controversie sussisterebbe parimenti la giurisdizione esclusiva della Corte EDU. In base a tale disposizione, infatti, le Parti contraenti rinunciano reciprocamente alla possibilità di avvalersi di procedure di risoluzione delle controversie alternative a quelle previste dalla Convenzione quando sia in gioco l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione, salvo compromesso speciale⁸⁵. La competenza della Corte EDU a conoscere di tali controversie deriva, segnatamente, dall'art. 33 CEDU, in materia di ricorsi interstatali⁸⁶.

⁸⁴ Nonostante l'art. 344 TFUE faccia riferimento alle sole controversie tra Stati membri, dal punto di vista della salvaguardia dell'autonomia dell'Unione il problema si pone negli stessi termini anche rispetto alle controversie aventi l'oggetto sopradescritto che siano eventualmente instaurate davanti alla Corte EDU da uno Stato membro nei confronti dell'Unione o viceversa. Anzi, nel parere la Corte ha "puntato il dito" soprattutto sulla inidoneità del Progetto di accordo a escludere che questa tipologia di ricorsi siano portati davanti alla Corte EDU: cfr. *infra*, nel testo.

⁸⁵ Il testo di questa disposizione è riportato alla nota 37 *supra*.

⁸⁶ L'art. 33 CEDU (Inter-state cases) recita: "Any High Contracting Party may refer to the Court any alleged breach of the provisions of the Convention and the protocols thereto by another High Contracting Party".

Come anticipato, la soluzione individuata dal Progetto di accordo⁸⁷, all'art. 5, consiste nello stabilire che i procedimenti dinanzi alla Corte non devono essere intesi come procedure di risoluzione delle controversie ai sensi dell'art. 55 della CEDU.

Tale previsione non è, in effetti, del tutto soddisfacente dal punto di vista del rispetto dell'art. 344 TFUE e dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione. Ciononostante, anche sullo sfondo dell'analisi svolta dalla Corte di questo presunto profilo di incompatibilità emerge la resistenza al controllo esterno.

L'art. 5 del Progetto esclude che la proposizione di una controversia tra Stati membri davanti alla Corte avente per oggetto la CEDU comporti automaticamente la responsabilità internazionale degli Stati membri interessati per violazione dell'art. 55 CEDU. Non arriva, però, fino a garantire la prevalenza, anche dal punto di vista della Convenzione, dell'art. 344 TFUE. In altre parole, non è esclusa la possibilità che gli Stati membri o l'Unione sottopongano alla Corte EDU una domanda avente ad oggetto un'asserita violazione di tale Convenzione, che sia correlata al diritto dell'Unione e sia stata commessa da un altro Stato membro o anche, nel primo caso, dall'Unione⁸⁸.

Dal punto di vista del diritto UE, non c'è dubbio che la presentazione di una tale domanda alla Corte EDU configura una violazione del principio di leale cooperazione tra gli Stati membri e l'Unione, che sottende l'art. 344 TFUE⁸⁹. Se la domanda fosse proposta da uno Stato membro, la Commissione o un altro Stato membro potrebbero ricorrere alla procedura di infrazione ai sensi, rispettivamente, degli artt. 258 e 260 TFUE⁹⁰. Ad avviso dell'Avvocato Generale Kokott, ciò basta a garantire l'effetto utile dell'art. 344 TFUE; al più la Corte potrebbe, in sostanza, esigere che, al momento dell'adesione e attraverso una dichiarazione vincolante dal punto di vista del diritto internazionale, gli Stati membri si impegnino a non proporre ricorsi *ex art. 33 CEDU* laddove l'oggetto della controversia riguardi l'ambito di applicazione del diritto UE⁹¹.

Si può obiettare che una cosa è la sanzione della violazione dell'obbligo di leale cooperazione, altra cosa è la salvaguardia della giurisdizione esclusiva della Corte. Questa ha in effetti ritenuto che la possibilità che controversie ricadenti nell'ambito dell'art. 344 TFUE siano portate davanti alla Corte EDU reca di per sé pregiudizio a tale dispo-

⁸⁷ Si veda la sezione 2.

