

7 SETTEMBRE 2016

L'adesione dell'Unione europea alla CEDU oltre il parere 2/13 CGUE

di Daniele Pellegrini

Laureato in Giurisprudenza
Università degli Studi di Firenze



L'adesione dell'Unione europea alla CEDU oltre il parere 2/13 CGUE *

di Daniele Pellegrini
Laureato in Giurisprudenza
Università degli Studi di Firenze

Sommario: 1. Considerazioni introduttive – 2. Il parere 2/13 CGUE – 3. Le sorti dell'adesione - 3.1 La riapertura dei negoziati – 3.1.1 (*Segue*) Alcuni strumenti per la buona riuscita del progetto - 3.2 La revisione dei Trattati – 3.3 La giurisdizione PESC nello scenario *post* adesione – 3.3.1 (*Segue*) Quale rimedio? - 4. Le posizioni espresse all'audizione della Commissione affari costituzionali del Parlamento europeo - 4.1. Le osservazioni al parere della Corte – 4.2 Soluzioni possibili – 5. Osservazioni conclusive

1. Considerazioni introduttive

È passato ormai più di un anno e mezzo dal 18 dicembre 2014, giorno in cui il parere 2/13¹ della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) ha nuovamente² mandato in frantumi l'ambizioso progetto d'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), dichiarando la nuova bozza di accordo³ stipulata a tal fine, incompatibile con i Trattati UE, poiché non in grado di salvaguardarne adeguatamente le caratteristiche specifiche e l'autonomia.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Corte di giustizia dell'Unione europea (Seduta Plenaria), parere 2/13, del 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

² Già una volta i Giudici lussemburghesi hanno segnato una notevole battuta d'arresto al processo d'adesione. V. Corte di giustizia delle comunità europee, parere 2/94, *Adesione della Comunità europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, del 28 marzo 1996, ECLI:EU:C:1996:140. Tra i numerosi commenti al provvedimento si v.: C. ZANGHÌ, *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 Giuseppe Federico Mancini*, Milano, 1998, pp. 1101 e ss; A. BULTRINI, *La questione dell'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo di fronte alla Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1997, pp. 97 e ss; G. GAJA, *Opinion 2/94*, in *Common Market Law Review*, 1996, pp. 973 e ss; O. DE SHUTIER, Y. LEJEUNE, *L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme à propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés*, in *Cahiers de droit européen*, 1996, pp. 555 e ss; L. S. ROSSI, *Il parere 2/94 sull'adesione della comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1996, pp. 839 e ss.

³ *Draft revised agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 47+1(2013)008rev2, siglato a Strasburgo, il 5 aprile 2013, in seno al *Fifth Negotiation Meeting between the CDDH*

La pronuncia della Corte lussemburghese ha gelato l'ottimismo che si respirava nel più recente dibattito giuridico, screditando il comune pensiero di una prossimità dell'adesione e, soprattutto, lasciando insoddisfatta quell'esigenza di integrazione tra i sistemi europei di tutela dei diritti fondamentali, evidenziata a più riprese dalla comunità giuridica e politica d'Europa⁴. Nell'arco di questi mesi, molto si è detto e scritto sul parere e numerosi contributi scientifici ne hanno ampiamente messo in luce i contenuti⁵. Una prima parte

ad hoc *Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, contenuto in *Final report to CDDH*, Strasburgo, 10 giugno 2013, in www.coe.int.

⁴ V. a tale riguardo, sul fronte dottrinale le riflessioni di A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci ed ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Diritto dell'Unione europea*, fasc. 1, 2014, p. 11; S. DOUGLAS-SCOTT, *A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing european human rights aquis*, in *Common Market Law Review*, Vol. 43, Issue 3, 2006, pp. 639-665; sul fronte istituzionale COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Communication on Community accession to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 19 novembre 1990, in Bollettino CE 11/1990; PARLAMENTO EUROPEO, risoluzione del 12 aprile 1989, in *G.U.C.E.*, n. C 120/51; COMMISSIONE EUROPEA, *Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights*, 4 aprile 1979, in Bollettino CE, suppl. 2/79; COMMISSIONE EUROPEA, *The protection of fundamental rights as Community law as created and developed. The problems of drawing up a catalogue of fundamental rights for the European Communities*, 4 febbraio 1976, Bollettino CE, suppl. 5/76.

⁵ V. per una lettura completa del provvedimento, i contributi già comparsi su questa rivista: M. PARODI, *Diritti umani Vs. Autonomia? Il parere 2/13 della Corte di giustizia dell'UE sull'adesione dell'UE alla CEDU*, in *Federalismi.it*, 10 febbraio 2016; D. FANCIULLO, *Parere 2/13 della Corte di giustizia dell'Unione europea: la novissima quæstio dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, in *Federalismi.it, Focus Human Rights*, 3 aprile 2015. Per quanto riguarda, invece, la complessiva reazione dottrinale, i commenti al provvedimento sono innumerevoli e tra tutti si segnalano: F. DONATI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU alla luce del parere 2/13*, in *Astrid rassegna*, 3/2016; 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 corso di pubblicazione su *Diritti umani e diritto internazionale*; 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; L. BESSELINK, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of justice Opinion 2/13*, in www.verfassungsblog.de; CHERUBINI F., *In merito al parere 2/13 della Corte di giustizia dell'UE: qualche considerazione critica e uno sguardo de jure condendo*, in www.osservatorioaic.it; I. DAUKSIENE, S. GRIGONIS, *Accession of the EU to the ECHR: Issues of the co-respondent mechanism*, in *International Comparative Jurisprudence*, 2015, n. 1, pp. 98-105; S. DOUGLAS-SCOTT, *Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice*, in www.verfassungsblog.de; EDITORIAL COMMENT, *The EU's Accession to the ECHR – a "NO" from the ECJ!*, in *Common Market Law Review*, Vol. 52, Issue 1, 2015, pp. 1-15; C. FAVILLI, *La Corte di giustizia rinvia a data da destinarsi l'adesione dell'UE alla Cedu*, in www.questionegiustizia.it, 3 febbraio 2015; G. GAJA, *Una mancata disconnessione relativamente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, pp. 148 e ss.; D. HALBERSTAM, *"It's the Autonomy, Stupid!" A modest defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward*, in *German law journal*, 2015, Vol. 16, Issue 1, pp. 105 e ss.; C. KRENN, *Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: a Path to ECHR Accession after Opinion 2/13*, in *German Law Journal, Special Section Opinion 2/13*, Vol. 16, 2015, pp. 147 e ss.; N. LAZZERINI, *"Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare": il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo*, in Osservatoriosullefonti.it; S. O. JOHANSEN, *Opinion 2/13: a bag of coal from the CJEU*, in obykanalen.wordpress.com; T. LOCK, *Oops! We Did It Again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR*, in www.verfassungsblog.de; S. PEERS, *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, in www.eu-law-analysis.blogspot.it; A. POPOV, *L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH*, in *La Revue des droits de l'homme*, in www.revdh.revues.org; J. L. SAURON, *L'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union Européenne: la fin d'une idée anacronique*, in *Gazette du Palais*, 2015, n°1, pp. 4 e ss.; V. VEZZANI, *"Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!": la Corte di giustizia frena l'adesione dell'UE alla CEDU*, in www.sidi-isil.org; G. TESAURO, *Bocciatura del*

della letteratura scientifica è stata per lo più concorde nel condannare il provvedimento della Corte come il frutto di un'attitudine non cooperativa dei Giudici del *Kirchberg*, che avrebbero essenzialmente salvaguardato i loro poteri da quelli in espansione della Corte europea dei diritti dell'uomo⁶ (**Corte EDU**). A ciò si è opposta però, l'opinione di una seconda parte della dottrina, che sulla scorta di una riflessione forse maggiormente approfondita, ha potuto rilevare, a fronte della "apparenza" di una parte delle censure mosse, la fondatezza di talaltre, che sarebbero invece da prendere sul serio e da non sottovalutare⁷.

La contrapposizione tra le due ottiche ha dato vita ad un acceso dibattito dottrinale, in seno al quale, per l'ennesima volta, sono state riviste al ribasso le stime sulle probabilità di riuscita dell'adesione. Nuovi interrogativi sono emersi e la ricerca di una risposta equilibrata ai medesimi, ha visto contrapporre tutela dei diritti umani da un lato ed autonomia dell'Unione dall'altro. Taluni autorevoli osservatori hanno cercato di

progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: nessuna sorpresa, nessun rammarico, in *Foro.It*, 2015, 4, pp. 77 e ss.

⁶ Nello specifico, il provvedimento è apparso agli occhi di molti, frutto di un discorso poco serio sulla tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Riecheggia così, il pensiero di J. COPPEL, A. O'NEILL, *The European Court of Justice: taking rights seriously*, in *Common market law review*, Vol. 29, Issue 4, 1992, pp. 669-692. Tra i più critici del provvedimento v. S. DOUGLAS-SCOTT, *Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR*, cit.; EDITORIAL COMMENT, *The EU's Accession to the ECHR*, cit.; M. E. GENNUSA, *Difesa di posizioni nel parere della Corte di giustizia dell'Unione europea alla CEDU*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, pp. 189-192; W. MICHL, *Thou shalt have no other courts before me*, in *www.verfassungsblog.de*; J. ODERMAT, *A Giant Step Backwards? Opinion 2/13 on the EU's Accession to the European Convention on Human Rights*, in *Journal of International Law and Politics*, 2015 pp. 783-797; S. PEERS, *The CJEU and the EU's accession to the ECHR*, cit.; L. S. ROSSI, *Il parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, cit.; E. SPAVENTA, *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015 pp. 35-56.

⁷ Cfr. a tale riguardo, le interessanti osservazioni di F. DONATI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, cit. secondo cui gran parte delle censure mosse dalla Corte di giustizia sarebbero superabili ragionando sull'efficacia giuridica che la CEDU acquisirebbe all'interno del sistema delle fonti del diritto dell'UE, una volta avveratasi l'adesione. A tale proposito l'Autore afferma: "Dalla collocazione della CEDU nel sistema delle fonti dell'Unione discendono due conseguenze, che il parere 2/13 non sembra avere adeguatamente valorizzato. La prima è che il rispetto delle specifiche caratteristiche dell'ordinamento dell'Unione deriva, prima ancora che dalle previsioni dell'accordo di adesione, dalla stessa collocazione che i Trattati attribuiscono alla CEDU nel sistema delle fonti. La seconda conseguenza è che spetta alla CG effettuare operazioni di "bilanciamento" al fine di armonizzare le disposizioni della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, con le peculiarità del sistema costituzionale dell'Unione". Ciò non toglie tuttavia, la fondatezza di talune delle censure mosse dalla CGUE, le quali, invece, necessiterebbero alcuni interventi per essere superate. Così si è detto per i rilievi mossi con riguardo al funzionamento dei meccanismi di *Co-respondent* e *Prior Involvement*, nonché alle censure mosse con riferimento alle caratteristiche che la giurisdizione in materia di Politica Estera e Sicurezza Comune avrebbe assunto all'esito dell'adesione. A tal proposito, v'è addirittura chi si è detto sorpreso della dura reazione dottrinale suscitata dal parere, poiché il segno di tale provvedimento sarebbe stato invece ampiamente prevedibile e scontato. V. al riguardo D. HALBERSTAM, *It's the Autonomy, Stupid!*, cit.; F. PICOD, *La Cour de justice a dit non a l'adhesion de l'Union européenne à la Convention EDH*, in *La semaine juridique*, 2015, n. 6, pp. 145 e ss; nonché le osservazioni di G. TESAURO, *Bocciatura del progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, cit., p. 1, secondo cui: "Sorpresa, sconcerto, rammarico: sono le reazioni che più di frequente ricorrono nei pochi commenti, per la maggior parte critici, che, nell'immediatezza della pubblicazione del parere, sono apparsi soprattutto negli strumenti di diffusione on line del pensiero scientifico. [...] reazioni a caldo, oggettivamente frutto di letture necessariamente rapide del parere?".

trovare un adeguato bilanciamento tra i due valori in gioco, senza però riuscirvi⁸: l'operazione si è rivelata, infatti, molto complessa e le difficoltà insorte hanno inasprito i toni del confronto, facendo perdere di vista il percorso che all'indomani della bocciatura si è posto davanti al progetto.

Sul fronte istituzionale il dibattito è rimasto, almeno fino ad oggi, sostanzialmente fermo, anche se timidi segnali verso una riapertura del discorso politico sul futuro dell'adesione, sembrano arrivare da una recente audizione tenutasi presso la Commissione Affari Costituzionali del Parlamento europeo⁹, in occasione della quale sono stati ascoltati alcuni tra i maggiori esperti del progetto d'adesione, chiamati ad esprimere un parere sugli strumenti da mettere in campo per il superamento della bocciatura della CGUE. Stessi segnali sembrerebbero arrivare inoltre, dalle recenti parole pronunciate del Presidente della Commissione europea Jean-Claude Juncker, il quale, in occasione di una recente visita presso l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa a Strasburgo, ha ribadito l'importanza della *partnership* tra le due realtà giuridiche sovranazionali, qualificando l'adesione dell'UE alla CEDU come “*a political priority for the Commission*”¹⁰, alla quale l'esecutivo europeo starebbe lavorando.

La frustrazione ed il disappunto emersi sulla scia delle prime letture del parere 2/13 CGUE, sembrano dunque cedere lentamente il passo a riflessioni sul futuro del progetto, rendendo così necessario il disgelarsi della timidezza che fino ad oggi ha caratterizzato il dibattito giuridico sul punto. Le riflessioni dottrinali svolte a margine del parere nell'arco di questo anno e mezzo, offriranno un punto di vista ottimale per riuscire in questo obiettivo. Attraverso questo lavoro tuttavia, non ci limiteremo a fare il punto sulle riflessioni teoriche sin qui svolte dalla letteratura scientifica, ma cercheremo di guardare *oltre* il provvedimento della CGUE,

⁸ Cfr. a tale riguardo le riflessioni di V. DICOMITE, *Autonomia o controllo esterno? Il dilemma dell'adesione dell'UE alla CEDU alla luce del parere 2/13*, in *La comunità internazionale*, 2015, p. 243 secondo cui: “*Il dilemma resta però irrisolto perché un giusto punto di equilibrio tra autonomia e controllo esterno è quasi impossibile da raggiungere*”.

