



CLAUDIO ZANGHÌ*

LA MANCATA ADESIONE DELL'UNIONE EUROPEA ALLA CEDU NEL PARERE NEGATIVO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

SOMMARIO: 1. La genesi della prospettata adesione e la richiesta di parere alla Corte. - 2. Il parere 2/13 della Corte di giustizia; a) I requisiti imposti dalle norme UE per la redazione dell'accordo di adesione; b) l'ammissibilità della domanda di parere. - 3. Le considerazioni preliminari svolte dalla Corte. - 4. Il principio di lealtà e reciproca fiducia fra Stati membri UE ed il contrasto con l'esigenza della tutela dei diritti umani. - 5. Il pretestuoso richiamo al Protocollo 16 e la pretesa contraddizione con la giurisdizione della Corte UE. - 6. L'improbabile ricorso interstatale nel sistema CEDU ed il contrasto con il diritto dell'Unione. - 7. La procedura del «convenuto aggiunto» per salvaguardare la competenza della Corte UE. - 8. Le ipotesi di responsabilità solidale o disgiunta ed il contrasto con l'ordinamento dell'Unione. - 9. Il previo coinvolgimento della Corte UE; un tentativo ritenuto insufficiente per rispettare la competenza esclusiva. - 10. La PESC: il disconoscimento dell'attuale competenza della Corte CEDU e la surrettizia estensione di competenza della Corte UE. - 11. L'insanabile contrasto fra le Corti e l'abbandono dell'obiettivo di una più ampia tutela dei diritti umani. - 12. L'improbabile futuro dell'adesione: abbandono o soluzione politica?

1. *La genesi della prospettata adesione e la richiesta di parere alla Corte*

La tutela internazionale dei diritti dell'uomo è entrata a far parte dell'ordinamento dell'Unione europea con una crescente evoluzione storica fin dalle prime sentenze della Corte di giustizia che l'hanno timidamente introdotta, successivamente poi con una riforma dei diversi trattati ed infine con la Carta dei diritti fondamentali di Nizza che ha costituito un proprio elenco di diritti applicabile nel contesto dell'Unione Europea. A tale documento, dopo un primo periodo di incertezza, è stato infine riconosciuto lo *status* di norme internazionali obbligatorie e vincolanti per gli Stati membri dell'Unione con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Il processo di sviluppo non si è arrestato perché le dichiarazioni interpretative della Carta hanno precisato che qualora le norme nella stessa contenute siano analoghe a quelle della Convenzione europea, quest'ultima deve rappresentare il modello di interpretazione; a ciò si aggiunge che in base all'art. 52, par. 3,

* Professore emerito di Diritto internazionale, Sapienza Università di Roma.

della Carta, il significato e la portata corrispondente delle norme sono uguali a quelle garantite dalla Convenzione europea; si è altresì precisato che i diritti devono essere applicati così come sono stati interpretati dalla Corte di Strasburgo; quindi, di fatto, gran parte delle norme della Carta dei diritti fondamentali sono, nella loro interpretazione ed applicazione, assai vicine, per non dire identiche, alle corrispondenti norme della Convenzione europea¹.

Con il prospettato accordo di adesione², una volta che si realizzasse la partecipazione dell'Unione alla Convenzione stessa, quest'ultima entrerebbe a far parte integrante del diritto dell'Unione Europea accanto alle altre norme primarie ed in particolare a quanto derivante dalla Carta dei diritti fondamentali: ci troviamo cioè ad oggi, e ci troveremo ancora di più con la prospettata adesione, di fronte ad una identità di disciplina della tutela dei diritti umani applicabile *sub specie* Convenzione nell'ambito della Parti contraenti della Convenzione europea e dall'altra, ma già da oggi, *sub specie* Carta dei diritti fondamentali, allineata alla anzidetta Convenzione, nell'ambito dell'Unione Europea e domani, con l'adesione alla stessa Convenzione, direttamente applicabile nell'ambito della ordinamento dell'Unione.

L'unicità della materia rende evidente il contrasto che si determina con le due disposizioni fondamentali che reggono la competenza esclusiva della Corte di Strasburgo e della Corte di Lussemburgo, la prima avente una competenza esclusiva sulla Convenzione europea, l'altra avente una competenza esclusiva sull'ordinamento dell'Unione. È di piena evidenza che questa duplicità di competenze esclusive non si concilia quando la materia oggetto della competenza sia identica, come nel caso della prospettata adesione. Le competenze esclusive in contemporanea non possono sussistere; è ovvio pertanto che fin dalle prime riunioni del gruppo di lavoro che ha dato vita al progetto di accordo di adesione

¹ «La disposizione è di evidente importanza per l'attenzione ch'essa rivela da parte dell'Unione all'allineamento della protezione dei diritti (almeno) al livello assicurato dalla Convenzione europea. Tuttavia di tale disposizione di riacordo (e subordinazione), pur menzionata al punto n. 44, il parere della Corte di Giustizia non tiene alcun conto». V. ZAGREBELSKY, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, in *Dir. uomo dir. int.*, 2015, vol.1, n.1, p. 2, in corso di pubblicazione.

² Fra gli scritti già tempestivamente apparsi, cfr.: I. ANRÒ, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: questo matrimonio non s'ha da fare?*, in www.diritticomparati.it, 2 febbraio 2015; L. BESSELINK, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, *Verfassungsblog* (2014), <http://www.verfassungsblog.de/en/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/>; S. DOUGLAS-SCOTT, *Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice*, in *UK Constitutional Law Association* <http://ukconstitutionallaw.org/2014/12/24/>; P. GRAGL, *The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR*, disponibile in www.ssrn.com; A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e crisi del processo di adesione dell'UE alla CEDU: due facce della stessa medaglia?*, in www.forumcostituzionale.it 8 gennaio 2015; D. HABELSTAM, *It's Autonomy Stupid», A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and a Way Forward*, in *Michigan Law, Paper* n. 432, February 2015; M. KUIJER, *The Accession of the European Union to the ECHR: A Gift for the ECHR's 60th Anniversary or an Unwelcomed Intruder at the Party?*, in *Amsterdam Law Forum*, 2011, p. 17; J.-P. JACQUÉ, *Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme?*, in www.droit-union-europeenne.be, 23 dicembre 2014; S. PEERS, *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, in eulawanalysis.blogspot.co.uk/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-the-ecr.html L. S. ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, in <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/>; A. RUGGERI Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali, in *Consulta on line* 2014, fasc.1, p. 39; E. SPAVENTA, *A very Fearful Court. The protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, di prossima pubblicazione in *Maastricht Jour. Eur. Comp. Law*; S. VEZZANI, «*Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare*»: la Corte di giustizia frena l'adesione dell'UE alla CEDU; nello stesso blog SIDI sopra citato. Una rassegna dei commenti pubblicati si trova su [Eurojus.it](http://www.eurojus.it), <http://www.eurojus.it/il-parere-213-della-Corte-di-giustizia-sulladesione-dellunione-europea-alla-cedu-follow-up-sulle-reazioni-della-dottrina>.

in oggetto il problema fondamentale è stato quello di rendere possibile questa duplicità di competenze esclusive senza incidere sull'una e sull'altra, compito invero assai arduo per non dire del tutto impossibile.

La lunga vicenda dell'adesione dell'Unione Europea alla CEDU è stata avviata a soluzione con due norme convergenti adottate, la prima con il Protocollo 14 alla CEDU, la seconda, con il nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione Europea adottato a Lisbona nel 2007. Con l'art. 17 del Protocollo 14 adottato il 13 maggio 2004 e entrato in vigore il 1° giugno 2010, l'art. 59, par. 2, della Convenzione è stato modificato al fine di prevedere la possibilità dell'adesione dell'Unione, precedentemente limitata ai soli Stati membri del Consiglio d'Europa. Il nuovo testo, in termini assai semplici, dispone: «l'Unione Europea può aderire alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

Nell'ambito dell'Unione Europea, con il Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, è stato modificato l'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea nel quale oggi si legge, fra l'altro, al par. 2 «l'Unione aderisce alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite dai trattati».

Tali disposizioni, com'è noto, consentono di superare da una parte, la possibilità per un soggetto non Stato membro del Consiglio d'Europa di aderire alla Convenzione, dall'altra all'Unione Europea, di cui la Corte stessa nel precedente parere aveva dichiarato l'incompetenza, di aderire alla predetta Convenzione³.

A seguito di una raccomandazione della Commissione del 17 marzo 2010 il Consiglio ha adottato, il 4 giugno dello stesso anno, una decisione per avviare i negoziati. Il 26 maggio precedente i Delegati dei Ministri del Consiglio d'Europa avevano conferito un mandato al Comitato direttore dei diritti dell'uomo per elaborare uno o più strumenti per l'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione. A seguito di tale mandato, il Comitato ha affidato tale compito ad un gruppo informale di 14 membri (7 fra gli Stati membri della UE

³ Con il parere 2/94 del 1996 la Corte di giustizia aveva ritenuto che la competenza all'adesione, allora non espressamente prevista, non potesse essere neanche ricavata implicitamente dalle norme del Trattato. La dottrina al riguardo è vastissima: L. N. BROWN - J. MCBRIDE, *Observations on the Proposed Accession by the European Community to the European Convention on Human Rights*, in *Am. Jour. Comp. Law*, 1981, p. 691; O. DE SCHUTTER, *Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, <http://www.statewatch.org/news/2007/sep/decchutte-contributin-eu-echr.pdf>; A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 678; P. GRAGL, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2013. GROUSSOT-LOCK-PECH, *La protection des droits fondamentaux: dans l'Union Européenne après le traité de Lisbonne*, disponibile in http://www.robert-schuman.eu/doc/questions_europe/qe-173-fr.pdf, 2010; R. HARMSSEN, *National Responsibility for European Community Acts Under the European Convention on Human Rights: Recasting the Accession Debate*, in *Eur. Pub. Law*, 2001, p. 625; P.-H. IMBERT, *De l'adhésion de l'Union Européenne à la CEDH (Symposium des Juges au Château de Bourglinster – 16 septembre 2002)*, in *Droits fondamentaux*, 2002, p. 11; LE BOT O., *Charte de l'Union Européenne et Convention de sauvegarde des droits de l'homme: la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2003, p.78.; S. MARCIALI, *Les rapports entre les systèmes européens de protection des droits fondamentaux*, in J. RIDEAU (diretto da), *Les droits fondamentaux dans l'Union Européenne dans le sillage de la Constitution Européenne*, Bruxelles, 2009, p. 345; S. O'LEARY, *Accession of the European Community to the European Convention on Human Rights: the Opinion of the ECJ*, in *Eur. Hum. Rights Law Rev.*, 1996, p. 362; J. M. SERA, *The Case for Accession by the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights*, in *Boston Un. Int. Law Jour.*, 1996, p. 151; C. ZANGHI, *Un'altra critica al parere 2/94 della Corte sull'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Scritti in onore di Federico Mancini*, Milano, 1998, p. 1101; P. WACHSMANN, *L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté économique européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et de libertés fondamentales*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, p. 467; A. J. WARD, *The Opinion of the Court of Justice regarding Accession to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Redirecting the Development of Fundamental Rights within the European Union*, in *G. J. Int. Comp. Law*, 1999, p. 635.

e 7 provenienti da Stati del Consiglio d'Europa, non membri della UE). Il gruppo di lavoro si è riunito nel corso dell'anno ed ha presentato un rapporto con allegati dei progetti di strumenti giuridici il 14 ottobre 2011. L'anno successivo, lo stesso Comitato dei Ministri ha dato un nuovo mandato al Comitato direttore dei diritti dell'uomo ed ha istituito un gruppo *ad hoc* più ampio, comprendente tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa ed anche della UE, cioè 47 Stati ed in più la Commissione UE. Il gruppo si è lungamente riunito ed ha concluso i suoi lavori con la presentazione di progetti di strumenti di cui l'accordo di adesione è certamente il principale, precisando altresì che sarebbe stato opportuno completare le procedure interne previste nel progetto e che in ogni caso sarebbe stato necessario chiedere il parere della Corte di giustizia dell'Unione Europea. I testi così redatti sono costituiti da un progetto di accordo sull'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione, un progetto di Dichiarazione dell'Unione Europea, un progetto di regole da aggiungere alle regole del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, un progetto di modello di memorandum d'accordo ed infine un progetto di rapporto esplicativo all'accordo di adesione. I cinque testi sono allegati alla domanda di parere.

Il 4 luglio 2013 la Commissione europea, ai sensi dell'art. 218, par. 11, TFUE, ha proposto la domanda di parere alla Corte di giustizia così formulata: «Il progetto di accordo sull'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950, in prosieguo la CEDU, è compatibile con i Trattati?» La Corte ha svolto le sue analisi, come richiesto e, nella seduta plenaria del 18 dicembre 2014, ha espresso il parere 2/13, di cui si tratta⁴.

2. Il parere 2/13 della Corte di giustizia

a) I requisiti imposti dalle norme UE per la redazione dell'accordo di adesione

Occorre anzitutto chiarire, in via preliminare, che, al momento dell'adozione del Trattato di Lisbona e quindi della modifica dell'art. 6 di cui sopra è cenno, gli Stati hanno adottato diversi protocolli allegati ai trattati TUE e TFUE i quali, ai sensi dell'art. 51 TUE, costituiscono parte integrante dei trattati stessi. Fra questi, assume particolare rilevanza, per la questione in esame, il Protocollo n. 8 relativo all'art. 6, par. 2, del Trattato, cioè alla norma che prevede l'adesione dell'Unione alla CEDU che si compone di tre articoli nei quali, a fronte di una norma assai generica (...*l'Unione aderisce*...) che non prevede alcun limite o condizione si pongono, invece, numerosi «paletti» alla realizzazione della prevista adesione.

L'art. 1 del Protocollo dispone che l'accordo di adesione «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 CEDU; b) i meccanismi necessari per garantire che i provvedimenti avviati da Stati non membri e i ricorsi individuali siano indirizzati correttamente a seconda dei casi agli Stati membri e/o all'Unione».

Con l'art. 2 si pongono ulteriori limiti ed in particolare: a) che l'adesione non incida sulle competenze dell'Unione e sulle attribuzioni delle sue istituzioni; b) che deve essere garantito che nessuna disposizione dello stesso incida sulla situazione particolare degli Stati

⁴ Parere 2/13 della Corte del 18 dicembre 2014, ECLI: EU: C: 2014: 2454.

membri nei confronti della CEDU; c) e ciò in particolare riguardo ai suoi protocolli, alle misure prese dagli Stati membri in deroga alla CEDU ai sensi del suo art. 15 ed alle riserve formulate dagli Stati membri nei confronti della stessa CEDU ai sensi dell'art. 57.