⁸⁸ In altre parole, non è certo che la disposizione di cui all'art. 5 del Progetto di accordo imporrebbe alla Corte EDU di declinare la propria giurisdizione, posto che il 344 TFUE non potrebbe essere applicato. Al più potrebbe dar luogo a "interpretazione sistemica" del 55 CEDU, ovvero a "comity": sul punto, si vedano le considerazioni sui problemi di coordinamento tra l'art. 55 CEDU e il meccanismo di soluzione delle controversie interstatali previsto dall'art. 41 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966, in Pitea, "Articolo 55", in *Commentario breve*, cit., p. 781 ss. Si noti anche che l'Avvocato generale Kokott rileva il problema rispetto ai soli ricorsi tra Stati (par. 114), mentre la Corte fa riferimento alle controversie tra Unione e Stati membri (par. 207).

⁸⁹ Nel senso che questa disposizione "deve essere intesa[a] come una manifestazione specifica del (...) più generale dovere di lealtà [degli Stati membri] risultante dall'art. 4, par. 3, TUE", si veda il par. 202 del parere, in cui si precisa anche che, "in virtù di tale disposizione, l'obbligo suddetto risulta applicabile anche nei reciproci rapporti tra gli Stati membri e l'Unione".

⁹⁰ Cfr. *Mox Plant*, cit.

⁹¹ Presa di posizione, paragrafi 118 e 120.

sizione⁹². Ad avviso della Corte, l'unica soluzione tecnica percorribile è “una espressa esclusione della competenza della Corte EDU risultante dall'art. 33 CEDU per eventuali controversie tra gli Stati membri, ovvero tra questi e l'Unione, relativa all'ambito di applicazione sostanziale del diritto dell'Unione”⁹³.

Questa conclusione non è condivisibile in quanto va oltre quanto necessario per assicurare l'autonomia dell'ordinamento dell'UE⁹⁴. Viene infatti esclusa *de plano* anche la possibilità di un controllo successivo da parte della Corte EDU attivato dall'eventuale ricorso dello Stato membro “insoddisfatto” contro l'Unione. Una soluzione più coerente con il carattere sussidiario del meccanismo di controllo istituito dalla Convenzione, e con la finalità stessa dell'adesione, è quella di prevedere che i ricorsi interstatali *ex art. 33* della CEDU tra l'Unione e gli Stati membri e tra gli Stati membri siano esperibili solo dopo l'esaurimento dei ricorsi previsti dall'ordinamento UE⁹⁵.

Invero, anche ammettendone la praticabilità ai sensi della Convenzione⁹⁶, la soluzione prospettata dalla Corte è allo stesso tempo *overreaching* e *underreaching* dal punto di vista della tutela dell'autonomia dell'ordinamento UE. Essa solleva qualche dubbio, infatti, anche sotto il profilo della idoneità a salvaguardare le competenze dell'Unione. Questo risultato sarebbe garantito solo se l'ambito dell'esclusione coincidesse esattamente con quello di applicazione del diritto dell'Unione come definito dalla Corte. In caso di ricorso interstatale⁹⁷ sarebbe quindi necessario assicurare sempre la possibilità di

⁹² *Ibidem*, par. 208.

⁹³ Parere, par. 213.

⁹⁴ Ciò è evidenziato espressamente dall'Avvocato generale Kokott (presa di posizione, par. 116), la quale anche osserva che “[s]e si volesse nel presente caso far assurgere un'esplicita disciplina sull'irricevibilità dei ricorsi interstatali dinanzi alla CEDU nonché sul primato dell'art. 344 TFUE a presupposto per la compatibilità del previsto accordo di adesione con il diritto primario dell'Unione, ciò significherebbe implicitamente che numerosi accordi internazionali conclusi in passato dall'Unione presentano un vizio in quanto non contengono clausole siffatte” (*ibidem*, par. 117).

⁹⁵ Cfr. U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2004, p. 73 ss.