⁹ COMMISSIONE AFFARI COSTITUZIONALI (*Public Hearing*), *Accession to the European Convention on Human Rights (ECHR): Stocktaking after the ECJ's Opinion and Way Forward*, 20 aprile 2016, presieduta da Danuta Hübner. All'incontro in parola, sono intervenuti numerosi esperti, ognuno dei quali ha espresso la propria visione sul futuro del progetto, interrogandosi su possibili rimedi esperibili avverso l'ennesima bocciatura della Corte di giustizia. V. tra gli atti dell'audizione: J. P. JACQUÉ, *L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme après l'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne*; S. MORANO-FOADI, S. ANDREADAKIS, *The EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Reflections, Solutions and the Way Forward*; J. POLAKIEWICZ, *Accession to the European Convention on Human Rights (ECHR): stocktaking after the ECJ's opinion and way forward*, tutti consultabili in www.europarl.europa.eu.

¹⁰ Il video del discorso pronunciato dal Presidente della Commissione europea Jean-Claude Juncker all'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 16 aprile 2016 è reperibile su www.coe.int. Deve sottolinearsi che le parole pronunciate dal del Presidente dell'esecutivo europeo rispecchiano quelle che furono le priorità fissate dalla commissione UE al momento del suo insediarsi. Cfr. a tale riguardo l'agenda della Commissione europea reperibile online, nella quale si legge “*this Commissioner will also have the responsibility of concluding the accession of the Union to the European Convention of Human Rights, which is an obligation under the EU Treaty*”, in www.ec.europa.eu.

proponendo un'indagine pragmatica sui rimedi da porre in atto per il suo superamento. A tal fine, nella prima parte di queste pagine, vaglieremo sinteticamente le censure mosse dai Giudici lussemburghesi, offrendo spazio alle domande nate sulla scia di esse; nella seconda, andremo ad analizzare quelli che saranno i possibili sviluppi futuri del processo d'adesione, vagliando le due alternative percorribili: nuovi negoziati o revisione dei Trattati; infine, nelle ultime pagine, ripercorse le posizioni espresse alla recente audizione tenutasi presso la Commissione affari costituzionali del Parlamento europeo, tratteremo le nostre osservazioni conclusionali, nell'intento di offrire un contributo alla risoluzione delle questioni ancora irrisolte sulla prevista adesione dell'UE alla CEDU.

2. Il parere della Corte di giustizia

Il parere 2/13 CGUE si apre con un'attenta ricostruzione dell'attuale contesto giuridico europeo in materia di diritti fondamentali, cui i Giudici arrivano attraverso una riflessione di approccio storico sulla struttura istituzionale nel quale è sorta e cresciuta l'istanza dell'adesione¹¹. Muovendo da tali premesse, la Corte lussemburghese ricapitola in primo luogo la sommatoria delle osservazioni avanzate nell'arco del procedimento dalle istituzioni e dagli Stati membri intervenuti¹², passando poi a vagliare in via preliminare, la ricevibilità stessa della domanda di parere. Al riguardo, alcune delle parti intervenute avevano mosso talune eccezioni, lamentando per lo più l'irricevibilità della richiesta, dovuta all'assenza delle norme interne con cui l'UE avrebbe dato esecuzione al progetto.

La Corte risolveva in modo negativo tali eccezioni, ritenendo influente il fatto che le norme interne non fossero ancora state adottate e dichiarava, pertanto, la piena ricevibilità della domanda¹³. I Giudici si

¹¹ Parere 2/13 CGUE, cit., paragrafi 1-71.

¹² *Ibidem*, paragrafi 71-143.

¹³ A tale riguardo la Corte ha precisato - secondo alcuni in modo alquanto prevedibile - che “*Per consentire alla Corte di pronunciarsi sulla compatibilità delle disposizioni di un accordo previsto con le norme dei Trattati, è necessario che essa disponga di elementi sufficienti in merito al contenuto stesso di tale accordo. [...] Invece, quanto alle norme interne, non essendo queste ancora state adottate, il loro contenuto ha carattere puramente ipotetico e, in ogni caso, il loro carattere di diritto interno dell'Unione esclude che possano costituire oggetto del presente parere [...]*”, in parere 2/13 CGUE, cit., paragrafi 147, 148 e 149. Così decidendo, i Giudici sembrano aver confermato i non troppo stringenti parametri di ricevibilità fissati con il precedente parere 2/94. In quell'occasione, gli stessi infatti statuirono che: “*Il procedimento eccezionale previsto dall'art. 228, n. 6, del Trattato, che consente di richiedere il parere della Corte di giustizia sulla compatibilità di un accordo progettato con le norme del Trattato [...] ha la finalità di evitare le complicazioni che possono risultare, sia in sede comunitaria sia in sede internazionale, da un'eventuale decisione giudiziaria che dichiarasse un accordo internazionale, vincolante la Comunità, incompatibile, vuoi per il contenuto, vuoi per la procedura seguita nella stipulazione, con le disposizioni del trattato. [...] Per tali motivi, investita della questione se l'adesione della Comunità alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia compatibile con il trattato, la Corte può, ancorché non sia ancora stato deciso l'avvio dei negoziati, emettere un parere sulla competenza della Comunità a procedere a tale adesione*”.

avviavano così a vagliare i singoli aspetti del progetto e, all'esito del loro esame, bocciavano l'accordo, individuandone sostanzialmente sette profili di incompatibilità con l'articolo 6, paragrafo 2, TUE¹⁴ ed il Protocollo n. 8 UE¹⁵. A parere della CGUE, infatti, tale progetto: **(i)** sarebbe stato suscettibile di pregiudicare le caratteristiche specifiche e l'autonomia del diritto dell'Unione, in quanto non avrebbe garantito il coordinamento tra l'articolo 53 della CEDU e l'articolo 53 della Carta di Nizza; **(ii)** sarebbe stato suscettibile di pregiudicare le caratteristiche specifiche e l'autonomia del diritto dell'Unione, in quanto non avrebbe prevenuto il rischio di lesione del principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri dell'Unione; **(iii)** sarebbe stato suscettibile di pregiudicare le caratteristiche specifiche e l'autonomia del diritto dell'Unione, in quanto non avrebbe previsto alcuna articolazione del meccanismo istituito dal Protocollo n. 16 alla CEDU con la procedura di rinvio pregiudiziale prevista dall'articolo 267 TFUE; **(iv)** sarebbe stato suscettibile di avere effetti sull'articolo 344 TFUE, in quanto non avrebbe escluso la possibilità che talune controversie tra gli Stati membri o tra gli Stati membri e l'Unione, relative all'applicazione della CEDU nell'ambito di applicazione sostanziale del diritto dell'Unione, venissero portate dinanzi alla Corte EDU; **(v)** non avrebbe previsto modalità di funzionamento del meccanismo del convenuto aggiunto tali da consentire di preservare le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione; **(vi)** non avrebbe previsto modalità di funzionamento della procedura di previo coinvolgimento della Corte idonee a preservare le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione; **(vii)** avrebbe leso le caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione riguardo al controllo giurisdizionale degli atti, delle azioni o delle omissioni dell'Unione in materia

¹⁴ Art. 6, paragrafo 2, TUE: “L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati”.

¹⁵ Protocollo n. 8 UE, relativo all'articolo 6, paragrafo 2 del Trattato sull'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: “L'accordo relativo all'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in appresso denominata «convenzione europea»), previsto dall'articolo 6, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea deve garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione, in particolare per quanto riguarda: a) le modalità specifiche dell'eventuale partecipazione dell'Unione agli organi di controllo della convenzione europea; b) i meccanismi necessari per garantire che i procedimenti avviati da Stati non membri e le singole domande siano indirizzate correttamente, a seconda dei casi, agli Stati membri e/o all'Unione. [...] L'accordo di cui all'articolo 1 deve garantire che l'adesione non incida né sulle competenze del l'Unione né sulle attribuzioni delle sue istituzioni. Deve inoltre garantire che nessuna disposizione dello stesso incida sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della convenzione europea e, in particolare, riguardo ai suoi protocolli, alle misure prese dagli Stati membri in deroga alla convenzione europea ai sensi del suo articolo 15 e a riserve formulate dagli Stati membri nei confronti della convenzione europea ai sensi del suo articolo 57. [...] Nessuna disposizione dell'accordo di cui all'articolo 1 deve avere effetti sull'articolo 344 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea”.

di politica estera e sicurezza comune (**PESC**), in quanto avrebbe affidato il controllo giurisdizionale di alcuni di tali atti, azioni od omissioni, in via esclusiva ad un organo esterno all'Unione.

I rilievi avanzati sono cospicui e pregnanti. Si tratta in parte di aspetti problematici già noti prima della pronuncia del parere, sui quali la dottrina più attenta¹⁶ già aveva manifestato perplessità e per cui la stessa Avvocato Generale J. Kokott (**AG**), nella sua presa di posizione¹⁷, proponeva rimedi. Per la restante parte si tratta però di profili che hanno sorpreso la comunità giuridica. La Corte di giustizia, infatti, è andata oltre quanto previsto dal dibattito scientifico, avanzando profili di incompatibilità che non sembrano avere facile risposta. All'indomani della bocciatura, dunque, numerosi sono gli interrogativi insorti ed un imponente *leitmotiv* è sembrato assorbirli risuonando imperante: “quale futuro per l'adesione dell'UE alla CEDU?”.

3. Le sorti dell'adesione

Seppur sia alquanto pressante l'interrogativo sul futuro dell'adesione, il quesito sul da farsi costituisce una domanda ancora priva di risposta. La dottrina giuridica si è interrogata timidamente sul punto, dando luogo sostanzialmente a due scuole di pensiero: **(i)** una prima, secondo cui dovrebbero riaprirsi i negoziati, allo scopo di rimodellare il progetto d'accordo sulle indicazioni mosse dalla Corte di giustizia dell'Unione europea; **(ii)** e una seconda, per cui alla luce del parere, sarebbe necessario che gli Stati membri attuassero una revisione dei Trattati tale da eliminare quei dettami che ostano all'avverarsi dell'adesione.

Entrambe le posizioni riflettono sostanzialmente quanto previsto dall'articolo 218, paragrafo 11, TFUE¹⁸ e meritano, pertanto, di essere ritenute ammissibili. Prima di approfondirne i rispettivi caratteri, però, è utile precisare una circostanza che riteniamo debba essere posta a premessa del discorso giuridico sulle sorti dell'adesione: quello dell'obbligatorietà di essa. Tale carattere non deriva soltanto dalla formula utilizzata all'articolo 6, paragrafo 2, TUE¹⁹, che prospettando l'adesione dell'UE alla CEDU al presente indicativo, costituirebbe un'obbligazione di risultato in capo all'UE²⁰, ma anche dagli effetti pratici che essa stessa

¹⁶ V. V. KOSTA, S. SKOUTARIS, V. TVELEKOS, *The EU Accession to the ECHR*, Oxford, 2014.

¹⁷ V. Presa di posizione dell'Avvocato Generale J. KOKOTT, presentata 13 giugno 2014, pubblicata il 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2475.

¹⁸ Art. 218, paragrafo 11, TFUE: “[...] *in caso di parere negativo della Corte, l'accordo previsto non può entrare in vigore, salvo modifiche dello stesso o revisione dei trattati*”;

¹⁹ Art. 6, paragrafo 2, TUE: “*L'Unione europea aderisce alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*”.

²⁰ Cfr. a tale riguardo C. MORVIDUCCI, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: un percorso non ancora concluso*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, 3, p. 487, secondo la quale: “*la modifica apportata dall'art. 6, co. 2, TUE, [...] per i termini adottati, (l'Unione aderisce alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), sembra additare un percorso vincolato all'Unione: l'indicativo presente è usato nel TUE, infatti, per*

comporterebbe. Le stesse premesse che hanno spinto gli Stati membri a portare avanti tale progetto, infatti, permangono tutt'oggi; anzi, sembrano ancora più concrete e sostanziali alla luce del nuovo fallimento dell'adesione, il cui auspicio aveva permesso di allontanare momentaneamente i riflettori dalle ombre della moderna tutela multilivello dei diritti fondamentali²¹. All'esito dell'adesione, infatti, l'Unione europea sarebbe stata finalmente sottoposta al controllo esterno della Corte EDU, così determinando la caduta della *domestic jurisdiction* che ancora caratterizza la tutela dei diritti offerta al suo interno²². Ciò avrebbe consentito di ovviare alle due grandi problematiche che potenzialmente affliggono l'odierna dimensione europea dei diritti fondamentali: **i)** il rischio di doppi standard di tutela²³; **ii)** e il rischio che i singoli Stati membri dell'UE vengano condannati dalla Corte EDU, ove diano esecuzione vincolata a normative dell'UE che si rivelino contrarie alla Convenzione²⁴. Senza dimenticare, infine, che l'adesione costituirebbe un atto di coerenza per la stessa Unione, che con tale gesto chiarirebbe una volta per tutte la propria posizione in merito alla CEDU, la cui ratifica quasi irrazionalmente, da un lato, compare nei cc.dd. *criteri di Copenaghen*²⁵ e dall'altro, costituisce ormai una chimera per sé stessa.

enunciare un obbligo, non una facoltà d'agire"; M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *La tutela dei diritti dell'uomo oltre la Costituzione europea*, in U. DRAETTA - A. SANTINI (a cura di), *L'Europa in cerca di identità*, Milano, 2008, p. 117; V. BAZZOCCHI, *Verso l'adesione dell'Unione europea alla CEDU: un negoziato ancora in corso*, 6 maggio 2011, in www.europeanrights.eu. In senso contrario v. però R. BARATTA, *Accession to the ECHR: the rationale for the prior involvement mechanism*, in *Common Market Law Review*, 2013, pp. 1305 e ss.