Infine, con l'art. 3 si chiarisce che «nessuna disposizione dell'accordo deve avere effetti sull'art. 344 TFUE».

Come se ciò non bastasse, l'Atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, ha formulato una specifica Dichiarazione relativa all'art. 6, par. 2, del TUE nella quale si legge «La Conferenza conviene che l'adesione dell'Unione alla CEDU debba realizzarsi come modalità atte a preservare la specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione».

È ovvio, quindi, che, al momento di esaminare la domanda di parere formulata dalla Commissione, la Corte doveva tener conto, nell'ambito dei Trattati dell'Unione e più in generale del diritto dell'Unione, anche delle diverse esigenze poste dal Protocollo n. 8 e dalla Dichiarazione di cui sopra è cenno.⁵

b) L'ammissibilità della domanda di parere

Il progetto di accordo sottoposto all'esame della Corte prevede numerose disposizioni relative alla partecipazione dell'Unione alla Corte CEDU, alla elezione dei giudici, agli aspetti finanziari, alle modifiche terminologiche per rendere compatibile la presenza dell'Unione laddove nella CEDU si fa riferimento a Stato, territorio, cittadini etc., al controllo delle sentenze da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, ed alle funzioni del Segretario generale dello stesso. Si tratta di disposizioni che possono essere omesse perché in realtà non hanno formato oggetto di esame nel parere espresso dalla Corte UE. Quest'ultima, invece, com'è facilmente intuibile, si è soffermata sulle diverse disposizioni dell'accordo che, disciplinando la presenza dell'Unione Europea nell'ambito della CEDU e quindi il suo coinvolgimento, unitamente o no agli Stati membri, nella procedura di fronte alla Corte CEDU, possono realmente incidere sul diritto dell'Unione, sull'autonomia e sulle specificità dello stesso.

In via del tutto preliminare, sembra opportuno sottolineare, proprio allo scopo di delimitare il campo di indagine, che, a termini dell'art. 1, par. 1, del progetto di accordo di cui sopra è cenno, l'Unione aderisce alla CEDU, al primo Protocollo e al Protocollo n. 6 (cioè a dire ai due soli Protocolli di cui tutti gli Stati UE sono parti contraenti). Inoltre, il par. 2 dello stesso articolo, precisa che l'accordo di adesione costituisce parte integrante della CEDU.

Allorquando si tratta di esaminare una domanda di parere, come consueto, il primo problema che si pone è quello dell'esame della ricevibilità della domanda stessa per valutare se questa soddisfa le esigenze poste dall'art. 218 TFUE che prevede appunto la possibilità di chiedere pareri alla Corte. Ad avviso della Commissione che ha chiesto il parere e degli Stati membri che sono intervenuti, sia pure con diverse sfumature, l'opinione manifestata è nel senso di ritenere che l'accordo stesso è conforme a quanto previsto dal citato art. 218 ed è quindi ricevibile.

⁵ In tal senso: «La decisione politica espressa dalla disposizione sull'adesione dell'Unione alla Convenzione non era scontata. In qualche modo, non ostante il testo perentorio, fin dall'inizio è stata limitata da tali e tante condizioni di merito e di procedura, che vi è ancora da chiedersi se la mano che ha scritto l'art. 6 par. 2 sapeva cosa stesse scrivendo quella che ha redatto le disposizioni che l'accompagnano. In particolare il Protocollo n. 8 relativo all'articolo 6 par. 2 TUE ha posto le premesse dell'interpretazione particolarmente rigida adottata dalla Corte di Giustizia» V. ZAGREBELSKY, cit., p.8.

Nel proprio parere la Corte si pone, fra l'altro, il problema delle norme interne all'ordinamento dell'UE che dovrebbero essere adottate per rendere operative diverse disposizioni dell'accordo. In effetti, il problema era stato sollevato dalla Commissione che, ad avviso della Corte, avrebbe dovuto invece astenersi dall'aprire la discussione su tale punto (n. 113)⁶ che ha sollevato opinioni contrarie da parte di taluni Stati membri (n. 113 e 115). Correttamente la Corte considera che tali norme, a prescindere dal loro carattere ipotetico, sono estranee al contenuto stesso dell'accordo in questione e qualora la Corte se ne occupasse essa invaderebbe la sfera di autonomia delle istituzioni cui compete l'emanazione dalle norme (par. 150). Le valutazioni effettuate dalla Commissione e dagli Stati membri in ordine a dette norme interne non sono pertinenti ai fini della domanda di parere.

Conformemente a quanto già svolto in precedenti pareri⁷, la Corte considera che nel caso di specie essa dispone degli elementi sufficienti per valutare il contenuto dell'accordo (n. 117 e 148) ed assicurarsi non soltanto che esso non viola alcuna disposizione del diritto primario, ma anche che esso contenga tutte le disposizioni eventualmente richieste da quest'ultimo (n.150) e conclude, di conseguenza, che la domanda di parere è ricevibile.

Entrando quindi nel merito della domanda di parere, la Corte rileva che, a differenza di quanto precedente manifestato nel parere 2/94, l'Unione Europea dispone oggi di una specifica previsione normativa; rileva altresì come lo stesso art. 6, il richiamato Protocollo n. 8 e la Dichiarazione allegata al Trattato di Lisbona subordinano l'accordo di adesione al rispetto di una serie di specifiche esigenze che possono sinteticamente riassumersi come segue: 1. non modificare la competenza dell'Unione Europea definita dei Trattati; 2. preservare le caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione; 3. non incidere sulle competenze dell'Unione; 4. non incidere sull'attribuzione delle sue istituzioni; 5. non incidere sulle situazioni particolari degli Stati membri nei confronti della CEDU e specificamente in relazione all'art. 15 e 57 della stessa; 6. non incidere sull'art. 344 TFUE; 7. preservare la specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione.

3. *Le considerazioni preliminari svolte dalla Corte*

La Corte svolge quindi una riflessione preliminare (nn. 153-177) nella quale sottolinea le caratteristiche proprie dell'Unione che non è né potrebbe essere uno Stato⁸, precisando ulteriormente come lo sviluppo della integrazione europea ha determinato oggi una reciproca fiducia fra gli Stati membri dell'Unione. Ricorda altresì come l'adozione della Carta dei diritti fondamentali, che oggi è parte integrante del diritto dell'Unione, rende la

⁶ Il numero citato, come tutti quelli che seguono, si riferisce alla numerazione adottata dalla Corte nella redazione del parere.

⁷ Parere 2/94 UE; ECLI: EU:C 1996 par.20-22, nonché parere 1/09 ECLI: EU:C 2011, par.49. Cfr. nota 3.

⁸ «*Le challenge présenté par l'adhésion n'est pas facile à remporter. La Convention européenne des droits de l'homme est à l'origine un traité interétatique auquel on se propose de faire adhérer une entité de nature fédérale qui n'est certes pas un Etat. Aussi un système qui s'applique sans difficultés aux parties contractantes étatiques risque s'il est plaqué sans précautions sur l'Union européenne de dénaturer profondément celle-ci*», J.-P. JACQUÉ, cit., .p. 1; Nel parere della Corte si legge (nn. 157-158): «i Trattati fondativi dell'Unione hanno dato vita, diversamente dai trattati internazionali ordinari, ad un ordinamento giuridico nuovo, dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani, e che riconosce come soggetti non soltanto tali Stati, ma anche i cittadini degli stessi».

tutela dei diritti umani, quali enunciati nella Carta, presupposto degli atti dell'Unione ed è quindi implicito che non possano ammettersi misure incompatibili con quest'ultimo; inoltre, l'autonomia dei diritti dell'uomo esige che l'interpretazione di tali diritti venga protetta nell'ambito della struttura e degli obiettivi dell'Unione. Per realizzare quanto precede è stato istituito un sistema giurisdizionale e quindi spetta ai giudici nazionali ed alla Corte dell'Unione occuparsene. In tale sistema, il rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali alla Corte UE assicura l'unicità dell'interpretazione del diritto dell'Unione, ivi compresi i diritti dell'uomo, che spetta alla Corte dell'Unione a tal fine espressamente istituita.

Tali premesse, a ben vedere, non appaiono direttamente collegate alla domanda di parere in quanto non prendono in esame specifiche norme dell'accordo di adesione, ma si limitano a porre alcuni elementi fondamentali idonei, in particolare, a sottolineare come l'Unione non è, né potrebbe essere uno Stato, quindi nemmeno agli stessi assimilata, e come, in particolare, per assicurare la corretta interpretazione del diritto dell'Unione e di tutto quanto allo stesso assimilato (vedi diritto primario, derivato, accordi internazionali etc.) è stato istituito un apposito organo giurisdizionale (la Corte UE) nonché uno specifico meccanismo (rinvio pregiudiziale) che, a fronte della competenza degli organi giurisdizionali nazionali, consente a quest'ultimi di rivolgersi alla predetta Corte UE per assicurare l'unicità della interpretazione del diritto⁹. Ed infine, e ciò che più rileva nel caso di specie, la Corte ricorda che i diritti umani sono ormai parte integrante del diritto dell'Unione; che ne rappresentano anche il presupposto ed il fondamento, e che di conseguenza non sono ipotizzabili atti dell'Unione incompatibili con tali diritti ma che, in ogni caso, anche l'accertamento di quest'ultimi, proprio perché parte integrante del diritto dell'Unione, spetta alla Corte di giustizia UE. Con tali premesse si pongono le basi per un dibattito tra integrazione europea da una parte e cooperazione interstatale dall'altra. La Corte non segue l'interpretazione favorevole dell'Avvocato generale Kokott¹⁰, ma, al contrario, assume una interpretazione letterale della propria competenza e del testo sul quale si deve pronunciare; essa rifiuta di riconoscere che la Corte di Strasburgo potrebbe anche adottare un'attitudine cooperativa e tenere conto delle posizioni espresse nel parere. L'interpretazione rigorosa e letterale si evince anche dal rifiuto di esaminare le regole interne che avrebbero certamente potuto risolvere taluni dei problemi evocati.

Senza volersi attardare sulle premesse sopra ricordate, appare di piena evidenza come tali premesse, che da una parte potrebbero considerarsi ultronee, come sopra detto, dall'altra costituiscono, invece, una chiara presa di posizione preliminare della Corte che, affermando reiteratamente la propria esclusiva competenza sul diritto dell'Unione ed affermando altresì come i diritti dell'uomo costituiscano ormai parte integrante di quest'ultimo, implicitamente pone le basi per rifiutare, come si vedrà, qualunque ipotesi di competenze di altri organi giurisdizionali e, nel caso di specie, della Corte CEDU, che possano ingerirsi nei confronti di quella esclusiva della Corte UE. Si tratta, a mio avviso, di

⁹ Si tratta di una affermazione che può certo soddisfare le esigenze di quanti vedevano con preoccupazione l'eventuale evoluzione in senso federalista dell'UE, ma che conduce la Corte ad una chiusura totale che evoca il «*superiorem non recognoscens*». Come osserva S. DOUGLAS-SCOTT, cit., p. 1: «*Interestingly, in Opinion 2/13, the ECJ asserted that, under international law, the EU is precluded by its very nature from being considered a State. While such a clear statement may come as a relief to those who fear the growth of the EU into a superstate, what follows in the Opinion amounts to a robust declaration of the autonomy of EU law, which has some troubling consequences, and ultimately led the ECJ to find the draft agreement incompatible with EU law*».

¹⁰ Mi riferisco alla «*Presa di posizione*» dell'Avvocato generale Juliane KOKOTT, presentata il 13 giugno 2014, ECLI: EU: 2014: 2475.

una «premessa» che anticipa la conclusione del parere e di cui le successive argomentazioni servono solo a motivare una conclusione già ampiamente annunciata.

4. Il principio di lealtà e reciproca fiducia fra Stati membri UE ed il contrasto con l'esigenza della tutela dei diritti umani

A prescindere dalla premessa richiamata, la Corte esamina poi attentamente la compatibilità dell'accordo con il diritto primario ed, in particolare, sotto il profilo delle caratteristiche specifiche e dell'autonomia del diritto dell'Unione, considerando che con l'accordo in parola l'UE diviene parte della CEDU, obbligata a rispettarne le disposizioni, assimilata alle altre Parti contraenti ed analogamente sottoposta ad un controllo esterno (Corte CEDU) avente ad oggetto il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. D'altro canto, sempre per effetto dell'adesione, la CEDU diventerebbe parte integrante del diritto dell'UE e quindi rientrante nella competenza esclusiva della stessa Corte UE. È pur vero, come la Corte ha precisato (n.182), che un accordo internazionale nel quale sia prevista l'istituzione di un giudice incaricato dell'interpretazione dello stesso non è, in linea di principio, incompatibile con il diritto dell'Unione, ma ciò è ammissibile sempre che non venga pregiudicata l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione (n. 183). E' chiaro però che nel caso di specie l'interpretazione fornita dalla Corte CEDU vincolerebbe l'Unione nel suo complesso e quindi anche la Corte, mentre non sarebbe vero l'inverso, qualora la Corte UE dovesse interpretare una norma della Carta dei diritti fondamentali sostanzialmente identica ad una corrispondente norma della CEDU.

Considerato, inoltre, che l'Unione Europea si è dotata di una propria Carta dei diritti fondamentali l'elemento di novità, che verrebbe aggiunto dall'adesione alla CEDU, è determinato certamente dal controllo esterno, cioè della Corte di Strasburgo¹¹. Opporsi a tale risultato, come fa la Corte UE nel proprio parere, rischia di accrescere indirettamente il potere di controllo delle Corti costituzionali degli Stati membri le quali hanno già fondato sui diritti dell'uomo i cosiddetti «contro limiti» che frequentemente si oppongono all'attuazione del diritto dell'Unione.