⁹⁶ Dal punto di vista formale, la soluzione indicata dalla Corte potrebbe tradursi o in una disposizione dell'Accordo di adesione o in una riserva alla Convenzione. La possibilità per l'Unione di apporre riserve alla Convenzione è espressamente prevista all'art. 2 del Progetto di accordo. L'ammissibilità di una riserva che attuasse la soluzione indicata dalla Corte dà però adito a qualche dubbio, considerato che l'art. 57, par. 1, della CEDU, esclude l'ammissibilità di riserve di carattere generale. In subordine, potrebbe venire in rilievo l'inammissibilità per contrasto con l'oggetto e il fine del trattato di cui all'art. 19 della Convenzione di Vienna del 1986 sul diritto dei trattati tra Stati e organizzazioni internazionali e fra organizzazioni internazionali). Alla luce dell'orientamento della Corte EDU in materia, sarebbe più in linea con lo “spirito” della soluzione indicata dalla Corte introdurre nell'Accordo di adesione la disposizione volta ad escludere la competenza della Corte. La Corte EDU ha infatti ritenuto che l'inammissibilità di riserve incompatibili con l'oggetto e lo scopo della Convenzione sfocia nella considerazione di tali riserve come non apposte, con la conseguenza che la parte che le ha apposte si trova vincolata anche agli obblighi derivanti dalla Convenzione che avrebbe invece voluto riservare: cfr., in particolare, *Belilos c. Svizzera* (ric. n. 10328/83), sentenza 29 aprile 1988, Serie A n. 132, par. 60. Ovviamente, la soluzione alternativa richiede il consenso anche di tutti le Alte parti contraenti della CEDU che non sono Stati membri.

⁹⁷ Si osservi che l'eventuale clausola di esclusione che attuasse l'indicazione fornita dalla Corte lascerebbe impregiudicata la competenza della Corte EDU a conoscere – in via esclusiva – le controversie tra Stati membri e tra questi e l'Unione relative a materie non rientranti nell'ambito di applicazione sostan-

un coinvolgimento dell'Unione. Tuttavia, il meccanismo del convenuto aggiunto e quello del previo coinvolgimento della Corte di giustizia, che sul primo si innesta, non appaiono *sic et simpliciter* applicabili anche ai casi in esame. Quantomeno, essi non sono stati introdotti per perseguire l'obiettivo che essi verrebbero eventualmente a svolgere nella situazione in esame.

e) Sull'inidoneità delle modalità di funzionamento del meccanismo del convenuto aggiunto a preservare le caratteristiche specifiche dell'Unione e del suo diritto

La procedura del convenuto aggiunto è il meccanismo centrale del Progetto di accordo e, coerentemente, quello che più ha attirato l'attenzione della dottrina. In questa sede ci si limiterà ad alcune brevi osservazioni limitate alle “inadeguatezze” della disciplina di questo meccanismo quali ravvisate dalla Corte, rimandando ad altri studi per un dettagliato esame della procedura⁹⁸.

Si è già detto⁹⁹ che la disciplina relativa all'attivazione del meccanismo del convenuto aggiunto non assicura in modo assoluto che l'Unione possa assumere tale qualifica in tutti i ricorsi proposti nei confronti degli Stati membri e relativi a violazioni che si collocano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Sotto questo profilo, le considerazioni della Corte sono condivisibili¹⁰⁰.

Era inoltre abbastanza prevedibile che la Corte non avrebbe gradito la previsione secondo cui, in deroga alla regola generale della responsabilità solidale del convenuto e del convenuto aggiunto, la Corte EDU può, “sulla base degli argomenti presentati [da questi], e sentite le osservazioni del ricorrente”, dichiarare responsabile solo uno di essi. Ad avviso della Corte, poiché la suddivisione di responsabilità implica una valutazione di norme del diritto UE, “consentire alla Corte EDU di adottare una decisione siffatta rischierebbe (...) di pregiudicare la ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri”¹⁰¹.

È stato osservato che la questione non è tanto chi è competente ma chi ha violato la Convenzione, e che la regola della responsabilità esclusiva sarebbe anche più in linea con il Protocollo n. 8 al TUE e al TFUE¹⁰².

La regola della responsabilità solidale è comunque apprezzabile dal punto di vista

ziale del diritto UE. È evidente che anche in questi casi si porrebbe la questione del “controllo delle frontiere”.