²¹ A. D'ALOIA, *Luci ed ombre*, cit.

²² Cfr. sulla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: G. TESAURO, *La Corte di giustizia e i diritti fondamentali*, in G. BRONZINI - F. GUARIELLO - V. PICONE (a cura di), *Le scommesse dell'Europa*, Roma, 2009.

²³ Cfr. a tale riguardo U. VILLANI, *La protezione internazionale dei diritti umani*, Roma, 2005, secondo cui "Ora, esistono, nella giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, esempi di indirizzi pienamente uniformi. È il caso, per esempio, del diritto ad una durata ragionevole del processo, riconosciuto anche dalla Corte di giustizia delle Comunità europee [...]. Non mancano, per altro, casi nei quali le due Corti hanno assunto, rispetto ad un medesimo diritto fondamentale, posizioni divergenti. [...] Riguardo alla propaganda a favore dell'aborto la Corte di giustizia delle Comunità europee ha affermato che il divieto di diffondere informazioni su cliniche, situate all'estero, che praticano l'aborto non rappresentava, nel caso considerato, un ostacolo illecito alla libera circolazione dei servizi [...]; la Corte di Strasburgo ha stabilito, invece, che tale divieto viola il diritto all'informazione riconosciuto dall'art. 10 della Convenzione di Roma [...]"

²⁴ Eventualità oggi messa al riparo dalla c.d. presunzione di equivalenza enucleata dalla Corte EDU, con la nota sentenza del 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm v. Irlanda*, ric. n. 45036/98, con la quale i Giudici di Strasburgo hanno ritenuto che l'UE offrirebbe una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente equipollente a quella offerta dalla Corte EDU, di talché sarebbero da presumersi conformi alla CEDU, gli atti statali di esecuzione della normativa eurolivellaria. Tale giurisprudenza, tuttavia, come si avrà modo di evidenziare *infra*, potrebbe vedere un repentino cambio di rotta all'esito dell'ennesimo stallo del progetto, almeno per quanto riguarda gli atti degli Stati membri esecutivi di interventi in ambito PESC. V. al riguardo di tale rischio N. MOLE, *Can Bosphorus be maintained*, in *ERA Forum*, Vol. 38, Issue 4, 2015, pp. 955-992.

²⁵ Cfr. a tale riguardo la Dichiarazione sull'identità europea del Consiglio europeo di *Copenaghen* del 7-8 aprile 1978, in *Boll. CE*, n. 3, 20 aprile 1978.

La direttrice resta quindi quella di proseguire nel progetto d'adesione dell'UE alla CEDU e non rimane che concentrarsi sulle possibili strade da percorrere per la realizzazione di tale progetto, che potremmo metaforicamente rappresentare come un 'bivio', innanzi al quale, i contraenti dovranno valutare l'opportunità della scelta di una strada sull'altra.

3.1 La riapertura dei negoziati

La prima delle risposte possibili al nuovo 'no' della Corte di giustizia, è quella della riapertura dei negoziati: i contraenti, infatti, recepite le censure fatte valere dalla CGUE, potrebbero tornare nuovamente ai tavoli delle trattative e, all'esito di nuove valutazioni, siglare un rinnovato progetto d'accordo, capace questa volta, di rispettare caratteristiche specifiche ed autonomia dell'Unione.

Quella che però in astratto si presenta come una strada immediata e facile da seguire, è nei fatti resa molto più complessa dalla forza e la pregnanza dei rilievi mossi dai Giudici del *Kirchberg*. La Corte di giustizia, infatti, attraverso le proprie argomentazioni, ha elevato una vera e propria barriera²⁶ al processo d'adesione che, all'indomani della bocciatura, si presenta come un percorso ad ostacoli per i contraenti; tanto da spingere parte della letteratura scientifica a scongiurare nuove trattative in mancanza di una previa revisione dei Trattati²⁷.

Gli argomenti addotti a fondamento di tali considerazioni sono stati essenzialmente due. Un primo **(i)** riguarda l'opportunità giuridica stessa dei nuovi negoziati: assecondare strettamente il parere della CGUE, infatti, produrrebbe, secondo alcuni, il rischio di uno snaturamento del sistema CEDU, tale da generare dubbi sul beneficio che gli individui trarrebbero dall'adesione. Orbene, secondo essi, plasmare i nuovi negoziati sulla base di quanto statuito dalla CGUE, produrrebbe lo svuotamento del controllo esterno della Corte EDU, eclissando uno degli ultimi veri baluardi a favore della stessa adesione. Un secondo **(ii)** riguarda invece, le difficoltà intrinseche connesse al superamento delle censure mosse dalla Corte di giustizia attraverso la riapertura dei negoziati, i quali, *prime facie*, possono apparire un'arma alquanto spuntata a fronte della forza giuridica riconosciuta dai Giudici all'articolo 6, paragrafo 2 TUE ed al Protocollo n. 8 UE.

²⁶ La terminologia utilizzata è un chiaro riferimento all'opera di V. ZAGREBELSKY, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa*, cit.

²⁷ V. tra i critici alla riapertura dei negoziati: L. BESSELINK, *Acceding to the ECHR*, cit.; S. DOUGLAS-SCOTT, *Opinion 2/13 on EU accession to ECHR*, cit.; L.S. ROSSI, *Il parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, cit., p. 5; S. PEERS, *The CJEU and the EU's accession to ECHR*, cit.; V. ZAGREBELSKY, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa*, cit.

Quanto al primo di tali argomenti, è appena il caso di rilevare che, il più delle volte, l'asserito annientamento dei benefici che un'adesione plasmata sulle osservazioni della CGUE apporterebbe, è stato sostenuto in modo apodittico dai commentatori. A nostro avviso, tale lettura sarebbe figlia della frustrazione che il parere 2/13 CGUE ha suscitato negli osservatori che si sono espressi 'a caldo' sul provvedimento²⁸. Invero, se accolte *cum grano salis*²⁹, le argomentazioni della Corte non stravolgerebbero le premesse e gli obiettivi del progetto d'adesione. Certo, la riapertura delle trattative non potrà significare la sottomissione del progetto alle osservazioni della Corte di giustizia; ciò significherebbe attribuire potenzialmente ai Giudici del *Kirchberg* la scelta sul merito dell'accordo. Inoltre, difficilmente gli Stati terzi all'Unione sarebbero disposti ad accettarla. Le nuove trattative dovrebbero, semmai, essere indirizzate a trovare una terza via tra il progetto bocciato dalla Corte ed il parere della stessa, così da raggiungere un accordo completo e ragionevolmente condivisibile da tutti i contraenti. Non a caso abbiamo usato il termine 'completo': se una cosa può evincersi dal parere 2/13 CGUE, è che i Giudici del *Kirchberg*, più che bocciare il contenuto positivo del progetto elaborato, abbiano censurato le omissioni del medesimo³⁰. Quella lamentata dalla CGUE è stata, infatti, l'incompletezza del *Draft*, che avrebbe difettato di una precisa normativa di raccordo tra alcuni degli istituti fondamentali dell'ordinamento giuridico europeo e quelli del sistema convenzionale.

Si tratta allora di capire quale strumento utilizzare per sopperire alle carenze lamentate dalla Corte. A tale proposito, non può sottacersi che difficilmente i nuovi negoziati potrebbero ampliare il contenuto dell'accordo in modo considerevole³¹. I contraenti, infatti, nei lunghi anni di negoziato, più volte si sono fatti

²⁸ Della stessa opinione E. CANNIZZARO, *Unitarietà e frammentazione nei rapporti fra l'ordinamento dell'Unione e il sistema della Convenzione europea: in margine al parere della Corte di giustizia 2/2013*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015, pp. 623 e ss, secondo cui: "E' diffusa, fra i primi commentatori, una lettura politica, che riconduce le conclusioni della Corte di giustizia all'esigenza di salvaguardare l'assoluta autonomia del diritto dell'Unione e, di conseguenza, la propria funzione di custode del sistema. A tale convinzione può aver contribuito sia il suggestivo accostamento al precedente Parere 2/94, che una certa tendenza della Corte a identificare le esigenze di autonomia dell'ordinamento dell'Unione con la salvaguardia delle prerogative delle Istituzioni giudiziarie. Peraltro, a differenza del precedente del 1996, adottato verosimilmente in corrispondenza alle aspettative degli Stati membri, il Parere 2/2013 è stato reso dalla Corte in senso contrario alle aspettative di tutti gli altri attori del gioco istituzionale".

²⁹ L'utilizzo dell'espressione "cum grano salis" si deve a N. LAZZERINI, "Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare, cit., p. 26.

³⁰ Cfr. F. DONATI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, cit., p. 10, secondo il quale: "la CG, con i rilievi richiamati sopra, ha censurato il Progetto non perché contenesse disposizioni in contrasto con i Trattati, ma per le sue omissioni. La CG, in altri termini, ha criticato l'assenza, nel Progetto, di disposizioni espressamente volte a tutelare l'autonomia e la specificità dell'ordinamento dell'Unione".

³¹ Dello stesso avviso è apparso il Prof. J. POLAKIEWICZ, che partecipando alla recente audizione organizzata dalla Commissione Affari Costituzionale del Parlamento europeo, in data 20 aprile 2016, sul futuro del processo d'adesione dell'UE alla CEDU, in qualità di *Director of Legal Advice and Public International Law (Legal Adviser)* del Consiglio d'Europa ha suggerito nel suo intervento, *Accession to the European Convention on Human Rights*, cit., p. 5: "Keep formal amendments to the text of the DAA to a minimum. At the end of the negotiations in Strasbourg, non-EU member states had the impression that they

portatori di un certo *self restraint*, nel timore di irrigidire troppo una normativa, che avrebbe potuto invece, essere emanata ad un livello meramente interno dai due ordinamenti³². A ciò si aggiunga inoltre, che inserire tutte le risposte pretese dalla CGUE all'interno del progetto d'accordo, finirebbe per renderlo una sorta di provvedimento *omnibus*, in grado di moltiplicare i rischi di ingerenza nell'ordinamento eurounitario dei Giudici di Strasburgo, i quali, chiamati ad interpretare le clausole *Draft*, finirebbero indirettamente per occuparsi, a mezzo della propria esegesi, del funzionamento interno dell'UE.

Può dedursi allora l'anello mancante di questa vicenda: la normativa interna dell'UE. Seppure tale mancanza sia stata toccata solo incidentalmente dai Giudici lussemburghesi, che vi hanno fatto cenno in punto di ricevibilità della domanda³³, essa sembra aver guidato i retroscena della presa di posizione della Corte. Emerge, dunque, una sorta di contraddizione nel *modus decidendi* dei Giudici lussemburghesi che, prima, hanno dichiarato ricevibile la domanda di parere in assenza della normativa interna di esecuzione al progetto e, poi, lo hanno bocciato, traendo argomenti dalle sue mancanze. Tale aspetto non è stato adeguatamente valorizzato dai commenti emersi fino a questo momento sul provvedimento. A nostro avviso, la stesura della normativa interna d'esecuzione dell'accordo, potrebbe facilitare un ipotetico secondo parere della Corte di giustizia³⁴. Quanto necessario sarebbe, quindi, ampliare il coinvolgimento del Parlamento europeo e del Consiglio UE, i quali, di pari passo alla riapertura dei negoziati, potrebbero - su *input* della Commissione - delineare uno schema di normativa interna, da affiancare al nuovo progetto d'accordo. Ciò non solo aumenterebbe le probabilità di successo del progetto, che arriverebbe davanti alla Corte corroborato da ulteriori elementi, ma velocizzerebbe la sua realizzazione poiché, come noto, le due istituzioni europee costituiscono entrambe parti attive della procedura d'accordo internazionale dell'Unione ed ai sensi dell'articolo 218, paragrafo 6, numero ii)³⁵ TFUE, sarebbero successivamente chiamate a pronunciarsi sull'accordo.

had gone as far as possible in accommodating 'the specific characteristics of the Union and Union law'. Any further exceptions risk being perceived as undue privileges for the EU".

³² Cfr. sui negoziati, l'attenta ricostruzione di I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: l'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Cap. II, pp. 136-174, Milano, 2015.

³³ Come abbiamo avuto modo di sottolineare *supra*: paragrafo 2.

³⁴ Cfr. a tale riguardo A. DUFF, *EU Accession to the ECHR: What to Do Next*, in *verfassungsblog.de*, secondo cui "Both the European Parliament, which has to give its consent to the terms of the accession (Article 218 (6) TFEU), and the CJEU, which will surely have to be asked for a second Opinion on a revised package deal (Article 218 (11)), would be enlightened by the publication of agreed internal rules?".

³⁵ Articolo 218, paragrafo 6, numero ii) TFUE: "Il consiglio, su proposta del negoziatore, adotta una decisione relativa alla conclusione dell'accordo [...] previa approvazione del Parlamento europeo nei casi seguenti: [...] accordo sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo delle libertà fondamentali [...]"

3.1.1. (Segue) Alcuni strumenti per la buona riuscita del progetto

Un buon *drafting* della normativa interna, di concerto con la virtuosa riapertura dei negoziati, potrebbe quindi permettere di superare anche la seconda obiezione alle nuove trattative ed arginare le trasversali censure mosse dalla CGUE. Invero, se affiancata ai nuovi negoziati, la normativa interna verrebbe a costituire una preziosissima valvola di sfogo, cui i contraenti potrebbero ricorrere a tacitazione dei contrasti che già più volte durante i precedenti negoziati, misero a dura prova la tenuta delle trattative. A nostro avviso, lo schema di normativa interna dovrebbe anzitutto fotografare il panorama delle fonti UE all'indomani dell'adesione, sancendo, in coerenza con quanto previsto dall'art. 216, paragrafo 2, TFUE³⁶, che la CEDU acquisirebbe il rango di fonte intermedia tra il diritto primario dell'UE ed il diritto derivato della medesima³⁷. Una volta chiarito tale aspetto, esso dovrebbe, attraverso un'interpretazione autentica del sistema giuridico dell'Unione, fissare taluni principi in risposta agli interrogativi sollevati dalla CGUE.