Del pari, considerato che l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione non deve compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione (n. 188), ma che d'altro canto l'art. 53 della CEDU permette alle Parti contraenti di prevedere *standard* di tutela più elevati, è necessario, ad

¹¹ «Resta però il fatto che una norma del Trattato sull'Unione, l'art. 6 par. 2, stabilisce che l'Unione aderisce alla Convenzione europea: l'adesione implica, rispetto alla protezione dei diritti fondamentali della Convenzione, un efficace controllo esterno da parte della Corte europea. Il parere espresso dalla Corte di Giustizia sembra negarne la possibilità», così V. ZAGREBELSKY, cit., p. 8; peraltro, a ben leggere la Carta e il diritto dell'Unione «L'incursione dall'esterno nell'ordinamento giuridico dell'Unione, a dispetto della sua autonomia, è dunque già previsto da un atto dell'Unione. Sorprende che la Corte di Giustizia non ne faccia menzione ed invece affermi che la interpretazione della Carta ricade nella sua esclusiva competenza», *ibidem* p. 7. Analogamente: «Il controllo esterno è dunque la chiave di volta del sistema e accettarlo è segno di forza, non di debolezza degli ordinamenti nazionali. Ora, quello che emerge con chiarezza dal parere 2/2013, che peraltro come si è visto, si colloca sulla scia di precedenti pareri e sentenze, è che ciò che la CGUE rifiuta è proprio il controllo esterno», L. S. ROSSI, cit. p. 5; e ancora «*If this is so, if the EU demands fundamental rights compliance from its Member States even beyond fields that are harmonized or affected by EU law, then it appears inconsistent for the EU not to subject itself to external scrutiny. This is even more the case at a moment when the post-war drive for fundamental rights protection might be losing steam*», E. SPAVENTA, cit., p.8.

avviso della Corte, che vi sia un opportuno coordinamento fra le due disposizioni, che invece manca nell'accordo in esame, affinché la facoltà concessa dalla norma CEDU sia limitata a quanto necessario per evitare di compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta medesima (n. 189).

Nel meccanismo internazionale di tutela dei diritti umani è noto che si è ormai stabilito un sistema a livelli multipli dal primo gradino di tutela nazionale (mediante l'intervento della giurisdizione interna) per procedere poi con le strutture regionali (a volte anche duplici come il caso di UE e CEDU) ed eventualmente anche a livello universale. In tutti questi sistemi, il principio cardine che guida il rispetto dei diritti umani è l'applicazione della norma più favorevole all'individuo. Al contrario, la Corte ritiene che nell'ordinamento dell'Unione non si possa applicare tale principio, qualora l'UE abbia esercitato una competenza normativa in materia, ad esempio attraverso la richiamata Carta, la quale, quindi, finirebbe ad assumere il ruolo non già di tutela «minima» bensì di tutela «massima». La Corte UE ha già affermato, infatti, che gli Stati non possono invocare uno *standard* di tutela più elevato in un settore nel quale è già intervenuta una normativa UE che ha e deve mantenere il primato.¹²

Un più evidente contrasto viene poi evidenziato dalla Corte allorché quest'ultima, afferma, da un lato la reciproca fiducia degli Stati membri dell'UE, che presume il rispetto dei diritti fondamentali ed esclude pertanto da parte degli stessi una verifica in tal senso nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, mentre, riproponendo la stessa ipotesi nel contesto della CEDU, che impone di considerare l'Unione e gli Stati membri come Parti contraenti anche nei loro reciproci rapporti, sarebbe ammissibile, in contrasto con l'accennata fiducia reciproca, che uno Stato membro UE esiga la verifica dei diritti fondamentali da parte di altro Stato membro (n.194); ed in tal senso pertanto, considerato che l'accordo previsto non contiene alcuna disposizione idonea a prevenire tale risultato, l'adesione potrebbe compromettere l'equilibrio sul quale l'Unione si fonda, nonché l'autonomia del diritto dell'Unione (n.194).¹³

Fra gli stati membri dell'Unione il principio di reciproca fiducia e lealtà, più volte evocato nel parere della Corte, non trova invece riscontro nel sistema CEDU¹⁴. In

¹² Cfr sentenza *Melloni* del 26.2.2013 C-399/11. In questo senso, «la Corte sembra dunque esigere una dichiarazione di equivalenza a priori fra gli standard per la UE e quelli della CEDU», L. S. ROSSI, cit., p. 3; «Dal che complessivamente si deduce che per gli Stati membri dell'Unione la facoltà di ammettere un livello di tutela più elevato di quello stabilito dalla Convenzione, non potrebbe condurli ad assicurare una maggior tutela di quella prevista dal diritto dell'Unione e dalla Carta, nella interpretazione datane dalla Corte di Giustizia», così V. ZAGREBELSKY, *op.cit.*, p. 7; analogamente C. FAVILLI, cit., p. 3, «Diversamente invece nel sistema della CEDU il principio applicato dalla Corte europea è quello della tutela più favorevole, principio classico in materia di diritti umani tutelati da diverse fonti».

¹³ Cfr. C. FAVILLI, cit., p. 4: «Secondo la Corte da questo principio deriverebbe un obbligo di presunzione di rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri, senza la possibilità di esigere un livello di tutela più elevato di quello garantito nel diritto dell'Unione ma anche di verificare se uno Stato abbia rispettato in un caso concreto il diritto garantito dal diritto dell'UE», E. SPAVENTA, cit., p. 16: «*For these reasons the 'mutual trust' objection is particularly worrying: first, because it seeks to remove the basic net of fundamental rights protection provided for in the ECHR, where it is needed the most.*».

¹⁴ Sulla base del Regolamento di Dublino si è stabilito fra i paesi membri della UE una presunzione di sicurezza reciproca che, secondo la Corte ha un valore assoluto. «Una presunzione che secondo la Corte deve essere intesa in modo quasi assoluto e ribaltabile solo in presenza di violazioni sistemiche dei diritti fondamentali in uno Stato membro», C. FAVILLI, cit., p. 5. «La Corte sembra dunque esigere una dichiarazione di equivalenza a priori fra gli standard dell'UE e quelli della CEDU. Questo, certo non sarebbe facile da accettare per gli Stati terzi. Non si vede infatti come una tale pretesa potrebbe essere garantita da un accordo senza snaturare l'essenza stessa della Convenzione europea. La mutua fiducia nei rispettivi standard

quest'ultimo, infatti, l'accennata reciproca fiducia tra membri UE non costituisce un limite per la Corte CEDU che può senz'altro sindacare lo standard di tutela garantito da un determinato Stato e ritenerlo in contrasto con gli obblighi assunti dallo Stato stesso.¹⁵

Quanto precede è realizzabile fin da oggi anche se, attualmente, ci troviamo sempre di fronte ad un contrasto, atteso che il limite imposto dalle norme UE non può essere superato, nell'ambito dello stesso ordinamento, anche se si tratta di una maggiore garanzia di tutela dei diritti umani. La prospettata adesione non incide sul doppio standard (UE e CEDU) ed in tal senso la Corte ritiene che il progetto di accordo non è compatibile con le peculiari caratteristiche dell'ordinamento dell'Unione.

Sul piano rigorosamente formale il ragionamento della Corte potrebbe essere condivisibile solo che la Corte stessa non tiene conto, da una parte, dei tentativi compiuti dalla Corte CEDU nel quadro del dialogo fra le due giurisdizioni allo scopo di evitare, per quanto possibile, situazioni di aperto contrasto,¹⁶ e dall'altra che l'obiettivo dell'accordo di adesione è sempre quello di realizzare un maggiore tutela dei diritti fondamentali e non certo di restringere o limitarli per far prevalere (almeno nell'ambito UE) una disposizione di quell'ordinamento. Accettare il progetto di accordo, nei limiti della questione in esame, avrebbe determinato soltanto l'obbligo di adeguare gli *standard* fissati dalla normativa UE (vedi Dublino II e III) a livelli eventualmente superiori affermatasi in ambito CEDU. Questa totale chiusura verso il principio dell'applicazione della norma a maggior tutela dei diritti fondamentali potrebbe anche indurre la Corte CEDU, che ad oggi ha assunto un atteggiamento conciliante nei confronti della giurisprudenza della Corte UE, ad irrigidirsi sulle proprie posizioni, abbandonando i propositi di dialogo; il tutto, inevitabilmente, contro l'interesse degli Stati membri che si troverebbero comunque a violare la CEDU, anche rispettando eventualmente normative UE come tali non opponibili agli obblighi assunti in sede CEDU, e certamente poi a scapito della tutela dei diritti dell'uomo che rappresenta invece il presupposto e la finalità non solo del sistema CEDU, ma anche di quello UE, più volte ribadito dalla stessa Corte UE. Il controllo esterno, cioè CEDU, è la chiave di volta del sistema, mentre la Corte UE lo vede come una insidia alla autonomia ed alla coesione dell'ordinamento al quale appartiene. Tale esigenza di tutela dei diritti umani si sostiene, invece, correttamente nella presa di posizione dell'avvocato generale Kokott.¹⁷

può avere un senso per gli Stati membri dell'UE, ma non si vede come possa averne nei confronti di Stati terzi», L. S. ROSSI, cit., p. 3.

¹⁵ «La Corte europea (CEDU) non ha infatti ritenuto che l'essere uno Stato parte dell'UE possa in alcun modo attenuare i propri obblighi derivanti dall'appartenenza alla CEDU, in particolare di quelli inderogabili come l'art. 3, rispetto al quale esiste ed esisterà sempre negli Stati anche un obbligo di tutela preventiva. Così nelle recenti sentenze Sharifi e Tarakhel, rispettivamente di condanna dell'Italia per gli allontanamenti verso la Grecia e della Svizzera per gli allontanamenti verso l'Italia, la Corte EDU ha ribadito il proprio costante orientamento in materia di allontanamenti di persone da uno Stato ad un altro». (sentenza del 21 ottobre 2014, *Sharifi c. Italia et Grece*, Req. n. 16643/09; sentenza del 4 novembre 2014, *Tarakhel v. Svizzera*, Req. n. 29217/12), così in C. FAVILLI, cit., p. 5.

¹⁶ Cfr., ad esempio, il ricorso al principio di una tutela equivalente inaugurato con la sentenza del 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Appl. no. 45036/98. «Con la sentenza Bosphorus la Corte europea ha da un lato elaborato una presunzione di protezione equivalente (per altro contestata nelle opinioni separate allegate alla sentenza) e dall'altro affermato la sua competenza a giudicare la conformità alla Convenzione degli atti posti in essere dagli Stati membri dell'Unione in attuazione del diritto dell'Unione», V. ZAGREBELSKY, op. cit. p. 3.

¹⁷ «In tale contesto, il riconoscimento della giurisdizione della Corte EDU da parte dell'Unione non dovrebbe essere considerato come una semplice sottomissione, bensì come un'opportunità per intensificare il dialogo nelle questioni relative ai diritti fondamentali già esistente tra la Corte di giustizia e la Corte EDU, ossia due

5. Il pretestuoso richiamo al Protocollo 16 e la pretesa contraddizione con la giurisdizione della Corte UE

Nel lungo parere della Corte, tra gli elementi che si caratterizzano per la loro peculiarità, ed abbiamo visto anche per la estraneità all'oggetto specifico del parere cioè l'accordo di adesione, vi sono i paragrafi che esaminano il Protocollo n.16 alla CEDU.

Com'è noto, fra i tanti protocolli aggiuntivi alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è stato recentemente elaborato anche il Protocollo n. 16, peraltro non ancora in vigore, che prevede un meccanismo di pareri consultivi della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tale Protocollo fa seguito a precedenti iniziative che, per diverse ragioni, non hanno mai attribuito un reale potere consultivo alla predetta Corte. Con il Protocollo 16, invece, si autorizzano le più alte giurisdizioni degli Stati membri a rivolgere alla Corte domande di pareri consultivi in merito a questioni di principio relative alla interpretazione o all'applicazione dei diritti garantiti dalla CEDU ed ai suoi protocolli. Come chiarisce la Corte nelle sue osservazioni al n.197 del parere, l'accordo in parola non prevede l'adesione dell'Unione Europea, anche perché lo stesso è stato firmato successivamente alla data alla quale si è concluso il progetto di accordo sottoposto alla Corte. Quest'ultimo è del 25 aprile 2013 mentre il Protocollo 16 è stato firmato il 2 ottobre 2013. Per altro, l'accordo sottoposto alla Corte di Lussemburgo prevede chiaramente che l'adesione si applica alla predetta Convenzione, così come modificata dai protocolli successivamente adottati, ed in aggiunta al Protocollo 1 ed al Protocollo 6, e ciò perché i predetti protocolli, essendo stati ratificati da tutti gli Stati membri dell'Unione, potevano far parte del progettato accordo di adesione; mentre, come più volte affermato, altri protocolli alla Convenzione non potrebbero essere oggetto di partecipazione dell'Unione Europea, a meno che questi ultimi non siano stati già ratificati da tutti gli Stati membri.

Ed, infatti, a prescindere dalle formule utilizzate nel testo, essendo ben noto che per gli accordi conclusi dalla Unione Europea occorre l'unanimità del consenso degli Stati membri, è certamente impensabile che uno Stato membro che, in ipotesi, non abbia partecipato ad un protocollo aggiuntivo alla Convenzione Europea, dia poi il proprio consenso acciocché a questo protocollo partecipi invece l'Unione europea. Quanto sopra richiamato, a mio avviso, appare più che sufficiente per sostenere la totale irrilevanza del Protocollo 16 che, ripeto, è soltanto firmato, non è stato ratificato dagli Stati membri dell'Unione Europea, e peraltro non è ancora in vigore, nei confronti della domanda di parere che aveva invece ad oggetto l'accordo di adesione. Quest'ultimo, limitandosi a prevedere soltanto i protocolli 1 e 6, ed escludendo qualunque altro protocollo che potrebbe semmai formare oggetto di successiva adesione, escludeva di per sé, a mio avviso, che la Corte andasse oltre il parere richiesto, e quindi lo specifico contenuto dell'art. 1, par. 1, del progetto di accordo.

giurisdizioni genuinamente europee. Idealmente, tale collaborazione porterà ad un rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali in Europa e dunque contribuirà anche alla realizzazione dei valori fondamentali sui quali l'Unione si fonda», n. 164 della «*Presa di posizione*». Vedi anche la dichiarazione del Ministro britannico della Giustizia «*If you cut through all of the judgment, you come down to a simple proposition, which is that the ECJ is unimpressed by the idea that it will become a junior court. The truth is that that is precisely what the accession to the ECHR does*», in *The Minister's oral evidence taken on 12 January 2015, Ministry of Justice, doc. (32123), 10817/10*.