⁹⁸ Si vedano, in particolare, G. GAJA, *The 'Co-respondent Mechanisms' According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR*, in V. Kosta, N. Skoutaris, V. TZEVELEKOS (a cura di), *The EU Accession to the ECHR*, Hart, Oxford, 2014, p. 341-348, e S. VEZZANI, *L'Unione europea e i suoi Stati membri davanti ai giudici di Strasburgo: una valutazione critica del meccanismo del co-respondent*, in *SIDI Forum*, 2011 (la versione in inglese è pubblicata con il titolo *The UE and Its Member States before the Strasbourg Court: a Critical Appraisal of the Co-respondent Mechanism*), in G. REPETTO (a cura di), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Intersentia, Cambridge, 2013, p. 221 ss.).

⁹⁹ Si veda l'analisi *sub a)*, *supra*.

¹⁰⁰ Parere, paragrafi 218-225.

¹⁰¹ *Ibidem*, paragrafi 230 e 231.

¹⁰² Così G. GAJA, *The 'Co-respondent Mechanisms' According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR*, cit., p. 345-346.

della tutela della vittima. Una volta fatta questa scelta – e avendola, peraltro, motivata con l'esigenza di interferire con il riparto di competenze tra l'Unione e gli Stati membri –¹⁰³ sarebbe stato più logico evitare di introdurre eccezioni o, quantomeno, formulare in modo più preciso l'eccezione prevista. Non si può non concordare con la Corte che “non risulta chiaramente, alla lettura dell'art. 3, par. 7, del Progetto di accordo e del paragrafo 62 del Progetto di relazione illustrativa, che la presentazione degli argomenti del convenuto aggiunto e del convenuto debba essere effettuata in maniera congiunta”¹⁰⁴. Il timore della Corte è inoltre giustificato dal fatto che, come si è rilevato¹⁰⁵, la Corte EDU già distingue tra le ipotesi in cui la violazione trae origine dal diritto UE e quelle in cui essa scaturisce dal modo in cui lo Stato membro ha utilizzato la discrezionalità lasciata dal diritto UE.

Parimenti, almeno sotto il profilo della coerenza interna della soluzione accolta dal Progetto, è condivisibile il rilievo secondo cui “[p]ermettere alla Corte EDU di convalidare un eventuale accordo tra l'Unione e i suoi Stati membri in merito alla suddivisione della responsabilità finirebbe per consentirle di sostituirsi alla Corte nella definizione di una questione rientrante nella competenza esclusiva di quest'ultima”¹⁰⁶.

Tanto detto, il tenore generale delle considerazioni della Corte tradisce la “resistenza” alla interpretazione delle norme di diritto dell'Unione da parte della Corte EDU, dalla quale, tuttavia, il controllo esterno non può prescindere.

f) Sull'inidoneità delle modalità di funzionamento della procedura di previo coinvolgimento della Corte a preservare le caratteristiche specifiche dell'Unione e del suo diritto

Dubbi sono stati sollevati sull'esistenza nei Trattati di un'adeguata base giuridica per tale procedura, e, quindi, sulla possibilità di un contrasto con il limite secondo cui l'adesione non deve modificare le competenze dell'Unione¹⁰⁷. Nonostante le posizioni eterogenee delle parti intervenute, la Corte ha “glissato” sul punto. Anzi, dal parere 2/13 si evince chiaramente che una (ben congegnata) procedura di previo coinvolgimento è un elemento imprescindibile dell'accordo di adesione. I rilievi critici della Corte di giustizia vanno nella direzione di escludere il minimo rischio che la Corte EDU si pronunci su una potenziale incompatibilità del diritto UE con la Convenzione senza che la prima abbia già avuto tale possibilità. Basta andare di poco indietro con la memoria per capire che un diverso approccio era scarsamente probabile: l'idea della necessità di una proce-

¹⁰³ Si veda il par. 62 del Progetto di relazione illustrativa.

¹⁰⁴ Parere, par. 233.

¹⁰⁵ Si veda la prima parte della sezione 2, *supra*.

¹⁰⁶ Parere, par. 234.