Nello specifico, lo schema, preso atto della collocazione gerarchica che la CEDU acquisirebbe nel sistema delle fonti UE, dovrebbe contenere: **(i)** una esplicita disposizione che escluda la possibilità per gli Stati membri di prevedere, in ambiti di rilevanza comunitaria, standard di tutela più elevati di quanto imposto dall'armonizzazione del diritto dell'Unione europea *ex* articolo 53 della Carta di Nizza³⁸; **(ii)** una esplicita

³⁶ Art. 216, paragrafo 2, TFUE: “*Gli accordi conclusi dall'Unione vincolano le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri?*”.

³⁷ Così anche la presa di posizione dell'AG J. KOKOTT, cit., paragrafi 200-207, secondo cui: “*la CEDU, in quanto trattato internazionale concluso dall'Unione, si collocherà in una posizione gerarchica intermedia tra il diritto primario e il restante diritto secondario: dunque, la CEDU prevarrà sulle altre norme di diritto secondario, in quanto essa vincola le istituzioni dell'Unione (articolo 216, paragrafo 2, TFUE). Allo stesso tempo però essa sarà subordinata al diritto primario, in quanto il previsto accordo di adesione è stato negoziato dalla Commissione e autorizzato dal Consiglio, così che esso sottostà, in quanto atto di istituzioni dell'Unione, al controllo di legittimità della Corte di giustizia (v. articoli 263, primo comma, TFUE, 267, primo comma, TFUE, nonché, già a monte di questi, 218, paragrafo 11, TFUE) [...]; Cfr. sull'ipotetico rango della CEDU nell'ordinamento dell'Unione nello scenario *post* adesione le acutissime riflessioni di F. DONATI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, cit., p. 8, secondo cui: “*Dalla collocazione della CEDU nel sistema delle fonti dell'Unione discendono due conseguenze, che il parere 2/13 non sembra avere adeguatamente valorizzato. La prima è che il rispetto delle specifiche caratteristiche dell'ordinamento dell'Unione deriva, prima ancora che dalle previsioni dell'accordo di adesione, dalla stessa collocazione che i Trattati attribuiscono alla CEDU nel sistema delle fonti. La seconda conseguenza è che spetta alla CG effettuare operazioni di “bilanciamento” al fine di armonizzare le disposizioni della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, con le peculiarità del sistema costituzionale dell'Unione?*”.*

³⁸ Tale emendamento porrebbe il progetto d'accordo in linea con la nota giurisprudenza Melloni della CGUE, secondo cui: “*è vero che l'articolo 53 della Carta conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretato dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione?*”. V. a tale proposito, CGUE, C-399/11, sentenza *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal* del 26 febbraio 2013, ECLI:EU:C:2013:107. Orientamento appositamente ribadito dalla Corte di giustizia nel suo parere, cit., al p.to 188 ove recita: “*Orbene, la Corte ha interpretato tale disposizione [art. 53 Carta di Nizza] nel senso che l'applicazione di standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali non deve compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione?*”.

disposizione che ponga l'obbligo per gli Stati membri di astenersi dall'intentare cause contro gli altri Stati membri, allo scopo di preservare il principio di leale collaborazione ed il disposto dell'art. 344 TFUE; **(iii)** una esplicita disposizione che chiarisca la centralità del rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE in materia eurounitaria, sul meccanismo consultivo enucleato dal Protocollo n. 16 alla CEDU³⁹; **(iv)** una esplicita norma di chiusura che, a salvaguardia degli obblighi posti dalle norme precedenti, rinvii agli articoli 258-259 TFUE relativi alle procedure di infrazione, nei casi in cui queste vengano violate.

È stato osservato in dottrina⁴⁰ che norme di tal tipo potrebbero in alternativa, essere inserite all'interno di una dichiarazione unilaterale dell'Unione da effettuarsi al momento della stipula del nuovo accordo. Tuttavia, riteniamo preferibile la stesura di una normativa interna dell'UE, poiché tale tipologia di atti, correrebbe il rischio di irrigidire eccessivamente il progetto, portando i suoi contenuti al di fuori di un pieno ed autonomo controllo dell'UE, esponendo il fianco a nuove censure della CGUE⁴¹.

³⁹ Non può non rilevarsi, comunque, come il Protocollo n. 16 alla CEDU sia ancora ben lontano da una sua effettiva entrata in vigore. Ad oggi, infatti, tra i 16 Stati firmatari, solamente nove rappresentano Stati membri dell'Unione europea. Di questi, solamente tre (Finlandia, Lituania e Slovenia) hanno provveduto alla ratifica - dati aggiornati al 20 agosto 2016, in *www.coe.int*. In ogni caso, le critiche mosse dalla Corte con riferimento ad un mancato coordinamento tra l'istituto del rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE ed il meccanismo consultivo sono apparse esagerate agli occhi molti. Cfr a tale riguardo le recenti osservazioni di F. KORENIKA, D. DOLI, *A View on CJEU Opinion 2/13 Unclear Stance on and Dislike of Protocol 16 ECHR*, in *European Public Law*, Vol. 22, Issue 2, 2016, pp. 269-286 secondo cui: “*With regard to the blurred vision of the CJEU on the reasons for outlawing Protocol 16 ECHR in this format, the article concludes that – at least from five argumentative positions – the CJEU was not right. It exaggerated the relevance of the advisory opinion’s similarity with the preliminary reference procedure, and construed a model of presumed competition between the two procedures that does not sound substantively reasonable. The Opinion also neglected to consider carefully the borders of jurisdiction between the EU and Member States in face of the ECHR system, while also neglecting the DAA mechanisms already established to safeguard the autonomy of EU law (the co-respondent and prior involvement mechanism)*”; nonché le attente osservazioni sviluppate all’audizione tenutasi presso la Commissione Affari Costituzionali del Parlamento europeo del 20 aprile 2016, dal Prof. J. P. JACQUE, *L’adhésion a la Convention européenne des droits de l’homme*, cit., p. 4, secondo cui, l’entrata in vigore del Protocollo n. 16 alla CEDU, non impedirà il verificarsi di quanto da questa temuto e che, in tali casi “*il appartient à la Commission de saisir la Cour d’une procédure en manquement contre les États membres responsables*”.

⁴⁰A tale riguardo, c’è chi alla recente audizione tenutasi presso la Commissione Affari Costituzionali del Parlamento europeo, ha suggerito l’adozione di dichiarazioni interpretative da aggiungere al *Draft*. Cfr. S. MORANO-FOADI, S. ANDREADAKIS, *The EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13*, cit., p. 4, secondo cui, in alternativa, si potrebbe “*To adopt an interpretative declaration to be added to the DAA. A separate memorandum of understanding could be adopted which would affirm that Art 53 of the ECHR does not grant a licence to the Contracting Parties to apply higher standards of fundamental rights protection in such a way that would compromise the protection established in the Charter or the primacy, unity or effectiveness of EU law*”. Posizione espressa precedentemente anche da P. J. KUIJPER, *Reaction to Leonard Besselink’s ACELG*, in *Blogactiv.eu*, il quale individua “*a way to escape from renegotiation by making a number of unilateral declarations and interpretations. Some of these can be entirely internal and others will have to be given to the other parties to the draft accession agreement merely as a matter of fact, not for agreement on their part*”.

⁴¹ V. sul punto quanto già detto *supra*: paragrafo 3.1, p. 11.

Per quanto riguarda, invece, i profili di incompatibilità del progetto d'accordo con riguardo al meccanismo del convenuto aggiunto e della procedura del previo coinvolgimento, la risoluzione degli stessi sarebbe invece rimessa ai negoziati, che dovrebbero: **a)** eliminare ogni riferimento al vaglio di plausibilità della Corte EDU sulle richieste di intervento quale convenuto aggiunto da parte dell'UE e degli Stati membri⁴²; **b)** eliminare le eccezioni predisposte alla regola della responsabilità solidale tra convenuto e convenuto aggiunto, rimettendo tale questione, assieme alla delicata problematica delle riserve apposte ai sensi dell'art. 57 CEDU dai singoli Stati membri, ad un livello meramente interno all'UE⁴³; **c)** eliminare la valutazione della Corte EDU sull'esistenza del precedente giurisprudenziale CGUE per l'attivazione del previo coinvolgimento⁴⁴; **d)**

⁴² Così facendo, si escluderebbe il rischio che la Corte EDU, nel decidere sulla richiesta di uno Stato membro o dell'UE, di vedersi riconosciuta la qualità di convenuto aggiunto, finisca per interpretare il diritto dell'Unione europea, interferendo nella ripartizione delle competenze tra l'Unione ed i suoi Stati membri. Dello stesso avviso cfr. J. P. JACQUÉ, *L'adhésion à la Convention européenne*, cit., p. 7, secondo cui “*Le seule solution envisageable est de modifier sur ce point le projet d'accord [...]. Il est en effet possible de supprimer l'intervention de la Cour européenne en matière de coresponsabilité. La mise en œuvre de celle-ci deviendrait de droit sur demande de l'Union ou d'un État membre [...]*”; S. MORANO-FOADI, S. ANDREADAKIS, *The EU Accession to ECHR*, cit., pp. 42, secondo i quali occorrerebbe allo stesso modo: “*allowing the EU or a Member State to be granted automatic status of co-respondent upon their request without any form of review from the Strasbourg Court*”. V. a tal proposito, quanto invece era previsto dall'articolo 3, paragrafo 5 del *Draft Revised Agreement*, cit., secondo cui: “*When deciding upon such request, the Court shall assess whether, in the light of the reasons given by High Contracting Party concerned, it is plausible that the conditions in paragraph 2 or paragraph 3 of this Article are met*”.

⁴³ Così facendo, si eviterebbe che la Corte EDU, nel decidere in eccezione al principio della responsabilità solidale tra convenuto e convenuto aggiunto, finisca per interpretare il diritto dell'Unione europea, interferendo nella ripartizione delle competenze tra l'Unione ed i suoi Stati membri. Cfr. a tale proposito quanto suggerito da J. P. JACQUÉ, *L'adhésion à la Convention européenne*, cit., p. 7, secondo cui: “[...] *Dans la même manière, le pouvoir de la Cour européenne de décider, lorsque la coresponsabilité joue, de la fin de celle-ci en cours d'insatance pourrait disparaître sans grande difficulté*”; e S. MORANO-FOADI, S. ANDREADAKIS, *The EU Accession to ECHR*, cit., p. 43 secondo cui i nuovi negoziati dovrebbero “*deleting the part were the ECtHR can decide, as an exception to the joint responsibility rule, that only one co-respondent is held responsible*” V. a tal proposito quanto invece era previsto dall'art. 3, paragrafo 7 del *Draft Revised Agreement*, cit., secondo cui “*If the violation in respect of which a High Contracting Party is a co-respondent to the proceedings is established, the respondent and the co-respondent shall be jointly responsible for that violation, unless the Court, on the basis of the reasons given by the respondent and the co-respondent, and having sought the views of the applicant, decides that only one of them be held responsible*”. Tenendo ferma la responsabilità solidale tra convenuto e convenuto aggiunto sul piano internazionale, l'UE potrebbe invece disporre a livello interno, possibili eccezioni, prevedendo, ad esempio, nei casi in cui, secondo il diritto dell'Unione europea, la responsabilità convenzionale fosse ascrivibile a solo uno dei soggetti avverso i quali sia invocata tutela, il diritto di rivalsa sul responsabile. Inoltre, le regole interne dell'Unione potrebbero prevedere che l'Unione si faccia carico della condanna risarcitoria subita dallo Stato membro che, in attuazione del diritto dell'Unione europea, fosse incorso in una violazione della normativa convenzionale, in relazione alla quale abbia espresso riserva ex art. 57 CEDU. A prevenzione di tale ultima fattispecie, la normativa UE potrebbe altresì prevedere la facoltà per gli Stati membri di non attuare il diritto UE quando essi abbiano serio e fondato motivo di ritenerlo contrario alla normativa convenzionale oggetto di specifica riserva ex art. 57 CEDU. Una disciplina di tale tipo, oltre che con il parere della Corte, si porrebbe a nostro avviso in linea con quanto statuito all'art. 4, paragrafo 2 TUE, secondo cui: “*L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale [...]*”.

⁴⁴ Così facendo, si eliminerebbe il rischio che la Corte EDU, chiamata a valutare l'esistenza o meno di pregresse pronunce della CGUE, finisca per interpretarne le sentenze, infrangendo l'autonomia dell'Unione e, così, le sue

modificare il progetto d'accordo attribuendo alla Commissione e/o allo Stato membro contro cui è diretto il ricorso il potere di attivare il previo coinvolgimento; e) modificare il progetto di relazione illustrativa nel senso che, in sede di previo coinvolgimento, la CGUE possa fornire altresì l'interpretazione del diritto derivato.

Da ultimo, resterebbe da vedere come muoversi con riguardo alle censure mosse dalla Corte in ambito PESC, le quali, a ben vedere, rappresentano l'ostacolo più difficile da superare. Proprio per questo motivo, dovranno, almeno momentaneamente, essere messe da parte, per fare spazio ad ulteriori riflessioni, che ci guideranno verso una risposta sul punto. Vagliamo adesso l'altra strada percorribile: la revisione dei Trattati.