Ciò nonostante, nel paragrafo sopra richiamato, la Corte sostiene che poiché la CEDU e le sue norme formeranno parte integrante del diritto dell'Unione, la possibilità di chiedere un parere da parte delle più alte giurisdizioni dello Stato prevista dal citato Protocollo 16, che in ipotesi abbiano ad oggetto un diritto garantito dalla Convenzione europea, corrispondente ad analogo diritto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, potrebbe pregiudicare l'autonomia della procedura di rinvio pregiudiziale, quale prevista dall'articolo 267 TFUE. In altri termini, la giurisdizione di uno Stato membro che abbia aderito al predetto Protocollo 16 potrebbe eludere il meccanismo del rinvio pregiudiziale formulando la domanda di parere alla Corte di Strasburgo. Su tale premessa, la Corte conclude che, poiché non vi è alcuna norma specifica che chiarisca i rapporti tra la richiesta di parere *ex* Protocollo 16 ed il rinvio pregiudiziale *ex* articolo 267 TFUE, l'accordo di adesione è idoneo a pregiudicare l'autonomia della procedura di rinvio pregiudiziale ed è quindi suscettibile di pregiudicare le caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione e l'autonomia di quest'ultimo.

Prima di entrare nel merito delle osservazioni formulate dalla Corte, credo sia opportuno rilevare che quanto la Corte critica, ritenendo che possa pregiudicare l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, non dipende affatto dall'accordo di adesione oggetto della richiesta di parere, bensì dal più volte richiamato Protocollo 16. Infatti, nell'ipotesi che l'accordo sia entrato in vigore e che una giurisdizione di uno Stato che lo avesse già ratificato si trovasse nella eventualità di chiedere un parere, come previsto dal Protocollo stesso, la Corte ritiene che tale giurisdizione, anziché procedere al rinvio pregiudiziale nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, possa, al contrario, rivolgersi alla Corte di Strasburgo per avere la corretta interpretazione di una norma della Convenzione o di un protocollo che, come sopra detto, è identica alla corrispondente norma della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, parte integrante dell'ordinamento dell'Unione Europea. Ma tale circostanza dipende ovviamente dalla volontà di scelta della giurisdizione dello Stato membro interessato, e non dipende affatto dall'accordo di adesione oggetto del parere, ma semplicemente dalla vigenza del Protocollo 16 nei confronti della giurisdizione dello Stato interessato. Ciò significa che l'evento ipotizzato potrebbe verificarsi in qualunque momento dall'entrata in vigore del Protocollo nei confronti dello Stato interessato, ancor prima che vi sia un accordo di adesione da parte dell'Unione Europea alla Convenzione europea.

Il problema, pertanto, non determina alcun contrasto con l'ordinamento dell'Unione dal momento che dipende da un obbligo già vigente nell'ordinamento UE (art. 267 TFUE) come opportunamente sottolineato dallo stesso Avvocato generale.¹⁸

Nella prospettata ipotesi è da presumere che la giurisdizione richiedente del parere, una volta ottenuta l'interpretazione della norma dalla Corte di Strasburgo, procederebbe

¹⁸ «Per la soluzione di tale problema è sufficiente richiamare l'articolo 267, terzo comma, TFUE, che impone ai giudici di ultima istanza degli Stati membri l'obbligo di rinvio pregiudiziale a questa Corte. L'articolo 267, terzo comma, TFUE prevale sul diritto nazionale e dunque anche su un Accordo internazionale eventualmente ratificato da singoli Stati membri dell'Unione, come il Protocollo n. 16 della CEDU. Ne consegue che i giudici di ultima istanza degli Stati membri – laddove chiamati a decidere su una controversia rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione – devono sottoporre eventuali questioni attinenti ai diritti fondamentali prioritariamente a questa Corte e prioritariamente conformarsi alle decisioni di quest'ultima» (n. 141). «*Ici encore, il s'agit avant tout d'une question interne à l'Union puisqu'est en jeu le respect des traités. La Cour pouvait dans son avis se limiter à rappeler la règle aux Etats membres sans exiger l'insertion d'une disposition spécifique d'autant plus que l'adhésion ne change rien comme le souligne Mme Kokott. Les Etats qui auront ratifié le protocole pourront contourner la procédure de renvoi préjudiciel, adhésion ou non*», così in J.-P. JACQUÉ, cit., p. 4.

senza indugio, alla luce della suddetta interpretazione, senza proporre alcun rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo per evitare di trovarsi con due pareri potenzialmente diversi, per i quali non esiste alcun principio applicabile né di prevalenza né di gerarchia. Si tratterà di dimostrare, se del caso, che, stante l'identità dei contenuti e nonostante la diversità formale delle due norme (una della CEDU l'altra della Carta dei diritti fondamentali, siamo di fronte ad una violazione dell'art. 267 (TFUE).¹⁹ A prescindere dalle ulteriori valutazioni che potrebbero formularsi su questo caso, ad oggi del tutto ipotetico, appare manifesto che si tratta di un'ipotesi estranea alla richiesta di parere, da una parte perché il Protocollo 16 non è né poteva essere nemmeno richiamato nella citata richiesta, dall'altra perché la circostanza, pur ipotetica, lamentata dalla Corte, potrebbe verificarsi fin da oggi, a prescindere quindi dalla prospettata adesione dell'Unione Europea alla CEDU, evento che rimane del tutto irrilevante agli effetti del ricordato Protocollo 16.

6. L'improbabile ricorso interstatale nel sistema CEDU ed il contrasto con il diritto dell'Unione

Nei n. 201 e seguenti la Corte prende in esame, alla luce dell'articolo 344 TFUE, la compatibilità dei ricorsi interstatali previsti dall'art. 33 della Convenzione. Precisa anzitutto che l'obbligo derivante dall'art. 344 richiamato, impegna gli Stati membri a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei Trattati ad un modo di composizione diverso da quelli esplicitamente previsti da questi ultimi; considerando altresì che ciò rappresenta una manifestazione del più generale dovere di lealtà risultante dall'art. 4, par. 3, TUE, e che, inoltre, tale obbligo si applica anche nei reciproci rapporti tra gli Stati membri dell'Unione, e sottolineando poi come l'art. 3 del Protocollo 8 UE stabilisca espressamente che l'accordo di adesione non deve avere effetti sull'art. 344 TFUE.

È noto, peraltro, che l'art. 5 del progetto di accordo di adesione, ben consapevole del parallelo esistente tra l'art. 55 della CEDU che obbliga le Parti contraenti a non utilizzare altri mezzi di soluzione delle controversie al di fuori di quelli previsti dalla stessa Convenzione e l'art. 344 che obbliga correlativamente gli Stati membri dell'UE a non far ricorso ad altri mezzi di soluzione al di fuori di quelli previsti nell'ambito dello stesso ordinamento UE, ha esplicitamente previsto che le procedure svolte di fronte la Corte CEDU non possono essere considerate come soluzione di controversie alle quali gli Stati hanno rinunciato in virtù del richiamato art. 55. Tale previsione consente quindi che si possa svolgere un qualsiasi procedimento di fronte alla Corte di Lussemburgo senza che ciò ostacoli la possibilità di un successivo procedimento di fronte alla Corte Strasburgo. Rimane integro l'art. 33 della CEDU e quindi la possibilità che uno Stato membro convenga un altro Stato membro o anche l'Unione stessa per una pretesa violazione della Convenzione connessa con il diritto dell'Unione. In tal caso, la competenza della Corte CEDU non è in discussione.

Peraltro, anche lo stesso art. 1, lett. b, del Protocollo 8 UE si preoccupa della circostanza che i ricorsi proposti da uno Stato non membro dell'UE alla Corte CEDU siano correttamente indirizzati, a seconda dei casi, contro gli Stati membri o contro

¹⁹ Per alcuni «Basterebbe infatti inserire un richiamo nell'Accordo del superiore dovere per i giudici degli Stati membri di non aggirare le procedure previste dal Trattato UE e dalla giurisprudenza della stessa CGUE», L. S. ROSSI, cit., p. 3.

l'Unione, ma nulla dice in ordine ai ricorsi fra Stati della stessa Unione. Ne consegue che la possibilità per uno Stato membro dell'Unione di presentare un ricorso contro un altro Stato membro ovvero contro l'Unione stessa, esplicitamente prevista dall'art. 33 della Convenzione, pregiudica le finalità dell'art. 344 TFUE e contrasta con la stessa natura del diritto dell'Unione.

Senza entrare nel merito delle precedenti osservazioni che escludono che l'Unione Europea possa essere assimilata ad uno Stato membro, nel caso di specie, la Corte prende in considerazione un eventuale ricorso interstatale fra due Stati membri dell'Unione Europea (art. 33 CEDU) ignorando quanto una simile ipotesi sia estremamente rara nel contesto della Convenzione europea, ed indicando che il problema (ove fosse questo solo, cosa che così certamente non è) potrebbe essere risolto con una espressa esclusione della competenza della Corte CEDU, a fronte dell'art. 33, per eventuali controversie tra gli Stati membri e l'UE ovvero tra questi e l'Unione, o più semplicemente - aggiungerei io - con un adeguato formale impegno degli Stati membri dell'UE a non proporre fra loro il ricorso di cui all'art. 33 della CEDU.²⁰

Non vi è dubbio che l'analisi condotta alla Corte nel proprio parere sia formalmente corretta; è pur vero che la Corte volutamente ignora la rarità dei ricorsi interstatali di fronte alla Corte CEDU che, com'è noto, negli oltre sessant'anni di vigenza della Convenzione sono solo poche unità tutte motivate da ragioni squisitamente politiche che rendono assai difficile immaginare la predetta ipotesi possa divenire una realtà. Non può ignorarsi però che la soluzione, che in questo caso la Corte di Lussemburgo propone, è quella di una espressa esclusione della competenza della Corte CEDU *ex art.* 33 della Convenzione nei casi anzidetti. Non posso sottacere come la Corte di Lussemburgo, che non ha dato in altre circostanze dei suggerimenti o delle soluzioni alternative, lo faccia in questo caso ed in una prospettiva che assai difficilmente potrebbe essere accolta dalle controparti cioè dagli Stati Parti contraenti della Convenzione ma non appartenenti alla Unione.²¹

Come ha correttamente osservato l'avvocato Kokott, un eventuale ricorso ai sensi dell'articolo 33 CEDU «costituirebbe una violazione della competenza esclusiva della Corte di giustizia e dunque una violazione dell'art. 344 TFUE».²²

²⁰ «... Una normativa specifica a tal punto non sembra assolutamente necessaria al fine di garantire l'effetto utile dell'articolo 344 TFUE (116).....essa (la Corte) potrebbe subordinare la compatibilità con i Trattati della prevista adesione dell'Unione alla CEDU ad una dichiarazione dell'Unione e dei suoi Stati membri che dovrebbe essere rilasciata al momento dell'adesione. In tale dichiarazione l'Unione e gli Stati membri dovrebbero rendere noto alle altre Parti contraenti della CEDU, in forma giuridicamente vincolante dal punto di vista del diritto internazionale, la propria intenzione di non instaurare gli uni nei confronti degli altri dinanzi alla Corte EDU procedure ai sensi dell'ar. 33 della CEDU riguardanti violazioni di tale Convenzione, se e in quanto l'oggetto della controversia concerna l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione» (J. KOKOTT, cit., nn. 116 e120).

²¹ «*Fallait déclarer l'accord incompatible pour une hypothèse très exceptionnelle, mais certes pas impossible, alors que la question doit être résolue à l'intérieur de l'Union*», J.-P. JACQUÉ, cit., p. 4.

²² Vedi n. 111. Nello stesso senso, J.-P. JACQUÉ, cit., p. 4: «*Selon nous, la possibilité d'engager contre les États membres qui portent leurs différends de droit de l'Union devant d'autres instances internationales que la Cour de justice de l'Union européenne une procédure d'infraction (articles 258 TFUE à 260 TFUE), procédure dans le cadre de laquelle des mesures conservatoires pourraient être adoptées en tant que de besoin (article 279 TFUE), est suffisante pour garantir l'effet utile de l'article 344 TFUE*».

7. La procedura del convenuto aggiunto per salvaguardare la competenza della Corte UE

Più complesso è certamente l'esame del meccanismo del cosiddetto convenuto aggiunto²³.

Fra le esigenze poste dal Protocollo n. 8 vi è quella di realizzare una procedura in base alla quale i ricorsi degli Stati membri o degli individui siano correttamente utilizzati indirizzati, a seconda dei casi, all'Unione o agli Stati membri. Naturalmente, anche la procedura per ottenere questo obiettivo, deve essere compatibile con le esigenze di garantire la preservazione delle specifiche caratteristiche del diritto dell'Unione. A tal fine il Protocollo ha previsto un complicato meccanismo del cosiddetto «convenuto aggiunto» nel quale si prevede che (par 2 dell'art. 3), ove un ricorso fosse presentato contro uno o più Stati membri dell'Unione, quest'ultima possa assumere il ruolo di convenuto aggiunto, qualora l'oggetto della violazione di cui al ricorso, sia in grado di mettere in gioco la compatibilità tra i diritti garantiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli ed una o più disposizioni del diritto dell'Unione o una decisione presa sulla base del Trattato sull'Unione Europea, ed ancora, qualora tale presunta violazione non fosse stata evitabile se non disapplicando o violando l'obbligo derivante dal diritto dell'Unione.²⁴

Il successivo paragrafo prende in considerazione l'ipotesi inversa cioè quella nella quale il ricorso sia proposto contro l'Unione Europea per consentire agli Stati membri della stessa di poter assumere il ruolo di convenuti aggiunti, qualora la violazione proposta nel ricorso ponga in causa la compatibilità tra le norme dell'Unione Europea e quella della Convenzione richiamata, ovvero qualora la violazione non fosse stata evitabile se non attraverso una disapplicazione degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione Europea.²⁵

²³ Nella traduzione italiana il testo originario in inglese («co-respondent») e quello in francese («co-défendeur») è stato reso con l'accennato inusuale termine «convenuto aggiunto». Ora, senza entrare nel merito della validità della traduzione, mi sembra che l'ordinamento processuale italiano preveda già un istituto simile, che tradizionalmente è stato indicato come «litis-consorzio», a sua volta «necessario» ovvero «volontario». Sarebbe stato pertanto opportuno, a mio avviso, mantenere fede ad una terminologia usuale del diritto processuale italiano piuttosto che scegliere una traduzione letterale, innovativa per il diritto italiano, e forse anche di problematica interpretazione; ma si tratta, com'è evidente, di un problema di proprietà linguistica che non incide sul merito del problema in oggetto e sul quale pertanto non è il caso di insistere. Peraltro, avrei anche voluto sviluppare alcune considerazioni sulla localizzazione della disposizione inserita nella norma relativa all'intervento di terzi. Credo sia a tutti noto, ed in particolare certamente ai processualisti, che il *litis consorzio*, anche se qui espresso nei termini anomali di «convenuto aggiunto», è istituto del tutto diverso dal predetto intervento; ma anche in tal caso, trattandosi di una disposizione consacrata nel progetto di Accordo, non è certo utile disquisire ulteriormente della sua localizzazione. Sul tema, vedi: «The main purpose of the EU becoming a co-respondent is to allow the EU to enjoy all the rights of a party to the proceedings in order to defend what it considers to be the proper interpretation of the relevant provisions of EU law and of the ECHR». (GAJA, G., *The Co-respondent Mechanism According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR*, in *ESIL Reflections* (2013), www.esil-sedi.eu/node/266, 3).