¹⁰⁷ Cfr. G. GAJA, *Accession to the ECHR*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (a cura di), *EU Law after Lisbon*, cit., e S. VEZZANI, *L'Unione europea e i suoi Stati membri davanti ai giudici di Strasburgo: una valutazione critica del meccanismo del co-respondent*, cit. Secondo la stessa dottrina, una tale procedura non sarebbe necessaria e verrebbe anzi ad accordare una posizione di privilegio alla Corte di giustizia rispetto alle Corti costituzionali nazionali. Nel senso dell'esistenza di un'adeguata base giuridica nei Trattati, si veda R. BARATTA, *Accession of the EU to the ECHR: The Rationale for the ECJ's Prior Involvement Mechanism*, in *CMLR*, 2013, p. 1305 ss.

dura di previo coinvolgimento venne avanzata nel Comunicato congiunto del 27 gennaio 2011 dell'allora Presidente della Corte EDU Costa e del Presidente della Corte Skouris.

Venendo alle considerazioni nel parere, condivisibile è il rilievo secondo cui dovrebbe essere la competente (ma non meglio precisata) istituzione dell'Unione a stabilire se la Corte si è già pronunciata sulla questione oggetto del procedimento davanti alla Corte EDU¹⁰⁸. Effettivamente, l'art. 3, par. 6, del Progetto non dispone espressamente in tal senso.

La Corte tuttavia si spinge oltre e afferma che “la procedura di previo coinvolgimento dovrebbe essere articolata in modo tale che, per ogni causa pendente dinanzi alla Corte EDU, venga trasmessa un'informazione completa e sistematica all'Unione, affinché la competente istituzione di quest'ultima sia messa in condizione di valutare se la Corte si sia già pronunciata sulla questione costituente l'oggetto di tale causa”¹⁰⁹. Ora, che tale informazione sia necessaria è un dato in sé e per sé non contestabile. Anzi, a rigore questa è necessaria ancor prima per valutare se debba essere chiesta l'attivazione del meccanismo del convenuto aggiunto. Non si può invece pretendere, al contrario di quanto suggerito dall'Avvocato generale Kokott¹¹⁰, che il Progetto di accordo preveda che sia la Corte EDU a provvedere a tale informazione. Una tale richiesta basterebbe verosimilmente a porre la parola “fine” ad ogni negoziazione. Ben più logico sarebbe che gli Stati membri e l'Unione si impegnassero a comunicarsi reciprocamente tutti i ricorsi notificati gli uni nei confronti dell'altra. Un tale impegno sarebbe una manifestazione specifica dell'obbligo di leale cooperazione che li lega ai sensi dell'art. 4, par. 3, TUE.

Si può anche osservare che la Corte esclude la necessità del previo coinvolgimento solo quando la stessa abbia avuto modo di pronunciarsi su una questione di diritto “identica” a quella oggetto della controversia davanti alla CEDU¹¹¹. Alla luce della clausola di corrispondenza di cui all'art. 52, par. 3, della Carta, tale necessità non sembra, invero, sussistere ove la Corte di giustizia si sia pronunciata sulla compatibilità della disposizione di diritto UE con il diritto fondamentale della Carta che corrisponde al diritto della CEDU di cui è allegata la violazione dinanzi alla Corte di Strasburgo.

L'ulteriore aspetto problematico individuato dalla Corte consiste nel fatto che il paragrafo 66 del Progetto di relazione esplicativa precisa che l'esame di compatibilità con la Convenzione del diritto UE di cui all'art. 3, par. 6, del Progetto di accordo copre la valutazione della validità del diritto derivato e l'interpretazione del diritto primario. Secondo la Corte sarebbe dunque esclusa la possibilità che essa sia adita tramite la procedura di previo coinvolgimento affinché si pronunci sull'interpretazione del diritto derivato¹¹².

Questa posizione della Corte appare estremamente rigida. Considerato che oggetto della controversia in cui si innesta la procedura è l'asserita violazione della CEDU, e

¹⁰⁸ Parere, par. 238.

¹⁰⁹ *Ibidem*, par. 241.

¹¹⁰ Con tono, peraltro, vagamente polemico: cfr. i paragrafi 223-228 della presa di posizione.

¹¹¹ Parere, par. 238.