3.2 La revisione dei Trattati

Un'alternativa possibile alla riapertura dei negoziati potrebbe essere quella di subordinare tali nuove trattative ad una revisione dei Trattati volta a rimuovere dalla realtà giuridica eurounitaria quei dettami che, alla luce del parere della CGUE, ostano all'avverarsi dell'adesione. In tale direzione vanno le considerazioni degli osservatori più critici del parere, secondo cui, come sottolineato *supra*, lo stesso avrebbe occluso la strada a nuovi negoziati. Chi sostiene tale tesi considera che i Trattati, così come interpretati dalla CGUE, condizionino l'adesione a prerequisiti impossibili da rispettare, se non al costo di snaturarla⁴⁵, di talché l'unico modo per ovviarvi sarebbe dunque una modifica degli stessi.

Tra le proposte dei vari sostenitori di tale tesi, deve necessariamente farsi un cenno a quella avanzata del Prof. L. Besselink⁴⁶, secondo cui la CGUE avrebbe mosso contestazioni così forti, che l'unica via per la risoluzione dell'*impasse* sarebbe quella di aggirare le questioni sollevate, con l'adozione di un "*Notwithstanding Protocol*" del seguente tipo: "*The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human rights and*

specificità. Invero, come ha fatto notare anche la presa di posizione dell'AG J.KOKOTT, cit., p.ti 182-184, sebbene in molti casi l'indagine sulla pregressa giurisprudenza CGUE non presenti particolari difficoltà, potrebbero esserci sempre dei casi limite nei quali, pur essendovi una precedente pronuncia dei Giudici lussemburghesi, permanga un dubbio sulla portata di detta pronuncia, ovvero sul fatto che residuino profili di una stessa situazione giuridica soggettiva che siano stati tralasciati in precedenza dalla Corte di giustizia. Lasciare in tali casi la decisione nella sola discrezione della Corte EDU rischierebbe di pregiudicare l'autonomia del diritto dell'Unione che conosce quale unico interprete della giurisprudenza europea la sola CGUE.

⁴⁵ Cfr. a tale riguardo le considerazioni di V. ZAGREBELSKY, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa*, cit., p. 8, secondo cui: "*alla luce della posizione assunta dalla Corte di Giustizia, c'è da chiedersi se siano possibili nuove trattative, che conducano ad adottare le modifiche al progetto d'accordo che la Corte ha indicato come indispensabili. Occorrerebbe accettare lo snaturamento del sistema di protezione collettiva dei diritti fondamentali disegnato dalla Convenzione. In tal caso ci si domanderebbe chi aderisce a cosa e la risposta non potrebbe essere veramente quella che l'art. 6 par. 2 TUE indica?*"; S. PEERS, *The CJEU and the EU's accession to ECHR*, cit.

⁴⁶ L. BESSELINK, *Acceding to the ECHR*, cit., pp. 1-2.

Fundamental Freedoms, notwithstanding Article 6(2) Treaty on European Union, Protocol (No 8) relating to Article 6(2) of the Treaty in European Union and Opinion 2/13 of the Court of Justice of 18 December 2014". Così facendo, si realizzerebbe, secondo l'autorevole osservatore, una revisione dei Trattati ai sensi dell'articolo 218, paragrafo 11 TFUE, che sbloccherebbe lo stallo e renderebbe possibile la ratifica dell'accordo d'adesione dell'UE alla CEDU.

A nostro avviso, tuttavia, spogliare *tout court* il diritto 'costituzionale' europeo delle garanzie poste dall'articolo 6, secondo paragrafo TUE, nonché dal Protocollo n. 8 UE relativo al medesimo, significherebbe esporre l'ordinamento giuridico dell'Unione a dei rischi rimasti estranei agli altri Stati contraenti. Il pericolo sarebbe quello di una discriminazione al contrario. Ciascuna delle Alte Parti contraenti CEDU, infatti, ha attuato propri meccanismi di controllo sull'ingresso della fonte CEDU all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale⁴⁷ e privare l'UE di disposizioni cuscinetto tra i due sistemi, significherebbe comprometterne potenzialmente gli equilibri interni.

Inoltre, non può sottacersi che l'abrogazione di tali 'ostacoli' normativi, non basterebbe rimuovere dall'ordinamento dell'Unione il loro portato, poiché essi non farebbero altro che codificare taluni principi ricavabili da una lettura sistematica dei Trattati UE, così come interpretati dalla giurisprudenza consolidata della CGUE⁴⁸. Senza considerare, infine, che difficilmente tutti gli Stati membri accetterebbero di ratificare siffatto protocollo per la revisione dei Trattati, specialmente di fronte ad un antieuropeismo in crescita e le politiche di taluni di essi, che, ultimamente, hanno mostrato un certo disinteresse verso una maggiore integrazione europea⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. a tale riguardo C. KRENN, *Autonomy and Effectiveness*, cit., pp. 162 e ss, secondo cui il discorso sull'autonomia dell'ordinamento giuridico rispetto al sistema convenzionale: sarebbe "[...] a common concern to all Contracting Parties?"; Per quanto riguarda il punto di vista italiano, giova richiamarsi la recente sentenza della Corte Costituzionale, 14 gennaio 2015, n. 49, attraverso la quale il giudice delle leggi ha posto un rinnovato accento su quello che viene definito "predominio assiologico" della Costituzione sulla Convenzione EDU, schermando in modo considerevole l'ingresso indistinto della norma internazionale all'interno del sistema giuridico interno.

⁴⁸ Cfr. a tale riguardo J. P. JACQUÉ, *L'adhésion a la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 6, secondo cui: "Outre la résistance des États membres à l'idée et ouvrir une procédure dure de révision et le fait que la force des convictions quant à l'adhésion varie selon les États, la disparition du protocole ne résoudrait pas le problème puisque son contenu ne fait que reprendre pour l'essentiel des principes qui résultent des traités et de la jurisprudence antérieure de la Cour de justice".

⁴⁹ Così anche S. DOUGLAS-SCOTT, *Opinion 2/13 on EU accession to ECHR*, cit., secondo cui: "[...] would all EU member states agree to such a protocol? The UK's present administration is unlikely to be very accommodating [...]". Con riguardo alla posizione del Regno Unito, deve necessariamente sottolinearsi che il 23 giugno 2016, il popolo inglese, chiamato ad esprimersi all'ormai celeberrimo Referendum "Brexit", si è pronunciato nella sua maggioranza a favore dell'uscita dall'Unione europea, segnando la vittoria del fronte "leave" sul fronte "remain in", per 51,89% a 48,11%. La fuoriuscita dall'Unione europea significherebbe per il Regno Unito anche l'abbandono del suo sistema giurisdizionale. Ciò avrà come prima implicazione, l'esposizione della legislazione inglese al giudizio esterno della Corte EDU anche su quelle materie

Non può non rilevarsi però, che la strada della revisione sarebbe in grado di risolvere meno artificialmente dell'altra, il più grande ostacolo evidenziato dal parere 2/13 CGUE: la giurisdizione della Corte EDU in ambito di politica estera e sicurezza comune dell'UE nello scenario *post* adesione. Prima di analizzare le risposte che entrambe le opzioni offrono alle censure mosse dalla Corte sul punto – a nostro avviso necessarie di una disamina congiunta – è imprescindibile un breve riepilogo della questione.

3.3 La giurisdizione PESC nello scenario *post*adesione

All'esito dell'adesione, i Giudici della Corte EDU, al pari di quanto accadrebbe per tutte le altre aree del diritto dell'Unione europea, acquisirebbero il potere di sindacare la conformità al sistema convenzionale CEDU, degli atti, delle azioni e delle omissioni delle istituzioni europee in tali materie. Se a prima vista tale effetto sembra una prevedibile conseguenza del progetto d'adesione, esso assume invece, connotati problematici in relazione alle caratteristiche specifiche che da sempre caratterizzano la disciplina giuridica delle competenze europee in materia di politica estera e sicurezza comune. L'*acquis* europeo, infatti, a partire dalla primordiale struttura comunitaria a pilastri, circoscrive la sindacabilità degli atti europei in materia PESC a poche ipotesi eccezionali. Ancora oggi, come notato dalla CGUE⁵⁰, ai sensi dell'art. 24, paragrafo 1, TUE, la Corte di giustizia è competente a sindacare gli atti, le azioni e le omissioni delle istituzioni europee in materia PESC, soltanto con riguardo al rispetto dell'articolo 40 TUE, e dell'art. 275, secondo comma, TFUE. In particolare, la Corte di giustizia è competente a pronunciarsi quasi esclusivamente sui soli ricorsi proposti *ex art.* 263, quarto comma, TFUE avverso atti, azioni od omissioni che comportino misure restrittive nei confronti di persone fisiche e persone giuridiche adottate dal Consiglio in base al titolo V, capo 2, TUE. L'adesione europea provocherebbe, dunque, nell'ottica della Corte, una situazione di *stress* per il sistema giuridico europeo che, per la prima volta, conoscerebbe al suo interno, una categoria di atti giuridici esenti dal sindacato della CGUE, ma sottoposti a quello della Corte EDU. Tale possibilità contrasterebbe con le caratteristiche specifiche dell'ordinamento giuridico europeo, il quale, come già affermato dalla CGUE nel

fino ad oggi schermate dalla c.d. presunzione di equivalenza. Per quanto malaugurata, tale circostanza offrirà inediti spunti riflessivi per interrogarsi sulla necessità di portare a termine l'adesione dell'UE alla CEDU, che per ovvi motivi non potranno però essere percorsi in questa sede, date le tempistiche che saranno necessarie per il perfezionarsi dell'uscita del Regno Unito ai sensi dell'articolo 50 TFUE. V. al riguardo dell'evento *Brexit* i contributi comparsi su questa rivista: EDITORIALE DI B. CARAVITA, *Brexit: Keep calm and apply European Constitution*, in *Federalismi.it*, 29 giugno 2016; C. C. GIALDINO, *Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 29 giugno 2016; F. SAVASTANO, *Brexit: un'analisi del voto*, in *Federalismi.it*, 29 giugno 2016

⁵⁰ Parere 2/13 CGUE, cit., paragrafo 249.

parere 1/09⁵¹, osta al fatto che possa attribuirsi un controllo giurisdizionale su atti, azioni od omissioni dell'Unione in via esclusiva ad un organo giurisdizionale che si collochi al di fuori del quadro istituzionale dell'Unione. La problematica dunque, è tutt'altro che semplice e richiede una doverosa riflessione sui margini a disposizione dei contraenti per la sua risoluzione.

3.3.1 (*Segue*) Quale rimedio?

Anzitutto si potrebbe pensare di plasmare l'adesione alla CEDU formulando riserva in ambito PESC, ma come alcuni hanno efficacemente evidenziato, siffatta soluzione, sarebbe potenzialmente illegittima innanzi al divieto di riserve generali posto dall'articolo 57 CEDU⁵². Anche volendo percorrere tale strada tuttavia, non può sottacersi che tale scelta sarebbe suscettibile di creare un forte imbarazzo sul piano internazionale, in quanto costituirebbe una sorta di privilegio per l'UE rispetto alle altre Parti contraenti. Diventa necessario, dunque, riflettere sugli strumenti che rispettivamente potrebbero offrire, revisione dei Trattati da un lato e riapertura dei negoziati dall'altro.

Mentre una revisione dei Trattati che estendesse le competenze della CGUE sarebbe in grado di arginare alla radice il problema senza grosse difficoltà, almeno da un punto di vista meramente formale⁵³, lo stesso non potrebbe dirsi con riguardo alla riapertura dei negoziati, che viceversa richiederebbe uno sforzo ermeneutico notevole per il suo superamento.

⁵¹ Parere 1/09 CGUE, dell'8 marzo 2011, paragrafi 78, 80 e 89, ECLI:EU:C:2011:123.

⁵² Recentemente, la letteratura più scrupolosa si è interrogata sulla verità di tale asserzione, spesso mossa in modo apodittico dai commentatori, giungendo anche a conclusioni opposte. Cfr. a tal proposito le osservazioni di S. MORANO-FOADI, S. ANDREADAKIS, *The EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13*, cit., pp. 46-47, presentate in occasione dell'audizione tenutasi presso la Commissione Affari Costituzionali del Parlamento europeo in data 20 aprile 2016, secondo cui: “Reservations to the ECHR by the EU in respect of the CFSP and AFSJ would be legally possible, if they were drafted in line with the requirements set out by the ECtHR in its case law on reservations to the ECHR”. L'ormai consolidata giurisprudenza della Corte EDU in materia ha stabilito che, affinché possa essere ritenuta valida: “(i) it [la riserva] must be made at the time the Convention is signed or ratified; (ii) it must relate to specific laws in force at the time of ratification; (iii) it must not be a reservation of a general character; (iv) it must contain a brief statement of the law concerned”. Invero, “The Court had the opportunity to specify that Article 57(1) of the ECHR, allowing for reservations to the ECHR, required “precision and clarity” from the Contracting States, and that in requiring that a reservation was to contain a brief statement of the law concerned, this provision was not a “purely formal requirement” but set out “a condition of substance, which constituted an evidential factor and contributed to legal certainty”. The Court affirmed that by “reservation of a general character” in Article 57 ECHR was meant, in particular, a reservation couched in terms that are too vague or broad for it to be possible to determine their exact meaning and scope”. V. a tale proposito, Corte EDU, *Grande Stevens and Others c. Italia*, sentenza del 4 marzo 2014, ric. n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10.

⁵³ Lo stesso non può dirsi da un punto di vista politico. Va ribadito infatti che da sempre l'ordinamento giuridico dell'Unione conosce la regola della non giustiziabilità degli atti PESC innanzi alla CGUE, pertanto, sarebbero tutt'altro che scontato che un consenso incondizionato per una revisione dei Trattati in tal senso.