²⁴ «2. Lorsqu'une requête est dirigée contre un ou plusieurs Etats membres de l'Union européenne, cette dernière peut devenir codéfenderesse à la procédure en relation avec une violation alléguée telle que notifiée par la Cour s'il apparaît que cette allégation met en cause la compatibilité avec les droits en question garantis par la Convention ou par les protocoles auxquels l'Union européenne a adhéré d'une disposition du droit de l'Union européenne, y compris les décisions prises sur la base du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment lorsque cette violation n'aurait pu être évitée qu'en méconnaissant une obligation découlant du droit de l'Union européenne».

²⁵ «3. Lorsqu'une requête est dirigée contre l'Union européenne, les Etats membres de l'Union européenne peuvent devenir codéfendeurs à la procédure en relation avec une violation alléguée telle que notifiée par la Cour s'il apparaît que cette allégation met en cause la compatibilité avec les droits en question garantis par la Convention ou par les protocoles auxquels l'Union européenne a adhéré d'une disposition du Traité sur l'Union européenne, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne».

Infine, col par. 4 dello stesso articolo, si prevede che qualora un ricorso sia rivolto contemporaneamente all'Unione Europea e ad uno o più Stati membri della stessa, il ruolo di convenuto può essere modificato in quello di convenuto aggiunto se una delle disposizioni dei 2 paragrafi che precedono possa essere applicata; ma tale ipotesi non incide sul problema della compatibilità oggetto del parere della Corte²⁶.

La procedura per realizzare il nuovo ruolo di convenuto aggiunto prevede poi (par. 5, art. 3 del progetto di accordo), che ogni Parte contraente (e quindi sia gli Stati membri sia l'Unione Europea stessa) assuma tale ruolo sia accettando l'invito rivolto dalla Corte CEDU, sia presentando essa stessa una domanda di partecipazione²⁷.

Nel caso di un invito rivolto dalla stessa Corte CEDU sia ad uno o più Stati membri sia alla Unione stessa, è implicito che la Corte, nel rivolgere l'invito, abbia già valutato positivamente che esiste un nesso intrinseco tra la violazione denunciata nel ricorso e l'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione Europea ed è quindi evidente che quest'ultima non potrebbe rimanere estranea alla procedura.

Nell'ipotesi inversa e cioè in quella che abbia a base la domanda dell'Unione Europea, nel caso di un ricorso proposto contro uno o più Stati membri, ovvero quella di uno o più Stati membri, nel caso di un ricorso proposto contro l'Unione Europea, la decisione se ammettere o meno l'Unione o uno o più degli Stati membri, dipende sempre dalla Corte CEDU, la quale, come recita il par. 5 sopra richiamato, nel pronunciarsi su tale domanda, deve anzitutto consultare le altre Parti contraenti e deve valutare se, alla luce della domanda presentata, sussistano le condizioni di coinvolgimento del diritto dell'Unione Europea previste ai parr. 2 e 3 precedenti. Ed al termine di tale valutazione decidere se ammettere uno o più Stati ovvero l'Unione nel ruolo di convenuto aggiunto. Non può escludersi peraltro che, poiché alcuna delle Parti contraenti è obbligata ad assumere il ruolo di convenuto aggiunto, dipendendo com'è noto o dall'invito della Corte o dalla richiesta della Parte contraente, nessuna di queste, nonostante i presupposti lo richiedano, assuma tale ruolo; di conseguenza la pronuncia della Corte CEDU potrebbe coinvolgere il diritto dell'Unione senza che la Parte contraente potenzialmente interessata o anche la stessa UE abbiano partecipato alla procedura.

Nel caso dell'Unione Europea, inoltre, nella Dichiarazione allegata alla richiesta di parere che la Corte, come si è detto, non ha ritenuto di dover prendere in considerazione, la stessa Unione Europea dichiara di impegnarsi a proporre richiesta di partecipare a qualunque controversia che possa mettere in gioco anche indirettamente l'esecuzione di una norma del diritto primario o secondario dell'Unione.²⁸ Si tratta di una dichiarazione di

ou de toute autre disposition ayant la même valeur juridique conformément à ces instruments, notamment lorsque cette violation n'aurait pu être évitée qu'en méconnaissant une obligation découlant de ces instruments».

²⁶ «4. Lorsqu'une requête est dirigée et notifiée à la fois à l'Union européenne et à un ou plusieurs de ses Etats membres, le statut d'un défendeur peut être changé en celui de codéfendeur si les conditions prévues au paragraphe 2 ou au paragraphe 3 du présent article sont remplies».

²⁷ «5. Une Haute Partie contractante devient codéfenderesse soit en acceptant une invitation de la Cour, soit sur décision de la Cour à la suite de la demande de la Haute Partie contractante elle-même. Lorsqu'elle invite une Haute Partie contractante à devenir codéfenderesse, et lorsqu'elle se prononce sur une demande à cette fin, la Cour consulte toutes les parties à la procédure. Lorsque la Cour statue sur une telle demande, elle évalue si, à la lumière des arguments présentés par la Haute Partie contractante concernée, il est plausible que les conditions prévues au paragraphe 2 ou au paragraphe 3 du présent article soient remplies».

²⁸ «Au moment de son adhésion à la Convention, l'Union européenne veillera: a). à demander de devenir codéfendeur dans une procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme ou à accepter une invitation de la Cour à cet égard, lorsque les conditions visées à l'article 3, paragraphe 2. de l'Accord d'adhésion sont remplies; b). à ce que les Hautes Parties contractantes à la Convention autres que les Etats membres de l'Union européenne qui, dans une procédure en vertu de l'article 267 du Traité

volontà che, da un parte garantisce gli Stati membri che non saranno lasciati soli nell'ipotesi di un ricorso nei loro confronti che coinvolga il diritto dell'Unione Europea, e dall'altra ribadisce come sia preservato il principio del necessario coinvolgimento della Corte UE in ogni circostanza nella quale debba essere interpretato o applicato il diritto dell'Unione stessa.²⁹ Non altrettanto si può dire nel caso di uno Stato dell'Unione che non viene individuato dalla Corte e non presenta domanda. In tal caso, come ritiene l'Avvocato generale, per realizzare il pieno coinvolgimento di ambo le parti occorrerebbe prevedere che «...la partecipazione in veste di convenuto aggiunto ad un procedimento dinanzi alla Corte EDU sia obbligatoria tanto per l'Unione quanto per i suoi Stati membri» (n. 215).

Nel parere della Corte UE, preso atto della procedura di cui sopra è cenno si ritiene (n. 224), correttamente aggiungerei, che la Corte CEDU, per compiere le valutazioni se ammettere o no la domanda di convenuto aggiunto e quindi per valutare come previsto nei par. 2 e 3 dell'art. 5 del progetto di accordo se effettivamente un atto dell'Unione sia direttamente o indirettamente coinvolto nella procedura del ricorso proposto, «sarebbe indotta a valutare le norme del diritto dell'Unione che disciplinano la ripartizione delle competenze tra quest'ultima ed i suoi Stati membri nonché i criteri di imputazione degli atti o delle omissioni dei medesimi al fine di adottare una decisione definitiva al riguardo che si vorrebbe nei confronti degli Stati membri e della Unione»; è ovvio pertanto che una tale interpretazione data dalla Corte CEDU sul diritto dell'Unione Europea interferisce non solo con l'esclusività della competenza della Corte UE, più volte richiamata, ma potrebbe interferire anche con la ripartizione delle competenze tra l'Unione e i suoi Stati membri (n. 225). In tal senso, infatti, l'incompatibilità dell'accennato meccanismo con l'ordinamento dell'Unione viene confermata anche dall'Avvocato generale Kokott³⁰.

8. Le ipotesi di responsabilità solidale o disgiunta ed il contrasto con l'ordinamento dell'Unione

Occupandosi poi delle conseguenze dell'accennato procedimento che vede un convenuto ed un convenuto aggiunto agire contemporaneamente di fronte la Corte CEDU, la Corte UE analizza il par. 7 del richiamato art. 3 nel quale è previsto che, in via di principio, il convenuto ed il convenuto aggiunto sono solidalmente responsabili della violazione³¹; solidarietà che potrebbe essere anche disattesa qualora la Corte, sulla base degli argomenti prodotti da ambedue le parti ed intesa anche la posizione del ricorrente,

sur le fonctionnement de l'Union européenne, ont le droit de déposer devant la Cour de justice de l'Union européenne des mémoires ou des observations écrites, aient également le droit de faire, dans les mêmes conditions, dans une procédure dans laquelle la Cour de justice de l'Union européenne examine la compatibilité avec la Convention d'une disposition du droit de l'Union européenne, conformément à l'article 3, paragraphe 6. de l'Accord d'adhésion».

²⁹ Secondo l'avvocato generale KOKOTT: «...la prevista dichiarazione unilaterale dell'Unione, il cui testo è disponibile alla Corte quale parte dei documenti di accompagnamento del Progetto di Accordo, offre, insieme alla tutela dell'autonomia del diritto dell'Unione, un'adeguata garanzia che l'Unione non «lascerà nelle peste» i propri Stati membri davanti alla Corte EDU ove sussistano i presupposti per la sua partecipazione quale convenuto aggiunto ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, del Progetto di Accordo» (par. 275).

³⁰ Cfr. nn. 230-232.

³¹ «7. Si la violation en relation avec laquelle une Haute Partie contractante est codéfenderesse dans une procédure est constatée, le défendeur et le codéfendeur sont conjointement responsables de cette violation, à moins que la Cour, sur la base des arguments présentés par le défendeur et le codéfendeur, et ayant entendu la position du requérant, ne décide que seul l'un d'entre eux est tenu pour responsables».

non decida di porre la responsabilità soltanto a carico di un soggetto (convenuto o convenuto aggiunto). Ad avviso della Corte, l'accennata responsabilità solidale, qualora coinvolga uno Stato membro che abbia formulato una riserva conformemente all'art. 57 della Convenzione potrebbe «incidere sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della CEDU e segnatamente in relazione alle riserve formulate riguardo a quest'ultima» (n. 228).

Ancora una volta, mi sembra che siamo di fronte ad un preoccupazione eccessiva della Corte dal momento che, qualora uno Stato coinvolto abbia formulato una riserva in ordine alla disposizione della Convenzione dalla quale potrebbe scaturire direttamente o indirettamente una propria responsabilità, è naturale che avrebbe tutto il diritto ed il titolo per opporsi a tale conclusione, invocando la riserva formalmente proposta.

In via subordinata, come si è detto, la Corte CEDU potrebbe omettere di pronunciarsi sulla responsabilità solidale e riconoscere invece la responsabilità in capo ad un solo soggetto. Al riguardo, nel parere della Corte (n. 230), si ritiene che la decisione della Corte CEDU si baserebbe sempre sull'interpretazione del diritto dell'Unione e potrebbe pertanto pregiudicare la ripartizione delle competenze tra l'Unione ed i suoi Stati membri; e ciò è altrettanto vero anche ove si sia realizzata, in via preliminare, un'intesa tra l'Unione ed i suoi Stati membri in ordine alla ripartizione della responsabilità. Anche in tal caso, la Corte UE sostiene che permettere alla Corte CEDU di convalidare un eventuale accordo tra l'Unione ed i suoi Stati membri in merito alla suddivisione della responsabilità, finirebbe per consentirle di sostituirsi alla Corte UE nella definizione di una questione rientrante nella competenza di quest'ultima (n. 234), ed in conclusione, pertanto, la Corte considera che le modalità di funzionamento del meccanismo del convenuto aggiunto stabilite nell'accordo non garantiscono la preservazione delle caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione (n. 235).

Il tema della ripartizione della responsabilità fra Stati membri ed UE solleva anche qualche dubbio in relazione al progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali³². Ad esempio, nel caso di atti di applicazione diretta (regolamenti e direttive dettagliate) si sarebbe potuta prevedere l'attribuzione all'UE delle violazioni derivanti da tali atti, proprio in ragione della incapacità degli Stati di poter agire diversamente³³ o tutt'al più si sarebbe potuta prevedere una responsabilità multipla, in funzione del fatto che lo Stato non ha contestato l'applicazione automatica del regolamento.

La previsione dell'accordo sembra invece aver costruito un sistema ibrido di imputabilità in parte ispirato dal controllo effettivo (per ciò che riguarda gli atti di applicazione diretta) ed alla responsabilità multipla (laddove il convenuto ed il convenuto aggiunto siano considerati congiuntamente responsabili) ed in parte ad una responsabilità limitata al controllo esercitato sull'atto (come nel caso delle violazioni imputabili agli Stati

³² Mi riferisco al noto progetto delle Nazioni Unite del 2011; cfr fra i tanti: *The Responsibility of International Organizations. Comments and Observations received from International Organizations*, A/CN.4/637, Part. VI.26, par. 1. Sul tema delle relazioni tra il sistema dell'Unione Europea e la responsabilità internazionale, cfr. J. M. CORTES MARTIN, *European Exceptionalism, in International Law? The European Union and the System of International Responsibility*, in M. RAGAZZI (eds.), *Responsibility of International Organizations. Essays in Memory of Sir Ian Brownlie*, Leiden-Boston, 2013, p. 189.

³³ Occorre considerare che se la Corte CEDU dovesse riconoscere una violazione della Convenzione derivante dall'applicazione di un regolamento, gli Stati non sarebbero in grado di modificarlo in quanto ciò dipende dall'azione delle istituzioni dell'Unione e potrebbero di conseguenza trovarsi nella posizione di dover far fronte a due obblighi contraddittori, il primo derivante dalla Convenzione, l'altro derivante dal diritto dell'Unione.

ma derivanti da regolamenti UE)³⁴. Ma questa potrebbe intendersi come violazione dei principi enunciati negli articoli sulla responsabilità delle organizzazioni o quanto meno come un segno di sviluppo di un regime *self-contained* nell'ambito dell'Unione che respinge tali principi? Prima di rispondere a tale questione occorrerebbe approfondire il contenuto del controllo effettivo della responsabilità multipla almeno nei suoi elementi fondamentali.