¹¹² *Ibidem*, par. 243.

che dopo l'adesione la Convenzione costituirebbe un parametro di validità degli atti derivati dell'Unione, non sembra errato parlare di validità. Inoltre, come è stato osservato, “ben potrebbe la Corte adottare una decisione che (...) dichiara la validità [dell'atto UE], fornendone una interpretazione conforme al diritto primario”¹¹³.

g) Sul pregiudizio alle caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione europea riguardo al controllo giurisdizionale nell'ambito della PESC

Negli ultimi paragrafi del parere, la Corte individua nella sua limitata competenza rispetto agli atti e disposizioni della PESC un ostacolo, in sostanza, *all'adesione in sé e per sé*.

Notoriamente, l'intervento del Trattato di Lisbona sul controllo giurisdizionale della Corte in ambito PESC è stato marginale. L'art. 24, par. 1, secondo comma, TUE enuncia chiaramente che la regola è l'incompetenza della Corte; in via di eccezione, questa può controllare che gli atti PESC non pregiudichino le competenze dell'Unione e le attribuzioni delle sue istituzioni in altri settori (e viceversa)¹¹⁴, e può pronunciarsi sulla legittimità delle decisioni PESC che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche¹¹⁵. Nella misura in cui deroga alla regola della competenza della Corte ad “assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati”¹¹⁶, questa disposizione deve essere interpretata in modo restrittivo¹¹⁷. Ciononostante, è un dato che “allo stato attuale del diritto dell'Unione, taluni atti adottati nell'ambito della PESC sfuggono al controllo giurisdizionale [della stessa]”¹¹⁸.

Proprio per questo motivo l'adesione dell'Unione alla CEDU non è solo fortemente auspicabile ma necessaria. Tanto più che le attività poste in essere in ambito PESC sono idonee ad incidere severamente su basilari diritti della persona umana, quali la vita e l'integrità fisica. Inoltre, se anche è vero¹¹⁹, come afferma l'Avvocato generale, che esiste la competenza dei giudici nazionali¹²⁰, in pratica l'accesso alla giustizia può risultare difficoltoso, e l'impossibilità di esperire un rinvio pregiudiziale di validità pone non pochi problemi¹²¹.

¹¹³ Così S. VEZZANI, “*Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!*”: la Corte di giustizia frena l'adesione dell'UE alla CEDU, cit.

¹¹⁴ Cfr. art. 40 TUE.

¹¹⁵ Cfr. art. 275 TFUE. Giova precisare che l'art. 19, par. 1, TUE si riferisce alla “Corte di giustizia dell'Unione europea”, che comprende attualmente la Corte di giustizia (“Corte”, in questo scritto), il Tribunale e il Tribunale della funzione pubblica. Rispetto ai ricorsi presentati da persone fisiche e giuridiche, competente è il Tribunale, mentre la Corte svolge la funzione di istanza di appello.

¹¹⁶ Così l'art. 19, par. 1, TUE.

¹¹⁷ In questo senso si è espressa recentemente la Corte di giustizia: cfr. *Parlamento c. Consiglio* (causa C-658/11), sent. 24 giugno 2014, non ancora pubblicata in *Raccolta*, par. 70.

¹¹⁸ Parere, par. 252.

¹¹⁹ Ma si vedano le osservazioni al termine dell'analisi di questo motivo.

¹²⁰ Anzi i Trattati ormai *obbligano* gli Stati membri ad assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione: cfr. l'art. 19, par. 1, seconda frase, TUE.

¹²¹ Ad avviso dell'Avvocato generale dovrebbe essere ammesso un controllo diffuso di validità degli atti PESC: cfr. presa di posizione, paragrafi 100-101. Sul tema, sia permesso rinviare a “La tutela giurisdizionale degli individui rispetto agli atti PESC nella prospettiva del Trattato di Lisbona”, in *Riv. dir.*

Purtroppo, in questa parte del parere la generale assenza della prospettiva della tutela dell'individuo è drammaticamente evidente.