Occorre chiedersi dunque in quale direzione sarebbero da orientarsi i nuovi negoziati. Al riguardo, alcuni spunti sono offerti dall'interpretazione dell'art. 275 TFUE fornita dalla Commissione europea nell'arco del procedimento di parere, secondo la quale la censura mossa dalla CGUE sarebbe infondata. A parere dell'esecutivo europeo, infatti, non sussisterebbero nell'ordinamento giuridico dell'UE situazioni giuridiche soggettive sottoponibili alla Corte EDU, prive della possibilità di un previo controllo del sistema giurisdizionale europeo⁵⁴, di talché sarebbero da ritenersi eccessivi i timori paventati dai Giudici del *Kirchberg*. Anche l'AG Kokott ha preso posizione per l'infondatezza della questione, ma esprimendo argomenti diversi da quelli della Commissione. Invero, l'AG ha fatto perno sul fatto che il sistema giurisdizionale dell'Unione europea faccia affidamento, quale suo secondo pilastro, sui Giudici nazionali, i quali concorrono nel sanzionare eventuali violazioni CEDU in connessione con la PESC, garantendo una copertura giurisdizionale tale da fugare i timori di una giurisdizione esclusiva della Corte EDU⁵⁵. Seppur i Giudici lussemburghesi non abbiano accolto nessuna delle due tesi prospettate, gli stessi non ne hanno sconfessato i fondamenti; anzi, pronunciandosi sul punto, si sono limitati ad asserire che la Corte di giustizia non ha ancora avuto l'opportunità di precisare la portata delle limitazioni della propria giurisdizione in ambito PESC⁵⁶, non

⁵⁴ V. parere 2/13, cit., paragrafi 98-100. Nello specifico, secondo la Commissione: **(i)** gli atti in materia PESC promananti da uno Stato membro, potrebbero già essere impugnati con un ricorso dinanzi ai Giudici nazionali e, subordinatamente, alla Corte EDU; **(ii)** gli atti in materia PESC fondati su di una decisione adottata dal Consiglio ex art. 28, paragrafo 1, TUE, costituirebbero, invece, essi stessi una "misura restrittiva" suscettibile di essere oggetto di un rinvio pregiudiziale di validità (V. a tale proposito CGUE, C-355/04, sentenza *Segi e altri c. Consiglio* del 27 febbraio 2007, ECLI:EU:C:2007:116); **(iii)** mentre per gli atti in materia PESC promananti dalle istituzioni dell'Unione occorrerebbe distinguere, di volta in volta, tra atti aventi effetti giuridici vincolati, i quali, laddove violassero i diritti fondamentali sarebbero suscettibili di costituire l'oggetto di un ricorso di annullamento dinanzi alla CGUE, e atti aventi effetti giuridici discrezionali, contro i quali il mezzo esperibile sarebbe l'azione di responsabilità ex art. 340 TFUE, ad avviso della Commissione, non esclusa dall'art. 275, primo comma, TFUE.

⁵⁵ V. Presa di posizione AG J. KOKOTT, cit. paragrafi 99-103, secondo cui: "[...] Spesso la PESC necessita di attuazione da parte di autorità degli Stati membri (articoli 26, paragrafo 3, TUE, 42, paragrafo 3, TUE e 44, paragrafo 1, TUE). In tal caso, il singolo si trova comunque a dover percorrere la strada che porta ai Giudici nazionali, qualora egli desideri sottoporre a controllo giurisdizionale atti, misure od omissioni nell'ambito della PESC che in qualche modo producono effetti nei suoi confronti. Tuttavia, anche nel caso in cui la PESC venga attuata da istituzioni, organi od altri organismi dell'Unione con modalità che toccano in modo diretto e individuale il singolo, quest'ultimo non si vede preclusa la strada verso i Giudici nazionali qualora egli non possa eccezionalmente ricevere una tutela giurisdizionale direttamente dinanzi ai Giudici dell'Unione ai sensi della seconda fattispecie di cui all'articolo 275, secondo comma, TFUE. Infatti, ai sensi dell'articolo 274 TFUE, fatte salve le competenze attribuite dai Trattati alla Corte di giustizia dell'Unione europea, persino le controversie nelle quali l'Unione sia parte non sono, per tale motivo, sottratte alla competenza delle giurisdizioni nazionali. In considerazione della disciplina dettata dall'articolo 24, paragrafo 1, secondo comma, sesta frase, TUE e dall'articolo 275, primo comma, TFUE, ciò potrebbe costituire la regola nell'ambito della PESC. [...] Di conseguenza, occorre in definitiva concludere, in riferimento alla PESC, che la prevista adesione dell'Unione alla CEDU può essere attuata senza la creazione di nuove competenze in capo alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in quanto nelle questioni attinenti alla PESC viene garantita al singolo una tutela giurisdizionale effettiva ad opera, in parte, dei Giudici dell'Unione (articolo 275, secondo comma, TFUE) e, in parte, dei Giudici nazionali (articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE e articolo 274 TFUE)".

⁵⁶ Parere 2/13 CGUE, cit., paragrafo 251.

precludendo così la possibilità di una precisazione giurisprudenziale tale da ampliare la propria giurisdizione a quelle fattispecie che potrebbero rimanere escluse dal suo controllo.

La Corte di giustizia ha, quindi, riconosciuto un certo margine di incertezza in relazione alla sua giurisdizione, cui sfuggirebbero, a suo dire, taluni atti PESC⁵⁷. Essa non ha però specificato se tali atti ricadrebbero o meno al di sotto di quella della Corte EDU, ma si è limitata a riscontrare, anche qui, la mancanza nel progetto d'accordo d'adesione, di meccanismi di salvaguardia tali da precludere che una domanda in ambito PESC che ricadesse al di fuori della giurisdizione della Corte di giustizia, venisse presentata prima alla Corte di Strasburgo.

Una soluzione possibile alla censura mossa dalla CGUE con riguardo all'ambito PESC, dunque, potrebbe essere data dall'inserimento all'interno del nuovo Progetto d'accordo di una norma che implicitamente riconoscesse il fatto che la Corte di giustizia abbia già giurisdizione in ambito PESC, disponendo altresì che in tale ambito operi sempre automaticamente il previo coinvolgimento della Corte di giustizia⁵⁸. Gli Stati membri, ben consci del fatto che da ciò dipenderebbe l'esito della buona riuscita dell'adesione, sarebbero a nostro ragionevole parere, spinti a compiere questo passo, con tutti gli effetti positivi per la tutela dei diritti fondamentali in Europa. Tale gesto sarebbe apprezzabile non solo perché consentirebbe la buona riuscita del progetto, ma anche perché andrebbe sostanzialmente a migliorare quella che è la situazione della tutela dei diritti umani garantita all'interno dell'Unione europea. Si tratta quindi di uno degli aspetti da cui trarre la convinzione che aderire alla CEDU seguendo i rilievi mossi dalla Corte di giustizia non significhi necessariamente recare pregiudizio alla tutela dei diritti fondamentali⁵⁹. Ciò che appare necessario per la buona riuscita dell'adesione è, infatti, ampliare la giurisdizione della Corte di giustizia in ambito PESC e, quindi, ampliare la tutela giuridica sovranazionale a sfere di soggettività giuridica fino ad ora escluse da tale controllo.

Certo, è innegabile che tale soluzione presenti una buona dose di arteficiosità. Ad essa infatti potrebbe obiettarsi che così facendo si incorrerebbe nella violazione dell'articolo 2, del Protocollo n. 8 UE, attribuendo una nuova competenza in capo alla Corte di giustizia. Ad ogni modo, le considerazioni svolte dalla Corte di

⁵⁷ V. a tale riguardo il contributo di P. P. GARCIA, *Accession of the EU to the ECHR: issues raised with regard to EU acts on CFSP matters*, in in *ERA Forum*, 2015, pp. 481-494, il quale ha cercato di ricostruire con precisione l'odierna giurisdizione della CGUE in materia di Politica Estera e Sicurezza Comune.

⁵⁸ Così anche D. HALBERSTAM, *Foreign Policy and the Luxembourg Court: How to Address a Key Roadblock to EU accession to the ECHR*, 2015, in *verfassungsblog.de*.

⁵⁹ Cfr. a tale riguardo S. DOUGLAS-SCOTT, *Opinion 2/13 on EU accession to ECHR*, cit.; S. PEERS, *The CJEU and the EU's accession to ECHR*, cit.

giustizia in merito alla sua giurisdizione PESC sono abbastanza vaghe da ricomprendervi un'interpretazione tale da considerare la giurisdizione della stessa in ambito PESC, già esistente, ma solo da precisare⁶⁰.

4. Le posizioni espresse all'audizione della Commissione affari costituzionali del Parlamento europeo

Le problematiche sin qui approfondite sono emerse in tutta la loro complessità alla recente audizione pubblica tenutasi innanzi alla Commissione affari costituzionali del Parlamento europeo del 20 aprile 2016⁶¹, ove alcuni dei più noti esperti del progetto d'adesione sono stati invitati ad esprimere il proprio parere sui rimedi esperibili avverso la bocciatura del progetto d'accordo operata dal parere 2/13 della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Le opinioni espresse dei vari oratori sono state in parte ripercorse nel presente lavoro, ove nell'appuntare alcuni degli strumenti da porre in atto per la buona riuscita del progetto d'adesione⁶², si è necessariamente fatto riferimento agli itinerari suggeriti durante l'incontro.

L'audizione ha costituito, oltre ad un importantissimo momento di riflessione giuridica sul futuro dell'adesione dell'UE alla CEDU, la prima vera occasione per una riapertura del dibattito istituzionale sul tema, rimasto in stallo dopo la scossa tellurica determinata dalla pubblicazione del parere della Corte di giustizia. Non si ometta di considerare inoltre, che l'incontro in parola ha consentito, per la prima volta dopo il 18 dicembre 2014, di far convergere punti di vista maturati all'interno delle singole realtà istituzionali coinvolte nel progetto d'adesione⁶³, offrendo un fecondo scambio di prospettive innanzi all'organo istituzionale europeo che, come si è potuto sottolineare *supra*, potrebbe rivestire un ruolo fondamentale nel

⁶⁰ Laddove si ritenesse tale impostazione troppo permissiva, non potrebbe comunque non prendersi atto dell'inevitabile filo che legherebbe l'adesione ad un seppur limitato ampliamento delle competenze in capo all'Unione. A tal proposito E. CANNIZZARO, *Unitarietà e frammentazione*, cit., p. 626, secondo cui: “*Intesa in senso assoluto, tuttavia, la regola (articolo 2, Protocollo n. 8 UE) finisce con il rendere pressoché impossibile l'adesione alla Convenzione. La competenza ad aderire a un accordo internazionale comporta, infatti, implicitamente, anche l'attribuzione della competenza a esercitare poteri e prerogative sul piano internazionale derivanti dalla qualità di parte dell'accordo nonché ad essere oggetto passivo dell'esercizio di tali poteri e prerogative ad opera di un'altra parte*”.

⁶¹ COMMISSIONE AFFARI COSTITUZIONALI (*Public Hearing*), *Accession to the European Convention on Human Rights (ECHR): Stocktaking after the ECJ's Opinion and Way Forward*. Sugli atti dell'audizione si v. nota n. 9.

⁶² A tale proposito si veda quanto esposto *supra*, al paragrafo 3.1.1

⁶³ Ci si riferisce in particolare agli interventi del Prof. J. P. Jacqué, che ha partecipato in qualità di direttore generale onorario presso il Consiglio dell'Unione europea ed al Prof. J. Polakiewicz, che ha presenziato in qualità di *Director of Legal Advice and Public International Law* del Consiglio d'Europa.

futuro del progetto d'adesione dell'Unione europea alla CEDU, quale organo chiamato a delineare lo schema di normativa interna da affiancare al nuovo progetto d'accordo.

4.1 Le osservazioni al parere della Corte

Gli interventi susseguitesisi durante l'audizione hanno approfondito alcuni degli interrogativi insorti all'indomani del parere 2/13 CGUE, affrontando *vis-a-vis* alla Commissione affari costituzionali del Parlamento europeo alcune delle problematiche giuridiche determinate dalla bocciatura del progetto d'accordo da parte dei Giudici del *Kirchberg*.

Tra questi deve necessariamente farsi un cenno al contributo del Prof. J. P. Jacqu , il quale ha condotto un'acutissima riflessione sulle attuali relazioni tra l'ordinamento eurounitario ed il sistema convenzionale, sostenendo la tesi per cui la bocciatura del progetto d'accordo non avrebbe permesso di preservare le specificit  e l'autonomia dell'Unione nei termini delineati dai Giudici di Lussemburgo. Secondo l'insigne giurista infatti, il parere della Corte non avrebbe messo al riparo il diritto dell'Unione europea da incursioni interpretative dei Giudici di Strasburgo, i quali, in continuit  con la gi  richiamata giurisprudenza *Bosphorus*, continuerebbero ad interpretare - seppur in via indiretta - il diritto eurounitario. L'operativit  della c.d. presunzione di equivalenza della tutela rimarrebbe inoltre subordinata ad una valutazione della Corte EDU sulla condotta statale attuativa del diritto dell'Unione europea, che pragmaticamente andrebbe a tradursi secondo l'autorevole osservatore in una interpretazione del diritto dell'Unione europea. Detta presunzione   infatti subordinata ad una valutazione fondata sulla seguente alternativa logico-giuridica: **(a)** ove l'atto statale avverso il quale sia invocata tutela costituisca la mera trasposizione di un obbligo derivante dal diritto dell'Unione europea, la presunzione trover  applicazione; **(b)** ove invece lo Stato membro abbia avuto un certo margine discrezionale nella scelta attuativa, il suo operato sar  soggetto all'ordinario controllo di legittimit  convenzionale⁶⁴. In entrambi i casi, la decisione sull'*an* spetta ai Giudici di Strasburgo, che si pronunceranno senza che l'UE possa attraverso strumenti quali sarebbero stati invece il meccanismo del

⁶⁴ Cfr. a tale riguardo J. P. JACQU , *L'adhésion   la Convention européenne des droits de l'homme*, cit, p. 2, secondo cui "Les actes de comportements de l'Union qui ne donnent pas lieu   mise en oeuvre par les  tats b n ficiers d'une immunit  puisque l'Union n'est pas partie   la Convention, mais pour les autres qui r presentent la plus grande partie, la jurisprudence *Bosphorus* continuera   s'appliquer". Tale condizione   stata ribadita dai Giudici di Strasburgo nella sentenza del 6 gennaio 2012, *Michaud c. Francia*, ric. n. 12323/11, nella quale la Corte EDU ha rigettato l'operatività di detta presunzione poiché "En l'espèce, il s'agissait de la mise en oeuvre par la France de directives, qui lient les Etats membres quanta u résultat à atteindre mais leur laissent le choix des moyens et de la forme. La question de savoir si, dans l'exécution de ses obligations résultant de son appartenance à l'Union européenne, la France disposait de ce fait d'une marge de manoeuvre susceptible de faire obstacle à l'application de la présomption de protection équivalente n'est donc pas dénuée de pertinence".

convenuto aggiunto e del previo coinvolgimento, concorrere in tale interpretazione, realizzando dunque, quanto la Corte di giustizia nel suo parere ha valutato come un potenziale pregiudizio all'autonomia ed alle caratteristiche specifiche dell'Unione⁶⁵.