La nozione di attribuzione duplice o multipla costituisce un principio generale che è sottinteso in tutto il progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, anche se è stato posto all'inizio del commentario del capitolo 2°. L'importanza attribuita all'imputabilità doppia o multipla è strettamente connessa al legame particolare che esiste tra le organizzazioni intergovernative e gli Stati giacché, in molti casi, le prime hanno bisogno dell'aiuto dei secondi perché gli atti di queste ultime siano effettivamente posti in essere. Di conseguenza, l'esercizio del controllo effettivo su un atto o su un fatto illecito può determinare un controllo condiviso sia dell'organizzazione che dello Stato membro. E' evidente, tuttavia, che questa imputabilità multipla ha un valore piuttosto marginale atteso che la nozione di imputabilità associata ad un solo soggetto rimane la regola generale³⁵.

Si può quindi ritenere che talune soluzioni previste nell'accordo di adesione relative alla responsabilità degli Stati dell'Unione e talune carenze sopra indicate siano il risultato di un compromesso politico ottenuto nel corso dei negoziati e che esprime la volontà di proteggere il sistema dell'Unione, impedire che quest'ultima sia considerata responsabile per la maggior parte delle eventuali violazioni che risultino da atti adottati dall'Unione e per evitare la possibile tentazione degli Stati membri di sottrarsi alla loro responsabilità, utilizzando il pretesto dell'applicazione del diritto dell'Unione.

A prescindere dalle valutazioni in ordine alla responsabilità solidale o eventualmente alla ripartizione della responsabilità fra i soggetti coinvolti nel procedimento, intuitivo è l'ostacolo principale di tutto il meccanismo che risiede nella circostanza di riconoscere alla Corte CEDU la decisione se accettare o meno il convenuto aggiunto (sia questo Stato o Unione), situazione questa che induce inevitabilmente la Corte CEDU a valutare il diritto dell'Unione e che, di conseguenza, si pone in contrasto con l'esclusività di interpretazione dell'ordinamento dell'Unione, più volte evocato.

Per risolvere tale problema sarebbe stato agevole formulare il complesso meccanismo del convenuto aggiunto, non sulla base di un invito o di una domanda a partecipare alla procedura, bensì di un obbligo a partecipare alla procedura stessa, (quello che nel linguaggio processuale italiano chiameremo « *litis consorzio necessario*») e quindi a consentire che in ogni procedimento, sia diretto ad uno Stato membro ovvero all'Unione, gli uni o l'altra, inizialmente esclusi, avessero potuto partecipare direttamente al procedimento senza alcun potere decisionale della Corte; al riguardo si sarebbe almeno evitato questo elemento

³⁴ Cfr. HOFFMEISTER, *Litigating Against the European Union and Its Member States – Who Responds under the ILC's Commission Draft Articles on Responsibility of International Organizations*, in *Eur. Jour. Int. Law*, 2010, p. 723 .

³⁵ Anche nel commentario al progetto si afferma che questa doppia imputabilità non si realizzerà se non in rari casi. Tale affermazione appare eccessiva perché nella prassi internazionale le circostanze nelle quali il fatto illecito può essere attribuito a diversi soggetti di diritto nazionale non sono certo rare. Tuttavia, si vuole qui sottolineare come la regola generale sia quella dell'attribuzione ad un solo soggetto. T. DANNENBAUM, *Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers*, in *Harv. Int. Law Jour.*, 2010, p. 113 e p. 156; NOLLKAEMPER-JACOBS, *Shared Responsibility in International Law: A conceptual Framework*, in *Michigan Jour. Int. Law*, 2013, p. 360 e p. 396.

di contrasto insanabile, ma, come accennato, l'ipotesi, ancorché affrontata durante i negoziati, non trova posto nel progetto di accordo predisposto.³⁶

9. *Il previo coinvolgimento della Corte UE; un tentativo ritenuto insufficiente per rispettare la competenza esclusiva*

Il par. 6 del più volte richiamato art. 3 del progetto di accordo, nell'intento di evitare che la Corte debba interpretare anche indirettamente una norma del diritto dell'Unione sulla quale non si è già pronunciata la Corte UE, sempre nei casi nei quali l'Unione sia divenuto convenuto aggiunto, prevede che venga riconosciuto alla Corte di giustizia dell'Unione Europea il tempo necessario per procedere all'esame di tale norma e quindi poi, alle parti, di formulare le proprie osservazioni³⁷. A ben vedere, però, questo intervento della Corte è previsto nella richiamata disposizione dell'accordo e non già dai trattati UE. È ovvio che ciò tende proprio allo scopo di preservare l'autonomia dell'interpretazione del diritto dell'Unione in capo alla Corte di Lussemburgo, ma è consequenziale, con l'interpretazione letterale seguita dalla Corte in tutto il parere, che la disposizione attribuisce una nuova competenza alla Corte UE e quindi confligge con l'esigenza affermata dall'art. 2 del protocollo 8. In tal senso, nella presa di posizione dell'avvocato Kokott, se da una parte si prova a sostenere che non si tratta di nuova competenza bensì di una diversa modalità di esercizio di competenza preesistente (n. 66), dall'altra si riconosce che facendo derivare tale nuova modalità di intervento dall'accordo di adesione verrebbe eluso il procedimento legislativo ordinario previsto dall'articolo 281, 2° comma, TFUE e richiederebbe, pertanto, una esplicita modifica dello Statuto della Corte.³⁸ Tale procedura, quindi, finisce col prevedere una nuova forma di competenza della Corte UE che non trova riscontro nei

³⁶ L'Avvocato generale pone, infatti, delle precise condizioni nella sua presa di posizione, nel senso sopra accennato «235. Il previsto meccanismo del convenuto aggiunto, quale delineato all'articolo 3 del Progetto di Accordo, può essere considerato compatibile con l'articolo 1, lettera b), del Protocollo n. 8 soltanto a condizione che vi sia la garanzia che i potenziali convenuti aggiunti verranno informati sistematicamente e senza eccezioni in merito all'esistenza di tutti i procedimenti nei quali essi potrebbero essere indotti a presentare una domanda di autorizzazione all'intervento ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 5, prima frase, del Progetto di Accordo, e che eventuali domande di autorizzazione all'intervento non verranno assoggettate ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 5, terza frase, del medesimo progetto ad alcun esame di plausibilità da parte della Corte EDU». Nel senso sopra accennato «*La constitution du statut de codéfendeur devrait donc être de droit sans autorisation de Strasbourg et persister aussi longtemps que l'Union le jugera bon. Les préoccupations de la Cour sont légitimes, mais elles se fondent sur un sentiment de méfiance à l'égard de la Cour européenne des droits de l'homme qui, à la lecture de l'avis, pourrait se croire soupçonnée de vouloir s'immiscer de force dans la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres et qui se voit ainsi privée en la matière de contrôle sur sa propre procédure*», J.-P. JACQUÉ, cit., p. 5. Analogamente in favore dell'intervento obbligatorio: S. VEZZANI, *The EU and Its Member States before the Strasbourg Court. A Critical Appraisal of the Co-respondent Mechanism*, in G. REPETTO (eds.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Anversa/Cambridge, 2013, p. 221.

³⁷ «... le temps nécessaire est accordé à la Cour de justice de l'Union européenne pour procéder à un tel examen, puis aux parties pour formuler leurs observations à la Cour» Sul tema specifico del previo intervento della Corte, si veda il recente studio di I. ANRÒ, *Il previo coinvolgimento della Corte di giustizia nell'ambito del meccanismo del convenuto aggiunto di cui al progetto di Accordo di adesione dell'Unione Europea alla CEDU: problemi e prospettive*, in *St. integr. eur.*, 2014 p. 541. Sul tema si erano già espressi nel 2011 i Presidenti delle due Corti in un comunicato congiunto ben prima dell'inizio dei negoziati: «*Secondly, the Court of Justice made it reasonably clear that it would not tolerate being deprived of the possibility of preliminary scrutiny over the compatibility with fundamental rights of EU law*» (comunicato stampa congiunto dei presidenti Costa e Skouris, 17 gennaio 2011, http://www.echr.coe.int/Documents/UE_Communication_Costa_Skouris_ENG.pdf).

³⁸ Cfr, nn. 75 e 76.

trattati, ma solo nella richiamata disposizione del progetto di accordo³⁹; aspetto questo non evidenziato dalla stessa Corte nel parere in esame, che lo ignora e sottolinea invece, come si dirà, altre possibili incompatibilità.

Ad evitare che questa nuova procedura di fronte alla Corte UE possa protrarsi indefinitamente la norma prevede esplicitamente che quest'ultima proceda rapidamente all'esame, in maniera da non prolungare indebitamente il procedimento di fronte alla Corte CEDU. Questo invito, apparentemente conforme all'interesse generale di una sollecita definizione di tutti i procedimenti, viene però superato dall'ultima frase del citato paragrafo nel quale si legge «*les dispositions du présent paragraphe n'affectent pas les pouvoirs de la Cour*». È implicito, pertanto, che qualora la Corte CEDU dovesse ritenere che i tempi di esame da parte della Corte UE siano particolarmente lunghi, potrebbe interrompere tale attesa e pervenire alla conclusione della procedura di fronte alla stessa pendente, ignorando l'opinione della Corte UE sulla disposizione controversa.

Ad avviso della Corte UE, la procedura indicata dal citato par. 6 pone due problemi: il primo è quello derivante dalla esigenza di conoscere se la Corte UE si è già pronunciata su una questione di diritto identica a quella costituente oggetto del procedimento di fronte alla Corte CEDU, si tratta cioè dal presupposto mancando il quale si può dar luogo a questa sorta di rinvio alla Corte UE. Tale esame, com'è noto, spetta alla stessa Corte CEDU. Ora è evidente come tale competenza permetta, in sostanza, di attribuire alla Corte CEDU una competenza ad interpretare la giurisprudenza della Corte UE, soluzione questa per certo inconciliabile con le caratteristiche dell'ordinamento dell'Unione (n.239). Inoltre, ancorché il richiamato par. 6 si limita genericamente a menzionare «*dispositions du droit de l'Union européenne*» senza alcuna specificazione se si tratti del diritto primario o del diritto derivato, la Corte UE, analizzando il par. 66 della relazione illustrativa dell'accordo rileva che, a termini della stessa, esaminare la compatibilità di una disposizione significa statuire sulla validità di una norma del diritto derivato oppure sull'interpretazione di una norma del diritto primario. Ad avviso della Corte, il concetto di validità di una norma è limitativo, dal momento che potrebbe essere opportuno pronunciarsi anche su una questione di interpretazione e non solo di validità, possibilità questa, che appare invece esclusa dalla norma richiamata (n. 243). Orbene, come si legge nel parere, se non fosse permesso alla Corte stessa di fornire l'interpretazione definitiva del diritto derivato, tale limitazione, riferita alle sole questioni di validità, induce a ritenere che «le modalità di funzionamento della procedura di previo coinvolgimento della Corte stabilite nell'accordo previsto non consentono di preservare le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione» (n. 248). Si tratta ancora una volta di una posizione restrittiva della Corte, fondata in tal caso non già sulla norma dell'accordo che, limitandosi a menzionare la «*compatibilité de la disposition du droit de l'Union*» permetterebbe una interpretazione ampia, comprensiva sia della validità che della compatibilità, ma di un elemento contenuto nella relazione illustrativa che, ove anche conforme a quanto dichiarato nel parere, potrebbe essere agevolmente modificato eliminando un punto, sia pure marginale, di contrasto.⁴⁰

³⁹ «Si pone quindi il tema, singolarmente ignorato nel parere della Corte (anche se sollevato da alcuni governi di Stati membri intervenuti nel procedimento; vedi punti n. 136-139 del parere), della compatibilità con i Trattati di un meccanismo che introduce una nuova competenza della Corte di Giustizia», V. ZAGREBELSKY, cit., p. 5.

⁴⁰ «Andrebbe invece fatta salva l'attribuzione della Corte di Giustizia di fornire l'interpretazione definitiva anche del diritto derivato dell'Unione in rapporto ai diritti garantiti dalla Convenzione europea», V. ZAGREBELSKY, cit., p. 5.

Anche nella presa di posizione dell'avvocato Kokott si esamina l'eccezione derivante dalla «validità» e «compatibilità» di una norma UE, ma più saggiamente si richiama come l'espressione contenuta nell'art. 3, par. 6, del progetto di accordo sia in realtà sufficientemente indeterminata da non creare direttamente problemi (n.132) i quali derivano, invece, come richiamato, da una infelice espressione contenuta nella relazione illustrativa per la quale, a suo avviso, è comunque opportuno un chiarimento nella stessa relazione, senza peraltro incidere sul contenuto dell'accordo.⁴¹

10. *La PESC: il disconoscimento dell'attuale competenza della Corte CEDU e la surrettizia estensione di competenza della Corte UE*

Un problema certamente delicato, affrontato nel complesso parere della Corte, è quello che riguarda gli eventuali ricorsi che abbiano ad oggetto atti adottati dall'Unione e/o posti in essere dagli Stati membri nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune. Com'è noto, l'art. 275 TFUE, richiamato anche dall'art. 24 TUE, sottrae alla competenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea le disposizioni relative alla politica estera di sicurezza comune e di conseguenza gli atti adottati in base alla stessa. Tuttavia, prosegue la norma, la Corte è tenuta comunque a vigilare sull'osservanza dell'art. 40 del Trattato UE vale a dire sul rispetto delle attribuzioni riservate alle azioni dell'Unione di cui agli artt. da 3 a 6 del TFUE, nonché a pronunciarsi sui ricorsi aventi ad oggetto il controllo di legittimità sulle decisioni del Consiglio in materia di PESC che prevedano misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche. Si tratta di una importante norma di salvaguardia delle competenze della Corte di giustizia riconducibile al principio dello Stato di diritto sancito dall'art. 2 del trattato UE che consente di sottoporre a controllo giurisdizionale eventuali provvedimenti assunti dal Consiglio in un settore formalmente estraneo al controllo giurisdizionale della Corte, qualora questi siano in grado di incidere negativamente sulla sfera giuridica individuale.