La Corte eleva a caratteristica specifica dell'Unione l'incompletezza del sistema di tutela giurisdizionale in ambito PESC, affermando che “[u]na simile situazione è inerente alla configurazione delle [sue] competenze previste dai Trattati e, in quanto tale, non può giustificarsi se non in virtù del solo diritto dell'Unione”¹²². In realtà, esiste una chiara tensione con l'art. 47 della Carta che, peraltro, in virtù dell'art. 52, par. 3, già rende operante il livello di tutela giurisdizionale effettiva di cui agli artt. 6 e 13 della Convenzione, nell'interpretazione data dalla Corte EDU. Ma, tant'è, la Corte conclude che tale configurazione osta, in sostanza, all'adesione, poiché “essa equivarrebbe ad affidare il controllo giurisdizionale [delle disposizioni PESC e di taluni atti adottati in base a queste] in via esclusiva ad un organo esterno all'Unione”¹²³. Ciò non è possibile “anche in rapporto ai diritti fondamentali”¹²⁴.

L'adesione non può pregiudicare competenze che la Corte non ha¹²⁵. Forse si poteva sottolineare questo elemento, piuttosto che tentare di dimostrare, stante la chiara lettera del Trattato, che la competenza della Corte è sufficientemente ampia da ricomprendere tutte le situazioni in cui un atto PESC può formare oggetto di un ricorso dinanzi alla Corte EDU¹²⁶.

De jure condito, la posizione della Corte si traduce in un ostacolo insuperabile all'adesione. Sotto questo profilo, la rinegoziazione dell'accordo di adesione non pare figurare tra le opzioni, perché l'art. 57, par. 1, della CEDU non ammette le riserve di carattere generale alla Convenzione, e un'eventuale esclusione della PESC ne avrebbe tutte le sembianze¹²⁷. Dunque, l'unico modo per superare l'*impasse*, è attribuire alla Corte la “competenza mancante” mediante la revisione dei Trattati. Infatti, affermando che con l'adesione la Corte EDU diverrebbe titolare “in via esclusiva” del controllo di certi atti, azioni e omissioni in ambito PESC, la Corte implicitamente rigetta la possibilità, avanzata espressamente dall'Avvocato generale Kokott¹²⁸, di ammettere il controllo “diffuso” di compatibilità con il diritto primario UE degli atti PESC che esorbitano dalla competenza della Corte da parte dei giudici nazionali.

Così dicendo, la Corte sostanzialmente ammette che nella PESC esiste una situazione

int., 2009, p. 1086 ss.

¹²² Parere, par. 253.

¹²³ *Ibidem*, par. 255.

¹²⁴ *Ibidem*, par. 256.

¹²⁵ Semmai, come nota L.S. ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, cit., “se (...) si riconoscesse una competenza in queste materie alla Corte EDU, per gli Stati membri sarebbe difficile un domani (in sede di riforma del Trattato UE) negare una competenza anche alla [Corte]”.

¹²⁶ Si veda la posizione della Commissione, *ibidem*, paragrafi 94-100, e presa di posizione, paragrafi 86-91.

¹²⁷ Così anche S. PEERS, *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, cit.

¹²⁸ Presa di posizione, paragrafi 101-102 della presa di posizione. In dottrina, si veda D. LECZYKIEWICZ, *Effective Judicial Protection' of Human Rights after Lisbon: Should National Courts Be Empowered to Review EU Secondary Law?*, in *ELR*, 2010, p. 326.

difficilmente riconciliabile con la decennale giurisprudenza secondo cui l'Unione è una Comunità di diritto perché né gli atti delle istituzioni né quelli degli Stati membri sfuggono al controllo di conformità con la carta costituzionale rappresentata dai Trattati¹²⁹. Ciò si traduce – nell'attesa di una revisione dei Trattati nella direzione anzidetta – in un possibile limite all'operatività della presunzione *Bosphorus* in una controversia instaurata dinanzi alla Corte EDU da un individuo nei confronti di uno Stato membro, e in cui venga in rilievo una misura di attuazione di un atto PESC.