Degno di rilievo è altresì l'intervento del Prof. J. Polakiewicz, che con il suo contributo, ha invece consentito di conoscere un punto di vista interno alla realtà Convenzionale⁶⁶, la quale – come lo stesso oratore ha fatto notare - ha fino ad oggi omesso di prendere posizione esplicita sul parere, limitandosi a ribadire il suo impegno nella realizzazione dell'adesione, con l'ambizione di “[...] *enhance coherence in the protection of human rights across the continent for the benefit of all*”⁶⁷. In apertura del suo intervento, il Professore ha ribadito l'autonomia decisionale dell'Unione europea nella scelta degli strumenti da mettere in campo per risolvere i problemi legati alle specificità del suo ordinamento interno, rinnovando altresì la piena disponibilità del Consiglio d'Europa a discutere con la Commissione europea qualsiasi proposta che la stessa porterà in futuro⁶⁸. Con riguardo al parere della Corte, l'oratore ha ritenuto difficile da fugare l'immagine di un profondo scontro di prospettiva tra i Giudici lussemburghesi e l'apparato politico dell'UE⁶⁹; divergenza che secondo l'esperto sarebbe fatta palese dalle recenti osservazioni di uno dei Giudici della Corte di giustizia secondo cui “[...] *Accord d'adhésion constitue une oeuvre pleine d'improvisation, dépourvue de précédents en droits international, qui, partant, risque d'avoir des conséquences imprévisibles*”⁷⁰.

Nel suo intervento tuttavia, il Prof. Polakiewicz non ha omesso di sottolineare come le soluzioni cristallizzate nel *Draft* siano state spesso il risultato di difficili compromessi tra i contraenti e come la dottrina giuridica

⁶⁵ L'Autore spende ulteriori argomenti a fondamento dell'asserzione secondo cui “*L'absence d'adhésion ne préserve pas les spécificités de l'Union*”, per i quali mi sia consentito rinviare al suo intervento, J. P. JACQUÉ, *L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 2-6.

⁶⁶ Deve sottolinearsi tuttavia che lo stesso ha tenuto a precisare in limine al suo intervento che il suo contributo “*does not reflect an official Council of Europe position*”. V. J. POLAKIEWICZ, *Accession the European Convention on Human Rights*, cit., p. 2.

⁶⁷ “*Co-operation with the European Union – Summary report*”, paragrafo 6, 125th Session of the Committee of Ministers, Bruxelles, 19 maggio 2015.

⁶⁸ Cfr. a tale riguardo J. POLAKIEWICZ, *Accession to the European Convention on Human Rights*, cit., p. 2, secondo cui: “[...] *Whatever proposals the European Commission will eventually come up with, they will be subject of negotiations in Strasbourg*”.

⁶⁹ Cfr. a tale riguardo J. POLAKIEWICZ, *Accession to the European Convention on Human Rights*, cit., p. 4, secondo cui: “*It is difficult to escape the impression of a profound ‘clash of perspectives’ between the ECJ judges on the one hand, the member states, Commission, Council and Parliament on the other, about the objectives and scope of accession [...]*”.

⁷⁰ J. MALENOVSKY, *Comment tirer parti de l'avis 2/13 de la Cour de l'Union européenne sur l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue Général de Droit International Public*, 2015, pp. 705 e ss.

pronunciatisi sul progetto d'accordo prima del parere 2/13, lo avesse ritenuto conforme all'ordinamento CEDU ed in armonia con le caratteristiche specifiche e l'autonomia del diritto dell'Unione europea⁷¹.

Degno di attenzione è infine, anche il contributo di S. Morano-Foadi ed S. Andreadakis, i quali, prendendo posizione sul futuro del progetto d'adesione dell'UE alla CEDU, hanno esortato la Commissione affari costituzionali ad una riflessione sull'autonomia dell'ordinamento eurounitario, il cui rispetto sarebbe secondo il punto di vista dei due autorevoli autori, la chiave di volta per riuscire nella realizzazione dell'auspicata adesione dell'Unione europea alla CEDU⁷². Secondo i medesimi infatti, l'interpretazione restrittiva dei prerequisiti all'adesione fissati nei Trattati fornita dalla CGUE, troverebbe giustificazione proprio in una accezione estensiva della nozione di autonomia dell'ordinamento eurounitario sposata dai Giudici lussemburghesi, i quali non sarebbero difatti contrari al controllo esterno della Corte EDU, bensì ad un affievolimento dell'autonomia eurounitaria⁷³.

4.2 Le soluzioni possibili

Quanto agli strumenti da porre in atto per l'avverarsi dell'adesione, gli interventi dei vari esperti hanno manifestato un certo *favor* verso la riapertura dei negoziati, che sarebbero da preferirsi ad una ipotetica revisione dei Trattati, stanti i considerevoli ostacoli politici cui si incorrerebbe ove si decidesse di azionare la

⁷¹ Cfr. a tale riguardo A. NOLLKAEMPER – M. DEN HEIJER (a cura di), *SHARES Briefing Paper – A new Framework for Allocating International Responsibility: the EU Accession to the European Convention on Human Rights*, 2014, in www.shareproject.nl, basato sui contributi di P. J. KUJIPER, T. LOCK, J. POLAKIEWICZ, C. TIMMERMANS, A. BUYSE, M. DE GRAVE, M. DEN HEIJER E C. RYNGAERT, secondo i quali: “*The provisions of the Draft Accession Agreement on attribution and responsibility are generally in line with the existing case law of the ECtHR and the work of the ILC on the topic of international responsibility. They also accommodate the wish expressed by the EU not to endanger the autonomy of the EU legal order and the exclusive powers of the CJEU in that respect. Overall, the Draft provides a fruitful basis for allowing the EU to accede to the ECHR*”.

⁷² Cfr. a tale riguardo S. MORANO-FOADI, S. ANDREADAKIS, *The EU Accession to the ECHR*, cit., paragrafo IV, A “*The various facets of Autonomy*”, pp. 14-28. Il lavoro dei due autori sviluppa alcuni degli argomenti già espressi nella letteratura scientifica relativa al parere 2/13 CGUE, tra i quali merita un cenno l'interessante lavoro di D. HALBERSTAM, *It's the Autonomy, Stupid!*, cit. V. altresì sull'autonomia dell'Unione europea nel processo di adesione alla CEDU le riflessioni di V. DICOMITE, *Autonomia o controllo esterno?*, cit.; M. PARODI, *Diritti umani Vs. Autonomia?*, cit.

⁷³ A tale riguardo, i due studiosi riportano alcune interviste dei Giudici del *Kirchberg* nella quale i componenti della CGUE avrebbero affermato: “*There is no rivalry...this Court needs to have the 'first word' not the 'last word'*”; “*If the Court of Strasbourg will recognise the European law was not conform to the Convention, this decision should have direct impact for the European law system*”; “[...] *The Union must accede to the ECHR and this means that the last word belongs to the ECtHR. This is the logical response, nota s compromise but as a realistic outcome*”; “*Article 6(2) TEU and Protocol 8 talks about Accession and an eventual participation of the Union to the ECHR, but here we ask the specificity of the EU law to be taken into account [...]*”; “*We have to be the arbiter of Union law and they have to be arbiter of whether that conforms with the Convention [...this is] very important because there is always a danger that they would ended up interpreting our law rather than testing its conformity*”. V. a tale riguardo S. MORANO-FOADI, S. ANDREADAKIS, *The EU Accession to the ECHR*, cit., pp. 34-37.

‘barocca’ procedura di revisione *ex art. 48 TUE*⁷⁴. Secondo il Prof. J. P. Jacqué non vi sarebbe altra scelta che aprire un periodo di riflessione volto ad approfondire ciascuna delle censure mosse dai Giudici lussemburghesi, alla luce del quale proseguire nei negoziati ed appuntare un progetto di accordo in grado di superare un secondo vaglio della Corte di giustizia⁷⁵. Dello stesso avviso è apparso anche il Prof. Polakiewicz, il quale ha suggerito di vagliare uno per uno i rilievi mossi dalla Corte di giustizia, predisponendo soluzioni che rispettino tanto il diritto dell’Unione europea, quanto l’integrità del sistema CEDU⁷⁶. Secondo l’esperto, la richiesta di parere alla CGUE sarebbe questa volta da accompagnare ad un forte messaggio politico che sottolineasse “*That these instruments have the political backing of all EU membre states, the European Parliament and the European Commission*”⁷⁷. Anche S. Morano-Foadi e S. Andreadakis hanno ritenuto necessario l’approfondimento di ciascuna delle censure mosse dalla Corte, avanzando già nel loro intervento alcune possibili soluzioni da proporre nei futuri negoziati, sottolineando però che allo stato dell’arte “[...] *the power is in the politics. The law is effective only when political will is on its side. Changes occur when the politicians decide so*”⁷⁸. Quanto agli strumenti da mettere in atto, i vari oratori hanno suggerito una pluralità di approcci. Il Prof. Polakiewicz ha suggerito di ridurre al minimo gli emendamenti dal *Draft*, consigliando nello specifico di non usare le c.d. “*disconnection clauses*”⁷⁹ e di evitare di inserire previsioni sul funzionamento interno dell’UE all’interno dell’accordo, alle quali sarebbe da preferirsi l’utilizzo della normativa interna dell’UE ovunque fosse possibile. Il prof. J. P. Jacqué ha suggerito una serie di modifiche al progetto d’accordo da abbinare in taluni casi con alcune “*déclaration*”, come nel caso delle problematiche legate al mancato coordinamento tra

⁷⁴ Cfr. a tale riguardo quanto affermato da J. P. JACQUÉ, *L’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme*, cit, p. 6, secondo cui l’idea di una revisione dei Trattati “*se heurte à de sérieux obstacles. Outre la résistance des États membres à l’idée ouvrir une procédure de révision et le fait que la force des convictions quant à l’adhésion varie selon les États, la disparition du protocole ne résoudrait pas le problème puisque son contenu ne fait que reprendre pour l’essentiel des principes qui résultent des traités et de la jurisprudence antérieure de la Cour de justice*”; J. POLAKIEWICZ, *Accession to the European Convention on Human Rights*, cit., p. 15, secondo cui tale opzione “[is] *not realistic in political terms*”; S. MORANO-FOADI, S. ANDREADAKIS, *The EU Accession to the ECHR*, cit., p. 49, secondo cui “*This solution does not seem to be politically acceptable at the present time. Although it is legally possible, it appears impracticable in view of the present challenges*”.

⁷⁵ Cfr. a tale riguardo quanto affermato da J. P. JACQUÉ, *L’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme*, cit, p. 6, secondo cui “[...] *Il semble qu’il n’existe d’autre choix que de poursuivre les négociations après une nécessaire période de réflexion [...]. Il est plus sage d’aborder les objections de la Cour de justice une par une et de trouver pour chacune une solution appropriée*”.

⁷⁶ Cfr. a tale riguardo quanto affermato da J. POLAKIEWICZ, *Accession to the European Convention on Human Rights*, cit., p. 16, secondo cui “*What remains realistically possible is to address the objections one by one, identifying solutions which respect both the requirements of EU constitutional law and the integrity of the ECHR system*”.

⁷⁷ V. J. POLAKIEWICZ, *Accession to the European Convention on Human Rights*, cit., p. 16.

⁷⁸ V. S. MORANO-FOADI, S. ANDREADAKIS, *The EU Accession to the ECHR*, cit., p. 37.

⁷⁹ V. in senso contrario quanto sostenuto da G. GAJA, *Una mancata disconnessione relativamente alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo?*, cit.

l'articolo 53 CEDU e 53 Carta di Nizza che, secondo l'autorevole giurista, potrebbe essere risolta annettendo all'accordo una dichiarazione dell'Unione e degli Stati membri, a mezzo della quale essi si impegnino ad interpretare l'art. 53 CEDU nel rispetto del diritto dell'Unione europea. Anche S. Morano-Foadi e S. Andreadakis hanno suggerito talune modifiche al progetto d'accordo, che sarebbero in riferimento ad alcune censure della Corte da corredare con alcune "Interpretative declaration" volte a fugare i dubbi interpretativi sollevati dalla Corte.