La Corte, coerentemente (n. 252), sostiene che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, taluni atti adottati nell'ambito della PESC sono sottratti al controllo giurisdizionale della Corte stessa. Qualora si realizzasse la prevista adesione, la Corte di Strasburgo sarebbe legittimata a pronunciarsi sulla conformità alla CEDU anche di atti, azioni ed omissioni posti in essere nell'ambito della PESC, fra i quali specificamente rilevano quelli sottratti alla competenza della Corte di Lussemburgo. Sostiene così la Corte che la situazione equivarrebbe ad affidare il controllo giurisdizionale degli atti, delle azioni o delle omissioni dell'Unione, nel contesto sopra citato, sia pure nei limiti del rispetto dei diritti garantiti dalla CEDU, in via esclusiva ad un organo esterno alla Unione (n. 255).⁴²

⁴¹ «Un chiarimento siffatto mi sembra necessario per garantire la certezza del diritto. Pertanto, a mio avviso, la compatibilità del progetto di Accordo con i Trattati dovrebbe essere riconosciuta soltanto a condizione che venga fornito tale chiarimento». Nello stesso senso, anche J.-P. JACQUÉ, cit., p. 3; «*Il aurait sans doute suffi d'évoquer la question dans l'avis pour que l'erreur soit corrigée. Dans tous ces cas, la technique de la compatibilité sous réserve eut sans doute été davantage adaptée. Elle n'aurait rien changé au fond, mais elle eût témoigné d'une attitude plus ouverte et aurait dissipé les soupçons qui pourraient peser quant à une opposition systématique à l'adhésion*».

⁴² «La Corte ha già avuto modo di dichiarare che la competenza ad effettuare un controllo giurisdizionale su atti, azioni ed 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» (n. 256); «Questa affermazione della Corte lascia letteralmente disorientanti: il

Inoltre, ricordando quanto già osservato nel parere 1/09 che, anche in relazione ai diritti fondamentali, la competenza giurisdizionale non può essere attribuita in via esclusiva ad un organo che si collochi fuori del quadro istituzionale giurisdizionale dell'Unione, la Corte conclude che, per quanto riguarda tale aspetto, l'accordo previsto «lede le caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione riguardo al controllo giurisdizionale degli atti, delle azioni o delle omissioni dell'Unione in materia di PESC in quanto affida il controllo giurisdizionale di alcuni di tali atti, azioni ed omissioni in via esclusiva ad un organo esterno dell'Unione» (258).

Come correttamente osservato da Jacqu ⁴³, il rinvio al precedente parere 1/09 non   calzante dal momento che in quel caso (brevetti), l'accordo attribuiva la competenza all'organo esterno escludendo in ogni caso le giurisdizioni nazionali che non potevano nemmeno utilizzare il meccanismo del rinvio pregiudiziale. Nel caso di specie, invece, la competenza dei giudici nazionali non   in gioco ed il problema dell'eventuale rinvio pregiudiziale non si pone, non essendovi alcuna competenza della Corte UE.

Anche l'Avvocato generale, nella sua presa di posizione, ha rilevato (n. 186) che esiste un certo divario tra le competenze della Corte dell'Unione Europea e quelle della Corte CEDU in quanto eventuali ricorsi potrebbero essere esaminati dalla Corte di Strasburgo ma non invece da quella di Lussemburgo alla quale viene esplicitamente negata dal Trattato tale competenza. Ad avviso dell'Avvocato generale, ci  non impedisce a quest'ultima di riconoscere la giurisdizione di un giudice internazionale all'uopo istituito nel contesto di uno specifico settore⁴⁴. Il principio dell'autonomia del diritto dell'Unione impone di garantire che le competenze dell'Unione rimangano impregiudicate e che un organo giurisdizionale internazionale non effettui alcuna interpretazione del diritto dell'Unione. La compatibilit  di tale situazione   giustificata dal fatto che i redattori del Trattato di Lisbona, attraverso l'art. 6, par. 2, TUE, hanno consapevolmente conferito all'Unione il potere di agire nell'ambito della PESC senza comunque dotare questo settore di una competenza giurisdizionale esauriente.   da ritenere pertanto, secondo l'Avvocato generale, che i redattori del Trattato di Lisbona non hanno visto alcun contrasto tra la giurisdizione fortemente limitata dei giudici dell'Unione nell'ambito della PESC ed il riconoscimento della giurisdizione della Corte CEDU conseguente alla prospettata adesione⁴⁵. N  peraltro ci  pregiudica in alcun modo la tutela giurisdizionale per i singoli, dal momento che questa spetterebbe, in primo luogo ai giudici nazionali competenti a sanzionare eventuali violazioni della CEDU, e in secondo luogo, ove del caso, alla Corte CEDU. Pertanto, l'Avvocato generale conclude che il progetto di trattato di adesione non   incompatibile, a condizione per  che vengano portati i necessari chiarimenti riguardo la valutazione della necessit  di un previo coinvolgimento della Corte di giustizia⁴⁶.

senso della giurisprudenza *Bosphorus* era quello di astenersi dal sindacare su violazioni derivanti da atti UE in presenza di una tutela equivalente», C. FAVILLI, cit., p. 5..

⁴³ Cfr. cit., p. 6.

⁴⁴ «A mio parere, il principio dell'autonomia del diritto dell'Unione non impedisce a quest'ultima di riconoscere la giurisdizione di un giudice internazionale le cui competenze in un determinato settore – nella specie, quello della politica estera e di sicurezza – sopravanzino quelle dell'istituzione dell'Unione che risponde al nome di Corte di giustizia dell'Unione europea» (n. 191).

⁴⁵ «I redattori del Trattato di Lisbona, attraverso l'articolo 6, paragrafo 2, TUE, hanno consapevolmente conferito alle istituzioni dell'Unione il potere e il compito di realizzare quel progetto, senza prima dotare la PESC di una struttura sovranazionale e, in particolare, di una competenza giurisdizionale esaustiva in capo ai giudici dell'Unione» (n.194).

⁴⁶ Cfr. n. 196.

In altri termini, sembra che l'Avvocato richieda che nel settore della PESC, laddove è esplicitamente esclusa la competenza della Corte dell'Unione, e sempre che un caso del genere sia sottoposto alla Corte CEDU, il principio del previo coinvolgimento della Corte di Lussemburgo venga esplicitamente previsto. Il suggerimento dell'Avvocato generale sembra però ignorare che, ove i prospettati chiarimenti fossero accolti, il progetto di accordo sarebbe comunque incompatibile perché verrebbe violato l'altro principio previsto, cioè quello di non estendere le competenze delle Istituzioni dell'Unione; risultato che invece si realizzerebbe, sia pure in via incidentale, ogni qualvolta l'accordo, attraverso il sistema del previo coinvolgimento, conducesse la Corte ad interpretare un atto, un'azione o un'omissione per la quale il Trattato non le attribuisce alcuna competenza.

Ciò premesso, nel parere della Corte si ignora che la situazione predetta era ben nota agli Stati membri sia nel momento della conclusione del Trattato di Lisbona che, come sopra ricordato, ha limitato le competenze della Corte in materia di politica estera, sia nel momento in cui è stato negoziato il progetto di accordo di adesione. Ora, richiamando la sovranità degli Stati che li rende liberi di stabilire il contenuto degli accordi internazionali che intendono sottoscrivere, non può certo escludersi che gli Stati abbiano voluto coscientemente e consapevolmente limitare la competenza della Corte in materia di politica estera ed al tempo stesso accettare, invece, che per la tutela dei diritti umani, tale competenza dovesse essere riconosciuta all'altra Corte specifica del settore, quale appunto la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Sotto questo profilo, la conclusione della Corte, che ritiene l'accordo lesivo delle caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione in quanto affida il controllo giurisdizionale di alcuni atti, azioni o omissioni in via esclusiva ad un organo esterno dell'Unione, si presta alla facile critica di non attribuire alcun valore alla sottostante volontà degli Stati e si riallaccia a quell'osservazione già precedentemente svolta a proposito della inaccettabilità per la Corte stessa che possa esservi un'altra giurisdizione alla quale, nelle materie che rientrano nell'attività dell'Unione, possa essere riconosciuta una competenza giurisdizionale che si pone, di fatto, quale giurisdizione superiore a quella della Corte dell'Unione anche quando, come si è richiamato nel caso di specie, la Corte dell'Unione è priva di competenza per esplicita volontà degli Stati membri.

Analogamente inaccettabile appare altresì la soluzione di compromesso proposta nella presa di posizione dell'Avvocato Kokott, intesa ad istituire, comunque, un previo coinvolgimento della Corte perché ciò sarebbe in aperta contraddizione con l'attuale Trattato che esclude la competenza della Corte UE e quindi col richiamato principio di cui all'art. 6, par. 2, del Protocollo 8 che vieta la possibilità di nuove competenze alle istituzioni. Peraltro, se così fosse, la nuova competenza, negata dagli Stati col Trattato di Lisbona, rientrerebbe dalla porta di servizio del previo coinvolgimento di cui sopra è cenno.

Ancora una volta, se la Corte avesse tenuto in maggior conto l'obiettivo sottostante a tutta l'accennata premessa della prevista adesione, cioè la maggior tutela dei diritti dell'uomo, avrebbe potuto prendere atto della sua incompetenza in materia ed accettare, quindi, quella della Corte CEDU che, almeno in questo caso, non avrebbe avuto alcun carattere concorrenziale ma solo alternativo.⁴⁷

⁴⁷ Cfr. J.-P. JACQUÉ, cit., p. 6 : «*La Cour n'obtiendra pas le but recherché puisque la PESC fera de toute manière l'objet d'un contrôle exclusivement externe, mais sans que l'Union puisse participer à la procédure. Sur ce point, l'avis ne va certainement pas dans le sens d'une réelle protection des droits fondamentaux (summa jus, summa injuria). Certains y verront peut-être une discrète revendication d'une extension des compétences de la Cour à la PESC. Mais c'est une autre histoire. En tout cas, l'attitude qui consiste à dire puisque je ne peux connaître de la PESC, Strasbourg n'en connaîtra pas non plus*

11. L'insanabile contrasto fra le Corti e l'abbandono dell'obiettivo di una più ampia tutela dei diritti umani

Com'è stato già osservato, il parere sul predetto progetto di accordo contiene una serie di motivazioni, alcune certamente valide e condivisibili circa la contrarietà con l'ordinamento dell'Unione, altre basate su elementi strettamente formali che ignorano la situazione reale; altre ancora che prendono in ipotesi situazioni del tutto immaginarie, ovvero talune che sono realizzabili fin da oggi, a prescindere dal predetto accordo (Protocollo n.16), ed altre ancora che ignorano le attuali limitazioni alla giurisdizione della Corte previste nei vigenti trattati (PESC).

Tutto ciò lascia l'impressione che la Corte abbia voluto «calcare la mano» dal momento, che pur avendo già alcuni validi ed obiettivi argomenti per dichiarare l'incompatibilità del progetto di accordo con le esigenze di cui all'art. 6, par. 2, ed al Protocollo n. 8, ha cercato ogni altra possibile argomentazione che potesse condurre alla soluzione negativa già affermata e ciò facendo leva su concetti di non chiara interpretazione, quali ad esempio i principi di lealtà e di reciproca fiducia fra gli Stati, le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione, per i quali solo essa stessa, in virtù dell'accennata competenza esclusiva, poteva proporre l'interpretazione da ritenersi apoditticamente corretta.

Appare chiaro, ancora una volta, come la Corte dell'Unione Europea, assolutamente gelosa della propria competenza giurisdizionale esclusiva, non voglia accettare una qualsiasi ipotesi, ancorché meramente teorica, nella quale, direttamente o indirettamente un altro organo giurisdizionale e, nel caso di specie la Corte CEDU, possa sostituirsi ad essa nell'interpretare il diritto dell'Unione e, peggio ancora, accettare un sistema nel quale la pronuncia della Corte CEDU debba prevalere, sia pure nei limiti dell'accennata materia dei diritti fondamentali⁴⁸.

laisse, s'agissant d'un secteur où les risques de violations des droits fondamentaux sont importants, pour le moins perplexe quant à la balance qu'établit la Cour entre ses prérogatives et la protection des droits humains. Sul parere della Corte a questo riguardo, cfr. anche C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁸ «... Indeed, there is something highly ironic in the ruling, in that the ECJ appears to be opposing ECHR accession for fear this might result in a loss of its sovereignty – a position uncannily similar to that taken by UK eurosceptics, who desire ECHR membership only on their own terms», così S. DOUGLAS- SCOTT, *cit.*, p. 3. E ancora J.-P. JACQUÉ, *cit.*, p. 7: «...L'avis laisse une impression mitigée. Si certaines des objections sont recevables, d'autres laissent l'impression, que l'on espère erronée, d'une Cour sur la défensive. En effet, la Cour s'oppose aux vingt-huit Etats membres, se méfie des juridictions suprêmes nationales et de la Cour européenne des droits de l'homme»; nonché L. S. ROSSI, *op. cit.*, p. 3; «Si può rilevare che tutte le critiche formulate riguardano, seppure sotto diverse angolazioni, il ruolo che verrebbe ad acquistare, per effetto dell'adesione, la Corte EDU, in relazione a quello della stessa CGUE. In effetti la CGUE trasforma in un'incompatibilità fra ordinamenti quello che si potrebbe profilare come uno scontro fra Corti» e anche «è che ciò che la CGUE rifiuta è proprio il controllo esterno. Lo teme e lo vede come un'insidia alla coesione e all'autonomia dell'ordinamento giuridico cui appartiene. La tensione fra primato e diritti fondamentali, già presente nelle «relazioni a distanza» fra la CGUE e le Corti Costituzionali e Supreme, e fra i rispettivi ordinamenti dell'UE e degli Stati membri, si ripropone dunque anche nelle relazioni fra ordinamento dell'Unione e CEDU», *ibidem* p. 5. Nel parere di V. ZAGREBELSKY, *cit.*, p. 6: «La Corte di Giustizia ha in realtà negato in radice l'elemento fondamentale del sistema della Convenzione europea erigendo l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione a baluardo inespugnabile, ha in qualche modo ricreato l'eccezione

Di fronte alle valutazioni negative su un progetto di accordo internazionale, quali quelle contenute nel parere di riferimento, sembrerebbe naturale, attesi anche i precedenti in materia⁴⁹, che si debbano riaprire dei negoziati per riformulare il testo dell'accordo in oggetto, tenendo conto delle numerose obiezioni sollevate dalla Corte nel proprio parere.⁵⁰

Credo sia agevole per chiunque comprendere come le principali obiezioni sollevate dalla Corte non possono formare oggetto di una qualunque modifica dell'accordo in quanto dichiaratamente contrarie, come prima accennato, ad ogni ipotesi nella quale si preveda un potere autonomo della Corte CEDU o peggio una prevalenza dell'opinione di quest'ultima. Non soltanto tali radicali modifiche non potrebbero essere mai accolte dagli Stati Parti contraenti della Convenzione e non anche Stati membri dell'Unione Europea, ma ancor di più, ed in maniera oggettiva, queste non potrebbero essere accolte per il fatto stesso che renderebbero del tutto inutile qualunque accordo che preveda l'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea, senza risolvere i problemi radicali già formulati in premessa; ci troviamo cioè di fronte a due organi giurisdizionali, ciascuno con competenza esclusiva nel proprio ordinamento ma che, nel caso concreto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la materia, formalmente appartenente a due sistemi giuridici diversi, viene di fatto a coincidere.

Nell'accennata disamina, ciò che sorprende maggiormente, non sono solo i rilievi fondati o infondati manifestati dalla Corte, ma l'assoluta mancanza di indicazioni in ordine alle modalità (formule diverse o nuove disposizioni) che, ove adottate, potrebbero rendere compatibile il progetto di Accordo in oggetto con le specificità dell'ordinamento dell'Unione. L'Avvocato generale, nella sua presa di posizione, aveva già anticipato alcune contraddizioni ma aveva anche suggerito le modifiche opportune, così, ad esempio, allo scopo di eliminare la discrezionalità della Corte CEDU ad ammettere o meno il convenuto aggiunto, rendendola, di fatto, automatica; così in tema di previo coinvolgimento della Corte UE acciocché l'intervento di quest'ultima si estenda a tutto il diritto dell'Unione, primario e

della 'giurisdizione domestica', che lo sviluppo dei diritti fondamentali in Europa e fuori ha superato ed escluso».

⁴⁹ Si veda, ad esempio, l'esigenza di rinegoziare l'Accordo sullo Spazio Economico Europeo a seguito del parere 1/91 del 14.12.1991, in *Racc.* p.I-6079, con il quale la Corte aveva bocciato la prima formulazione dell'Accordo in quanto veniva istituito un autonomo sistema giurisdizionale che confliggeva col diritto dell'Unione.

⁵⁰ «Renegotiation of the draft Accession Agreement would require, first of all, agreement among the EU member states on what this would involve as regards the approximately seven points on which the Court of Justice has expressed its opinion of incompatibility with the EU Treaties. This negotiation mandate would then next need to be carried out in negotiations with the non-EU ECHR parties. Is this an easier route than basing oneself on the agreement among the 28 Member States, the European Parliament, the Council, and the Commission that the draft Accession Agreement is not incompatible with the EU Treaties? I cannot imagine that it is», L. BESSELINK, *op.cit.*, p. 1; J. P. JACQUÉ, *cit.*, p. 7: «Au cas où l'Union ne pourrait adhérer, le contrôle continuerait à être exercé par la Cour européenne des droits de l'homme dans la cadre de sa jurisprudence Bosphorus. Dans ce cas, aucune des garanties exigées par la Cour de justice quant à son implication préalable, au respect des articles 267 et 344 TFUE, non intervention dans le domaine de la PESC ... ne pourrait jouer. L'Union serait jugée sans être vraiment partie à la procédure. En cas de condamnation, l'Etat se verrait confronté au dilemme de violer soit la Convention, soit le droit de l'Union. Est-ce une situation enviable et est-ce cela que veut la Cour de justice ?».

secondario, ed analogamente per l'affermazione del principio della responsabilità congiunta di cui all'art. 3, par. 7, del progetto di Accordo.⁵¹

La Corte UE, ignorando i suggerimenti del proprio avvocato ed evitando qualsiasi indicazione sull'opportunità di ogni eventuale modifica, mostra una totale chiusura al problema dell'adesione, almeno nella situazione attuale del diritto dell'Unione, e si riserva, in pratica, l'integrale capacità e libertà di esaminare e di interpretare ogni eventuale modifica dovesse essere apportata al testo dell'Accordo, non essendo in alcun modo vincolata da indicazioni fornite al riguardo.

12. L'improbabile futuro dell'adesione: abbandono o soluzione politica?

A mio avviso, pertanto, non vedo alcuna ipotesi realistica di una ripresa dei negoziati, ma sarei propenso ad evocare soltanto due possibili vie: quella politica di *far finta* di negoziare un nuovo accordo, che non vedrebbe mai la luce, per procrastinare *sine die* (ed abbandonare di fatto) l'accennata adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; ovvero, la soluzione opposta, con la quale gli Stati membri, consapevoli di aver inserito in una norma del Trattato questo obiettivo dell'adesione, ma di aver posto poi nello stesso tali e tanti limiti da rendere praticamente impossibile l'adesione stessa, come si è puntualmente verificato con il parere della Corte, abbiano il coraggio e la chiarezza giuridica di modificare il Trattato di Lisbona con un norma che preveda l'adesione, superando le difficoltà frapposte dalla Corte e dichiarando pertanto la prevalenza della giurisdizione della Corte CEDU in materia di diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nel cui contesto, il ricorso alla Corte dell'Unione Europea, agirebbe soltanto come uno dei ricorsi da esaurire prima di rivolgersi alla Corte CEDU. In tal modo, la Corte dell'Unione avrebbe sempre la possibilità di interpretare il diritto dell'Unione, come le compete, ma

⁵¹ «Il Progetto riveduto di Accordo, presentato a Strasburgo il 10 giugno 2013, relativo all'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, è compatibile con i Trattati, purché sia garantito, con modalità vincolanti ai sensi del diritto internazionale: – che l'Unione e i suoi Stati membri, in vista delle loro eventuali domande di intervento in giudizio in veste di convenuti aggiunti ai sensi dell'art. 3, par. 5, del Progetto di Accordo, vengano informati sistematicamente e senza eccezioni in merito a tutti i ricorsi pendenti dinanzi alla Corte EDU, allorché e non appena questi vengono notificati al rispettivo convenuto; – che le domande proposte dall'Unione e dai suoi Stati membri ai sensi dell'art.3, par. 5, del Progetto di Accordo per ottenere l'autorizzazione ad intervenire in giudizio in veste di convenuti aggiunti non vengano sottoposte ad alcun esame di plausibilità da parte della Corte EDU; – che il previo coinvolgimento della Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 3, par. 6, del Progetto di Accordo si estenda a tutte le questioni giuridiche relative all'interpretazione delle norme del diritto primario e del diritto secondario dell'Unione in conformità alla CEDU; – che si possa soprassedere all'instaurazione di una procedura di previo coinvolgimento ai sensi dell'art.3, par. 6, del Progetto di Accordo soltanto qualora sia evidente che la Corte di giustizia dell'Unione europea si è già occupata della questione giuridica concreta che costituisce l'oggetto del ricorso pendente dinanzi alla Corte EDU; – che il principio della responsabilità congiunta del convenuto e del convenuto aggiunto ai sensi dell'articolo 3, par. 7, del Progetto di Accordo non pregiudichi eventuali riserve formulate dalle Parti contraenti della CEDU ai sensi dell'art. 57 di tale Convenzione, e – che, inoltre, in nessun caso la Corte EDU possa discostarsi dal principio – enunciato all'art.3, par. 7, del Progetto di Accordo – della responsabilità congiunta del convenuto e del convenuto aggiunto per le violazioni della CEDU da essa constatate» (n. 280).

L'ultima parola circa la sussistenza o meno di una violazione della Convenzione europea spetterebbe soltanto alla Corte CEDU.⁵²

È ovvio che si tratta di un soluzione giuridicamente chiara, ma che non tiene conto della realtà politica nella quale, come si è già ampiamente accertato, la Corte dell'Unione Europea non ha alcuna intenzione di cedere, nemmeno in parte, la propria competenza esclusiva; sarebbe altresì da accertare se una volontà politica analoga non sia riscontrabile in gran parte degli Stati membri dell'Unione stessa che hanno formulato i diversi limiti inseriti nel richiamato Protocollo 8, forse anche per dare alla Corte UE ulteriori specifici appigli per valutare negativamente qualunque ipotesi di accordo. Non è da escludersi, per altro, che la stessa volontà negativa possa desumersi anche dall'atteggiamento mantenuto nel corso del negoziato e reiterato nelle osservazioni formulate in occasione della proposizione della richiesta di parere.

Se non è difficile, a mio avviso, valutare la volontà politica degli Stati membri dell'Unione e desumerla da tutto il loro atteggiamento che serve da una parte a non venir meno all'impegno assunto con il Trattato di Lisbona (art. 6, par.2) e dall'altra a rinviare ad altro soggetto - vedi appunto la Corte - l'onere di valutare negativamente l'accordo formulato, è certamente più difficile comprendere l'atteggiamento della Commissione giacché, se è vero che quest'ultima opera in maniera autonoma dagli Stati, come più volte sottolineato nello stesso Trattato e peraltro nella prassi dell'Unione Europea, non si comprende come mai, nel caso di specie, non abbia rilevato fin dall'inizio questa insanabile contraddizione, insita nella identità della materia - diritti dell'uomo - e duplicità di competenza esclusiva in capo a due diversi organi giurisdizionali, e vi abbia invece contribuito fino alla fine, accettando un progetto accordo la cui sorte negativa era da tempo annunciata e comunque insita nel contenuto dello stesso.

L'impressione che se ne trae è che ciascuno dei soggetti coinvolti - gli Stati, le istituzioni e la Corte UE - abbiano cercato di svolgere il proprio ruolo nella consapevole e voluta ignoranza di quali sarebbero state le conseguenze, in maniera da poter concludere che si è dato seguito alle previsioni del Trattato di Lisbona ma che, se la conclusione è stata negativa, ciò dipende soltanto dal parere della Corte, che peraltro è previsto come vincolante nello stesso Trattato.

⁵² Una proposta risolutiva in tal senso, si legge in S. DOUGLAS-SCOTT, op. cit., p. 3: «*The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, notwithstanding Article 6(2) Treaty on European Union, Protocol (No 8) relating to Article 6(2) of the Treaty on European Union and Opinion 2/13 of the Court of Justice of 18 December 2014*». Per una soluzione drastica intesa ad eliminare il Protocollo 8 si esprime il Senato della Repubblica italiana «occorre spezzare il circolo vizioso che ha prodotto lo stallo: ciò non può avvenire che prendendo risolutamente parte per uno dei 2 poli, in cui si esprime la dialettica interna alla disciplina dell'accessione della UE alla CEDU. In particolare, occorre far prevalere il paragrafo 3, dell'articolo 6 del TUE, secondo cui “i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali” [...] A soccombere sarà, comunque, il citato Protocollo n. 8, che rende pressoché impossibile instaurare un principio di vasi comunicanti più efficace di quello sin qui affermato in via pretoria; [...] Impegna il Governo a sottoporre al Consiglio dell'Unione, ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea, la proposta di abrogazione del Protocollo n. 8 unitamente ad un progetto inteso a modificare il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea», in Atto del Senato n. 1-00383, Pubblicato il 24 febbraio 2015, nella seduta n. 397.

Dato quanto osservato, e non dimenticando il numero rilevante degli Stati che dovrebbero accettare una modifica radicale al sistema, non vedo alcuna soluzione a breve o medio termine che possa risolvere il problema, ed è quindi facilmente prevedibile che di adesione forse si parlerà ancora per anni, ma certamente senza alcuna soluzione giuridicamente valida ed accettabile.⁵³

⁵³ Fra le tante conclusioni scettiche sull'avvenire dell'adesione, cfr. S. DOUGLAS-SCOTT: «Therefore, I reluctantly conclude that, in the light of the ECJ Opinion, those who value human rights no longer have any reason to pursue EU accession to the ECHR. Accession in compliance with the ECJ's judgement would not provide effective external control of the EU's actions. This is a pessimistic conclusion, but it is hard to conclude otherwise than that Opinion 2/13 does not take rights seriously», *op. cit.*, p. 3; C. FAVILLE: «L'esito è stato devastante dato che la Corte ha pronunciato un parere nettamente negativo che rischia di bloccare il processo di adesione rinviandolo a data da destinarsi», *op. cit.*, p. 1; J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 7: «L'avis sera sans doute utilisé à l'encontre de l'Union et nuira à son image en Europe surtout à un moment où les tensions politiques sont fortes à l'Est du continent. Il est aisé d'imaginer l'usage que pourront en faire, au détriment de l'Union, certains Etats européens dont le bilan en matière de droits de l'homme est contestable, mais qui sont, eux, parties à la Convention. Que va-t-on dire de cette Union qui porte ses valeurs en bandoulière, mais qui est incapable de se soumettre à un contrôle externe?»; E. SPAVENTA, *cit.*, p. 29: «There are very cogent reasons why the EU should accede to the Convention, and it is extremely disappointing that the Court of Justice, in a ruling which seems more focused on protecting its own prerogatives than it is in protecting fundamental rights (or even the EU constitutional structure), has made accession very unlikely in the near future. It is to be hoped that the political institutions and the ECtHR will act to fill the gap left by the Court's ruling»; V. ZAGREBELSKY, *Una lettura del parere della Corte di Giustizia che ne consideri il senso, la portata, gli effetti spinge a credere che il percorso di integrazione dell'Unione nella Grande Europa del Consiglio d'Europa sia interrotto*, *cit.*, p. 8. Vale la pena ricordare che il Presidente della Corte CEDU Spielmann, ad una prima lettura del parere in esame ha manifestato la propria delusione ed ha precisato che la CEDU interverrà per garantire la tutela dei diritti fondamentali per i cittadini dell'UE. Egli ha affermato: «For my part, the important thing is to ensure that there is no legal vacuum in human rights protection on the Convention's territory, whether the violation can be imputed to a State or to a supranational institution. Our Court will thus continue to assess whether State acts, whatever their origin, are compliant with the Convention, while the States are and will remain responsible for fulfilling their Convention obligations» (Presidente D. Spielmann, udienza solenne per l'inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte europea dei diritti dell'uomo, Discorso di apertura, 30 gennaio 2015, HUDOC (2015), http://www.echr.coe.int/Documenti/Speech_20150130_Solemn_Hearing_2015_ENG.pdf, p.5). «For proponents of the thesis of CJEU vanity, the effect of the Opinion on relations with the ECtHR is disastrous. The fact that the Opinion came out just before Christmas – not a bad time to bury bad news – might support the idea that the Court of Justice had something to hide. Again, a closer look at the judgment might refute, at least in part, this allegation. First, at no point did the Court criticise the European Court of Human Rights or its case law; its ire seems to have been directed at the EU's negotiating team. But the fact is that the Court of Justice did not close the door on EU accession to the ECHR. Leaving it ajar, yes, but not slamming the door shut completely. And the Court of Human Rights is a sensitive institution. While its first reaction might be disappointment (see the President's remarks on the opening of the judicial year), judicial comity will lead the judiciary in both Courts to engage – probably privately – with each other». Così C. BARNARD, Trinity College, Cambridge, *Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: looking for the silver lining on*. Monday, 16 February 2015.