5. Osservazioni conclusive

Coloro che conoscono la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di principi generali del diritto dell'Unione non possono non aver provato un po' di stupore, e un certo rammarico, leggendo il parere 2/13. La Corte ha da sempre guardato alla CEDU come una fonte di ispirazione privilegiata per l'identificazione dei diritti fondamentali da garantire in quanto principi generali, e per la ricostruzione del loro contenuto¹³⁰. Così facendo, la Corte di giustizia ha, nella sostanza, elevato la Convenzione a parametro di legittimità degli atti UE.

Invece, nel parere essa ha manifestato un atteggiamento di netta chiusura nei confronti del controllo esterno della Corte EDU sul proprio operato e, più in generale, sull'applicazione del diritto dell'Unione, anche in quei settori – come la PESC – dove minore è il rischio di divergenze tra le posizioni delle due Corti. Un tale atteggiamento si riconcilia male con l'obbligo dell'Unione di aderire alla CEDU di cui all'art. 6, par. 2, TUE.

L'art. 218, par. 11, TFUE recita che, “[i]n caso di parere negativo della Corte, l'accordo previsto non può entrare in vigore, salvo modifiche dello stesso o revisione dei trattati”¹³¹. La terza strada – rinunciare all'adesione – non si ritiene un'opzione in campo. Ciò non solo perché l'art. 6, par. 2, TUE prevede l'adesione come obbligo, ma, piuttosto, perché il parere 2/13 implicitamente “ammette” che in alcuni casi o settori lo standard UE di tutela dei diritti fondamentali è già, o potrebbe essere, non in linea con quello della CEDU. A parere di chi scrive, è necessario e opportuno guardare alle due opzioni previste dall'art. 218, par. 11, TFUE – la rinegoziazione dell'accordo e la revisione dei trattati – come soluzioni “combinabili”. L'accoglimento di tutte le censure mosse dalla Corte, oltre a non sembrare tecnicamente possibile¹³², priverebbe l'adesione di ogni pratica utilità dal punto di vista degli individui vittime di violazioni riconducibili ad atti, azioni, omissioni della stessa. Allo stesso tempo, non si ritiene auspicabile una

¹²⁹ *Parti écologiste "Les Verts" c. Parlamento* (causa 294/83) sent. 23 aprile 1986, in *Raccolta*, p. 1339, par. 23.

¹³⁰ Sul tema, si veda S. DOUGLAS-SCOTT, *A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis*, in *CMLR*, 2006, p. 629 ss.

¹³¹ La prima opzione richiede, evidentemente, che sulle modifiche vi sia il consenso anche delle Alte Parti della Convenzione che non sono Stati membri della CEDU: eventualità non scontata, anche tenendo conto dello sforzo già fatto per “accogliere” la nuova, peculiare Parte contraente.

¹³² L'inammissibilità di riserve di natura generale prevista dall'art. 57, par. 1, CEDU pare escludere la possibilità di lasciare al di fuori dell'adesione la PESC e lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Osservatorio sulle fonti

revisione dei trattati che vada nella direzione di “sterilizzare” il parere della Corte¹³³.

La Commissione dovrebbe mirare alla rinegoziazione della disciplina dei meccanismi del convenuto aggiunto e del previo coinvolgimento, nonché – nei limiti già indicati – alla ridefinizione della questione della salvaguardia dell’art. 344 TFUE. Le argomentazioni della Corte, se accolte *cum grano salis*, non stravolgono le premesse e gli obiettivi del primo negoziato. Gli Stati membri dovrebbero acconsentire a estendere il controllo della Corte in ambito PESC. Questo sarebbe un risultato positivo a prescindere dall’adesione, poiché risolverebbe tensioni interne al diritto primario UE. La Corte dovrebbe imporre a sé stessa ciò che esige dagli Stati membri: guardare con più fiducia alla Corte EDU, sul presupposto della comunanza dello standard sostanziale applicato. La Corte di giustizia è un elemento essenziale dell’Unione, e in base all’art. 6, par. 2, TUE, sull’Unione tutta grava l’obbligo di adoperarsi affinché l’adesione si realizzi.

¹³³ Si vedano le proposte di S. VEZZANI, “*Gl’è tutto sbagliato, gl’è tutto da rifare!*”: la Corte di giustizia frena l’adesione dell’UE alla CEDU, cit., (2014) e L.F.M. BESSELINK, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, cit.