Le posizioni dei vari oratori sono risultate invece divergenti quanto alla problematica della giurisdizione in ambito PESC nello scenario *post* adesione: **(i)** il Prof. J. P. Jacqué si è detto diffidente a che l'adesione dell'Unione europea alla CEDU possa realizzarsi senza che la PESC venga esclusa dal vaglio della Corte EDU e, date le notevoli difficoltà politiche che un'eventuale riserva *ex art.* 57 CEDU comporterebbe, lo stesso ha ritenuto che probabilmente occorrerà attendere un'evoluzione della posizione della Corte di giustizia in merito alla sua giurisdizione in ambito PESC⁸⁰; **(ii)** S. Morano-Foadi e S. Andreadakis hanno invece, avanzato tre possibili soluzioni alla censura mosse dalla Corte con riguardo alla PESC, tra le quali hanno ritenuto preferibile quella di modificare il progetto d'accordo, inserendovi una previsione che escluda tale ambito dalla giurisdizione della Corte EDU⁸¹; **(iii)** il Prof. Polakiewicz ha invece sostenuto che un'ipotetica riserva in ambito PESC sarebbe difficile da conciliare l'idea di un effettivo controllo esterno della Corte EDU e che tale eventualità striderebbe con il principio secondo il quale l'UE dovrebbe aderire "on an equal footing with the other Contracting Parties".

⁸⁰ Cfr. a tale riguardo quanto affermato da J. P. JACQUÉ, *L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, cit., p. 8-9, secondo cui "Il serait certes envisageable d'exclure la PESC du champ couvert par l'accord, mais il n'est pas exclu que le États parties non membres n'acceptent cette situation exceptionnelle et, de toute façon, la Cour européenne pourrait être saisie par le biais des États membres [...] Peut-être faudra-t-il attendre que la Cour de justice apporte des précisions sur ces compétences en la matière, ce qu'elle a refusé de faire dans l'avis 2/13 [...] Dans ce contexte, à défaut de solutions plus imaginatives, la réponse pourrait être trouvée que dans une évolution de la position de la Cour ou de sa jurisprudence".

⁸¹ Cfr. a tale riguardo S. MORANO-FOADI, S. ANDREADAKIS, *The EU Accession to the ECHR*, cit., p. 49, ove gli stessi affermano "In relation to the ASFJ, the provision to be added to the DAA should state that EU Member States cannot be held liable under the Convention for failing to carry out a review of another Member State's compliance with ECHR rights. In this way, ECtHR would not need to engage in an interpretation of EU law, but just to confirm that the case before it involves two Member States. Such 'review' would not be considered a violation of the autonomy of EU law. This addition to the DAA, apart from the fact that it would cover non-EU related cases, would prove to be a nprkable solution". Per quanto riguarda le altre due soluzioni avanzate, mi sia consentito rinviare *Ibidem*, pp. 45-49.

5. Osservazioni conclusive: quale futuro per l'adesione dell'Unione europea alla CEDU?

Il modo in cui procedere non è ancora chiaro. Come abbiamo visto, il disposto formale di cui all'articolo 6, paragrafo 2 TUE ci spinge a pensare che il parere 2/13 CGUE non costituisca l'ultimo capitolo della prevista adesione dell'UE alla CEDU. Nonostante il senso di marcia appaia ben definito, quale strada percorrere rimane però un quesito ancora privo di risposta. Come abbiamo cercato di illustrare nel presente lavoro, le strade possibili sono due: la riapertura dei negoziati e la revisione dei Trattati. Entrambe presentano punti di forza e debolezze che, se messi a raffronto, ben sintetizzano l'immagine di un'adesione racchiusa tra due fuochi: la sua necessità da un lato e le difficoltà intrinseche da superare per realizzarla dall'altro. In questi termini, la buona riuscita del progetto assume i caratteri di un vero e proprio nodo gordiano. L'incertezza non deve però far perdere di vista quelle che sono le attuali relazioni tra le due realtà giuridiche sopranazionali: trincerarsi dietro una mera valutazione *ex post* parere, infatti, impedirebbe una valutazione completa dello scenario giuridico all'orizzonte. Deve sottolinearsi allora, che la bocciatura è arrivata giusto tre anni in anticipo dei primi dieci anni di vita del *Memorandum of Understanding* stipulato tra l'UE ed il Consiglio d'Europa nel 2007⁸², proprio al fine di sviluppare la propria collaborazione. Il raggiungimento di tale traguardo simboleggia l'importanza e la necessità di un sempre maggiore coordinamento tra le due realtà giuridiche. La realizzazione di tale obiettivo si sta rivelando però un percorso tortuoso, nel solco del quale le parti contraenti sembrano maturare a poco a poco la consapevolezza sulla direzione da intraprendere per la buona riuscita del progetto. L'ultimo sviluppo di tale cammino è costituito dal parere 2/13 CGUE, attraverso il quale, i Giudici lussemburghesi, bocciando il progetto, hanno posto nuovi ostacoli lungo la strada da percorrere. Tuttavia, abbiamo verificato quanto le censure mosse dalla Corte non costituiscano ostacoli insormontabili e come le due strade possibili (riapertura dei negoziati e revisione dei Trattati) presentino entrambe probabilità di riuscita. In quest'ottica, il parere 2/13 CGUE non deve essere necessariamente percepito come un ostacolo invalicabile al processo d'adesione, ma come un ulteriore stimolo al posizionamento del progetto sul giusto binario: quello che rispetti l'autonomia e le specificità dell'Unione.

Il dibattito istituzionale è rimasto a lungo in stallo in un silenzio *post* bocciatura ed anche se recentemente sono arrivati timidi segnali di riapertura della discussione politica sull'adesione, ciò non basta a dissolvere le incertezze sul suo futuro. La realtà attuale è molto complessa e l'Europa si trova a dover fronteggiare uno dei momenti più critici della sua esistenza. L'avverarsi della *Brexit*, la persistente crisi dell'eurozona, il grave

⁸² *Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union*, 23 maggio 2007, Strasburgo, in www.ec.europa.eu.

deficit di fiducia nei confronti delle istituzioni europee, il terrorismo internazionale e l'emergenza profughi dovuta alla parentesi bellica che oggi coinvolge il medio oriente, sembrano infatti aver eclissato alcuni importantissimi dibattiti, che per molti anni sono stati al centro dell'attenzione delle istituzioni europee. Esempio iconografico in tal senso è costituito dalla Consiglio dell'UE "Giustizia e Affari Interni" dell'8-9 ottobre 2015 (Lussemburgo), alla cui riunione gli Stati membri, nonostante avessero calendarizzato all'ordine del giorno la riapertura del dibattito sull'adesione, hanno archiviato *de plano* la questione, concentrandosi sulla risposta all'emergenza profughi che oggi tristemente affligge i diritti più elementari di migliaia di persone e al contempo aggrava il sistema di libera circolazione europeo⁸³.

In questo scenario, permane l'affidamento sul ruolo della CGUE, quale presidio alla tutela dei diritti fondamentali garantiti all'interno dell'Unione, la quale, in assenza dell'adesione, dovrà essere ferma e coerente nell'ergersi a supremo garante dei diritti dell'uomo, pena la perdita di tutta la sua credibilità⁸⁴. Proprio recentemente i Giudici lussemburghesi hanno ribadito il loro ruolo di garanti della tutela dei diritti fondamentali⁸⁵. Viceversa, desta un po' di preoccupazione quello che sarà il comportamento della Corte EDU a seguito della pronuncia della Corte di giustizia sull'incompatibilità del Progetto d'accordo ai Trattati. Invero, i Giudici di Strasburgo potrebbero essere spinti a rivedere l'operatività della presunzione di

⁸³ Cfr a tale riguardo, le questioni calendarizzate all'ordine del giorno ed i risultati della sessione del Consiglio UE Giustizia Affari Interni dell'8-9 ottobre 2015, Lussemburgo, in www.consilium.europa.eu/it/meetings/jba/2015/10/08-09/.

⁸⁴ V. a tale proposito, le interessantissime osservazioni di S. BARTOLINI, A. BIONDI, *Life as Human Rights Court: Challenges and Developments in the EU Courts Activity in 2014*, in *European Public Law*, Vol. 22, Issue 1, 2016, pp 3-23, che, interrogandosi su di un ipotetico scenario *post* parere in cui il dialogo tra le supreme Corti europee venisse di fatto spazzato via dalla rigida autonomia del sistema UE fissata nel parere, teorizzano una fase di sviluppo autonoma dei due ordinamenti, affermando: "*The humanization of the jurisdiction of the Court has paradoxically marked a phase of isolation rather than expansion with regards to fundamental rights, which may be the Court's way of seeking to create an autonomous legal order as regards fundamental rights which may provide for a more extensive protection than the ECHR: locked up as it is in Luxembourg, far away from any external scrutiny and confrontation. As far as the story of the evolution of the EU legal system goes, recurring phases have been seen to mark the process of integration, as was the case in terms of the free movements rights. It is therefore probable that there will also be a time of expansion for fundamental rights where the Court will endeavour to pursue its objective without fear, notably that of fully exercising its mandate as a fundamental rights guarantor within an autonomous legal system*".

⁸⁵ Emblematico in tal senso, è che nemmeno a distanza di un anno dalla pronuncia del parere 2/13 CGUE, ricostruito da molti come il fallimento della tutela dei diritti fondamentali dei Giudici lussemburghesi, la stessa CGUE abbia pronunciato una delle più pregnanti sentenze in materia di diritti fondamentali. V. a tale proposito CGUE, C-362/14, sentenza *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner* del 6 ottobre 2015, ECLI:EU:C:2015:650. In tale sede i Giudici del *Kirchberg*, chiamati a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 25, aparagrafo 6 e 28 della direttiva 95/46/CE c.d. *direttiva dati*, nonché sulla validità della decisione della Commissione europea 520/2000/CE, c.d. *Safe Harbor*, in materia di tutela dei dati personali, sono infatti tornati ad occuparsi di tutela della *privacy*, con una sentenza che ha rimesso al centro del discorso giuridico dell'Unione la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, implementando il suo ruolo di "*guardiano dei diritti*", in più passaggi implicitamente ribadito dai Giudici (Cfr. a tale riguardo i paragrafi 70-106 della succitata sentenza).

equivalenza enucleata nella nota sentenza *Bosphorus c. Irlanda*⁸⁶. Non può escludersi, infatti, che i Giudici di Strasburgo in futuro attuino un orientamento che vada a modificare l'operatività di detta presunzione⁸⁷, almeno per quanto attiene alla PESC, esponendo gli Stati membri al rischio più concreto di condanne quando attuino un ipotetico diritto europeo contrastante con la CEDU⁸⁸. D'altro canto, già nel 2005 in calce alla pronuncia richiamata, alcuni Giudici della Corte EDU presentavano una *joint concurring opinion*⁸⁹ su parte delle argomentazioni spese nella sentenza. Nello specifico, essi esponevano perplessità su quelli che sarebbero stati gli effetti dell'enucleazione della presunzione di equivalenza, che avrebbe non solo creato una situazione di privilegio in capo all'Unione, ma amplificato il rischio di doppi standard di tutela tra il sistema comunitario e quello convenzionale. In tale contesto gli stessi Giudici richiamavano la necessità dell'adesione, come condizione necessaria per una protezione dei diritti fondamentali comunitaria effettiva e completa. All'esito dell'ennesimo fallimento del progetto, dunque, non risulta fuori luogo il timore di un cambiamento di rotta da parte della Corte EDU, la quale, preso atto dell'incapacità dell'Unione al compimento di tale passo, potrebbe essere spinta a rivedere il precedente orientamento.

Emerge dunque, al termine di questo lavoro, l'auspicio che l'Europa allontani l'immobilismo che ha caratterizzato il suo atteggiamento fino ad oggi. Il perdurare di un silenzio sterile concorrerebbe a generare fuorvianti incertezze ed avrebbe un'unica conseguenza: freddare in modo potenzialmente definitivo il sogno di una tutela dei diritti fondamentali integrata a livello europeo. L'adesione dell'Unione europea alla CEDU costituisce ancora un obiettivo troppo importante per essere abbandonato. Ciò non solo per motivi di credibilità dell'Unione, come spesso si è affermato, ma per le ricadute sostanziali che essa stessa avrebbe sull'attuale conformazione della tutela europea dei diritti fondamentali. Essa non dovrà costituire né privilegi

⁸⁶ Così anche F. DONATI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, cit., p. 16; D. HALBERSTAM, *It's the Autonomy, Stupid?*, cit., pp. 131-134.

⁸⁷ Nonostante i timori appaiano fondati, il 23 maggio 2016, la Grande Camera Corte EDU, con la sentenza *Avotins c. Lettonia*, ricorso n. 17502/07, ha confermato l'operatività di detta presunzione. Cfr. a tale riguardo il commento di O. FERACI, *Mutuo riconoscimento e principio della protezione equivalente (Bosphorus): riflessioni a margine della sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Avotins c. Lettonia*, in *SIDIBlog.it*, secondo cui "la sentenza in esame rappresenta la prima reazione della Grande Camera al parere 2/13 [...] con il quale, com'è noto, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha dichiarato incompatibile con le caratteristiche e peculiarità del diritto dell'Unione il progetto di accordo di adesione dell'Unione alla CEDU". Resta da vedere come la Corte EDU si muoverà in controversie che coinvolgono l'ambito PESC.

⁸⁸ Cfr. a tal proposito quanto affermano da J. KOKOTT, *The relevance of the case-law of the Human Rights Court in Strasbourg for the jurisprudence of the Court of Justice after the Opinion on accession of the EU to the Human Rights Convention*, la quale intervenendo innanzi alla COMMISSIONE LIBERTÀ CIVILI, GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI (*Public hearing*), "The situation of fundamental rights in the European Union", 15 aprile 2015, ha affermato: "[...] after the Opinion on accession I believe that Strasbourg will look very closely at any human rights problems that are related to EU law and in particular to Luxembourg jurisprudence".

⁸⁹ *Joint Concurring Opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Traja, Botucharova, Zagrebelsky and Garlicki*, in Corte EDU, Sentenza del 30 giugno 2005, cit.



in capo all'Unione, né tanto meno potrà tradursi in una discriminazione per la stessa. Solo se i negoziati riusciranno a cogliere un giusto equilibrio tra questi imperativi l'adesione riuscirà a diventare realtà, segnando nuovi orizzonti per tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali.